TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL

BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MARCO ANTONIO ORTIZ LEAL CONTRA CLUB CAMPESTRE EL RANCHO (RAD. 04 2021 00075 01).

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

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

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la apoderada del demandante, contra la sentencia proferida por el Juez Cuarto (4º) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 07 de febrero del 2023 (*Audiencia virtual, archivo 13Grabación20230207expediente virtual, récord 30:00)*, en la que se resolvió:

> *"**PRIMERO: DECLARAR** que entre el demandante Marco Antonio Ortiz Leal y la demandada Club Campestre El Rancho existió un contrato de trabajo desde el 14 de mayo de 2008 hasta el 28 de febrero de 2019, el cual término con justa causa.*
>
> ***SEGUNDO: DECLARAR** probada la excepción de mérito justeza de despido.*
>
> ***TERCERO: CONDENAR** en costas al demandante. Fíjense las agencias en derecho en la suma de $1/4 salario mínimo legal mensual vigente.*
>
> ***CUARTO**: En caso de no ser apelada esta decisión, remítase el expediente a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en grado jurisdiccional de consulta."*

Inconforme con la decisión la apoderada del demandante interpuso recurso de apelación[1] manifestando su oposición frente a la informalidad de la carta de despido, en su sentir, contrario a lo que se indicó en la sentencia, el debido proceso disciplinario no puede entenderse cumplido con la mención genérica de las normas por las que eventualmente se ha sancionado, sino para ejercer apropiadamente el derecho a la defensa, es necesario conocer la causa precisa en la que se enmarca la conducta. Agregó, lo anteriormente dicho, es igualmente aplicable respecto al principio de legalidad, en la medida en que, no habiéndose individualizado la norma, es imposible determinar que la sanción a aplicar deba ser la terminación del contrato y no, por ejemplo, un llamado de atención u otra similitud y otras de similar entidad, entenderlo de otra manera, implica facultar al empleador, olvidando el principio pro operario, a dar por terminado el contrato por cualquier conducta, grave o no, que interprete como contraria a los deberes y obligaciones consagradas en el Código Sustantivo del Trabajo, Reglamento Interno de Trabajo y contrato de trabajo.

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 MARCO ANTONIO ORTIZ LEAL en este proceso, los relacionados en el acápite de pretensiones consignadas en la demanda página 3 (Archivo 1 expediente virtual), **los cuales encuentran sustento en los hechos relatados en las páginas 3 y 4 (ibidem)**, solicitando de manera principal se declare el CLUB CAMPESTRE EL RANCHO terminó unilateralmente sin justa causa el contrato laboral, consecuente con esto, se condene al CLUB CAMPESTRE EL RANCHO a pagar a MARCO ANTONIO

[1] ***Recurso Demandante - Récord 37:00 (13Grabación20230207)****: "Muchas gracias, contrario a lo que se indica en la sentencia, el debido proceso disciplinario no puede entenderse cumplido con la mención genérica de las normas por las que eventualmente se ha sancionado, sino para ejercer apropiadamente el derecho a la defensa, es necesario conocer la causa precisa en la que se enmarca su conducta. Lo anteriormente dicho, es igualmente aplicable respecto al principio de legalidad, en la medida en que, no habiéndose individualizado, es imposible determinar que la sanción a aplicar deba ser la terminación del contrato y no, por ejemplo, un llamado de atención u otra similitud y otras de similar entidad. Entenderlo de otra manera, implica facultar al empleador, olvidando el principio, pro operario a dar por terminado el contrato por cualquier conducta, grave o no, que interprete como contraria a los deberes y obligaciones consagradas en el Código Sustantivo del Trabajo. El Reglamento Interno de Trabajo y el contrato laboral. Es por eso que le solicito a los señores magistrados que revoquen la sentencia de primera instancia y en su lugar se concedan las pretensiones de la demanda. Muchas gracias".*

ORTIZ LEAL la sanción consagrada por el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, la indemnización contenida en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo y las costas procesales. **Obteniendo sentencia desfavorable a sus aspiraciones por cuanto se absolvió a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante**, tras considerar el a quo, el acta de descargos, la carta de terminación del contrato, y la citación de fecha 22 de febrero de 2019, refleja que el actor fue citado para el 26 del mismo mes, indicando los hechos que dieron lugar a la diligencia, consistente en el cumplimiento establecido para el ingreso de mercancía, según conducta desplegada por el actor, conforme al artículo 46 del RIT y C.S.T. en sus artículos 56 y 58, entendiendo, básicamente la conducta consistió en no cotejar el producto recibido con lo reportado en la factura, conociendo de antemano la falta. Asimismo, estimó, en el acta de descargos se interrogó al actor y este respondió que debía cotejar los productos, verificar inventarios, descargar materia prima, entre otras funciones, advirtiéndose que el demandante tenía suficiente conocimiento de las funciones a desempeñar, como cotejar y verificar el producto de acuerdo a la factura. Completó, en la carta de terminación se le informó al actor que la conducta desplegada dio lugar a la terminación ya que debió verificar la cantidad de botellas recibidas, siendo una de sus funciones, conducta que deja en evidencia el incumplimiento y desatención del cargo, en su sentir, el ex trabajador no fue cuidadoso al verificar que había una botella menos y recibir el producto, esto, pese que no se haya causado un perjuicio económico, pues debió verificar la totalidad de productos, encontrándose entonces, una justa causa de terminación del contrato de trabajo.

Pues bien, la Sala abordará el estudio del recurso de apelación, en los puntos concretos objeto de censura, atendiendo el principio de consonancia (artículo 66A del C.P.T. y de la S.S.), pues recuérdese que es el apelante quien delimita el ámbito sobre el cual ha de recaer la decisión de segunda instancia (tantum devolutum quantum apellatum).

Así las cosas, previo a analizar de fondo los motivos expuestos en la alzada, es menester precisar, no fue motivo de controversia la existencia de la relación laboral entre las partes, pues las partes allegaron idéntica certificación laboral donde consta que el señor ORTIZ LEAL MARCO ANTONIO ingresó el 14 de mayo de 2008 al 28 de febrero de 2019 a través de un contrato a término indefinido, devengando como último salario la suma de $1.225.020 en el cargo de Asistente

III Dispensa (archivos 01, página 01 y archivo 05, página 84), circunstancias que además de no ser objeto de apelación, se constatan con la copia del contrato y la misiva del despido (archivos 01 y 05).

De conformidad con lo anterior, en los términos expuestos en la apelación por la apoderada del actor, lo primero que debe advertir la Sala en cuanto al procedimiento que extraña la parte demandante, al señalar en el libelo y en su alzada que se vulneró el derecho al debido proceso en el procedimiento adelantado para el despido, de acuerdo a lo previsto en el Reglamento Interno de Trabajo, ha de aclararse al recurrente que tal procedimiento se encuentra establecido es para la imposición de sanciones disciplinarias (Art. 74 página 140 Archivo 1 expediente virtual) y no para el despido, como ocurre en el presente asunto.

En esa dirección, en lo que corresponde al despido, conviene memorar, de acuerdo con el artículo 64 del C.S.T., “En todo contrato de trabajo va envuelta la condición resolutoria por incumplimiento de lo pactado (…)” por manera que la terminación del contrato de trabajo, corresponde a un derecho de los contratantes que puede ser ejercido en aquellos casos en los cuales se incumpla por alguna de las partes, las obligaciones derivadas de la celebración del acuerdo.

Por su parte, el parágrafo del artículo 62 del estatuto adjetivo laboral, preceptúa que “*La parte que termina unilateralmente el contrato de trabajo debe manifestar a la otra, en el momento de la extinción, la causal o motivo de esa determinación. Posteriormente no pueden alegarse válidamente causales o motivos distintos*”, advirtiendo, al trabajador le basta probar el hecho del despido, correspondiéndole al empleador la demostración de la justa causa.[2]

En este orden de ideas, y teniendo en cuenta los argumentos de la alzada, deberá examinarse si los supuestos fácticos alegados por la accionada en la misiva de despido tuvieron ocurrencia y si constituyen verdaderamente justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo, concretamente, si el actor incurrió en el

[2] *Sentencia 14 de agosto de 2007, radicado 29213 Magistrada Ponente: Isaura Vargas Díaz "(…) La demostración de la justa causa del despido corresponde al patrono." la jurisprudencia tanto del extinguido Tribunal Supremo como de esta Sala, ha considerado que al trabajador le basta con demostrar el hecho del despido, y que al patrono corresponde probar su justificación. Y es natural que así sea, pues el trabajador debe demostrar que el patrono no cumplió con su obligación de respetar el término del contrato, y este último para exonerarse de la indemnización proveniente de la rescisión del contrato, debe comprobar que dejo de cumplir su obligación por haberse producido alguna de las causales señaladas en la ley…”*

incumplimiento de sus obligaciones al no verificar la cantidad de productos o botellas relacionados en la factura GL-74582 y si la empleadora tenia el deber de plasmar en la carta de terminación u otras misivas las normas infringidas por la conducta del señor MARCO ANTONIO ORTIZ LEAL..

De tal suerte, no existe controversia en cuanto a que la relación laboral fue terminada de manera unilateral por parte de la demandada, en comunicación calendada del 28 de febrero de 2019 (páginas 19 a 21 Archivo 01 y archivo 05, páginas 81 a 83 del expediente virtual), de la que se tiene certeza fue entregada por la demandada al accionante, dado que así lo expuso ella misma en los hechos del libelo introductor (hecho 5, pág. 4 Archivo 1 expediente virtual), misiva en la que se señalaron como causas del despido las siguientes:

Señor
Marco Antonio Ortiz Leal
Asistente III de Despensa.
Ciudad

La presente tiene por objeto comunicarle la decisión adoptada por el Club, en el sentido de dar por terminado su contrato de trabajo, con justa causa, a partir de la fecha por razón de los siguientes graves hechos:

Dentro de las obligaciones a su cargo, se encontraba la de recibir a proveedores, cotejar y verificar que la mercancía recibida, corresponda tanto en cantidades como en tipo de producto y especificaciones del mismo con lo estipulado en la Factura, entregar los diferentes productos a las áreas del Club, entradas al almacén de mercancías, cumplir con las políticas y obligaciones contractuales establecidas por la empresa y observar los preceptos del Reglamento Interno de Trabajo.

No obstante, lo anterior, usted ha incumplido con sus obligaciones y prohibiciones de forma grave e inaceptable de la manera como paso a explicar a continuación:

Tras el informe presentado por Elizabeth Chaparro Jefe de Almacén, la empresa pudo evidenciar unas inconsistencias de carácter grave e inaceptable en el procedimiento de recepción de mercancías realizado por usted el día 19 de febrero de 2019, como quiera que, el 20 de febrero de 2019, revisando la mercancía recibida el día anterior se encontró la factura No. GL – 74582 de la empresa Gamma Licores en donde se relacionan 25 botellas de Whisky Something Especial más otras referencias relacionadas. Al cotejar la factura contra lo recibido se nota que falta una botella de Whisky Something.

Al indagar sobre el particular, con usted encargado de la recepción de la mercancía de la factura No. GL – 74582, no emitió ninguna respuesta ni razón satisfactoria sobre las cantidades físicas recibidas y lo relacionado en el documento.

Por lo anterior, su conducta constituye un claro incumplimiento al procedimiento de almacenes y recepción de mercancía, el cual resulta de vital importancia para el Club como quiera que encuentra relación directa con el sostenimiento del mismo y la necesidad de mantener un control total de los productos.

En diligencia de descargos de fecha de 26 de febrero de 2019, usted reconoce que "El error fue mío por no cotejar al leer la factura, la mire, pero no lo coteje", actitud completamente irresponsable y desinteresada, como quiera que usted como

Asistente III de Despensa debía velar por el cumplimiento eficaz de los procedimientos relacionados con la recepción de mercancía, sin embargo, usted de forma arbitraria decidió pasar por alto estos procedimientos de la empresa.

Como si lo anterior no fuera suficientemente grave, usted intenta justificar su actuar manifestando que "Yo estaba seguro de que había bajado 24 porque en la factura habia 24 pero no de Whisky, era de atún, me confundí al leer la factura" y estableciendo que el proveedor iba entregar la mercancía en horas no indicadas, sin embargo, estas justificaciones emitidas que no resultan de recibo para el Club, pues de ninguna manera se permite que no haya cotejado la mercancía con el factura.

Si usted hubiera revisado minuciosamente la mercancía cumpliendo el procedimiento establecido por el Club, no se hubiera presentado este incidente con la factura.

Lo anterior deja en evidencia su grave incumplimiento y por demás injustificable a su principal obligación con el Club, la cual supone la prestación directa del servicio para el cual ha sido contratado bajo los estándares y procedimientos indicados.

Este tipo de conducta omisiva configura un acto de irresponsabilidad, falta de seriedad y compromiso de su parte para con las labores que el Club le encarga, así como denota su falta de sentido de pertenencia al no darle cumplimiento de los procedimientos que garantizan los intereses del Club.

Las explicaciones dadas en la diligencia de descargos son rechazadas completamente por el Club, pues sus obligaciones laborales deben ser cumplidas a cabalidad y sin ninguna excepción, sin que usted pueda justificar una situación que viola flagrantemente las prohibiciones y obligaciones establecidas en el Reglamento Interno del Club y en sus procedimientos.

En conclusión, usted no solo incumplió con las obligaciones propias de su cargo sino además, colocó sus intereses por encima de los intereses del Club, defraudando con ello, la confianza que le fue depositada para el desempeño de las funciones para las cuales fue contratado, sin medir las implicaciones legales que puede traer este suceso.

Por ser inaceptable desde todo punto de vista los hechos ocurridos y por constituir todo lo anterior una violación expresa de puntuales y claras obligaciones y prohibiciones laborales previstas en su contrato de trabajo, reglamento interno, políticas, procedimientos manuales y códigos, no nos deja alternativa distinta que dar por terminado su contrato en la forma como se le está comunicando, dando aplicación a lo establecido en los Artículos 58, 60, 61 y 62 del Código Sustantivo del

Trabajo y de acuerdo a lo consagrado en el Reglamento Interno de Trabajo de la Compañía.

Finalmente, se le informa que el pago de sus cotizaciones en seguridad social y parafiscalidad se encuentra al día.

Se adjuntan copias de los comprobantes de pago de las cotizaciones de los últimos tres (3) meses así:

-Caja de Compensación (Parafiscales) Cafam
-ARL Sura
-Pensión (Fondo) Protección
-Salud (E.P.S.) Medimás

Las cotizaciones correspondientes al mes en curso, que por disposición legal la Empresa efectuará finalizado el mes respectivo, le serán remitidas a la última dirección registrada en su carpeta.

Su correspondiente liquidación final de prestaciones sociales se encuentra a su disposición.

Conforme lo anterior, es claro que lo que motivó el despido del convocante fue el presunto incumplimiento a sus obligaciones como Asistente de Dispensa,

particularmente, relativo a la recepción de la mercancía de la factura No. GL-74582 realizado el día 19 de febrero de 2019 ya que recibió 24 botellas y en la factura se plasmó que el proveedor Gamma Licores había entregado 25 botellas de Whisky Something Especial, cantidad que no coincidió al cotejar la factura vs lo recibido, incumpliendo los procedimientos y protocolos previstos en el Club.

En ese orden, frente a los hechos invocados en la misiva de despido, se advierte, mediante comunicación del 22 de febrero de 2019, (Archivo 01 página 14 y archivo 05, página 74) la demandada, a través del Director de Gestión Humana, citó al señor MARCO ANTONIO ORTIZ LEAL con el fin de que acudiera a diligencia de descargos el 26 de febrero de 2019 a las 09:00 a.m., a efectos de escuchar su versión respecto de lo sucedido el 19 de febrero de ese año cuando, aparentemente no cumplió con el procedimiento para el ingreso de mercancías, según factura GL-74582, al ingresar un pedido de licor relacionándose 25 botellas de Whisky y al hacer el respectivo control de inventarios hacía falta una botella.

Textualmente, argumentó la empresa:

Señor
MARCO ANTONIO ORTIZ LEAL
Asistente III de Despensa
Ciudad.

Asunto: Proceso disciplinario

Respetado Señor Ortiz

Me permito solicitarle, se presente el dia **26 de febrero de 2019** a las **9:00 a.m.**, en la oficina de la **Dirección de Gestión Humana** para que rinda descargos por la presunta falta: No cumplir con el procedimiento establecido para el ingreso de mercancia. Lo anterior por cuanto de acuerdo con el informe presentado por la Jefe de Almacén, usted no cumplió con el procedimiento para el ingreso de mercancías el pasado 19 de febrero de 2019, factura N° GL 74582, cuando ingreso un pedido de licor en el que estaban 25 botellas de Whisky Something Especial, entre las referencias facturadas y al hacer el respectivo control de inventarios el dia 20 de febrero de 2019, hacia falta una botella.

Lo anterior, implica no haber realizado la labor encomendada, ni haber acatado las órdenes e instrucciones que de manera particular le impartió la Empresa, como está estipulado en el Articulo 46 del Reglamento Interno de Trabajo, en concordancia con lo establecido en el Código Sustantivo del Trabajo en los articulos 56 y 58.

Se adjunta: Informe presentado por la Jefe de Almacén de fecha 21 de febrero de 2019 y copia de la factura GL 74582

Para la presente diligencia, si usted desea, podrá asistir acompañado por dos (2) compañeros del sindicato al cual usted pertenece.

Luego, en diligencia de descargos adelantada el 26 de febrero de 2019 (páginas 77 a 80 archivo 5 y páginas 15 a 18, archivo 01 del Expediente Virtual), sobre los hechos enunciados en la citación, quedó consignado lo siguiente:

PREGUNTA 4. Diga cuánto lleva en el cargo

RESPUESTA 4. En el cargo llevo más o menos 7 años

PREGUNTA 5. Conoce usted el Reglamento Interno de Trabajo?

RESPUESTA 5. Si señor.

PREGUNTA 6. Describa las funciones de su cargo

RESPUESTA 6. Por ser asistente, entregar mercancía, recibir a proveedores cotejar los productos que sean de acuerdo a la factura, entregar los diferentes productos a las áreas del Club, entrega de combustible, recepción de proveedores, entradas al almacén de mercancía, pendiente de inventarios cada mes, descargar los productos que se entregan a diario en el sistema, verificar que el producto que diga la orden de compra corresponda a lo que dice la factura.

PREGUNTA 8. Es usted consciente de la novedad presentada el día 19 de febrero de 2019, con el pedido de Whisky cuando por su error al no cotejar la factura 74582 contra la mercancía física recibida?

RESPUESTA 8. Al llegar este proveedor Gamma licores, en horas no indicadas para entregar los productos mencionados en dicha factura, yo me encontraba entregando productos para un área del Club, cuando llegue al Almacén General se encontraba el proveedor Gamma licores para entregar los productos relacionados en esa factura. Por ser una hora de no recibir proveedores estaba el auxiliar del Almacén con la factura en la mano, esperando autorizar el recibo de estos productos por ser ya pasadas las 5:00 p,m, entonces yo sabiendo que estos productos se habían solicitado para un evento y no se podían devolver, decidí recibirlos. El proveedor bajo primero el Whisky, una caja, después fue por la otra yo miro la factura y veo 24. Si, fue error mío al no cotejar al leer la factura. La mire pero no coteje.

PREGUNTA 9. En el informe de la referencia de fecha 21 de febrero de 2019, presentado por la Jefe de Almacén, se indica que usted recibió la factura N° 74582 de la empresa Gamma Licores y que en la misma venían facturadas 25 botellas de Whisky Something Especial. Usted recibe el pedido y cuando se hace revisión de la mercancía recibida, el día 20 de febrero se detecta por parte de la Jefe de Almacén que hace falta una botella de Whisky Something Especial. Explique las razones.

RESPUESTA 9. Yo le digo. Yo recibí 24 botellas de Whisky fue cuando ella se da cuenta del faltante. Yo estaba seguro que había bajado 24 porque en la factura había un 24 pero no de Whisky, era de Atun, me confundí al leer la factura.

PREGUNTA 13. Sabe usted qué son obligaciones especiales del trabajador: "Realizar personalmente la labor en los términos estipulados; observar los preceptos de este reglamento, acatar y cumplir las órdenes e instrucciones que de manera particular le imparta la empresa o sus representantes según el orden jerárquico establecido". Como está estipulado en el Reglamento Interno de Trabajo Artículo 46 numeral 1, en concordancia con el Régimen Laboral Colombiano.

RESPUESTA 13. Si señor

PREGUNTA 14. Para usted es normal que no coincidan las cantidades y los productos como sucedió el pasado 19 de febrero de 2019, con la factura 74582 donde no ingresaron las 25 botellas de Whisky Something Especial?

RESPUESTA 14. No.

PREGUNTA: 15. Es usted consciente de que no controlar y verificar el ingreso de mercancía como fue el caso de la factura 74582, donde falto una botella de Whisky, puede ocasionar perdidas económicas y reprocesos administrativos?

RESPUESTA 15. Si señor.

Se destaca de dicha diligencia adelantada por el CLUB CAMPESTRE EL RANCHO, la aceptación de la ocurrencia de los hechos endilgados al demandante, esto es, que el actor no cumplió con el procedimiento para el ingreso de mercancías, según factura GL-74582, al relacionar 25 botellas de Whisky cuando al hacer el respectivo control de inventarios hacía falta una botella, situación que el accionante refirió sí sucedió dado el informe del 21 de febrero de 2019 presentado por la Jefe de Almacén donde se indica que se recibió la factura No. 74582 de la empresa Gamma Licores y en la misma se facturaban 25 botellas cuando en físico solo se recibieron 24 botellas, es decir, esta situación no esta en discusión ya que se admite, si aconteció.

Además, en el libelo introductor, el actor narra en el hecho 4º: "*El día diecinueve (19) de febrero de dos mil diecinueve (2019) se presentó un incidente en el que mi representado MARCO ANTONIO ORTIZ LEAL incurrió en una conducta supuestamente "grave" e "injustificada", que consistió en haber dado por recibidas veinticinco (25) botellas de licor cuando físicamente sólo se le entregaron veinticuatro (24)".*

De lo anterior es clara la admisión del demandante respecto a la comisión de las conductas atribuidas por la demandada.

Al absolver el interrogatorio de parte, el demandante[3] refirió, "(…) *yo tenía que recibir, recepcionar y entregar productos en el Club, posterior al incidente yo trabajaba solo en el almacén, mi jefe ya no estaba ahí, yo debía recibir mercancía, debía verificar la factura, confrontar las unidades o botellas con el físico, el proveedor llegó después de la hora de recibo, yo miré la caja y revisé y me equivoqué porque pensé que decían 24, supuse que eran la misma caja de 24 de Whisky y venían otros productos porque yo estaba ocupado en otro área, yo tenía que recibir más pedidos y por eso fue el impase, yo llevaba 2 meses laborando en el almacén, estaba solo trabajado desde diciembre a febrero en esa área, no mandaron personal".*

Por su parte, la representante legal al absolver interrogatorio, informó[4]: "*(…) los motivos de la terminación fue falta de efectividad en sus funciones, no cotejó la cantidad de unidades que recibía en el momento de la entrega del pedido, se le entregó manual de funciones y RIT, en anteriores oportunidades él tampoco recibió las mismas cantidades, no conozco la cuantía de los perjuicios causados, Gestión Humana y Gerencia adelantaron el proceso disciplinario, no conozco el horario de recibo de productos, la conducta exacta por la que se le terminó fue por menor cantidad de botellas frente a factura".*

Ahora en la cláusula quinta (pág. 10 archivo 1 expediente virtual) del contrato de trabajo, se pactó:

---

[3] ***Interrogatorio Demandante. récord 21:02: "****Inicié labores en el 2008 el 14 de mayo con el Club Campestre el Rancho hasta el 2019, la vinculación anterior fue porque empecé como extra y temporal y luego entré con el Club fijo, era una empresa de servicios temporales, llegué en el año 2000 como Steward y de ahí llegué fijo, me pagan el salario Impulso temporal, como era extra entonces continué, yo no recibí llamados de atención antes, en octubre de 20'17 me llamaron la atención porque el proveedor fue el deshonesto porque estábamos llenos de trabajo y habían unas cajas y esa fue la conclusión para esos hechos, me suspendieron 3 días, yo fui citado a rendir descargos, llevé testigos que eran representantes del Sindicato, conozco el Reglamento Interno de Trabajo, hay un recuadro en el corredor principal de los empleados que es grande y esta el reglamento pero físico no, yo tenía que recibir, recepcionar y entregar productos en el Club, posterior al incidente yo trabajaba solo en el almacén, mi jefe ya no estaba ahí, yo debía recibir mercancía, debía verificar la factura, confrontar las unidades o botellas con el físico, el proveedor llegó después de la hora de recibo, yo miré la caja y revisé y me equivoqué porque pensé que decían 24, supuse que eran la misma caja de 24 de Whisky y venían otros productos porque yo estaba ocupado en otro área, yo tenía que recibir más pedidos y por eso fue el impase, yo llevaba 2 meses laborando en el almacén, estaba solo trabajado desde diciembre a febrero en esa área, no mandaron personal, no dije nada".*

[4]

Interrogatorio RL Demandada, récord 10:41: *"conozco al demandante hace 10 años, porque trabajaba en el Club Campestre el Rancho en el Almacén general, Auxiliar de Almacén desde mayo de 2008., a término indefinido hasta febrero de 2019, no tuvo más vinculaciones, los motivos de la terminación fue falta de efectividad en sus funciones, no cotejó la cantidad de unidades que recibía en el momento de la entrega del pedido, se le entregó manual de funciones y RIT, la empresa si ha sufrido perjuicios, en anteriores oportunidades él tampoco recibió las mismas cantidades, no conozco la cuantía de los perjuicios causados, Gestión Humana y Gerencia adelantaron el proceso disciplinario, no conozco el horario de recibo de productos, la conducta exacta por la que se le terminó fue por menor cantidad de botellas frente a factura".*

> **QUiNTA**: Son justas causas para poner término a este contrato, unilateralmente, las enumeradas en el artículo 7o. Del decreto 2351/65, y además, por parte del empleador, las siguientes faltas que para el efecto se califican como graves: a) La violación por parte del trabajador de cualquiera de sus obligaciones legales, contractuales o reglamentarias; b) La no asistencia puntual al trabajo, sin excusa suficiente a juicio del empleador, por dos veces dentro de un mismo mes del calendario; c) La ejecución por parte del trabajador de labores remuneradas al servicio de terceros sin autorización del patrono; d) La revelación de secretos y datos reservados de la empresa; e) Las repetidas desavenencias con sus compañeros de trabajo; f) El hecho que el trabajador llegue embriagado al trabajo o ingiera bebidas embriagantes en el sitio de trabajo, aún por la primera vez; g) El hecho que el trabajador abandone el sitio de trabajo, sin el permiso de sus superiores, y h) La no asistencia a una sección completa de la jornada de trabajo, o más, sin excusa suficiente a juicio del empleador, salvo fuerza mayor o caso fortuito.

Igualmente, en el Reglamento Interno de Trabajo en el artículo 53 (págs. 128, archivo 01 expediente virtual) establece cuáles hechos constituyen faltas graves que podrán dar lugar a la terminación del contrato de trabajo con justa causa por parte de la Empresa, así:

> **ARTÍCULO 53.** Constituyen faltas graves:
>
> 1. El retardo hasta de QUINCE (15) MINUTOS en la hora de entrada al trabajo sin excusa suficiente, por quinta vez.
> 2. La falta total del trabajador en la mañana o en el turno correspondiente, sin excusa suficiente, por tercera vez.
> 3. La falta total del trabajador a sus labores durante el día sin excusa suficiente, por tercera vez.
> 4. Violación grave por parte del trabajador de las obligaciones contractuales o reglamentarias.
> 5. Violación por parte del trabajador de la Política de Prevención de Consumo de Alcohol, Drogas y Tabaco.
> 6. El incumplimiento por parte del trabajador de las políticas, manuales, estatutos, reglamentos, directrices, programas, códigos, circulares, procedimientos, normativas existentes en la empresa, tales como:
>   a. Política de prevención en el consumo de alcohol y sustancias alucinógenas.
>   b. Política de seguridad y salud en el trabajo.
>   c. Trámites administrativos.
>   d. Procedimiento uso de parqueaderos.
>   e. Reglamento de higiene y seguridad industrial.
>   f. Política de evaluación del desempeño
>   g. Código de ética y buen gobierno
>   h. Y en general cualquier instrucción que imparta el empleador.

Así las cosas, en consonancia con la prueba analizada, a juicio de esta Sala los hechos atribuidos al demandante como causal de terminación del contrato de trabajo se encuentran acreditados, pues lo que acaeció en el *sub lite*, consistente en recibir 24 botellas y recibir una factura por 25, constituye una negligencia que

lo llevó a incumplir las directrices señaladas en este punto, mucho más cuando llevaba en el cargo 7 años, según lo informó el deponente en la diligencia de descargos, adicionalmente, el propio demandante tenia pleno conocimiento de la importancia sobre este procedimiento, pues ya había recibido una sanción disciplinaria el 6 de octubre de 2017 (página 73, archivo 05), y por tanto, había sido retroalimentado sobre dicha situación, puntualmente, la falta endilgada en esa data lo fue por un faltante de 12 botellas de Whisky, es decir, ya había un conocimiento por parte del actor frente a esta función de deber y cuidado al recibir las materia prima de la empresa, no siendo la primera oportunidad en que la aquí demandada lo retroalimentaba, no pudiéndose entonces justificar en un error humano como lo dijo en descargos, cuyo actuar fue catalogado como *falta grave*, en el Reglamento Interno en el No. 6º, articulo 53.

Téngase en cuenta que no es cierto como lo afirmó el demandante en la diligencia de descargos, que estuviera supliendo funciones de otros compañeros y por eso tenía estrés laboral en dicho momento, pues no puso en conocimiento esta situación con el fin de pedir colaboración al jefe inmediato, así lo advirtió el propio actor al responder: “nunca dije nada sobre estos cambios”, no pudiéndose entonces excusar en su inobservancia al recibir productos.

Nótese que el señor MARCO ANTONIO ORTIZ LEAL exclamó en el interrogatorio: “… **debo recibir a los proveedores y entregar los productos que sean de acuerdo a la factura”,** actividad que es concreta y no puede desconocerse en este escenario.

En otro giro y en punto al recurso de apelación debe advertirse al recurrente, si bien la demandada no enlistó concretamente los numerales de los artículos mencionados en la citación y en la carta de terminación del contrato de trabajo, si las puso en conocimiento en la diligencia de descargos en las preguntas 1, 12, 13,

PREGUNTA 1. Dando cumplimiento al artículo 115 del Código Sustantivo de Trabajo, se le ha informado previamente al trabajdor presuntamente inculpado que podrá ser asistido en la presente diligencia por dos compañeros de trabajo. Desea ser asistido por dos compañeros del sindicato al cual usted pertenece?

PREGUNTA 12. Sabe usted qué los trabajadores tienen cómo deberes: "Ejecutar los trabajos que le confíen con honradez, buena voluntad y de la mejor manera posible" como está estipulado en el Reglamento Interno de Trabajo PRESCRIPCIONES DE ORDEN Articulo 41 literal e), en concordancia con el Régimen Laboral Colombiano?

PREGUNTA 13. Sabe usted qué son obligaciones especiales del trabajador: "Realizar personalmente la labor en los términos estipulados; observar los preceptos de este reglamento, acatar y cumplir las órdenes e instrucciones que de manera particular le imparta la empresa o sus representantes según el orden jerárquico establecido". Como está estipulado en el Reglamento Interno de Trabajo Articulo 46 numeral 1, en concordancia con el Régimen Laboral Colombiano.

De lo anterior, se extrae que las normas que pretendió la empresa enjuiciada imputar en su momento giraron en torno al incumplimiento de los procedimientos y manuales previstos en la empresa para el recibo de inventarios o mercancía, función de la que era conocedor el demandante. Ahora, si bien, en la carta de no se invocaron las normas sino se hizo de manera genérica, como se advierte en el recurso, bien es sabido que esta omisión no deja sin asidero jurídico la validez de la terminación. Así lo dispuso la CSJ en sentencia SL339-2023, en los siguientes términos:

> ***"(i). ¿Está compelido el empleador a citar la norma en que se adecuan los hechos invocados como fundamento de la justa causa de despido?***
>
> *Pues bien, de forma reiterada la jurisprudencia de esta Sala ha sostenido que, aunque el empleador no está obligado a citar la norma en que se adecuan los hechos invocados como fundamento de la justa causa, sí es necesario exponer los motivos concretos en que se funde la decisión, en aras de garantizar el derecho de defensa, sin que posteriormente se puedan traer a colación motivos diferentes a los expuestos al momento del despido como sustento de la determinación empresarial.*
>
> *Sobre el punto, la sentencia CSJ SL16219-2014, señaló:*
>
> ***[…] Sin embargo, no obstante la sociedad demandada no citó la norma completa en que se subsumen los hechos tal como lo puso de presente el Tribunal, debe anotarse que ello no es imperativo conforme lo tiene adoctrinado la jurisprudencia de la Sala, pues basta con identificar los motivos concretos que se le imputan al trabajador y que dieron lugar a su despido, de manera que le permitan en ese momento conocer los móviles que generaron esa determinación a efectos de ejercer el derecho de defensa y garantizar la contradicción oportuna, correspondiéndole al Juez de trabajo verificar si dichos motivos invocados están o no tipificados en el ordenamiento legal aplicable […].***
>
> *De modo que, lo que al fallador de alzada le correspondía era verificar si dichos motivos invocados estaban o no tipificados en el ordenamiento legal aplicable.*
>
> *Ejercicio que fue precisamente el que llevó a cabo, al considerar que si bien en la carta de despido la accionada no hizo referencia o mención expresa acerca de cuáles fueron las normas, procedimientos, políticas institucionales o las disposiciones legales que se quebrantaron por parte de la trabajadora y que por su gravedad dieron lugar al finiquito del vínculo laboral, lo cierto es que conforme a la jurisprudencia de esta Sala, el empleador no está obligado a citar la preceptiva en que se subsumen los hechos invocados como fundamento*

> *de la justa causa, y a lo que sí está obligado es a establecer los motivos concretos en que fundó su decisión.”.*

En ese orden, en la carta de despido se le anunciaron los hechos endilgados y acreditados en este juicio, tal como ya se anotó, los que pasaron a tipificarse en las normas legales o contractuales, para nuestro caso, en los términos del articulo 53, No. 6º del Reglamento Interno de Trabajo y numeral 6º del artículo 62 del estatuto adjetivo laboral, constituye una justa causa para despedir, si se tiene en cuenta, además, es a través del Reglamento Interno que se calificó dicha conducta como grave, documento que conocía el actor, tal como lo confesó en la diligencia de descargos.

En este punto, debe decirse, el juez laboral está eximido de calificar nuevamente la gravedad de la falta cometida por el trabajador, pues ya se ha establecido tal carácter en el reglamento interno de trabajo, debiendo simplemente determinarse si los hechos realmente configuran la falta grave atribuida[5], tal y como acaeció en autos. Así mismo, valga advertir, es indiferente para la configuración de la justa causa, el que con la comisión de la conducta se haya o no producido un perjuicio o daño al empleador, pues basta con que esta se encuentre calificada por las partes como grave, como aquí aconteció. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia 38855 del 28 de agosto de 2012, expuso:

> *“Sobre esta facultad, la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Laboral ha esbozado en múltiples fallos que la calificación de la gravedad de la falta corresponde a los pactos, convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos en los que se estipulan esas infracciones con dicho calificativo. Por ello, cualquier incumplimiento que se establezca en aquéllos, implica una violación de lo dispuesto en esos actos, que, si se califican de grave, constituye causa justa para fenecer el contrato; no puede, el juez unipersonal o colegiado, entrar de nuevo a declarar la gravedad o no de la falta. Lo debe hacer, necesariamente, cuando la omisión imputada sea la violación de las obligaciones especiales y prohibiciones a que se refieren los artículos 58 y 60 del C.S. del T.* ***Lo importante es que el asalariado incurra en una de las faltas calificadas de graves***

[5] *Al tema puede consultarse la Sala de Casación Laboral en Sentencia de radicado 4005 de 31 de enero de 1991 “… la calificación de la gravedad de la falta corresponde a los pactos, convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos en los que se estipulan esas infracciones con dicho calificativo. Por ello, cualquier incumplimiento que se establezca en aquellos, implica una violación de lo dispuesto en esos actos, que, si se califican en ellos de grave, constituye justa causa para fenecer el contrato; no puede, entonces, el juez unipersonal o colegiado, entrar de nuevo a declarar la gravedad o no de la falta. Lo debe hacer, necesariamente, cuando la omisión imputada sea la violación de las obligaciones especiales y prohibiciones a que se refieren los mencionados artículos 58 y 60 del Código sustantivo del trabajo (…) lo importante es que el asalariado incurrió en una de las faltas calificadas de graves por el contrato de trabajo, sin importar si ella produjo daño o beneficio para la entidad patronal. La función judicial ha debido limitarse a establecer si los hechos demostrados constituían la causal alegada o no la configuraban, pero no le competía calificar de leve la falta cometida por el trabajador, cuando la misma estaba consagrada como de carácter grave por las partes en el referido contrato (…)”*

> ***por el reglamento interno de trabajo, sin importar si ella, produjo daño o beneficio para la entidad patronal**.”*

Es importante agregar, para que se configure la falta grave o grave negligencia, no se requiere que efectivamente se haya ocasionado un daño, perjuicio económico o beneficio para el empleador, señalando además, la grave negligencia no se encuentra condicionada al “*animus nocendi*” (intención de causar daño) del trabajador, por lo que cumplidos los presupuestos de gravedad objetiva de la violación legal o previa calificación de la misma, puede sobrevenir lícitamente la extinción del nexo jurídico-laboral a causa de negligencia o descuido culposo y no necesariamente por dolo del infractor[6].

Finalmente se indica, para la ruptura del nexo laboral del accionante, no se contempló por la accionada un procedimiento previo en el reglamento interno pues éste se fijó fue para la comprobación de faltas, y en todo caso encuentra la Sala que dicho trámite pese a no ser necesario, fue surtido en el caso del demandante, pues nótese, fue citado para descargos, con la manifestación de las circunstancias por las cuales era requerido garantizándose además su derecho de defensa, pues fueron escuchadas sus explicaciones frente a lo ocurrido, previo al despido, pese a que, atendiendo la causal invocada y conforme al criterio de la Corte Suprema de Justicia, tampoco se requería escuchar al trabajador.

En suma, las razones expuestas permiten concluir que el despido del que fue objeto el promotor del litigio se dio con justa causa, de modo que, si bien el empleador no invocó en el referido documento el precepto legal que tipificaba la conducta del trabajador inculpado, como ya se dijo, lo cierto es que **sí especificó el motivo concreto de la decisión de terminar el contrato de trabajo y no se tornó ambigua la conducta al ser clara desde la citación a descargos,** situación que el a quo de alzada evidenció y encuadró en las justas causas de despido contempladas en el numeral 6.º del artículo 62 del Código Sustantivo de Trabajo.

Aquí, resulta procedente recordar que de dicha causal se desprenden las siguientes posibilidades que justifican un despido: (i) la violación grave de las obligaciones y prohibiciones impuestas al trabajador, caso en el cual las conductas impropias están determinadas en la ley, de modo que solo resta que su

[6] Sobre el tema pueden consultarse las sentencias CSJ SL 14 ago. 2012, rad. 39518, reiterada en sentencia SL2089 de 2020.

ocurrencia adquiera la condición de gravedad que el precepto exige, y (ii) que el empleado incurra en una falta grave definida y calificada como tal en cualquiera de los estatutos mencionados en la norma, es decir, conductas que las partes han calificado como grave por el solo hecho de su ocurrencia.

De tal manera, agotada la competencia en esta instancia, analizados los puntos objeto de apelación, habiéndose arribado a las mismas conclusiones halladas por la juez a quo, se confirmará integralmente el fallo de primer grado,

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

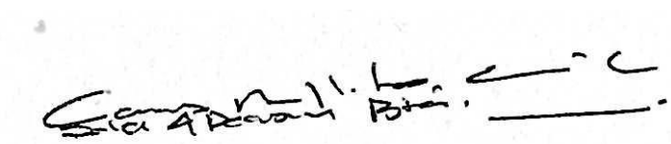
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 4º Laboral del Circuito de Bogotá de conformidad con las motivaciones precedentemente expuestas.

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

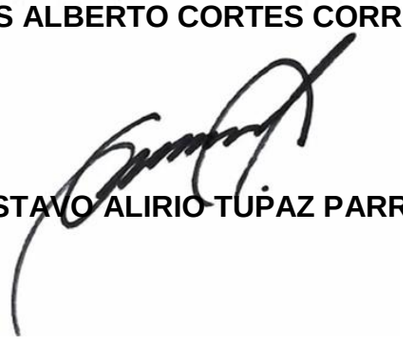
NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

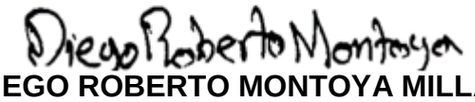


CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

AGENCIAS EN DERECHO: Se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de $1.160.000, la cual deberá ser incluida en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR GABRIEL RICARDO VARGAS SÁNCHEZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. (RAD. 05 2022 00071 01)

Bogotá D.C. treinta y uno (31) de Mayo de dos mil veintitrés (2023)

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

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en su favor, contra la sentencia proferida por el Juez 5 Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 4 de noviembre del 2022 *(Audiencia virtual, archivo 25 expediente digital, récord: 35:44),* en la que se resolvió:

> *"**PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia de traslado de régimen de prima media al de ahorro individual, realizado por el señor GABRIEL RICARDO VARGAS SANCHEZ a través de PORVENIR S.A.*
>
> ***SEGUNDO: ORDENAR** a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS que traslade a COLPENSIONES el valor de las cotizaciones efectuadas junto con los rendimientos, frutos e intereses, y a COLPENSIONES a recibir los aportes del demandante procediendo a actualizar su historia laboral.*
>
> ***TERCERO: COSTAS** únicamente a cargo de COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A., inclúyase como agencias en derecho la suma de cuatro salarios mínimos legales mensuales vigentes a cargo de cada una de estas demandas.*
>
> ***CUARTO:** En caso de que este fallo no fuere apelado, consúltese con el superior a favor de COLPENSIONES."*

Inconforme con la decisión COLPENSIONES solicita en caso de prosperar la ineficacia de la afiliación, se ordene trasladar la totalidad de los valores de la cuenta de ahorros del demandante junto con los gastos de administración, teniendo en cuenta que las cosas deben volver a su estado inicial y no sería procedente que dichos gastos queden en los fondos privados, por lo que solicita se reintegren con cargo a sus propios recursos, junto con todos los valores utilizados en seguros provisionales y cuotas de garantía de pensión mínima, las cuales deben pagarse debidamente indexadas, reiterando que todos los valores de la cuenta individual del demandante, junto con los gastos de administración deben trasladarse con el fin de garantizar el financiamiento de las pensiones generadas en el RPM. *(Audiencia virtual, archivo 25 expediente digital, récord: 36:34)*

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda (*Página 2, archivo 1 Expediente digital),* las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (*Páginas 1 y 2 ibidem),* aspirando de manera principal se declare la nulidad del traslado y afiliación realizada en mayo de 1999 a Porvenir S.A. y posteriormente a Colfondos S.A., en consecuencia se ordene a Colfondos S.A. que proceda a trasladar a Colpensiones la totalidad de lo ahorrado en la cuenta junto con los rendimientos, intereses y demás y a Colpensiones a recibir dichos valores, como también se condene en costas a las demandadas. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado de régimen, ordenando a Colfondos trasladar a Colpensiones el valor de las cotizaciones efectuadas juntos con los rendimientos, frutos e intereses con destino a COLPENSIONES, y a esta última, recibir los aportes del demandante y proceder a actualizar su historia laboral. Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada PORVENIR no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía con el demandante, al momento del traslado, sin que se acreditara haber

explicado las consecuencias de su traslado, aunado a que el formulario no constituye prueba de la información proporcionada.

Pues bien, para resolver la controversia, es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002[1].

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía del demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 8 de septiembre de 1954 *(Página 7, Archivo 2 Expediente Digital)*, por lo que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es, al 30 de junio de 1995[2], 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 efectuado por el demandante al RAIS**,** por afiliación que hiciera a PORVENIR y que para la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 contaba con 341.28 semanas cotizadas al sistema *(Páginas 3 a 8, archivo 13 expediente digital Historia Laboral expedida por Colfondos S.A.)* no cumplía con el requisito para mantener el beneficio transicional pese a su traslado, esto es 15 años de servicio antes de entrar en vigor el nuevo sistema de seguridad social, de conformidad con lo señalado en la sentencia C-

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

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

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

El demandante laboraba en Secretaría de Planeación Distrital – Alcaldía Mayor de Bogotá conforme al formulario de afiliación a Porvenir (Archivo 12 pág. 67 expediente digital).

789 de 2002, por lo que resulta procedente el estudio de la ineficacia del traslado y la conservación del beneficio transicional, desde luego si hay lugar a declararla, en virtud del incumplimiento al deber de información por parte de la AFP PORVENIR con quien se realizó el traslado.

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 **4 de mayo de 1999** con fecha de efectividad a partir del **1° de julio de 1999** *(Páginas 65 y 67, archivo 12 expediente digital)* por afiliación que hiciera a PORVENIR S.A*.,* específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP y en el formulario de afiliación suscrito con esa AFP.

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

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

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

> *"Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos del tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.*
>
> *Es evidente que cualquier determinación personal de la índole que aquí se discute**, es eficaz**, cuando existe un consentimiento informado; en materia de seguridad social, el juez no puede ignorar que por la trascendencia de los derechos pensionales, la información, en este caso, del traslado de régimen, debe ser de transparencia máxima.*

> *Para este tipo de asuntos, se repite, tales asertos no comprenden solo los beneficios que dispense el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.*
>
> *El juez no puede pasar inadvertidas falencias informativas, menos considerar que ello no es de su resorte, pues es claro que cuando quien acude a la jurisdicción reclama que se le respete el régimen de transición, indiscutiblemente, como se anotó, surge la perentoriedad de estudiar los elementos estructurales para que el mismo opere, es decir, debe constatar que el traslado se produjo en términos de eficacia, para luego, determinar las consecuencias propias."*

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

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

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

> *"(…)*
> *De modo que al no existir una norma explícita que regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico en la legislación civil, acudió al aludido precepto relativo a las consecuencias de la nulidad, el cual consagra las mismas consecuencias de aquella. Dicha disposición establece:*
>
> > *Artículo 1746. La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita (subrayas fuera de texto).*
> >
> > *En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos*

[3] *Al tema puede consultarse la sentencia SL2877 de 2020 y SL4875 de 2020*

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

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

Así, discurrió

> *"**1. La consecuencia de la inobservancia del deber de información: ineficacia del acto jurídico de cambio de régimen***
>
> *Al contestar la demanda, Colpensiones sostuvo que en este asunto no hay lugar a declarar la nulidad del traslado de la actora del régimen público de pensiones al privado, en la medida que no se demostró un vicio del consentimiento en la modalidad de error, fuerza o dolo.*
>
> *Ahora bien, el a quo declaró la nulidad de la afiliación de la demandante, pues, en su sentir, el «acto no existió y no puede causar ningún tipo de consecuencia, incluso desfavorable». En esa línea, condenó a Colfondos S.A. a devolver «todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de (…) LILIANA ANGULO RUIZ como comisiones, costos cobrados por administración, sumas adicionales, bonos pensionales de ser el caso, de conformidad con el art. 1746 que se hubieren generado junto con sus rendimientos», e impuso a Colpensiones la obligación de recibirlos y hacer los ajustes pertinentes en la historia laboral de la actora, sin solución de continuidad; esto es, «como si esa afiliación nunca hubiese existido».*
>
> *De ahí que le corresponda a la Sala precisar si la vía correcta es la nulidad o la ineficacia en sentido estricto.*
>
> *Pues bien, esta Corporación es del criterio que la reacción del ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por consiguiente, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC).*
>
> *[2: La ineficacia del acto posee las mismas consecuencias prácticas de la nulidad. Al respecto, la Sala Civil de esta Corporación ha sostenido que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, de suerte que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una*

> *disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (SC3201-2018).]*
>
> *Lo anterior, debido a que en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el legislador consagró de manera expresa en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia. En efecto, el citado precepto refiere que cuando «el empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral […] la afiliación respectiva quedará sin efecto».*
>
> *Si esto es claro, resulta equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues el legislador expresamente consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL3464-2019, y especialmente la CSJ SL4360-2019)".*

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

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

En ese orden de ideas, la obligación de la AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva no solamente de

la carga dinámica de la prueba, sino de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, la cual aunado a ello, tiene a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, *incluso al punto de desanimar al interesado,* por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Señalando la Corte, de acuerdo a la doctrina se le han adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un **traslado de la carga de la prueba** del actor al fondo accionado 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 2011[4], Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y en las

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

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

No obstante, como lo señala la censura, la información que le suministró a SANZ GUTIÉRREZ no tuvo tales características, como que a Folio 106 aparece la "ASESORÍA PENSIONAL PROTECCIÓN –

PROYECCIÓN DE LA PENSIÓN EN EL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA", en donde se señala una mesada pensional de $900.000, a los 60 años, mientras que a Folio 107 figura que a esa misma edad la pensión en el "RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL", es de $1.580.465, cálculos que efectuó el Fondo accionado, el 13 de agosto de 2002.

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

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

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

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

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

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

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

"El yerro del Tribunal estuvo entonces, en no haberse percatado de que el documento analizado, muestra que evidentemente al actor no se le suministró la información adecuada, suficiente y cierta para su traslado.
"(…).
"Las administradoras de pensiones lo son de un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados, según lo prescribe el artículo 97 de la Ley 100 de 1993; la Ley radica en ellas el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, y cuyos deberes surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora.

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

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

estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

> *"(…)* ***Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto.***
>
> *(…)*
>
> *Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*
>
> *(…).*
>
> *Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.*
>
> ***Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego.*** *A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (…)"*

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

---

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

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

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por el accionante[5] no acreditan de manera a alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que en 1999 cuando ingreso a trabajar a la oficina de Planeación Distrital dicho empleador le ofreció la afiliación a Porvenir a lo cual acepto firmando el formulario. El actor indica que para ese momento no había un asesor de dicha AFP y que no le explicaron características del régimen, ni mucho menos los requisitos para pensionarse.

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

A efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR (*Página 67 Archivo 12 expediente digital),* este no constituye en manera alguna medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por esa AFP demandada (sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019) y, en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus,* pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que se advierten ausentes en el plenario.

[5] Audiencia 4 de noviembre de 2022, récord 11:05

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

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

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

> ***"1. El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones: Un deber exigible desde su creación***
>
> ***1.1 Primera etapa: Fundación de las AFP. Deber de suministrar información necesaria y transparente.***
>
> *El sistema general de seguridad social en pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del otorgamiento de diferentes tipos de prestaciones. Con este fin, la Ley 100 de 1993 diseñó un sistema complejo de protección pensional dual, en el cual, bajo las reglas de libre competencia, coexisten dos regímenes: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (AFP).*
>
> *De acuerdo con el literal b) del artículo 13 de la citada ley, los trabajadores tienen la opción de elegir «libre y voluntariamente» aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, previniendo que si esa libertad es obstruida por el empleador, este puede ser objeto de sanciones. Es así como paralelamente el artículo 271 precisa que las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, son susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.*

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

…

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

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

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

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

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

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

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR, omitió en el momento del traslado de régimen **(4 de mayo de 1999, efectivo el 1 de julio de ese año),** el deber de información para con el promotor del juicio, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, **en especial, la pérdida del beneficio del régimen de transición** y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

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

Tampoco incide el hecho que la demandante hubiese efectuado traslados entre AFP (*Página 65, Archivo 12 expediente digital),* en tanto ello no conlleva a que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en el RAIS, máxime si se tiene en cuenta que si bien se trató de traslados los mismos fueron dentro del mismo régimen de ahorro individual.

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

> *«Precisamente en este punto la Corte advierte que la opositora Old Mutual S.A. sugiere que la afiliación entre regímenes privados es un acto de relacionamiento que implica su voluntad de permanecer al RAIS. Si bien el Tribunal no acudió expresamente a este argumento, lo cierto es que destacó que el afiliado tuvo la oportunidad de trasladarse en el periodo de gracia que estableció la Ley 797 de 2003 para retornar a Colpensiones y no lo hizo, lo que a su juicio ratificaba su voluntad de continuar en el RAIS.*
>
> *Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.*

> *De modo que no es dable siquiera sugerir que los posteriores traslados entre administradoras pueden configurar un acto de relacionamiento capaz de ratificar la voluntad de permanencia en ellas, como se infiere de las decisiones de la Sala de Descongestión de esta Corte CSJ SL249-2022 y SL259-2022. Nótese que, conforme la perspectiva explicada, esa voluntad de permanencia en el RAIS es inane dado que no desvirtúa el incumplimiento del deber de información y además ubica la discusión en actuaciones que estarían respaldadas en un acto jurídico ineficaz, esto es, el del traslado inicial.*
>
> *Justamente lo anterior explica que la acción para demandar estos asuntos no sea la de nulidad -como también lo sugieren de forma equivocada aquellas providencias- sino la de ineficacia, en la cual, se reitera, lo relevante es determinar, sin más agregados, si la persona al momento de suscribir el acto de traslado de régimen pensional ha sido debidamente informada sobre las ventajas, desventajas y consecuencias de su traslado y permanencia en el RAIS.*
>
> *Por tanto, nuevamente se enfatiza que este es el precedente vigente y en vigor de la Sala de Casación Laboral de esta Corte, y recoge cualquier otro que le sea contrario, en especial el condensado en aquellas providencias»*.

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

> *«De otra parte, hay que resaltar que* ***los cambios de administradoras de pensiones y la permanencia en el RAIS no contribuyen a esclarecer si la demandante contó con la debida ilustración al momento de trasladarse al RAIS****. De hecho, en sentencias CSJ SL5686-2021 y CSJ SL5688-2021, reiterada en la CSJ SL1055-2022, esta Sala explicó que «argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión».*
> *En este sentido, se indicó que «los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente* ***porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz****, el cual no puede sanearse como la nulidad»* (Negrillas y subrayas de la Sala).

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

En ese orden, la ineficacia del tránsito de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de COLFONDOS, como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliado el actor del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, frutos e intereses, como también la activación de su afiliación por parte de COLPENSIONES en el régimen de prima media con prestación definida, de tal manera se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto.

Debe precisarse, atendiendo el grado jurisdiccional de consulta en que se conoce el presente proceso en favor de Colpensiones como los argumentos de apelación de esa entidad, esta Sala de Decisión adicionará el numeral segundo del fallo de primer grado, en cuanto a que COLFONDOS S.A. -además de lo ordenado por el

Juez *a quo*- y también PORVENIR S.A. deberán retornar los gastos de administración, las comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia[6] y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades[7].

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

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

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

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

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

---

[6] Ver al respecto las sentencias SL4964-2018, SL1688-2019, SL2877-2020, SL4811-2020 y SL373-2021.
[7] Conforme lo señala la SL2209-2021 y SL2207-2021

> *"**Es cierto que dicho ajuste no hizo parte de las pretensiones de la demanda, pero también lo es que, pese a ello, su imposición oficiosa es perfectamente viable porque la indexación no comporta una condena adicional a la solicitada.***
>
> *En efecto, la indexación se erige como una garantía constitucional (art. 53 CP), que se materializa en el mantenimiento del poder adquisitivo constante de las pensiones, en relación con el índice de precios al consumidor certificado por el DANE. A su vez, el artículo 1626 del Código Civil preceptúa que «el pago efectivo es la prestación de lo que se debe», esto es, que la deuda debe cancelarse de manera total e íntegra a la luz de lo previsto en el artículo 1646 ibídem. De ahí que, si la AFP no paga oportunamente la prestación causada en favor del afiliado, pensionado o beneficiario, tiene la obligación de indexarla como único conducto para cumplir con los mencionados estándares de totalidad e integralidad del pago. Por tal motivo, es incompleto el pago realizado sin el referido ajuste cuando el transcurso del tiempo devaluó el valor del crédito.*
>
> *Ahora, la indexación no implica el incremento del valor de los créditos pensionales, ya que su función consiste únicamente en evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción del patrimonio de quien accede a la administración de justicia, causada por el transcurso del tiempo. Tampoco puede verse como parte de la mesada, puesto que no satisface necesidades sociales del pensionado, y menos como una sanción, ya que lejos de castigar al deudor, garantiza que los créditos pensionales no pierdan su valor real."* (Negrillas de la Sala).

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

> ***"7. Consecuencias de la declaración de ineficacia***
>
> *Por no estar acreditado que PORVENIR S. A. hubiere consignado a COLPENSIONES, los aportes que la demandante tenía en su cuenta individual con sus rendimientos, incluyendo también los valores correspondientes a gastos de administración, los cuales según se expuso en las sentencias CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019, debe asumir con cargo a sus propios recursos,* ***se le ordenará la devolución de esos dineros, debidamente indexados,*** *junto con el valor del bono a COLPENSIONES y a favor del actor."* (Negrillas y subrayas fuera de texto)

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

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

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES[8] *(Páginas 27 y 28, archivo 10 expediente digital),*entidad ésta última a favor de quien se surte la consulta*,* basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL-1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por la encartada, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

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

SIN COSTAS en esta instancia.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: ADICIONAR el numeral **SEGUNDO** del fallo de primer grado, en cuanto a que COLFONDOS -además de lo ordenado por el Juez *a quo*- como PORVENIR deberán retornar los gastos de administración, las comisiones, las

[8] Se tuvo por contestada la demanda en auto del 24 de octubre del 2022, archivo 17 expediente digital.

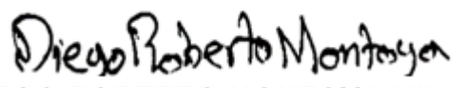
primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades, todo ello por el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esas administradoras, conforme lo considerado.

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

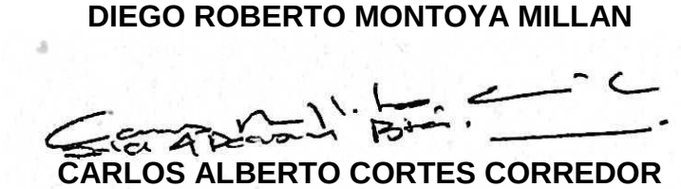
TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado de primer grado, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN



CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL

BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR ANA MERCEDES OVALLE PEÑARANDA CONTRA COLPENSIONES y PALMAS OLEAGINOSAS BUCARELIA S.A.S. (RAD. 05 2022 00077 01).

Bogotá D.C., Treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

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

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la sociedad demandada PALMAS OLEAGINOSAS BUCARELIA S.A.S. y el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, contra la sentencia proferida por el Juez 5° Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 1° de diciembre del 2022 (Archivo 11 expediente digital, récord: 40:14), en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO: CONDENAR** a **PALMAS OLEAGINOSAS BUCARELIA SAS**. a pagar a **COLPENSIONES**, y en favor de la señora **ANA MERCEDES OVALLE PEÑARANDA,** el cálculo actuarial por el periodo de 20 de abril de 1989 a 5 de septiembre de 1992, para este cálculo actuarial se tendrá en cuenta como IBC el salario mínimo legal mensual vigente.*
>
> ***SEGUNDO**: Dentro del mes siguiente a la ejecutoria de la sentencia **COLPENSIONES**, deberá liquidar dicho cálculo e informárselo al empleador. Una vez, informado el empleador de dicho calculo, tendrá un mes para realizar el pago. Y, una vez realizado el pago COLPENSIONES**,** tendrá dos meses, para actualizar la historia laboral de la de la señora **ANA MERCEDES OVALLE PEÑARANDA.***
>
> ***TERCERO: ABSOLVER** a la demandada **PALMAS OLEAGINOSAS BUCARELIA SAS,** de las demás pretensiones de la demanda. Declarando probada parcialmente la excepción de inexistencia de la obligación respecto del extremo inicial alegado.*

> ***CUARTO: COSTAS*** *únicamente a cargo de* ***PALMAS OLEAGINOSAS BUCARELIA SAS.*** *Inclúyase como agencias en derecho la suma de diez salarios mínimos legales mensuales vigentes.**”***

Inconforme con la decisión la apoderada de la sociedad demandada refiere que su inconformidad radica en la condena impuesta ya que en su sentir no es obligación de Bucarelia S.A.S. asumir el cálculo actuarial de la demandante porque en ese momento no existía cobertura del Instituto de Seguros Sociales y por ende no se incumplió con la obligación como tal, porque no se dejó de aportar en el momento debido, mientras la actora fue trabajadora de la empresa. Igualmente refiere que las costas le parecen muy onerosas. (Archivo 11, récord: 42:09[1])

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante en este ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda (Archivo 1 expediente digital, páginas 1 y 2), las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos narrados en el mismo archivo página 4, solicitando se declare que con la demandada Palmas Oleaginosas Bucarelia S.A.S. existió un contrato de trabajo y por ende no realizo los aportes a pensión del 20 de abril de 1987 al 5 de septiembre de 1992, en consecuencia se condene a COLPENSIONES realizar el cálculo actuarial de las cotizadas no realizadas a pensión en dicho periodo y a la sociedad Palmas Oleaginosas a pagar dicho valor, condenas *ultra y extra petita,* costas del proceso. **Obteniendo sentencia parcialmente favorable a sus aspiraciones** por cuanto condenó a la demandada Palmas Oleaginosas Bucarelia S.A.S. cancelar el cálculo actuarial correspondiente al periodo del 20 de abril de 1989 a 5 de septiembre de 1992, tiempo en que la actora no estuvo afiliada al sistema de seguridad social el pensiones, lo anterior tras considerar que conforme

[1] **APODERADA PARTE DEMANDADA PALMAS OLEAGINOSAS BUCARELIA S.A.S. (Récord: 42:09)** Gracias doctor, sí presentamos recurso de apelación contra la sentencia, respetuosamente disentimos de las (sic), pues nos ratificamos en nuestras pretensiones y también solicitamos respetuosamente tener en cuenta que las costas nos parecen muy onerosas entonces, también la apelación va en ese sentido, muchas gracias.

Sí, sí señor, lo que pasa es que nos ratificamos en lo que decimos que no es la obligación expresa para **BUCARELIA** de asumir el cálculo actuarial de la señora de la ANA **MERCEDES OVALLE**, porque en ese momento no existía cobertura, del Instituto de Seguros Sociales no incumplimos con la obligación como tal, porque no dejamos de aportar en el momento debido, mientras que ella fue trabajadora de la empresa, entonces en eso nos ratificamos, para sustentar el recurso de apelación.

la jurisprudencia de las altas Cortes los empleadores están obligados a efectuar los aportes a pensión aun cuando en el territorio no existiera cobertura del ISS, pues los periodos reclamados por la accionante fueron efectivamente prestados y no puede verse truncado su derecho pensional por la omisión en el pago de aportes, precisando si bien para dicha época el empleador no estaba llamado a inscripción por el ISS lo cierto es que debía realizar los aprovisionamientos correspondientes.

Así pues, en primer lugar, de acuerdo con los términos de la apelación ya reseñados, el examen de la Sala se limitará a los aspectos expresamente consignados por el recurrente en la alzada, en virtud del principio de consonancia, quien no controvirtió la existencia de la relación laboral con el demandante, sino que mostró inconformidad frente a la condena al pago del cálculo actuarial dispuesto por la Juzgadora inicial.

En ese orden, a efecto de resolver el presente asunto lo primero que se ha de indicar es que la condena tuvo su sustento en el hecho de que no puede verse frustrado el derecho pensional del trabajador al excluirse un periodo durante el cual prestó su servicio bajo el amparo de un aparente vacío normativo, dado que esos lapsos tienen incidencia directa en la satisfacción de su derecho pensional, precisando al respecto la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral (SL 9856 del 16 de julio de 2014 Radicación No. 41475[2],

---

[2] *Planteado así el estado de la jurisprudencia de la Sala, en virtud de la nueva composición, se considera necesario fijar el criterio de la mayoría de sus integrantes, como enseguida se anota.*

No se somete a duda que la dificultad, si no imposibilidad, logística y financiera que comportaba la implantación del sistema general de pensiones, impuso que su entrada en vigencia se hiciera en forma gradual; por ello, es perfectamente justificable que la asunción de los riesgos amparados por el mismo, no rigiera paralelamente en todas las regiones de la geografía nacional, sino que, en la medida en que se iba haciendo viable, la garantía que implicaba que las pensiones dejaran de estar a cargo del empleador, se fue extendiendo a zonas en las que las condiciones de variada índole permitían el avance. Incluso, no se desconoce que aún llegado el momento en que adquirió vigor jurídico la Ley 100 de 1993, un amplio sector no había alcanzado la protección.

Aun cuando es cierto el carácter transitorio del régimen de prestaciones patronales, no puede estimarse que el empleador no tuviera responsabilidades ni obligación respecto de los periodos efectivamente trabajados por su empleado, pues la disposición que reguló el tema no lo excluyó de ese gravamen, es decir, no puede interpretarse aquella previsión en forma restrictiva, ni menos bajo la lectura del 1613 del C.C., porque se desconoce la protección integral que se debe al trabajador, la cual se logra a través de la entidad de Seguridad Social, si se dan las exigencias legales y reglamentarias, a cargo de la empleadora, en cualquier evento en que deba la atención de riesgos, esto es, por las diferentes causas que no distingue el legislador, como la ausencia de aportes a la Seguridad Social ante la falta de cobertura del I.S.S., o por la omisión del responsable de la afiliación respectiva o del pago de las cotizaciones debidas.

Precisamente el artículo 76 de la Ley 90 de 1946 clarificó la situación al disponer «El seguro de vejez a que se refiere la Sección Tercera de esta Ley reemplaza la pensión de jubilación que ha venido figurando en la legislación anterior. Para que el Instituto pueda asumir el riesgo de vejez en relación con servicios prestados con anterioridad a la presente ley, el patrono deberá aportar las cuotas proporcionales correspondientes.

Las personas entidades o empresas que de conformidad con la legislación anterior están obligadas a reconocer pensiones de jubilación a sus trabajadores, seguirán afectadas por esa obligación en los términos de tales normas, respecto de los empleados y obreros que hayan venido sirviéndoles hasta que el Instituto convenga en subrogarlas en el pago de esas pensiones eventuales. En ningún caso las condiciones del seguro de vejez para aquellos empleados y obreros que al momento de la subrogación lleven a lo menos diez (10) años de trabajo al servicio de las personas, entidades o empresas que se trate de subrogar dicho riesgo serán menos favorables que las establecidas para aquellos por la legislación sobre jubilación anterior a la presente ley»; de forma que al contemplar esas situaciones, no puede entenderse que excluyó al patrono de las obligaciones inherentes al contrato de trabajo.

En efecto, bajo la égida de que no existía norma que regulara el pago de las cotizaciones en cabeza del empleador, en el período en que no existió cobertura del I.S.S., parece desconocerse que el trabajador no tenía por qué ver frustrado su derecho al desconocerse el periodo en el que realmente prestó el servicio, sin que sea viable gravarlo, ante la aparente orfandad legislativa a la que hace referencia a la sentencia, pues ciertamente esos lapsos tienen una incidencia directa en la satisfacción de su derecho pensional.

La sentencia de la Sala Plena de esta Corte, de 9 de septiembre de 1982, reconoce que el empleador tiene una serie de compromisos, en el periodo en el que no existió cobertura; justamente en ella se lee que «la filosofía misma del sistema de Seguridad Social demuestra diáfanamente que lo que se pretendía con él era el beneficio general e indiscriminado de los trabajadores, especialmente en cuanto se ampliaba sistemáticamente la cobertura de las prestaciones para abarcar un extenso grupo de los mismos, que hasta ese momento carecía de tales prestaciones. Las normas correspondientes significaron a la postre un mejoramiento integral de los trabajadores y una tecnificación indudable, de lo cual hasta el momento carecía la legislación laboral del país.

Así pues, desde el propio comienzo de esta nueva etapa de la seguridad social en el país quedó suficientemente claro, además de la citada aspiración técnica, que los riesgos originarios de las prestaciones sociales estarían a cargo del patrono respectivo, solamente mientras se organizaba el Seguro Social Obligatorio. Fue así como el artículo 12 de la Ley 6ª de 1945, en cláusula repetida luego por los artículos 193-2 y 259-2 del Código Sustantivo del Trabajo dispuso que "mientras se organiza el Seguro Social obligatorio corresponderán al patrono las siguientes indemnizaciones o prestaciones para con los trabajadores, ya sean empleados u obreros"».

De esa reseña jurisprudencial debe resaltarse que el «mejoramiento integral de los trabajadores», que implicó la asunción de riesgos por el ISS, sólo puede concebirse si tal cobertura se hace efectiva, porque de lo contrario, lejos de existir progreso en las condiciones laborales que permitiría que quede desprovisto de una atención plena e integral, que se debe por el trabajo desarrollado.

Por demás, el marco histórico constitucional da cuenta que desde la Carta Política de 1886 se previó la protección de los trabajadores, inclusive en estados de conmoción interior, impidiendo la afectación y el desmejoramiento de sus derechos aspecto que debe ponderarse para la interpretación del querer del legislador.

Estima esta Corte que si en cabeza del empleador se encontraba la asunción de las contingencias propias del trabajo, aquella cesó cuando se subrogó en la entidad de seguridad social, de forma que ese período <en el que aquel tuvo tal responsabilidad, no puede ser obviado o considerarse inane, menos puede imponérsele al trabajador que vea afectado su derecho a la pensión, ya sea porque se desconocieron esos periodos, o porque por virtud del tránsito legislativo ve perturbado su derecho.

Esa responsabilidad no puede entenderse como vacía, u obsoleta, por el contrario se traduce en una serie de obligaciones de quien estaba llamado a otorgar la pensión y quien si bien se subrogó no puede desconocer los periodos laborados por el trabajador.

Así se expuso en la sentencia 27475 de 24 de noviembre de 2006: «En efecto, desde la creación del Instituto de Seguros Sociales lo que se buscaba era la subrogación del ISS con relación a los riesgos laborales. Pero ello no era posible de inmediato ni en todo el territorio nacional, razón por la cual se mantuvo vigente la responsabilidad de los empleadores hasta la asunción de dichas contingencias por el ISS».

En tal sentido, en criterio de esta Corte, el patrono, debe responder al Instituto de Seguros Sociales por el pago de los periodos en los que la prestación estuvo a su cargo, pues sólo en ese evento pudo haberse liberado de la carga que le correspondía, amén de las obligaciones contractuales existentes entre las partes. Por demás la imprevisión del legislador de mediados del siglo pasado no puede cargarse a la parte débil de la relación, para ello además se podría oponer la confianza legítima que inspira la adecuación del comportamiento ciudadano a los mandatos del legislador. Empero, se estima que otro sería el escenario en

reiterada en las sentencia SL4921 del 27 de octubre del 2021, SL4321 del 23 de noviembre del 2022 y SL3823 del 26 de octubre del 2022, entre otras), ha señalado que el empleador tiene una serie de compromisos por los periodos en los que no existió cobertura, y no se puede imponer la afectación del derecho a la pensión del trabajador porque se desconozcan dichos periodos o por virtud del tránsito legislativo; por lo tanto el empleador debe responder por el pago de los periodos en los que la prestación estuvo a su cargo, como quiera que sólo de esa manera se libera de la carga que le corresponde en virtud de las obligaciones contractuales entre las partes.

Valga aquí rememorar lo considerado en sentencia de casación laboral SL885-2023 Rad. 93872 del 15 de febrero del 2023 así:

> *"*...la Sala ha tenido la oportunidad de establecer a través de una línea jurisprudencial pacífica, que el empleador que no afilie a sus trabajadores al sistema de seguridad social por cualquier motivo, sea por omisión en la afiliación, por falta de afiliación por no ser llamado por el ISS o por no existir cobertura del extinto ISS, tiene a su cargo el pago total de las obligaciones pensionales frente a aquellos periodos, toda vez que en esos momentos estaban bajo su responsabilidad (CSJ SL1579-2022, CSJ SL1720-2022, CSJ SL4292-2022 y CSJ SL3506-2019).
>
> (…)
>
> En este orden de ideas, conforme al derrotero jurisprudencial señalado, en estos eventos el cálculo incluye todo el período laborado por el empleado porque mientras el ISS no subrogara al empleador en sus obligaciones, este tenía la responsabilidad total respecto al riesgo pensional del trabajador…"

---

el que cabría discutir una eventual responsabilidad por falta de previsión legislativa, para situaciones como las que da cuenta este proceso.

Vale destacar la intelección anclada en la lectura de los artículos 59 a 61 del Acuerdo 224 de 1966, reguladores de la subrogación paulatina de la pensión de jubilación del artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, en cuanto, si bien, los patronos de los trabajadores que al momento de la asunción del riesgo de vejez por el ISS no habían cumplido 10 años de servicios, fueron subrogados por dicha entidad en la obligación de pagar la pensión de jubilación, no traduce la liberación de toda carga económica, pues en casos como el presente, en los que no se alcanzó a completar la densidad de cotizaciones para acceder a la pensión de vejez, se debe facilitar al trabajador que consolide su derecho, mediante el traslado del cálculo actuarial para de esa forma garantizarle que la prestación estará a cargo del ente de seguridad social.

Tampoco conviene desapercibir que si el demandante nació el 20 de marzo de 1947 (folios 43 y 99), el mismo día y mes de 2007 alcanzó la edad exigida para el reconocimiento de la prestación pensional, por manera que su situación se gobierna por el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, con la modificación introducida por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, que en el literal c) del parágrafo 1º, para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez, dispone que se tendrá en cuenta «El tiempo de servicio como trabajadores vinculados con empleadores que antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993 tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, siempre y cuando la vinculación laboral se encontrara vigente o se haya iniciado con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993», precepto que entendido en los términos de la sentencia 32922, ya citada y copiada, es decir en «consonancia con la vocación del Sistema General de Pensiones de proteger a la totalidad de los trabajadores subordinados», de suerte que «el alcance de dicha norma debe ser comprensivo de aquella variedad de situaciones en las que el empleador tuvo o tenía a su cargo el deber de reconocer y pagar el derecho pensional», fuerza una solución como la que adoptó el Tribunal".

De tal suerte, no son de recibo para la Sala las hipótesis expuestas por la gestora judicial de la enjuiciada PALMAS OLEAGINOSAS BUCARELIA S.A.S., en cuanto da a entender su actuar de buena fe, bajo la premisa que no existía disposición normativa alguna que la facultara para la realización de la afiliación de la demandante y el correspondiente pago de los aportes, por lo que no se atenderán de manera favorable tales argumentaciones, por las razones expuestas de manera precedente.

Ahora, en atención al grado jurisdiccional de CONSULTA que se surte en favor de la demandada COLPENSIONES, la Sala encuentra acertada la orden a ella emitida, en relación con la elaboración del cálculo actuarial, en tanto al ser ésta la Administradora de Pensiones elegida por la trabajadora para el pago de sus aportes y ante la cual se han hecho todas sus cotizaciones conforme a la historia laboral aportada por dicha accionada (Archivo 05.1 "*ColpensionesExpedienteAdministrativo"*), es claro que en su cabeza se encuentra esta obligación de hacer con el fin de convalidar el tiempo no cotizado y por ende la de actualizar la historia laboral con el periodo que comprende el pago del cálculo actuarial (*20 de abril de 1989 a 5 de septiembre de 1992),* confirmándose en estos aspectos la sentencia de primera instancia.

En relación con la excepción de prescripción oportunamente propuesta por COLPENSIONES (Archivo 5 expediente digital, pág. 8[3]), es de advertir, el derecho a perseguir el pago del cálculo para la financiación de un derecho pensional no está sujeto a término de prescripción, razonamientos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras desde las sentencias con radicación 21378 del 18 de febrero del 2004, SL 8544 del 15 de junio de 2016 y SL 738 Radicación No. 33330 del 14 de marzo del 2018[4].

---

[3] Por auto del 12 de octubre del 2022 se admitió la contestación de Colpensiones (Archivo 9 expediente digital).

[4] *(…) tratándose de aportes pensionales omitidos, en tanto se constituyen como parte fundamental para la financiación y consolidación del derecho a la pensión, no resulta dable aplicar la prescripción sobre el derecho, como tal, sino tan solo sobre las mesadas o eventuales reajustes dejados de cobrar oportunamente*.

En efecto, en primer lugar, el Tribunal transcribió sin mayores explicaciones algunos apartes de la sentencia emitida por esta sala CSJ SL, 15 jul. 2003, rad. 19557, en la que se adoctrinó que los factores económicos que integran la base salarial y su impacto sobre la liquidación de una pensión de jubilación, por excepción, sí están sometidos a prescripción. Tras ello, inexplicablemente, obvió que la controversia de la que se ocupaba el proceso era sustancialmente diferente, en tanto se trataba de indagar por una omisión del empleador en la afiliación de un trabajador al sistema de pensiones, junto con sus consecuencias.

Por ese camino, el Tribunal aplicó unas reglas jurídicas que, además de que ya fueron revaluadas por la mayoría de la Sala (ver CSJ SL8544-2016, CSJ SL10444-2016, CSJ SL14921-2016, CSJ SL13585-2016, entre otras), son absolutamente inaplicables a este asunto, en el que, valga repetir, no se discute la inclusión

Respecto de las costas procesales objeto de apelación por parte de PALMAS OLEAGINOSAS BUCARELIA S.A.S., téngase en cuenta que el legislador nacional ha acogido el criterio objetivo, en virtud del cual, las costas corren siempre a cargo de la parte vencida en juicio, por así disponerlo el numeral 1º del artículo 365 C.G.P., el cual contiene el principio general, según el cual *"se condenará en costas a la parte vencida en el proceso (…)"*, sin consideración a su intención, razonabilidad de su discusión en el conflicto jurídico en litigio o su conducta en el trámite procesal, sino el hecho de haber sido vencido en juicio, por manera que al haber sido desfavorable la sentencia de primer grado a la sociedad PALMAS OLEAGINOSAS BUCARELIA S.A.S., lo atinente a derecho es que sea condenada

---

de algún factor salarial que deba influir en el monto de la pensión de vejez, sino la omisión de la afiliación del trabajador al sistema de pensiones durante varios periodos de la relación laboral. En segundo lugar, para la Corte el Tribunal incurrió en otro error jurídico al concluir que, en este caso, la reclamación del actor por los periodos de la relación laboral no cotizados al sistema de pensiones se encontraban afectados por prescripción.

En torno a este punto, en sentencias como las CSJ SL792-2013, CSJ SL7851-2015, CSJ SL1272-2016, CSJ SL2944-2016 y CSJ SL16856-2016, entre otras, la Corte ha sostenido que mientras el derecho pensional esté en formación, la acción para reclamar los aportes pensionales omitidos, a través de cálculo actuarial, no está sometida a prescripción. En similar dirección, en sentencias como las CSJ SL, 8 may. 2012, rad. 38266, y CSJ SL2944-2016, señaló que «…el pago de los aportes pensionales al sistema de seguridad social, en tanto se constituyen como parte fundamental para la consolidación del derecho a la pensión de jubilación, no están sometidos a prescripción…»

Si bien es cierto que, a partir de algunas de las anteriores decisiones, podría pensarse que el pago de los aportes pensionales omitidos, a través de cálculo actuarial, que es lo que en esencia se discute en este proceso, sí prescribe, pero teniendo en cuenta que la obligación se hace exigible a partir del momento en el que se reconoce la pensión de vejez o de jubilación, la Corte considera prudente precisar su doctrina, en cuanto a que, por tratarse de aportes pensionales, que constituyen capital indispensable para la consolidación y financiación de la prestación y, como consecuencia, están ligados de manera indisoluble con el estatus de pensionado, no pueden estar sometidos a prescripción. Así se consideró en la sentencia CSJ SL, 8 may. 2012, rad. 38266, que se refirió a la imprescriptibilidad de cálculos actuariales necesarios para financiar la pensión, o en la sentencia CSJ SL, 9 ag. 2006, rad. 27198, relacionada con la imprescriptibilidad de los bonos pensionales. En esta última decisión se anotó que,

[…] existe una relación indisoluble entre el bono pensional y el status de pensionado, debiendo correr la misma suerte la acción que se instaure en uno u otro caso para solicitar su reconocimiento, pues en puridad de verdad estos derechos están estrechamente ligados o entrelazados, y en estas condiciones ninguno de ellos admite prescripción extintiva del derecho en sí mismo.

Consideraciones que para la Sala resultan aplicables a la presente situación, pues el acopio de aportes pensionales omitidos por el empleador, sea cual sea la razón de ello, a través de cálculo actuarial, está ligado de forma lógica a la construcción del derecho pensional y a su financiación, de manera que, como se dijo en la sentencia CSJ SL795-2013,

[…] teniendo en cuenta ese ideal constructivo y contributivo, que orienta las pensiones de jubilación, lo más justo y adecuado a las normas y principios del sistema de seguridad social, es que el afiliado tenga la oportunidad de enmendar o perseguir la integración de todos aquellos elementos que contribuyen al nacimiento de su pensión, o de atacar todas las contrariedades que afecten ese derecho en construcción, en cualquier tiempo, de manera que cuando cumpla el último de los requisitos necesarios para tales efectos, pueda empezar a disfrutar de su descanso de una forma remunerada, equilibrada y digna.

A partir de todo lo anterior, se reitera, para la Corte las reclamaciones por omisiones en la afiliación del trabajador al sistema de pensiones y sus consecuencias, en tanto están ligadas de manera necesaria tanto a la consolidación plena, como a la financiación debida de las respectivas prestaciones, no están sometidas al fenómeno de prescripción en tanto tal, en iguales términos que los prohijados por la Sala para el estatus de pensionado, sino tan solo en cuanto a las mesadas o los reajustes dejados de cobrar oportunamente."
(Subrayas fuera de texto)

en costas, iterando, la única valoración a tener en cuenta en este aspecto, es las resultas del proceso, y en cuanto a la discusión sobre el valor de este concepto, ello se debe hacer en la etapa procesal correspondiente como lo señala el artículo 366 del C.G.P., no siendo éste el momento para pronunciarse sobre su eventual cuantía.

Conforme a lo anterior y en los términos que anteceden, se agota de esta manera la competencia de la Sala, por el estudio de los aspectos que la motivaron, confirmándose en su totalidad la sentencia de primer grado.

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada PALMAS OLEAGINOSAS BUCARELIA S.A.S.

En mérito de los expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA 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

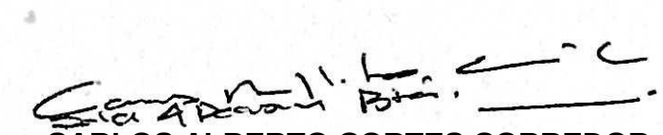
PRIMERO: CONFIRMAR el fallo proferido por el Juez 5° Laboral del Circuito de Bogotá, de acuerdo a lo considerado.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de PALMAS OLEAGINOSAS BUCARELIA S.A.S.

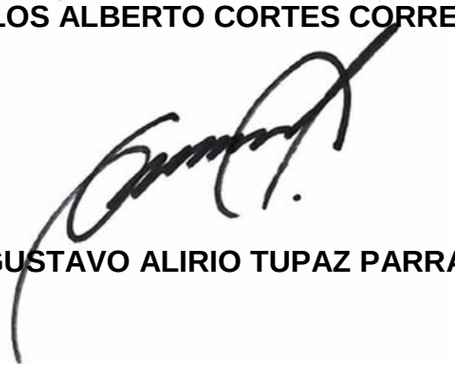
NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

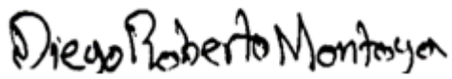


CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

AGENCIAS EN DERECHO: Se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de $1.160.000, la cual deberá ser incluida en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D. C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR LA ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD ALIANSALUD EPS S.A. CONTRA LA ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-ADRES (RAD. 06 2016 00313 01).

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo dos mil veintitrés (2023)

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

AUTO

Seria del caso entrar a reconocer personería al Abogado CAMILO ANDRÉS MOLANO PULIDO, sino fuera porque observa la Sala que el referido profesional allegó memorial a través de correo electrónico de fecha 27 de septiembre de 2022 (*archivo 02, segunda instancia, páginas 1 a 3*), descorriendo el traslado de los alegatos, sin adjuntar el mandato conferido por la demandada ADRES, pues de las actuaciones surtidas en el *sub judice*, se extrae que como apoderado de la entidad enjuiciada actúa el Doctor PACIFICO GIOVANNY PINEDA DIAZ (*página 111, archivo 01*), profesional que fue reconocido en providencia del 10 de agosto de 2022 (*página 190 a 192, ibidem*, siendo improcedente que el referido togado intervenga en el proceso al no estar expresamente facultado.

Ahora bien, la Sala con el fin de realizar un control oficioso de legalidad y en acatamiento de lo dispuesto por la Corte Constitucional en Auto 389 de 2021, proferido en virtud de las atribuciones conferidas por el numeral 11 del articulo 241 de la Constitución Política y demás pronunciamientos que sobre el tema se entrará a exponer, procede esta Corporación a indicar:

Como bien es sabido, la Corte Constitucional mediante auto 389 de 22 de julio de 2021, resolvió un conflicto de competencia por un tema de recobros entre un juzgado laboral y uno administrativo, creando como regla de decisión que dichos asuntos corresponden a los jueces administrativos. Consideró a su vez que, esa decisión tiene efectos *erga omnes* y en consecuencia debe ser acatada por todos los Jueces de la República.

En el sub examine las pretensiones de la EPS demandante, se dirigen al reconocimiento y pago de los gastos administrativos en que incurrió la entidad por la gestión de los mismos y según se desprende del supuesto fáctico, lo pretendido corresponde al reembolso de servicios médicos no incluidos en el POS cuya prestación obedeció a órdenes de tutela y actas del Comité Técnico Científico (en adelante CTC), que fueron glosados bajo la causal 4-03.

Al respecto, en tratándose de conflictos derivados de la seguridad social, el No. 4° de la aludida disposición señala:

> *"Artículo 2: Modificado Ley 712 de 2001, artículo 2. Competencia general. La jurisdicción ordinaria, en sus especialidades laboral y de seguridad social conoce de:*
> *(...)*
> *4. Modificado L. 1564/2012, art. 622. Las controversias relativas a la prestación de los servicios de la seguridad social que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleados y las entidades administradoras o prestadoras, salvo los de responsabilidad médica y los relacionados con contratos."*

Al tenor de dicha preceptiva, es claro que la competencia de esta especialidad está condicionada a la "prestación de servicios", no así al pago de las prestaciones económicas a cargo del sistema que es sobre lo que versa la demanda. Además, también está limitada a las controversias presentadas entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, empero no entre estas últimas como aquí acurre, en tanto las partes en conflicto son entidades administradoras del Sistema General de Seguridad Social en Salud (la EPS -demandante- como administradora de los planes de beneficios en salud y ADRES -demandada- como administradora de los recursos del S.G.S.S.S y que hace parte del mismo[1]).

[1] *Sobre su naturaleza jurídica y competencias puede consultarse el artículo 66 de la Ley 1753 de 2015.*

Sobre el particular, la Corte Constitucional en Auto 389 de 2021, proferido en cumplimiento de las atribuciones conferidas por el numeral 11 del artículo 241[2] de la Constitución Política, en un caso que resulta predicable al caso de marras, con relación a la competencia de los jueces laborales asignada en el precitado numeral 4º del artículo 2 del C.P.T y la S.S., determinó que el proceso judicial de recobro no corresponde, en estricto sentido, a una controversia relativa a la prestación de servicios de la seguridad social, como quiera que dicho procedimiento se adelanta cuando ya la entidad prestó el servicio, en otros términos, dijo, no tiene por objeto decidir sobre la prestación del servicio sino sobre su financiación. Puntualmente, sostuvo esa Corporación:

> *"(…)*
>
> *19. Frente a la tensión expuesta, la Sala procederá a estudiar las disposiciones normativas ya señaladas y algunos precedentes fijados por esta Corporación.*
>
> *20. Resulta importante hacer referencia a la Sentencia C-1027 de 2002, en la que la Corte estudió una demanda presentada en contra del numeral 4º del artículo 2 de Ley 712 de 2001, en su versión original. En esa ocasión la Corporación concluyó que "en el artículo 2 de la ley en mención se regula la* ***competencia general de la jurisdicción ordinaria 'en sus especialidades laboral y de seguridad social****'" (negrillas fuera de texto), siendo enfática al señalar que la unidad conceptual de la seguridad social integral, sumada a las características propias de la conflictividad que gira en torno a la materia, demandan la existencia de un proceso especial y de una jurisdicción también especializada que pueda dirimir tales controversias. En ese orden, dijo que "no cabe duda de que el legislador es el llamado a diseñar el régimen jurídico de la seguridad social con sujeción a los principios superiores de eficiencia, universalidad y solidaridad, facultad que implica también la asignación de las competencias jurisdiccionales para el conocimiento de las controversias sobre esta materia". Cuestión última que dio lugar a la conclusión de que la especialización de la justicia ordinaria laboral "corresponde al sentido unificado del sistema de seguridad social integral querido por el constituyente. Unidad del sistema que se proyecta en la unidad de la jurisdicción"[3].*
>
> *21. Una lectura armónica de los artículos 15[4] y 622[5] de la Ley 1564 de 2012, de los numerales 4º[6] y 5º[7] del artículo 2 de la Ley 712 de 2001 y del artículo 12 de la Ley 270 de 1996[8], permite*

---

[2] *"**Artículo 241:** a la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones: (…)*

11. Dirimir los conflictos de competencia que ocurran entre las distintas jurisdicciones."

[3] *Corte Constitucional, Sentencia C-1027 de 2002.*

[4] *El artículo 15 de la Ley 1564 de 2012 señala: "Corresponde a la jurisdicción ordinaria, el conocimiento de todo asunto que no esté atribuido expresamente por la ley a otra jurisdicción".*

[5] *El artículo 622 de la Ley 1564 de 2012, que modificó el numeral 4º del artículo 2 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, establece: "4. Las controversias relativas a la prestación de los servicios de la seguridad social que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, salvo los de responsabilidad médica y los relacionados con contratos".*

[6] *Modificado por el artículo 622 de la Ley 1564 de 2012.*

[7] *El numeral 5º del artículo 2 de la Ley 712 de 2001 dispone que la jurisdicción ordinaria, en sus especialidades laboral y de seguridad social, conoce de: "La ejecución de obligaciones emanadas de la relación de trabajo y del sistema de seguridad social integral que no correspondan a otra autoridad".*

[8] *El artículo 12 de la Ley 270 de 1996, modificado por el artículo 5 de la Ley 1285 de 2009, señala que la función jurisdiccional "[…] se ejerce por la jurisdicción constitucional, el Consejo Superior de la Judicatura,*

reiterar que corresponde a la jurisdicción ordinaria, en su especialidad laboral y de seguridad social, la competencia general para dirimir las ***controversias relativas a la prestación de los servicios de la seguridad social****. Exceptuándose de dicho marco los asuntos, (i) de responsabilidad médica y los relacionados con contratos, y (ii) aquellos que por disposición expresa del legislador le sean asignados a otras autoridades judiciales. Así, en atención a la cláusula general de competencia, son los jueces laborales los competentes para conocer de las controversias relativas a la prestación de los servicios de la seguridad social y de la ejecución de obligaciones emanadas del sistema de seguridad social integral que no correspondan a otra autoridad.*

22. Dicha competencia en cabeza de los jueces laborales tiene importancia para la Corte Constitucional, pues la remisión de los asuntos de la seguridad social a dichos juzgados supone que "el nuevo estatuto procesal del trabajo reconoce expresamente la autonomía conceptual que al tenor de lo dispuesto en el artículo 48 Fundamental ha adquirido la disciplina de la seguridad social, asignándole a la jurisdicción ordinaria laboral el conocimiento de los asuntos relacionados con el sistema de seguridad social integral en los términos señalados en el numeral 4° del artículo 2° de la Ley 712 de 2001"[9]*.*

23. Entonces, de acuerdo con el artículo 622 de la Ley 1564 de 2012, que modificó el numeral 4º del artículo 2 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, es claro que en los jueces laborales recae la competencia general para dirimir las ***controversias relativas a la prestación de los servicios de la seguridad social*** *que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras. Así, es necesario examinar, en el caso que estudia la Sala, primero, si las controversias referidas a los recobros corresponden a la prestación de servicios de la seguridad social, y, segundo, si se trata de una controversia entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras.*

24. ***La Sala encuentra, en primer lugar, que el proceso judicial de recobro no corresponde, en estricto sentido, a una controversia relativa a la prestación de servicios de la seguridad social.*** *Dicho procedimiento se adelanta cuando ya la entidad prestó el servicio (el tratamiento o el suministro del insumo excluido del PBS), en virtud de la orden proferida por un comité técnico científico –en su momento– o por un juez de tutela; es decir,* ***no tiene por objeto decidir sobre la prestación del servicio sino sobre su financiación****.* ***En este sentido, el recobro busca resolver un desequilibrio económico entre el Estado y una EPS, de manera que esta última lo que pretende es recuperar los recursos que debió destinar para cubrir asistencias a las que no se considera obligada por estimar que no hacen parte de la cobertura del Plan de Beneficios en Salud. En ese orden, el recobro no pretende garantizar en forma directa que el servicio o la tecnología en salud efectivamente sean prestados.***

No se debe olvidar que los recobros tienen la virtualidad de permitir que los recursos del sistema fluyan adecuadamente y que, de esta forma, tienen repercusiones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud[10]***. Sin embargo, esta relación es meramente indirecta y condicional (circunstancial), pues materialmente el procedimiento de recobro constituye una controversia económica, no de salud en estricto sentido, que formula la EPS ante el Estado por haber asumido obligaciones que considera ajenas a lo que estaba legal y reglamentariamente obligada a cumplir.***

25. En segundo lugar, las controversias relacionadas con el pago de recobros judiciales al Estado por prestaciones no incluidas en el PBS y por las devoluciones o glosas a las facturas entre entidades del Sistema General de Seguridad Social en Salud vinculan, en principio, a las

---

la jurisdicción de lo contencioso administrativo, las jurisdicciones especiales tales como: la penal militar, la indígena y la justicia de paz, y ***la jurisdicción ordinaria que conocerá de todos los asuntos que no estén atribuidos por la Constitución o la ley a otra jurisdicción****" (negrillas fuera de texto).*

[9] *Corte Constitucional, Sentencia C-1027 de 2012.*

[10] *La Corte ha considerado que, dada la complejidad de los procedimientos implementados para el recobro y la asignación de los dineros de la salud, se han ocasionado graves problemas de iliquidez en las entidades promotoras y prestadoras de servicios de salud. En la sentencia C-383 de 2020, esta Corporación indicó que el flujo de recursos "ha comportado una falla estructural del sistema de salud que data de hace varios años, (incluso antes de proferida la sentencia T-760 de 2008 en la que se hizo más evidente), lo que dificulta gravemente la situación financiera de los actores del sistema de salud y perjudica directamente el goce efectivo del derecho fundamental a la salud".*

> *Entidades Promotoras de Salud (EPS) y a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, ADRES. En este tipo de controversias, en consecuencia,* ***no intervienen afiliados, beneficiarios, usuarios ni empleadores****.*
>
> *(…)*
>
> *29. Ahora, aunque el artículo 622 del CGP, que modificó el numeral 4º del artículo 2 del CPTSS, fue expedido cuando la ADRES aún no se había creado, no puede desconocerse que se trata de una entidad administradora de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud y que hace parte del mismo.*
>
> *30. Con fundamento en lo anterior,* ***concluye la Sala que el numeral 4º del artículo 2 del CPTSS (en la forma como fue modificado por el artículo 622 del CGP) no es aplicable a las controversias relacionadas con el pago de recobros judiciales*** *al Estado por prestaciones no incluidas en el PBS y por las devoluciones o glosas a las facturas,* ***que se susciten entre las EPS y la ADRES****, en la medida en que,* ***como ya se indicó, no corresponden a litigios que, en estricto sentido, giren en torno a la prestación de servicios de la seguridad social. Además, porque se trata de controversias presentadas únicamente entre entidades administradoras, relativas a la financiación de un servicio que ya se prestó.****"*

Así las cosas, como en el presente asunto la controversia se ventila por ALIANSALUD EPS (persona jurídica), en contra de la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES, por la presunta falta de pago de servicios NO POS que fueron prestados en cumplimiento de órdenes de tutela y actas de CTC, es claro que no está de por medio de manera directa el afiliado, beneficiario, usuario o empleador, en procura de servicios asistenciales o prestacionales.

No obstante lo expuesto en este asunto, observa la Sala que en esta litis fue dirimido el conflicto de jurisdicciones suscitado entre el Juzgado 6º Laboral del Circuito de Bogotá y el Juzgado 6º Administrativo del Circuito de Bogotá mediante proveído del 20 de septiembre de 2017 (folios 5 a 14, cuaderno 11) por parte de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura en el sentido de declarar que el conocimiento del asunto de la referencia le correspondía a la **Jurisdicción Ordinaria** en su especialidad laboral, providencia que se encuentra en firme y no puede en este punto desconocerse pese que hoy día ha cambiado la postura y por ende, cuando se presentan conflictos de jurisdicción que versan sobre las pretensiones que aquí ocupa a la Sala, son remitidos a la jurisdicción Contencioso Administrativa, no siendo esta la oportunidad en que se aplique dicho lineamiento, pues se reitera, el Consejo Superior de la Judicatura en su momento dirimió el conflicto a través de una providencia, la que hace tránsito a cosa juzgada y es deber de los operadores judiciales acatar y dar estricto cumplimiento a la orden impartida.

Sobre este tópico, la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3748-2020, dispuso para los casos donde se ha dirimido un conflicto de jurisdicción, lo siguiente:

> *"El Tribunal básicamente fundamento su decisión, en que, conforme al principio procesal del juez natural, lo pretendido por el demandante no podía ser objeto de pronunciamiento por parte de la jurisdicción laboral, sino que ello le competía a la contenciosa administrativa; así el Consejo Superior de la Judicatura hubiese decidido lo contrario.*
>
> *Por su parte, la inconformidad de la parte recurrente radica esencialmente, en que el Tribunal infringió directamente la norma que regula la figura jurídica de la cosa juzgada, lo que condujo a la transgresión de las demás preceptivas señaladas en la proposición jurídica, habida cuenta de que el Consejo Superior de la Judicatura- Sala Jurisdiccional Disciplinaria, al dirimir el conflicto de jurisdicciones que se suscitó en el presente asunto, mediante providencia dictada el 14 de julio de 2009, estableció que el competente para conocer lo que aquí se controvierte era el « Juzgado Diecinueve Laboral Piloto para la Oralidad de Medellín »; de manera que el juez de alzada no podía apartarse de lo ya decidido, que fue lo que finalmente terminó efectuando cuando «desestimó las pretensiones de la demanda al considerar que no eran de su competencia sino que debían ser dirimidas por la Jurisdicción Contencioso Administrativa».*
>
> *Así las cosas, lo que le corresponde a la Sala determinar, es si el Tribunal incurrió en la vulneración de la ley sustancial que denuncia el recurrente, al esgrimir la falta de jurisdicción como fundamento para confirmar la absolución dispuesta en primera instancia.*
>
> *Ahora, dada la vía escogida para el ataque, no es objeto de controversia que: i) el Consejo Superior de la Judicatura –Sala Jurisdiccional Disciplinaria, dirimió el conflicto de jurisdicción y determinó que el presente caso debía ser conocido por la Jurisdicción Ordinaria en su especialidad Laboral y de la Seguridad Social; y ii) el demandante presentó inicialmente su demanda ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.*
>
> *En ese sentido, debe advertir la Corte, que si bien el criterio que ha mantenido de manera reiterada en casos como el presente, es que la Jurisdicción Ordinaria Laboral no tiene competencia para conocer de los conflictos que se generen con ocasión al reconocimiento de derechos de los empleados públicos (…).*
>
> *Entonces, no podía pasar por alto el Tribunal, que la providencia del Consejo Superior de la Judicatura – Sala Jurisdiccional Disciplinaria, con independencia de que la compartiera o no, hizo tránsito a cosa juzgada, pues la misma se profirió de conformidad con las atribuciones consagradas en el numeral 6º del artículo 256 de la Constitución Política, en armonía con el numeral 2 del artículo 112 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, con sujeción a los trámites y recursos legalmente preestablecidos, lo que implicaba entonces que tuviera fuerza imperativa; que debía ser acatada y que no era posible someter lo allí controvertido a un nuevo debate judicial, que fue lo que en el presente caso aconteció, cuando el juez de apelaciones estimó:*
>
> > *[…] resulta desacertado que la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, no haya ponderado el elemento denominado "cambio de naturaleza jurídica de la entidad" (avalado constitucionalidad), para dirimir el conflicto de competencia disponiendo que el presente asunto era competencia del Juez Ordinario Laboral y no el Juez Administrativo, donde inicialmente fue presentada la acción jurisdiccional. Ello porque, al no demostrarse la calidad de trabajador oficial y siendo la ESE una entidad descentralizada cuyos servidores se presumen empleados públicos, excepto los dedicados al mantenimiento de la planta hospitalaria y los de servicios generales (Ley 100/93, art. 195 Ley 10/1990), la consecuencia no es otra que absolver a la parte demandada, dado que al determinarse que el actor, en calidad de MEDICO fue empleado público a partir del 26 de junio de 2003, su "Juez Natural" es el Contencioso Administrativo.*

Sobre la institución de la cosa juzgada, regulada en el artículo 332 del CPC hoy 303 del CGP, preceptiva que resulta aplicable a los juicios del trabajo, por virtud de la remisión a que se refiere el artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, vale la pena traer a colación lo que se dijo en la providencia CSJ SL 8658 - 2015:

> *[…]es preciso recordar que el art. 332 del C.P.C., aplicable a los juicios del trabajo por virtud de la remisión a que se refiere el art. 145 del C.P.L. y S.S., le otorga fuerza de cosa juzgada a la sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso «siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, y se funde en la misma causa que el anterior, y que entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes»; de donde se infiere que tal institución fue consagrada con el fin de preservar el principio de seguridad jurídica y evitar que respecto de unos mismos hechos, se produzcan decisiones contradictorias.*

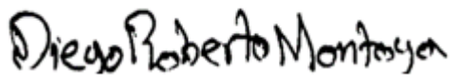
En otras palabras «la institución procesal de la cosa juzgada pretende que no se provoque un nuevo pronunciamiento judicial cuando quiera que él ya fue adoptado por decisión en firme, entre partes que jurídicamente son las mismas, sobre el mismo objeto y con fundamento en la misma causa» (SL5472-2014), por lo que el Tribunal no podía tener como fundamento de su decisión, que el « "Juez Natural" » para conocer del presente asunto era el de lo Contencioso Administrativo, ya que ello implica un pleno desconocimiento a una providencia proferida por otra autoridad jurisdiccional en firme que, se insiste, ya había definido tal aspecto.

Además de lo anterior, encuentra la Sala, que la actuación del Tribunal constituye una afectación a derechos constitucionales fundamentales como el acceso a la administración de justicia (art. 229 CN) y el debido proceso (art.29), más aún cuando no es un hecho discutido en el presente caso que el demandante puso en marcha el aparato judicial al instaurar su demanda ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, y que tras la resolución del conflicto de jurisdicciones, la autoridad competente para resolverlo, estimó que su conocimiento debía ser asumido por la Jurisdicción Ordinaria en su especialidad Laboral y de la Seguridad Social.

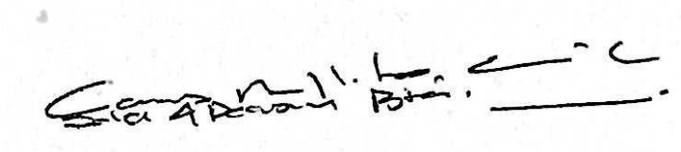
Bajo el contexto que antecede, en este especial asunto, considera la Corte que mantener la tesis que sostuvo el Tribunal supone un pleno desconocimiento a la efectividad de los derechos constitucionales antes invocados y la figura jurídica de la cosa juzgada, de manera que el juez colegiado incurrió en la violación que se le endilga.". (negrilla y subrayado fuera del texto).

No sobra precisar, que las eventuales decisiones proferidas en similares asuntos por otras Salas de Decisión de esta Corporación no resultan aplicables, pues en sentir del órgano de cierre de esta jurisdicción, entre otras en sentencias STL 2416-2017, radicado 46128 y SL4099-2019, radicado 59449, se advierte que el llamado precedente horizontal hace referencia a decisiones tomadas por la misma sala de decisión, en cuanto éstas sean consistentes y uniformes, de conformidad con lo previsto por el articulo 228 de la Constitución Política, además, en el evento de haber participado el suscrito Magistrado Ponente, los antecedentes pudieron ser disimiles al caso que hoy ocupa a la Sala ya que no se había suscitado ni dirimido ningún conflicto por parte del entonces Consejo Superior de la Judicatura -Sala Jurisdiccional Disciplinaria-, caso contrario al de autos, como ya se advirtió, sí hubo decisión del entonces Consejo Superior de la Judicatura, por tanto, no es procedente acoger la misma postura en esta ocasión.

Así las cosas, considera esta Corporación, efectuado el control oficioso de legalidad señalado, resulta por lo dicho, continuar con el conocimiento de esta litis en la jurisdicción.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN



CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con el fin de resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor de la entidad la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD ADRES, contra la sentencia proferida por la Juez Sexta Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 17 de marzo del 2022 *(«AUDIENCIA 313-2016.mp4», récord: 23:49)*, en la que se resolvió:

> *«**PRIMERO: CONDENAR** a la accionada **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES** a reconocer y pagar a la entidad demandante **ALIANSALUD ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD** la suma de $934.672, lo anterior junto con los intereses moratorios regulados por el articulo 56 de la Ley 148 de 2011, en armonía con lo dispuesto por el articulo 141 de la Ley 07 de 2012.*
>
> *Es decir, a la tasa establecida para los impuestos administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN y que corresponde al interés señalado por la Superintendencia Financiera de Colombia para las modalidades de crédito de consumo a partir de la fecha de la presentación de las facturas de cobro a la enjuiciada hasta que se produzca el pago de la obligación.*
>
> ***SEGUNDO: ABSOLVER** de las restantes pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente decisión.*

> ***TERCERO: COSTAS*** *a cargo de la parte demandada vencida en el proceso, se ordena su tasación.".*

La ausencia de apelación contra la providencia anterior justifica la presencia de las diligencias en esta Corporación, a efectos de que se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor de la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD ADRES, a lo cual procede previa la constatación de inexistencia de causal de nulidad que invalide lo actuado y conforme a las siguientes:

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del extremo demandante, en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en las páginas 1 a 4 (archivo 30. Nuevo texto Demanda laboral ALIANSALUD - MINSALUD - Glosa POS - Fase 2015-2) del expediente digital, las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos expuestos en las páginas 4 a 6, ibidem, solicitando, se declare la existencia de la obligación de pago en favor de ALIANSALUD del valor de las prestaciones no cubiertas en el Plan Obligatorio de Salud - POS, o no financiadas en las Unidades de Pago por Capitación – UPC, se declare la existencia de la obligación de pago de los servicios de salud NO POS autorizados por fallos de tutela o decisiones del Comité Técnico Científico –CTC, que corresponden a 28 ítems discriminados así: 9 glosas por fallos de tutela (6 ítems con valor $0 y 3 glosas por valor de $220.724); 19 glosas por servicios prestados en virtud de decisiones de Comité Técnico Científico (11 ítems con valor $0 y 8 glosas por valor de $722.948), los cuales se resumen así:

	GLOSA POS	
	GLOSA PARCIAL	
	Ítem	Valor
CTC	19	$722.948
TUTELA	9	$220.724
TOTAL	28	$943.672

Como consecuencia de lo anterior peticionó, se condene a pagar el saldo no pagado del valor de las prestaciones NO POS ordenadas por fallos de tutela o decisiones del Comité Técnico Científico –CTC, detalladas a continuación.

- Pretensiones por concepto de glosas de carácter parcial autorizadas por fallos de tutela (3 ítems recobrados por servicios NO POS por un valor de $220.724), así:

Pretensión No.	Radicado Fosyga	Fecha prestación Servicio	Valor Pretensión	Tipo Ident.	Num. Ident. Beneficiario	Fecha Radicación	Fecha de Glosa	Causal de Glosa
1	25073144	26-may-12	$ 21.124	TI	70924756245	13-jul-12	12-sep-13	4-03
2	25072415	14-may-12	$ 34.800	CC	16476329	13-jul-12	12-sep-13	4-03
3	25072415	14-may-12	$ 164.800	CC	16476329	13-jul-12	12-sep-13	4-03
SUB TOTAL			$ 220.724					

- Por concepto de glosas de carácter parcial autorizadas por decisiones del Comité Técnico Científico – CTC (8 ítems recobrados por servicios NO POS por un valor de $722.948), así:

Pretensión No.	Radicado Fosyga	Fecha prestación Servicio	Valor Pretensión	Tipo Ident.	Num. Ident. Beneficiario	Fecha Radicación	Fecha de Glosa	Causal de Glosa
4	49316793	24-ago-11	$ 102.103,00	CC	32735041	22-nov-11	27-feb-13	Sin concepto de Glosa por el Fosyga
5	49316793	24-ago-11	$ 17.836,00	CC	32735041	22-nov-11	27-feb-13	4-03
6	51575326	09-mar-12	$ 76.359,00	CC	6185344	12-jul-12	12-sep-13	4-03
7	51576015	12-abr-12	$ 34.800,00	CC	41353272	12-jul-12	12-sep-13	4-03
8	51576015	12-abr-12	$ 22.500,00	CC	41353272	12-jul-12	12-sep-13	4-03
9	51576015	12-abr-12	$ 17.400,00	CC	41353272	12-jul-12	12-sep-13	4-03
10	51576015	12-abr-12	$ 264.450,00	CC	41353272	12-jul-12	12-sep-13	4-03
11	51576015	12-abr-12	$ 187.500,00	CC	41353272	12-jul-12	12-sep-13	4-03
SUB TOTAL			$ 722.948,00					

Lo anterior junto con los gastos de administrativos inherentes a la gestión y manejo de las prestaciones no cubiertas por el POS, según lo previsto en el artículo 23 de la Ley 1438 de 2011, gastos administrativos de las EPS que corresponden al (10%) del valor del servicio prestado, razón por la cual la suma a ser reconocida asciende a $94.367, intereses moratorios a la tasa máxima, pago de costas y agencias en derecho. subsidiariamente solicitó la actualización de las sumas adeudadas,. **Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus pretensiones,** pues se condenó a reconocer y pagar a la entidad demandante ALIANSALUD ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD la suma de $934.672 junto con los intereses moratorios regulados por el articulo 56 de la Ley 148 de 2011, esto es,

a la tasa establecida para los impuestos administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN y que corresponde al interés señalado por la Superintendencia Financiera de Colombia para las modalidades de crédito de consumo a partir de la fecha de la presentación de las facturas de cobro a la enjuiciada hasta que se produzca el pago de la obligación.

Lo anterior, tras considerar que en aplicación de lo previsto por el artículo 169 del C.G.P., en concordancia con lo regulado por el artículo 227 del mismo estatuto procesal se decretó el dictamen pericial con la finalidad de establecer si los servicios de salud de las facturas aportadas al proceso, objeto de reclamación constituyen beneficios no POS que generen el pago de las facturas aportadas, a través de la prestación de servicios a los afiliados o beneficiarios, los cuales están soportados en fallos de tutela y decisiones del Comité Técnico Científico clasificándose en recobros no POS, resaltó que el dictamen no se objetó por la demandada, disponiéndose conforme al artículo 232 del C.G.P., con fundamento en la prueba técnica en mención, condenar a la entidad ADRES a reconocer y pagar al extremo activo las sumas reclamadas que ascienden a $934.672, esto, previo a dilucidar si cada uno de los recobros cumplía con los requisitos para ser recobrados, igualmente, verificó la excepción de prescripción propuesta por la parte demandada, señalando, los servicios de factura de venta se presentaron en los años 2011 y 2012, después, se radicaron ante FOSYGA en el mismo año de la prestación del servicio, además, las glosas se produjeron en el año 2013 y la reclamación se elevó en el año 2015, luego, se sigue que la demanda se presentó el 5 de julio de 2016, esto es, con anterioridad al vencimiento del término trienal de prescripción de 3 años consagrado en el estatuto procesal laboral en el artículo 151, no siendo viable declarar probada la excepción propuesta.

Establecido lo anterior y teniendo en cuenta que el presente asunto se conoce en virtud del grado jurisdiccional de consulta en favor de ADRES, abordará la Sala el estudio de las condenas impuestas a la entidad demandada.

Previo a resolver la controversia traída a los estrados, es menester precisar, en el caso de marras, no se discute la presentación adecuada de los recobros objeto de estudio por parte de la demandante al Ministerio de Protección Social, ahora sucedido por ADRES, es decir, no se controvirtió el cumplimiento de los requisitos formales para la presentación de la facturas objeto de reclamación en los términos

previstos en los artículos 9, 10, 11 y 12 de la Resolución 3099 de 2008 del entonces Ministerio de la Protección Social, y demás normas acordes, por cuanto, los recobros objeto de estudio no fueron rechazados por incumplimiento de tales presupuestos, ni tampoco los recobros fueron objeto de rechazo en los términos del artículo 15 de la misma Resolución 3099 de 2008, dado que en autos la omisión de pago se fundó en las causales de glosa referidas para cada recobro y en ese orden, el problema jurídico en esta instancia se circunscribe en determinar si las causales de glosa establecidas (4-03) para los recobros reclamados se encuentran debidamente fundadas o no, a efectos de establecer la procedencia del respectivo pago; de ser afirmativo, verificar si están afectados o no, por el fenómeno de la prescripción y si hay lugar al pago de intereses moratorios.

Conforme lo anterior, en el caso de marras, se tiene que la parte actora reclamó el pago de 28 ítems, correspondientes a servicios prestados que no se encontraban incluidos en el POS vigente para la época, o fueron suministrados en cumplimiento de una orden de tutela, los cuales se encuentran debidamente relacionados con códigos CUPS, en el reporte suministrado por la parte actora en medio magnético, donde en las bases de información allí contenidas, se registran los datos de fecha de prestación del servicio, fecha de radicación MTY 01-02, numero de factura, consecutivo de radicación interna del recobro y causal de glosa entre otros, advirtiendo, de dicha información se pudo constatar, que los servicios objeto de recobros, fueron suministrados para las anualidades 2011 y 2012, es decir, en vigencia de la Resolución 3099 de 2008[11] como del Acuerdo 029 de 2011, mediante los cuales se actualizaron los planes obligatorios de salud.

Dilucidado lo anterior y en punto a los recobros por Servicios NO POS**,** ha de precisarse el recobro en salud consiste en la solicitud presentada por una entidad denominada recobrante a fin de obtener el pago de cuentas ya reconocidas y pagadas por concepto de servicios o tecnologías, cuyo suministro es garantizado a afiliados al régimen contributivo o subsidiado del sistema general de seguridad social en salud. En ese orden de ideas, el recobro es una respuesta del sistema de seguridad social en salud tendiente a que todos los habitantes del territorio nacional gocen de una protección integral en salud, pues permite que éstos accedan a

[11] *Resolución derogada por el artículo 25 de la Resolución 458 de 2013. Rige a partir del 1o. de octubre de 2013>*

determinados servicios o tecnologías que no están contempladas en el POS hoy Plan de Beneficios en Salud (PBS).

En relación con el papel de Sistema de Seguridad Social en salud el artículo 162 de la Ley 100 de 1993, establece que:

> *«El sistema general de seguridad social en salud crea las condiciones de acceso a un plan obligatorio de salud para todos habitantes del territorio nacional (...); este plan permitirá la protección integral de las familias a la maternidad y enfermedad general, en las fases de promoción y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación para todas las patologías, según la intensidad de uso y los niveles de atención y complejidad que se definan».*

En igual sentido, la H. Corte Constitucional en sentencia T- 418 de 2013 expuso que, el derecho a la salud debe prestarse de manera íntegra, esto es, con el debido cumplimiento de los procedimientos, medicamentos y tratamientos prescritos por el médico tratante, conforme al literal c) del artículo 156 de la Ley 100 de 1993, razón por la cual se requiere acciones positivas por parte del Estado y de los prestadores del servicio de salud, encaminadas a garantizar el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación, con plena observancia de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, so pena de poderse menoscabar el derecho a la vida en condiciones dignas.

En cuanto a la fuente de financiación, la H. Corte Constitucional en sentencia T-224 de 2020 señaló que los servicios o tecnologías que sean necesarios reconocer a un paciente no pueden convertirse en un obstáculo para que éste acceda a ellos. En tal sentido, las E.P.S. e I.P.S. deben garantizar el acceso a los servicios y tecnologías requeridos con independencia de sus reglas de financiación, de manera que, una vez suministrados, están autorizadas a efectuar los cobros y recobros que procedan de acuerdo con la reglamentación vigente.

Es así como el P.O.S. (hoy P.B.S), constituye una serie de parámetros o premisas que deben atender las E.P.S. de forma obligatoria para la atención en servicio de salud de los afiliados y que para el caso que nos ocupa, debe someterse a la normatividad vigente para la fecha de prestación de los servicios, siendo estos, los años **2011** y **2012.**

Así mismo, el literal f) del artículo 156 de la Ley 100 de 1993, establece que la financiación de las E.P.S. para atender a sus afiliados según los parámetros del P.O.S., se da a través de la unidad de pago por capitación o U.P.C., o en su defecto, si los procedimientos practicados a los usuarios no se encuentran incluidos en el P.O.S., deben ser pagados por el Ministerio de Salud hoy Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud -A.D.R.E.S. como administrador del Fondo de Solidaridad y Garantía –FOSYGA-, y cuyo procedimiento se debe hacer conforme a las disposiciones de la Resolución 3047 de 2008, «*Por medio de la cual se definen los formatos, mecanismos de envío, procedimientos y términos a ser implementados en las relaciones entre prestadores de servicios de salud y entidades responsables del pago de servicios de salud, definidos en el Decreto 4747 de 2007*».

De acuerdo con lo dispuesto en la citada resolución, es procedente el recobro de las tecnologías no incluidas en el P.B.S., en dos eventos**:** i) cuando se trata de un procedimiento, medicamento, ayuda diagnóstica, entre otros practicado en virtud de una orden judicial en un fallo de tutela y, II) cuando el procedimiento requerido por el paciente haya sido autorizado por el Comité Técnico Científico o C.T.C., conforme al procedimiento y limitantes que allí se establecen para tal aprobación.

Previo a verificar la procedencia de los recobros, resulta oportuno analizar la excepción de **prescripción** propuesta por la demandada en su contestación (fl. 94 vuelto[12]), para lo cual se ha de recordar lo dispuesto en el Decreto 4747 de 2007, «*Por medio del cual se regulan algunos aspectos de las relaciones entre los prestadores de servicios de salud y las entidades responsables del pago de los servicios de salud de la población a su cargo, y se dictan otras disposicione*s», el cual expresa:

> ***Artículo 23. Trámite de glosas.*** *Las entidades responsables del pago de servicios de salud dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes a la presentación de la factura con todos sus soportes, formularán y comunicarán a los prestadores de servicios de salud las glosas a cada factura, con base en la codificación y alcance definidos en el manual único de glosas, devoluciones y respuestas, definido en el presente decreto y a través de su anotación y envío en el Registro conjunto de trazabilidad de la factura cuando éste sea implementado. Una vez formuladas las glosas a una factura, no se podrán formular nuevas glosas a la misma factura, salvo las que surjan de hechos nuevos detectados en la respuesta dada a la glosa inicial.*
>
> *El prestador de servicios de salud deberá dar respuesta a las glosas presentadas por*

[12] *Por auto del 17 de agosto de 2018 se tuvo por contestada la demanda (fl. 113 y vuelto)*

> *las entidades responsables del pago de servicios de salud, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a su recepción. En su respuesta a las glosas, el prestador de servicios de salud podrá aceptar las glosas iniciales que estime justificadas y emitir las correspondientes notas crédito, o subsanar las causales que generaron la glosa, o indicar, justificadamente, que la glosa no tiene lugar. La entidad responsable del pago, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes, decidirá si levanta total o parcialmente las glosas o las deja como definitivas. Los valores por las glosas levantadas deberán ser cancelados dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes, informando de este hecho al prestador de servicios de salud.*
>
> *Las facturas devueltas podrán ser enviadas nuevamente a la entidad responsable del pago, una vez el prestador de servicios de salud subsane la causal de devolución, respetando el período establecido para la recepción de facturas.*
>
> *Vencidos los términos y en el caso de que persista el desacuerdo se acudirá a la Superintendencia Nacional de Salud, en los términos establecidos por la ley».*

A su turno, Resolución No. 3099 de 2008 «*Por la cual se reglamentan los Comités Técnico-Científicos y se establece el procedimiento de recobro ante el Fondo de Solidaridad y Garantía, Fosyga, por concepto de suministro de medicamentos, servicios médicos y prestaciones de salud no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, POS, autorizados por Comité Técnico-Científico y por fallos de tutela»*, señaló:

> «***Artículo 12. Término para presentar las solicitudes de recobro***. *Las entidades administradoras de planes de beneficios deberán tramitar y presentar en debida forma las solicitudes de recobro ante el Fosyga por concepto de medicamentos y fallos de tutela, de conformidad con lo establecido en el artículo 13 del Decreto-ley 1281 de 2002, dentro de los seis (6) meses siguientes a la generación o establecimiento de la obligación de pago o de la ocurrencia del evento, según corresponda.*
>
> *Para efectos de los recobros por concepto de medicamentos, servicios médicos y prestaciones de salud no incluidos en el POS autorizados por el Comité Técnico-Científico y fallos de tutela, se tendrá en cuenta la fecha del suministro efectivo del medicamento, servicio médico o prestación de salud o la fecha de radicación de la factura ante la entidad administradora de planes de beneficios por parte del proveedor o la fecha del fallo de tutela para el caso de recobros ordenados por decisiones judiciales.*
>
> *En aquellos eventos que autoricen u ordenen prestaciones sucesivas, el plazo previsto en el Decreto-ley 1281 de 2002 se contará a partir del momento en que se suministre el medicamento, servicio médico o prestación de salud, según sea el caso, o la fecha de radicación de la factura ante la entidad administradora de planes de beneficios por parte del proveedor.*
>
> ***Artículo 14. Término para radicar las solicitudes de recobro.*** *Las entidades administradoras de planes de beneficios, deberán presentar las solicitudes de recobro dentro de los quince (15) primeros días calendario de cada mes.*
>
> *Aquellos recobros que, transcurrido el término de los quince (15) días calendario de radicación ante el Ministerio de la Protección Social o la entidad que se defina para tal efecto, se les vence el término de los seis (6) meses señalados en la presente resolución, se entenderán presentados oportunamente, siempre y cuando, su*

> *radicación se efectúe dentro de los primeros quince (15) días calendario del siguiente mes.*
>
> ***Artículo 20. Comunicación a las entidades recobrantes.*** *El resultado de la auditoría integral aplicada a las solicitudes de recobro por concepto de medicamentos, servicios médicos y prestaciones de salud no POS autorizados por el Comité Técnico-Científico u ordenados por fallos de tutela debe comunicarse, por el Ministerio de la Protección Social o la entidad autorizada que se defina para tal efecto, al representante legal de la entidad indicando el estado que presenta el recobro, las causales aplicadas, así como aquellas por las cuales consideró pertinente reliquidar el valor recobrado. (…)»*.

Igualmente, el Decreto Ley 019 del 10 de enero del 2012 «*por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la administración pública*» indica:

> *ARTÍCULO 111. TÉRMINO PARA EFECTUAR CUALQUIER TIPO DE COBRO O RECLAMACIÓN CON CARGO A RECURSOS DEL FOSYGA. El artículo 13 del Decreto 1281 de 2002, quedará así:*
>
> *"Artículo 13. Término para efectuar cualquier tipo de cobro o reclamación con cargo a recursos del FOSYGA. Las reclamaciones o cualquier tipo de cobro que deban atenderse con cargo a los recursos de las diferentes subcuentas del FOSYGA se deberán presentar ante el FOSYGA en el término máximo de (1) año contado a partir de la fecha de la generación o establecimiento de la obligación de pago o de la ocurrencia del evento, según corresponda.*

A su vez, la Resolución No. 5395 del 24 de diciembre del 2013 dispuso:

> *ARTÍCULO 33. TÉRMINO PARA LA PRESENTACIÓN DE LAS SOLICITUDES DE RECOBRO. Las entidades recobrantes deberán adelantar las etapas de pre radicación y radicación de las solicitudes de recobro ante el Ministerio de Salud y Protección Social o la entidad que se defina para el efecto, dentro del año siguiente a la generación o establecimiento de la obligación de pago o de la ocurrencia del evento, según corresponda, de acuerdo a lo establecido en el artículo 111 del Decreto-ley 019 de 2012.*

En ese orden de ideas, teniendo en cuenta que ninguna de las normas que regulan la materia establece con claridad cuál es el término de prescripción, es necesario traer a colación el pronunciamiento del Consejo de Estado en sentencia del 30 de enero de 2014, radicada 25000-23-24-000-2007-00099-01, reiterada el 31 de agosto de 2015, en donde se consideró sobre la naturaleza de las facturas y su término de prescripción, lo siguiente:

> ***«2). Naturaleza de las facturas de prestación de servicios de salud y su prescripción.***
>
> *En relación con las facturas cambiarias, el código de Comercio señala:*

Art. 772[13]. Factura cambiaria de compraventa es un título-valor que el vendedor podrá librar y entregar o remitir al comprador.

No podrá librarse factura cambiaria que no corresponda a una venta efectiva de mercaderías entregadas real y materialmente al comprador.

Art. 779[14]. Se aplicarán a las facturas cambiarias en lo pertinente, las normas relativas a la letra de cambio.

Art. 789.-La acción cambiaria directa prescribe en tres años a partir del día del vencimiento.

Esta Sección en reciente providencia se pronunció sobre la naturaleza de las facturas emitidas con ocasión del contrato de prestación de servicios de salud, celebrado entre las Entidades Promotoras y las Instituciones Prestadoras de Salud.

En efecto, en sentencia de 30 de enero de 2014, (Expediente núm. 2007-00210-01, Consejera Ponente doctora MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ), al resolver un asunto con aspectos fácticos y jurídicos semejantes al que ahora nos ocupa, señaló:

"Al respecto, la Sala tiene en cuenta lo siguiente:

El artículo 5° del Decreto 183 de 1997 establece que la facturación que se presente como consecuencia de la compraventa de servicios médicos entre las Entidades Promotoras y las Instituciones Prestadoras del Servicio de Salud, entre sí, deberá sujetarse a una misma codificación que acuerden éstas a través de las principales entidades que las agrupen. De no ser adoptada, será establecida por el Ministerio de Salud y será de obligatorio cumplimiento para las EPS e IPS, públicas o privadas.

El artículo 772 del Código de Comercio define la Factura como "…un título valor que el vendedor o prestador del servicio podrá librar y entregar o remitir al comprador o beneficiario del servicio.

No podrá librarse factura alguna que no corresponda a bienes entregados real y materialmente o a servicios efectivamente prestados en virtud de un contrato verbal o escrito".

De las normas transcritas, infiere la Sala que el prestador del servicio de salud deberá expedir verdaderos títulos quirografarios, denominados 'Facturas', a la EPS como consecuencia de la compraventa del servicio mencionado con el propósito de que las mismas sean pagadas en los términos y bajo el procedimiento establecido en la Ley.

Estos títulos valores (facturas), para su validez y eficacia deberán reunir los requisitos previstos en los artículos 621 y 774 del Código de Comercio, así como los consagrados en el artículo 617 del Estatuto Tributario.

Así mismo, se encarga de reconocerlo la apelante cuando señala en su recurso de apelación que: "las facturas de venta allegadas, cumplían en su totalidad de los requisitos exigidos por el Estatuto Tributario y fueron radicadas en la EPS…".

---

[13] Modificado por el art. 1, Ley 1231 de 2008. El nuevo texto es el siguiente: Factura es un título valor que el vendedor o prestador del servicio podrá librar y entregar o remitir al comprador o beneficiario del servicio. No podrá librarse factura alguna que no corresponda a bienes entregados real y materialmente o a servicios efectivamente prestados en virtud de un contrato verbal o escrito.

El emisor vendedor o prestador del servicio emitirá un original y dos copias de la factura. Para todos los efectos legales derivados del carácter de título valor de la factura, el original firmado por el emisor y el obligado, será título valor negociable por endoso por el emisor y lo deberá conservar el emisor, vendedor o prestador del servicio. Una de las copias se le entregará al obligado y la otra quedará en poder del emisor, para sus registros contables.

[14] Modificado por la Ley 1231 de 2008, artículo 5º. Aplicación de normas relativas a la letra de cambio. Se aplicarán a las facturas de que trata la presente ley, en lo pertinente, las normas relativas a la letra de cambio.

> ***La Sala observa que, entre las partes procesales en el presente caso, existió una verdadera relación comercial que llevó a la demandante a expedir facturas por la prestación del servicio de salud, que tenían el carácter de cambiarias de compraventa y se asimilaban en todos sus efectos a una letra de cambio***.
>
> *Por tal motivo, la acción que surge en el presente evento no es la Ejecutiva, como lo señala la recurrente, sino la prevista en el artículo 780 del Estatuto Mercantil denominada Acción Cambiaria**, que goza de un término de prescripción de tres años** y que surge en el momento en que el tenedor legítimo de un título valor no obtiene en forma voluntaria el pago de las obligaciones allí incorporadas".*
>
> *En consecuencia, considera la Sala que, **habiéndose emitido las facturas** en los meses de septiembre, octubre y noviembre del año 2001, y presentada la reclamación para su pago en sede administrativa ante el Agente Liquidador el 21 de febrero del año 2005 (folio 231 del cuaderno núm. 1), la Acción Cambiaria correspondiente se encontraba prescrita para la fecha del reclamo y no le era permitido al servidor público reconocer y pagar obligaciones prescritas, so pena de comprometer su responsabilidad fiscal y disciplinaria".*
>
> *En este orden de ideas, reitera la Sala que las facturas emitidas con ocasión del contrato de prestación de servicios de salud, son títulos valores, que para su validez y eficacia deberán reunir los requisitos previstos de ley[15] y que prescriben en tres años»*.

Conforme lo anterior, es claro que el término para la operancia de la prescripción es de tres años por ser el previsto para las facturas cambiarias, de manera que para el caso de los recobros ahora reclamados el término prescriptivo comienza a correr partir de la fecha de la generación o establecimiento de la obligación de pago, fecha de radicación de la factura o de la ocurrencia del evento, según corresponda, precisándose la EPS accionante contaba con 1 año para efectuar el reclamo ante la demandada y bajo tales precisiones teniendo en cuenta los servicios que dan origen a los recobros aquí reclamados el término trienal en autos se contabiliza a partir de la fecha de prestación del servicio o de la glosa efectuada por la entidad demandada, precisándose las Tecnologías en Salud asumidas por ALIANSALUD EPS, corresponden al periodo comprendido entre entre el **24 de agosto de 2011 al 26 de mayo de 2012**.

En tal medida, se evidencia que la reclamación efectuada frente a los recobros fue efectuada dentro del año señalado por el artículo 11 del Decreto Ley 019 de 2012, así mismo, la glosa efectuada por la demandada data del 27 de febrero de 2013 y 12 de septiembre de 2013, por lo que, al presentarse la demanda el 05 de julio de 2016, (folio 1 del cuaderno principal), **la demanda se presentó más allá de los tres años para los recobros glosados el 27 de febrero de 2013,** por tanto, se

[15] *Artículos 621 y 774 del Código de Comercio, y 617 del Estatuto Tributario.*

encuentran afectados por el fenómeno de la prescripción, siendo procedente declarar probado este medio exceptivo respecto de los siguientes recobros:

Pretensión No.	Radicado Fosyga	Fecha prestación Servicio	Valor Pretensión	Tipo Ident.	Num. Ident. Beneficiario	Fecha Radicación	Fecha de Glosa	Causal de Glosa
4	49316793	24-ago-11	$ 102.103,00	CC	32735041	22-nov-11	27-feb-13	Sin concepto de Glosa por el Fosyga
5	49316793	24-ago-11	$ 17.836,00	CC	32735041	22-nov-11	27-feb-13	4-03

Lo anterior arroja un total de **$119.939,** facturas que deben ser excluidos de pago por estar afectados por el fenómeno de la prescripción, declarándose probado parcialmente dicho medio exceptivo.

Analizado lo anterior, se tiene que con el fin de determinar de forma clara y precisa si los servicios y tecnologías de salud cuyo pago se reclama, estaban o no financiados dentro del Plan de Beneficios de Salud, es necesario un conocimiento técnico de la clasificación única de procedimientos en salud vigente para cada uno de los periodos en los cuales se prestó la atención, así como de las resoluciones emitidas por el Ministerio de Salud y Protección Social para actualizar el Plan de Beneficios en Salud, a fin de establecer si los insumos, productos, servicios o procedimiento prestados por la demandante estaban o no cubiertos por el plan en la fecha en que se prestó el servicio (2011 y 2012).

Con esa finalidad, en primera instancia se decretó la práctica de dictamen pericial, que fue rendido por el Dr. Enrique Ayala Pérez (fls. 122 a 137, cuaderno proncipal), del que se le corrió traslado a las partes a través de providencia calendada 19 de septiembre de 2019 (folios 148 y vuelto), solicitandose en consecuencia por la demandada la citacion del perito en memorial visible a folios 149 y vuelto, no obstante, la a quo en auto del 11 de diciembre de 2019 (folios 150 y 151) se abstuvo de citar al mismo al revestir el dictamen claridad y precisión y suficiencia en su fundamentación, decisión que no fue objeto de reparo por parte de la demandada ADRES.

En esa vía, examinado el dictamen pericial antes indicado, así como de la revisión de las facturas y los anexos que fueron traídos al proceso como soportes para el pago de las sumas pretendidas en juicio, se logra determinar que las fechas de la

generación o establecimiento de la obligación de pago o de la ocurrencia del evento dentro de los mencionados recobros datan del año 2011 y 2012; observándose que su causación corresponde a autorizaciones de CTC como de los fallos de tutela. Lo cual verificado en esta instancia y una vez revisados los anexos (carpeta denominada fallos del expediente digital) y desde luego lo estimado en el Peritazgo, se concluye que, en efecto, por cada uno de dichos recobros se aportó la copia del respectivo comité técnico científico, los cuales la Sala discrimina para mayor precisión y claridad, respecto del medicamento, objeto de recobro, veamos:

Se aclara, la causal de la Glosa informada es la definida por las resoluciones del Ministerio de la Protección Social (es de carácter numérico), cuyo significado oficial indica: " Glosa 4-03, Consecuencia del Acta del CTC o fallo de Tutela".

De tal forma, a fin de verificar la procedencia de la glosa dispuesta por la demandada ADRES, la Sala logra verificar que los fallos de tutela aportados por cada afiliado o beneficiario ordenaron el medicamento que fue suministrado por la EPS demandante al ordenarse el "**tratamiento integral"**, procediendo el recobro por valor de **$220.724**, discriminados así:

Nombre	**Apellidos**	**Servicio Recobrado**	**Valor objeto de recobro**	**Concepto**
RONALD STEVEN	RAMIREZ SINISTERRA	ALCOHOL EN GEL 60 - 65 %	$ 21.124,00	El alcohol en gel 60 - 65 % fue prescrito por el médico tratante como parte del tratamiento integral por secuelas neurológicas posthipoxia - sin convulsivo - tras severo de la deglución - pop de gastrostomía, requiere ayuda para la realización de actividades básicas y es requerido como antiséptico y desinfectante para evitar la propagación de gérmenes y las infecciones cruzadas en la realización de procedimientos inherentes al cuidado del paciente. **en el acuerdo 029 de 2011 se encuentra el alcohol etílico cuya composición - concentración y aplicaciones son diferentes . adicionalmente el producto solicitado tiene registro INVIMA de cosmético exclusión del POS y se encuentra bajo cobertura de tutela por lo que procede su recobro. Fecha Fallo 05 de junio de 2005 proferido por el Juzgado 1º Penal Municipal de Cali – Valle. (Carpeta Primera Instancia, CD FL. 50, archivo 3360.pdf).**

JHONY ELIHUTD	ROBINSON CORTES	LANCETAS ACCU CHEK X 25	$ 34.800,00	Las lancetas Accu Chek x 25 hacen parte de la tutela integral por diabetes mellitus, retinopatía diabética es un elemento requerido por el paciente para realizar las glucometrías con frecuencia y periodicidad que ordena el médico tratante de 6 a 8 mediciones al día superando la cantidad mensual **establecida como cobertura del POS Acuerdo 029 de 2011 articulo 39 y solo se está recobrando la diferencia se encuentra bajo cobertura de tutela por lo cual procede su recobro. Fecha Fallo 26 de mayo de 2010 proferido por el Juzgado 65 Civil Municipal de Bogotá, (Carpeta Primera Instancia, CD FL. 50, archivo 4434.pdf).**
JHONY ELIHUTD	ROBINSON CORTES	TIRAS ACCU CH AD X 50	$ 164.800,00	Las lancetas Accu Chek x 25 hacen parte de la tutela integral por diabetes mellitus, retinopatía diabética es un elemento requerido por el paciente para realizar las glucometrías con frecuencia y periodicidad que ordena el médico tratante de 6 a 8 mediciones al día superando la cantidad mensual **establecida como cobertura del POS Acuerdo 029 de 2011 articulo 39 y solo se está recobrando la diferencia se encuentra bajo cobertura de tutela por lo cual procede su recobro. Fecha Fallo 26 de mayo de 2010 proferido por el Juzgado 65 Civil Municipal de Bogotá, (Carpeta Primera Instancia, CD FL. 50, archivo 4434.pdf).**

Respecto a los recobros por servicios prestados con ocasión a Actas de Comité Técnico Científico, encuentra la Sala que procede el pago de **$603.009**, por los siguientes conceptos[16]:

Tipo	Fecha acta	Tipo documento	Número	Nombre	Servicio	Valor objeto de recobro
CTC	21-mar-12	CC	6185344	JUSTO ELIAS JARA LÓPEZ	PROCALCITONINA SEMICUANTITATIVA	$ 76.359,00
CTC	21-mar-12	CC	41353272	GRACIELA MURILLO DE QUINTERO	ACCESORIOS(CINTURON PARA BOLSA DE ORINA)	$ 526.650,00

Precisando, que cada uno de los recobros corresponde a servicios prestados por **insumos NO POS**; servicios que valga decir, no estaban incluidos en el Plan

[16] *Acta de Comité Técnico Científico del paciente JUSTO ELIAS JARA LÒPEZ, Acta No. 21212607427, 21212607561, 21212698233, 21212698237 y 21212698362, obrante en la carpeta Primera Instancia, Fallos y Actas, y CD FL. 50, archivo pdf, llave CTC1246416.*

Acta de Comité Técnico Científico del paciente GRACIELA MURILLO DE QUINTERO, Acta No. 21212607114 (7 actas), llave CTC1246820, obrante en la carpeta Primera Instancia, Fallos y Actas, CD FL. 50, archivo.pdf.

Obligatorio de Salud para la época de la prestación del servicio, Acuerdo 008 de 2009. De esta manera, resulta claro que los servicios prestados se encontraban excluidos del POS, hoy PBS, para la época, de modo que debían ser ordenados por el médico tratante, además de ser autorizados por el Comité Técnico Científico, lo que se cumple en este caso, pues como ya se indicó, esta Sala de decisión verificó que en efecto se cumplieron a cabalidad los requisitos para su reembolso por el ADRES, es decir, se justificó el servicio entregado.

De acuerdo con lo anterior, entonces la Sala condenará al pago de **$823.733**, correspondiente a $603.009 por servicios ordenados mediante actas de CTC y $220.724 soportados en fallos de tutela, toda vez que, las imágenes se aportaron en debida forma, y se acreditó que el servicio fue ordenado.

En otro giro, respecto a la condena por **intereses moratorios**, es menester recordar lo dispuesto en el artículo 7º del Decreto 1281 de 2002, que señala:

> ***"Artículo 7º.*** Trámite de las cuentas presentadas por los prestadores de servicios de salud. *Además de los requisitos legales, quienes estén obligados al pago de los servicios, no podrán condicionar el pago a los prestadores de servicios de salud, a requisitos distintos a la existencia de autorización previa o contrato cuando se requiera, y a la demostración efectiva de la prestación de los servicios.*
>
> *Cuando en el trámite de las cuentas por prestación de servicios de salud se presenten glosas, se efectuará el pago de lo no glosado. Si las glosas no son resueltas por parte de la Institución Prestadora de Servicios de Salud, IPS, en los términos establecidos por el reglamento, no habrá lugar al reconocimiento de intereses, ni otras sanciones pecuniarias.*
>
> *En el evento en que las glosas formuladas resulten infundadas el prestador de servicios tendrá derecho al reconocimiento de intereses moratorios desde la fecha de presentación de la factura, reclamación o cuenta de cobro.*
>
> ***Las cuentas de cobro, facturas o reclamaciones ante las entidades promotoras de salud, las administradoras del régimen subsidiado, las entidades territoriales y el Fosyga, se deberán presentar a más tardar dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha de la prestación de los servicios o de la ocurrencia del hecho generador de las mismas. Vencido este término no habrá lugar al reconocimiento de intereses, ni otras sanciones pecuniarias."*** *(Resaltado por la Sala)*

Igualmente, la Corte suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1970-2021, Radicación No. 82075, del 19 de mayo de 2021, señaló:

> *"De lo expuesto se concluye que no acierta la censura cuando en su disertación alega la improcedencia de los intereses moratorios, por no haberse establecido un plazo para el pago de los recobros y menos si los mismos no eran cancelados, cuando los*

que aquí se imponen, tienen como fundamento la existencia de glosas infundadas, las que, dicho sea de paso, no son controvertidas en el recurso de casación por la entidad recurrente y, que se itera, sí dan lugar al reconocimiento de la citada sanción, pues es el mismo Decreto 1281 de 2002, el que en su artículo 4 los consagra en los siguientes términos:

"El incumplimiento de los plazos previstos para el pago o giro de los recursos de que trata este decreto, causará intereses moratorios a favor de quien debió recibirlos, liquidados a la tasa de interés moratorio establecida para los tributos administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales. (Se subraya).

"De otra parte, es cierto que el artículo 13 del decreto en mención, únicamente hace alusión a los «términos para cobros o reclamaciones con cargo a recursos del Fosyga», estableciendo para ello que «cualquier tipo de cobro o reclamación que deba atenderse con recursos de las diferentes subcuentas del Fosyga deberá tramitarse en debida forma ante su administrador fiduciario dentro de los seis meses siguientes a la generación o establecimiento de la obligación de pago o de la ocurrencia del evento, según corresponda», sin que allí se contemple el plazo para efectuar su pago por parte del FOSYGA, hoy ADRES.

"No obstante lo precedente, dicha omisión fue superada desde la expedición de la Resolución 3797 de 2004, emitida por el entonces Ministerio de la Protección Social «Por la cual se reglamentan los Comités Técnico – Científicos y se establece el procedimiento de recobro ante el Fondo de Solidaridad y Garantía, Fosyga por concepto de suministro de medicamentos, no incluidos en el Plan Obligatorio de salud y, de fallos de tutela», la que en su artículo 13, consagró lo siguiente:

"Artículo 13. Término para estudiar la procedencia y el pago de las solicitudes recobro. El Ministerio de la Protección Social o la entidad que se defina para tal efecto, deberá adelantar el estudio de la solicitud de recobro e informar a la entidad reclamante el resultado del mismo, ***a más tardar dentro de los dos (2) meses siguientes a su radicación****.*

"Como resultado del estudio, las solicitudes de recobro podrán ser objeto de rechazo, devolución, aprobación condicionada o aprobación para pago.

"Las solicitudes de recobro presentadas oportunamente y en debida forma, que tengan como resultado aprobación para pago, deberán pagarse dentro del plazo señalado en el presente artículo.

"Es decir, desde dicha preceptiva se estableció el plazo, que echa de menos la censura, dentro del cual el Fosyga efectuará el pago del recobro y, por ende, establece la fecha de causación de los intereses moratorios y si bien, la mencionada Resolución 3797 de 2004 fue posteriormente derogada por las Resoluciones 2933 de 2006 y 3099 de 2008, esta última modificada por las Resoluciones 3754 y 5033 de 2008, 4377 de 2010 y, 1089 y 2064 de 2011, en todas ellas se mantuvo el plazo de pago de dos meses conforme se consagró desde la primera Resolución 3797 de 2004. Así las cosas, no existe el supuesto vacío legal que invoca la censura y menos que el Fosyga, hoy Adres, no tenga un plazo para efectuar tales pagos. (Negrillas de la Sala).

Así las cosas, de la disposición normativa en cita, claramente se evidencia la procedencia de los intereses moratorios cuando las glosas son infundadas, siempre y cuando el cobro se presente dentro de los 6 meses siguientes a la prestación del servicio o la ocurrencia del hecho generador, y bajo dicha precisión, resulta procedente esta condena.

Conforme a lo anterior, procedió la Sala a verificar la información contenida en el medio magnético obrante en el expediente donde se encuentra la base de datos de todos los recobros, verificando de los valores aquí ordenados, dentro de los 6 meses de que trata la norma se presentaron en su totalidad, así:

Fallos de Tutela

Pretensión No.	Radicado Fosyga	Fecha prestación Servicio	Valor Pretensión	Tipo Ident.	Num. Ident. Beneficiario	Fecha Radicación	Fecha de Glosa	Causal de Glosa
1	25073144	26-may-12	$ 21.124	TI	70924756245	13-jul-12	12-sep-13	4-03
2	25072415	14-may-12	$ 34.800	CC	16476329	13-jul-12	12-sep-13	4-03
3	25072415	14-may-12	$ 164.800	CC	16476329	13-jul-12	12-sep-13	4-03

Acta CTC

Pretensión No.	Radicado Fosyga	Fecha prestación Servicio	Valor Pretensión	Tipo Ident.	Num. Ident. Beneficiario	Fecha Radicación	Fecha de Glosa	Causal de Glosa
6	51575326	09-mar-12	$ 76.359,00	CC	6185344	12-jul-12	12-sep-13	4-03
7	51576015	12-abr-12	$ 34.800,00	CC	41353272	12-jul-12	12-sep-13	4-03
8	51576015	12-abr-12	$ 22.500,00	CC	41353272	12-jul-12	12-sep-13	4-03
9	51576015	12-abr-12	$ 17.400,00	CC	41353272	12-jul-12	12-sep-13	4-03
10	51576015	12-abr-12	$ 264.450,00	CC	41353272	12-jul-12	12-sep-13	4-03
11	51576015	12-abr-12	$ 187.500,00	CC	41353272	12-jul-12	12-sep-13	4-03

Precisando, se ordenará el pago de los intereses moratorios **2 meses** después desde la fecha de radicación de cada uno de los citados recobros como se puede ver en el cuadro atrás anexo, por tanto, se modificará la decisión de primera instancia en ese puntual aspecto, como quiera que allí se ordenó el pago de intereses sobre la totalidad de los recobros desde la fecha de presentación de la factura, para en su lugar, ordenar los intereses en los siguientes términos:

- Radicado No. 25073144 a partir del 14 de septiembre de 2012.
- Radicado No. 25072415 a partir del 14 de septiembre de 2012.
- Radicado No. 51575326 a partir del 13 de septiembre de 2012.
- Radicado No. 51576015 a partir del 13 de septiembre de 2012.

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

Agotada la competencia de la Sala por el estudio de los motivos de apelación, conforme las motivaciones que preceden, se modificará la sentencia de primera instancia en los términos atrás indicados, conforme las motivaciones precedentemente expuestas.

SIN COSTAS en esta instancia.

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

RESUELVE

MODIFICAR el numeral **PRIMERO** de la sentencia de primera instancia, en los siguientes términos:

PRIMERO: **CONDENAR** a la accionada **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES** a reconocer y pagar a la entidad demandante **ALIANSALUD ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD** la suma de **$823.733** por concepto de recobros por servicios suministrados en las anualidades 2011 y 2012, que corresponden a los radicados Nos. 25073144, 25072415, 51575326 y 51576015.

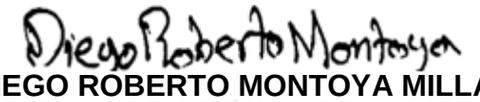
SEGUNDO: **DECLARAR PROBADA** la excepción de prescripción con relación a la factura con radicado No. 49316793 por valor total de **$119.939**, conforme a lo expuesto.

TERCERO: ACLARAR que los intereses moratorios se causarán **2 meses después** desde la fecha de radicación de cada uno de los recobros Nos. 51576015, 51575326, 25072415 y 25073144 y hasta la data de su pago, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

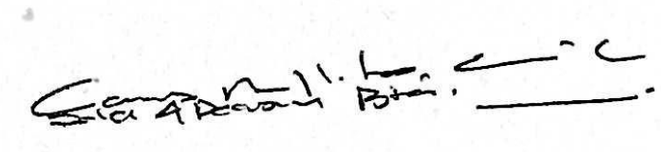
CUARTO: CONFIRMAR la sentencia en los demás.

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN



CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR JAIR ALBERTO CASTILLO ROJAS y LUZ MARINA ROJAS PINILLA en su doble condición de compañera permanente de LUIS ALBERTO CASTILLO GARCÍA y como representante legal de los menores DEYANIRA, LEIDY AIDE y YESICA PAOLA CASTILLO ROJAS contra COLPENSIONES, y como vinculados a ROBINSON CASTILLO CASTILLO, ANA CRISTINA CASTILLO CASTILLO, HEREDEROS INDETERMINADOS de TEODORA DE JESÚS CASTILLO ÁVILA, JORGE ARMANDO CASTILLO PEÑA y YECID ALFONSO CASTILLO PEÑA (RAD. 08 2017 00454 01).

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

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

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la demandante LUZ MARINA ROJAS PINILLA y la demandada COLPENSIONES., como también el grado jurisdiccional de Consulta en su favor y de los intervinientes ad excludendum herederos indeterminados de Teodora de Jesús Castillo Ávila, Robinson Castillo Castillo, Ana Cristina Castillo Castillo, Jorge Armando Castillo Peña y Yecid Alfonso Castillo Peña -como más adelante se explicará-, de la sentencia proferida por el Juzgado Octavo (8) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 15 de septiembre del 2022 (Audio Archivo 15 expediente digital, récord: 32:03), en la que se resolvió:

> *"**PRIMERO: CONDENAR a COLPENSIONES** a acrecentar el porcentaje reconocido a **JAIR ALBERTO CASTILLO ROJAS** y las menores **DEYANIRA CASTILLO ROJAS, LEIDY AIDE CASTILLO ROJAS y YESICA PAOLA CASTILLO ROJAS** representadas legalmente por su señora madre y demandante en este proceso **LUZ MARINA ROJAS PINILLA**, en calidad de hijos, por concepto de pensión de sobrevivientes causados por su señor padre **LUIS ANTONIO CASTILLO GARCÍA,** a partir del 23 de septiembre del año 2010, aclarándose que la prestación deberá ser pagadera para cada uno de los beneficiarios hasta el día anterior al cumplimiento de la mayoría de edad y hasta el día anterior al cumplimiento de los 25 años de edad, siempre y cuando acrediten en debida forma su escolaridad, ordenando a la demandada al pago en un porcentaje del 25%, para cada uno de ellos, en cuantía equivalente al salario mínimo mensual legal vigente, valores que deberán ser indexados desde el momento de su causación y hasta el momento efectivo de su pago, frente a las cuales se autorizan desde ya a **COLPENSIONES**, realizar los descuentos respectivos al sistema de seguridad social en salud.*
>
> ***SEGUNDO: CONDENAR a COLPENSIONES** a reconocer y pagar a **JAIR ALBERTO CASTILLO ROJAS y las menores DEYANIRA CASTILLO ROJAS, LEIDY AIDE CASTILLO ROJAS y YESICA PAOLA CASTILLO ROJAS** en calidad de hijos, representadas legalmente por su señora madre y demandante en este proceso **LUZ MARINA ROJAS PINILLA**, los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, sobre las mesadas pensionales reconocidas entre el 23 de septiembre del año 2010 al 31 de mayo de 2017, los cuales deben pagarse a partir del 23 de enero de 2011 y hasta el 31 de mayo de 2017.*
>
> ***TERCERO: ABSOLVER** a la demandada **COLPENSIONES**, de las pretensiones de la demandada principal propuestas por la señora **LUZ MARINA ROJAS PINILLA**, de conformidad con las consideraciones expresadas en esta providencia.*
>
> ***CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS** las excepciones de prescripción, no configuración del derecho a pago de intereses moratorios y no configuración del derecho al pago al IPC, ni de indexación o reajuste alguno, relevándose el Despacho del estudio y pronunciamiento de los demás medios exceptivos invocados dadas las resultas del caso.*
>
> ***QUINTO: COSTAS** en esta instancia a cargo de la parte demandada Colpensiones liquídense por secretaria fijando como agencias en derecho la suma de $1.000.000.*
>
> ***SEXTO:** Como quiera que esta decisión resulta adversa a los intereses de Colpensiones, se remitirán las diligencias al Honorable Tribunal Superior de Bogotá – Sala Laboral para que surta el grado jurisdiccional de **CONSULTA** en favor de Colpensiones."*

Inconforme con la decisión el apoderado de la demandante LUZ MARINA ROJAS PINILLA expresa en su impugnación no estar de acuerdo con la absolución de la pensión de sobrevivientes, señalando que se incurre en un error jurídico al considerar que no acreditó formalmente y sustancialmente la convivencia con el extinto Luis Antonio Castillo García hasta el 23 de septiembre del año 2010, pues en autos si está probada la convivencia entre la pareja desde enero de 1998 hasta el 23 de septiembre del 2010 con las declaraciones extrajudiciales y la testimonial

rendida dentro del proceso que constituye prueba plena de la convivencia. (Record: 34:39[1]).

Por su parte COLPENSIONES señala en su apelación se debe modificar la condena en cuanto al porcentaje que debe reconocerse a los hijos del causante, pues no debe corresponder al 25% sino al 16.67% pues ya les fue reconocido un 8.33%, es decir, solo se debe condenar a la diferencia de lo adeudado hasta el cumplimiento de los 18 años y a partir de esa data el 25% siempre y cuando hayan conservado la condición de beneficiarios de la prestación.

Por otro lado, refiere que su inconformidad también radica en la condena por indexación e intereses moratorios, teniendo en cuenta que las dos condenas van destinadas a subsanar que la prestación fue reconocida tardíamente por la demandada y por ende son incompatibles, advirtiendo que en caso de encontrarse que en efecto resulta más benéfico el pago de intereses moratorios, se revoque en su integridad esa condena pues Colpensiones se abstuvo del reconocimiento pensional a favor de los hijos del causante porque se presentaron inconsistencias en el registro de nacimiento de los mismos que impedían la verificación del parentesco que invocaban, aunado a la existencia de una controversia frente a

[1] **APODERADO PARTE DEMANDANTE:** Muchas gracias su Señoría, sí, señora Juez, pues me permito presentar respetuoso recurso de apelación contra el fallo que su Señoría ha tenido a bien dictar en relación con el punto tercero de la parte resolutiva de la sentencia. En la medida en que negó la pensión de sobrevivientes a la compañera permanente, la señora Luz Marina Rojas Pinilla, en ese sentido va mi apelación en los siguientes términos, señora juez.

Considero que, el juzgado desatina, incurre en un error jurídico al considerar que la señora Luz Marina Rojas Pinilla, no acreditó formalmente y sustancialmente la convivencia con el extinto Luis Antonio Castillo García, hasta el 23 de septiembre del año 2010. Esa parte es errática en su sentencia, señora juez, se lo digo con todo respeto y solicito que esta parte sea revisada en la segunda instancia, a que haya lugar y ciertamente, en los autos sí está probada la convivencia material entre Luz Marina Rojas Pinilla y el extinto Luis Antonio Castillo García, desde el mes de enero del año 1998 hasta el 23 de septiembre del año 2010, fecha en que ocurrió el deceso de Luis Antonio Castillo García. Démonos cuenta, señora juez, que hay declaraciones extrajudiciales (sic) en el expediente administrativo, también en curso de esta instancia rindió declaración, conteste la señora Janeth Villamil una persona vecina presencial de los hechos, presencial de la convivencia entre Luz Marina Rojas Pinilla y Luis Antonio Castillo García. Ella le consta la convivencia entre mi representada y el extinto, dado que fue vecina en la vereda Carapacho alto.

Exigir que un testigo o que a un proceso concurran abundantes testigos, es devolver los avances probatorios devolvernos a la época en que los testimonios se tenían que contar. Bien sabemos, señora juez, que los testimonios no se cuentan, los testimonios se pesan y el testimonio de Janeth Villamil es conteste, afirmativo, verás, no tachado, ni redargüido de falso, luego es una prueba plena en derecho de la convivencia. Además, téngase en cuenta que Luz Marina Rojas dedicó su vida a Luis Antonio Castillo, pues convivió con él, tuvo hijos, entre el año 1999 hasta el año 2005. Fueron sus años en sus mejores años de los 27 a los 32 años y pretender que concurran irrefutablemente o formalmente una cantidad determinada de testigos no es de recibo probatorio, de acuerdo con los avances que hoy tiene la jurisprudencia, de tal manera, señora juez, que considero que sí está probada la convivencia entre Luz Marina Rojas Pinilla y el extinto Luis Antonio Castillo García, de tal manera que en ese punto su sentencia es errática y con el mayor respeto solicito que sea revocada en la instancia que corresponda. Muchas gracias su Señoría."

cuales hijos y en qué porcentaje se debía reconocer a los hijos del fallecido la prestación pensional, lo cual solo se vino a solucionar con el fallo de primera instancia, lo que conllevó a que se dejara en suspenso el 50% que le podía corresponder a cualquiera de las beneficiarias que invocaban la calidad de compañera o cónyuge del causante, y 16.66%, que eventualmente le hubiese podido corresponder a los hijos Ana Cristina y Robinson Castillo, por lo que en su sentir no resultan procedentes los intereses moratorios (Record: 43:24[2])

[2] **APODERADO COLPENSIONES:** Señora juez, gracias. Colpensiones, interpone el recurso de apelación parcial solicitando lo siguiente: En primera medida, considera Colpensiones que si bien es cierto, lo enunciado por el despacho en el numeral primero de la sentencia resulta ajustada a Derecho, considera Colpensiones que debe modificarse dicha condena, en el entendido de que está plenamente establecido y probado y así lo indicó la señora juez en la sentencia de instancia, que a los hijos del causante, Jair, Deyanira, Lady y Jessica Castillo Rojas, se le reconoció por parte de Colpensiones la pensión de sobrevivientes en un porcentaje para cada uno equivalente al 8.33%, conforme consta la resolución del año 2017.

En el numeral primero, el despacho ordena el acrecimiento de ese porcentaje hasta un 25%, que lo considera Colpensiones, que, para efectos del cumplimiento eventual de la sentencia de instancia y que el fallo, que totalmente ajustada a Derecho, lo que correspondería es que, en ese numeral, se hubiese dispuesto que Colpensiones, debía reconocer a partir del 23 de septiembre de 2010 y hasta el 31 de mayo del año 2017, la diferencia entre el porcentaje reconocido con el porcentaje que ordena el despacho por reconocer, es decir, que durante ese periodo de tiempo Colpensiones únicamente debe reconocer a cada uno de los beneficiarios el equivalente a un 16.67%, y a partir del cumplimiento de la mayoría de edad, y siempre y cuando se acrediten los requisitos legales y como lo indicó el despacho en el en el numeral primero, la sentencia se reconozca el 25% que le corresponde a cada uno de ellos, dependiendo si efectivamente conservaron o no la condición de beneficiario de la prestación.

Considera Colpensiones que resulta ajustada dicha modificación en el entendido que reitero Colpensiones si efectuó un reconocimiento pensional en favor de los beneficiarios y de acuerdo a la motivación del fallo de instancia, durante el período de tiempo que señalé anteriormente, únicamente correspondería a cargo Colpensiones, el reconocimiento de la diferencia de ese porcentaje, es decir, de 16.67%, esa sería la primera solicitud que realizaría la sala laboral del Tribunal Superior de Bogotá de modificar el Numeral primero de la sentencia de instancia en esos términos.

En cuanto al numeral segundo, Colpensiones, solicitaría que se revocara ese numeral en el entendido, que, en el numeral primero de la sentencia en la parte final, el despacho indica, los anteriores valores deberán ser indexados desde el momento de su causación hasta el momento de efectivo de su pago. No obstante, en el numeral segundo la sentencia de instancia al despacho condena a Colpensiones al reconocimiento y pago de intereses de mora y como lo tiene establecido de forma pacífica al presidente de la Corte Suprema de Justicia, sede de casación laboral resulta totalmente incompatible la condena por concepto de indexación y por concepto de intereses de mora, teniendo en cuenta que las dos condenas, van destinadas a subsanar el mismo problema o la misma deficiencia y es que la prestación, reconocida tardíamente por la administradora de pensiones , tiende a devaluarse por el paso del tiempo. De forma que, el concepto indexación y el concepto e intereses de mora a efectos de subsanar dicha evaluación sería la misma y si de acuerdo a la sentencia del despacho Colpensiones debe no solo indexar los retroactivos a los que fue condenado, sino adicionalmente pagar intereses de mora sobre los mismos estaría siendo condenado dos veces por el mismo concepto y reitero, de forma pacífica, ya la Corte Suprema tiene establecido que resulta totalmente incompatible que sobre un reconocimiento tardío de una prestación económica, se ordene a la administradora de pensiones al reconocimiento y pago de indexación y de intereses de mora.

Sumado a eso, a que si eventualmente el despacho, la sala laboral considerará que resulta mucho más beneficioso para la parte demandante la condena de intereses de mora, por esa sola razón sería suficiente, que se sustentara la solicitud de Revocatoria de la orden de indexación, que el despacho emitió en el numeral primero y adicionalmente, en caso de que la Sala Laboral considere que resulta viable, revocar la orden de indexación por ser procedente los intereses de mora, también se pone en consideración, revocar en su integridad esa orden de condena de intereses de mora del artículo 141 de la Ley 100 de 1993. Teniendo en cuenta que, la actuación administrativa que en su momento desplegó el Seguro Social y posteriormente Colpensiones, estuvo ajustada a Derecho en la resolución del año 2011, a la que hace mención la señora juez en la sentencia de instancia y qué de acuerdo a las resoluciones que en vía administrativa emitió

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

---

Colpensiones, dejó claro que esas resoluciones proferidas en el año 2011 mediante la cual el Seguro Social, reconoció la pensión de sobrevivientes a los hijos del señor Castillo e incluso a la señora Luz Marina Rojas, como beneficiaria de dicha prestación, nunca fueron notificadas y en ese orden de ideas, posteriormente Colpensiones, la deja sin efecto alguno, pero si se revisa la resolución que emitió Colpensiones en el año 2014. La GNR 30265 del 3 de febrero del 2014, en ese momento Colpensiones, se abstiene efectuar un reconocimiento pensional en favor de los hijos del causante, teniendo en consideración que se presentaban unas inconsistencias con los registros civiles de nacimiento de los mismos. Inconsistencias, que impedían que Colpensiones, verificara efectivamente el parentesco que invocaban los solicitantes con relación a el causante de la prestación.

Posteriormente y como lo indicó igualmente la señora juez, a solicitud de 6 de enero del 2017, esa inconsistencia de esos registros de nacimiento a los beneficiarios, fue corregida o fue subsanada, lo que permitió que Colpensiones, pudiese estudiar la viabilidad del reconocimiento prestacional solicitado, lo que efectivamente sucedió conforme a la Resolución 84246 de mayo del 2017, de forma que ese actuar negligente que se le reprocha en su momento al Seguro Social y posteriormente a Colpensiones, en cuanto a la tardanza mora en el reconocimiento prestacional en favor de los hijos del causante, tiene un fundamento legal que justifica que Colpensiones y en su momento el Seguro Social no hubiesen procedido al reconocimiento efectivo, de dicha prestación, sumado a que debe tenerse en cuenta que cómo está en el reconocimiento pensional del año 2017, había una controversia que incluso, solo se pudo resolver con la sentencia de instancia frente al hecho que los hijos de la señora Teodora Castillo Ávila, los señores Robinson Castillo y la señora Ana Cristina Castillo, por lo menos cuando se presentaron las solicitudes de reconocimiento pensional en vía administrativa ante el Seguro Social y las dos que se presentaron ante Colpensiones, igualmente se presentaba una controversia frente a qué porcentaje se le debía reconocer a los hijos en común de la señora Luz Marina Rojas y el señor Castillo y a los hijos en común que, aparentemente, se habían procreado entre la señora Teodora castillo y el señor Castillo y eso conllevó en que, entre otras cosas, Colpensiones en esa resolución del año 2017, decidiera dejar en suspenso no solo el 50% de la prestación que eventualmente le correspondía a cualquiera de las beneficiarias que invocaban la calidad de compañera o cónyuge del causante, sino incluso se dejó en suspenso, un 16.66%, que eventualmente le hubiese podido corresponder a los hijos Ana Cristina y Robinson Castillo.

En el curso de este proceso, se determinó que efectivamente no se pudo acreditar el parentesco de hijo que invocaron estos pretendidos beneficiarios en vía administrativa y en razón a ellos, que el despacho ordena el acrecimiento del Derecho pensional, reconocido, a los hijos en común de la señora Luz Marina Rojas y el señor Castillo, pero esa situación también es un punto que debe tenerse en cuenta y que justificó en su momento la mora o la tardanza por parte de Colpensiones, en el reconocimiento del retroactivo pensional.

Si bien es cierto, el despacho en cuanto a intereses de mora únicamente hace alusión a que dichos intereses de mora deben reconocerse sobre la prestación o el retroactivo causado desde el 23 de septiembre del 2010 hasta mayo del 2017, Colpensiones considera que esos intereses de mora no resultarían procedentes, teniendo en cuenta los argumentos expuestos y evidentemente, frente al retroactivo que ordena el despacho, se reconozca a favor de los beneficiarios a partir del cumplimiento de la mayoría de edad y eventualmente, hasta que se condicione, o se acredite que la condición de beneficiario en razón a la dependencia económica por estudios, frente a ese tema, si bien es cierto, el despacho indica que aparentemente no se causarían interés, considera Colpensiones que la redacción de la condena daría lugar a que los intereses de mora, que se están reconociendo sobre la totalidad del retroactivo que les pueda corresponder a los beneficiarios cuando eventualmente dichos intereses solo podrían causarse frente al 8.33%, que inicialmente se le reconoció a cada uno de los beneficiarios conforme a la resolución del año 2017. Por esa razón es, señora juez y señores magistrados, se solicitaría acceder a la modificación del Numeral primero de la sentencia de instancia se revocara o la orden de indexación con la orden de intereses de mora que a juicio de Colpensiones resulta contradictoria y resulta doblemente gravosa para la entidad y en caso de considerar que sí procedería la condena de intereses esté también fuera revocada en su integridad por considerarse que la actuación de Colpensiones y el Seguro Social siempre tuvo un fundamento legal, que generó esa mora o esa tardanza en el reconocimiento de la prestación.

En esos términos, señora Juez quedaría sustentado al recurso de apelación. Muchas gracias."

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la parte demandante, las pretensiones que relacionó en la demanda (Archivo 1 expediente digital, página 6), las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos consignados en las páginas 7 a 9 del mismo archivo, solicitando se declare Colpensiones tiene la obligación de reconocer a la señora LUZ MARINA ROJAS PINILLA y a sus menores hijos JAIR ALBERTO CASTILLO ROJAS, DEYANIRA CASTILLO ROJAS, LEIDY AIDE CASTILLO ROJAS y YESICA PAOLA CASTILLO ROJAS, la pensión de sobrevivientes como compañera permanente e hijos del señor LUIS ANTONIO CASTILLO GARCIA (q.e.p.d) a partir del 23 de septiembre del año 2010, en consecuencia se condene al pago del 50% para LUZ MARINA ROJAS PINILLA y un 12.5% para cada uno de sus hijos, con la mesada adicional de diciembre, los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, la indexación de las mesadas y costas procesales.

En sentencia de primera instancia la Juez accedió al pago de la pensión de sobrevivientes únicamente a favor de JAIR ALBERTO CASTILLO ROJAS, DEYANIRA CASTILLO ROJAS, LEIDY AIDE CASTILLO ROJAS y YESICA PAOLA CASTILLO ROJAS, en un porcentaje del 25% a partir del 23 de septiembre del 2010 y hasta el día anterior al cumplimiento de la mayoría de edad y hasta el día anterior al cumplimiento de los 25 años de edad, siempre y cuando acrediten en debida forma su escolaridad, junto con la indexación de las sumas debidas y los intereses moratorios sobre las mesadas pensionales reconocidas entre el 23 de septiembre del año 2010 al 31 de mayo de 2017, los cuales deben pagarse a partir del 23 de enero de 2011 y hasta el 31 de mayo de 2017, absolviendo del pago de la prestación a favor de LUZ MARINA ROJAS PINILLA y TEODORA DE JESUS CASTILLO AVILA.

Lo anterior tras considerar que ni la compañera ni la cónyuge acreditaron la convivencia con el de cujus al menos 5 años en cualquier época -cónyuge- ni los 5 años con anterioridad al deceso del afiliado -compañera-, por ende, no tenían derecho al reconocimiento pensional, pues tan solo probó la existencia de una relación de noviazgo, frente a los vinculados ROBINSON CASTILLO CASTILLO, JORGE ARMANDO CASTILLO PEÑA y YECID ALFONSO CASTILLO PEÑA, absolvió por no encontrarse en el plenario con sus registros civiles de nacimiento,

por lo que las pruebas recaudadas carecen de la idoneidad legal para establecer su parentesco con el causante y en relación con ANA CRISTINA CASTILLO CASTILLO adujo no tener derecho por ser mayor de edad y no acreditar estudios para el momento del deceso de su padre.

Así las cosas, los problemas jurídicos en esta instancia, en virtud del principio de consonancia y el grado jurisdiccional de Consulta en favor de Colpensiones y de los terceros ad excludendum, se circunscriben en determinar:

i. Verificar si procede o no el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en favor de la demandante LUZ MARINA ROJAS PINILLA y de sus hijos.

ii. Si procede el reconocimiento pensional a favor de los intervinientes ad excludendum -HEREDEROS INDETERMINADOS de TEODORA DE JESUS CASTILLO AVILA- ROBINSON CASTILLO CASTILLO, ANA CRISTINA CASTILLO CASTILLO, JORGE ARMANDO CASTILLO PEÑA y YECID ALFONSO CASTILLO PEÑA, ya que si bien en la parte resolutiva de la sentencia de primer grado no se emitió orden alguna respecto de estos vinculados a la litis como terceros, lo cierto es que la decisión proferida les fue totalmente desfavorable, hecho que se corrobora con la parte motiva del fallo de la Juez a quo quien estudió si la señora CASTILLO AVILA (q.e.p.d.) acreditó el tiempo de convivencia exigido por la ley, encontrado orfandad probatoria en este sentido, al igual que el parentesco de ROBINSON CASTILLO CASTILLO, JORGE ARMANDO CASTILLO PEÑA y YECID ALFONSO CASTILLO PEÑA con el causante, y frente a ANA CRISTINA CASTILLO CASTILLO adujo que para la data de la muerte del causante tenía 21 años, pues nació en el año 1989, sin que se demuestre haberse encontrado incapacitada para trabajar por sus estudios, ni mucho menos depender económicamente de su señor padre, de modo que resulta procedente conocer del presente asunto igualmente en el grado jurisdiccional de Consulta en favor de los terceros intervinientes, pues se itera la decisión de primera instancia no les fue favorable.

iii. La procedencia de los intereses moratorios e indexación.

iv. El porcentaje que debe reconocer Colpensiones a los hijos de la señora Luz Marina Rojas Pinilla.

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

- El señor LUIS ANTONIO CASTILLO GARCÍA, falleció el **23 de septiembre del 2010**, conforme se señala en el registro civil de defunción visible en el Archivo 01, expediente digital página 4.

- El causante se encontraba casado con la señora TEODORA DE JESUS CASTILLO AVILA desde el 18 de agosto de 1980 ver Archivo 04 expediente administrativo “GRP-HPE-02-20136800326386-20130726221101”

- Mediante resolución SUB 84246 del 31 de mayo del 2017 COLPENSIONES reconoció la pensión de sobrevivientes a: Jair Alberto Castillo Rojas, Deyanira Castillo Rojas, Leidy Aide Castillo Rojas y Yesica Paola Castillo Rojas en un porcentaje del 8.33% para cada uno, dejando en suspenso un 50% que pudiera corresponder a Luz Marina Rojas Pinilla y Teodora de Jesus Castillo Avila (q.e.p.d.), un 8.34% de Robinson Castillo Castillo y el 8.34% de Ana Cristina Castillo Castillo.

Así las cosas por cuestiones de método, inicia la Sala en primer lugar con el estudio del reconocimiento del derecho pensional en favor LUZ MARINA ROJAS PINILLA y de TEODORA DE JESUS CASTILLO AVILA (tercera ad excludendum), precisándose habida cuenta de la fecha de fallecimiento del causante (23 de septiembre de 2010) la norma que regula la situación planteada corresponde a los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificados por los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, la cual se encontraba vigente para esa data y que en su parte pertinente señala que tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes en forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad.

Recordándose en este punto, aunque la Corte Suprema de Justicia sostuvo la tesis de que la convivencia mínima requerida para ostentar la calidad de

beneficiario de la pensión de sobrevivientes, tanto para cónyuge como para compañero o compañera permanente, según el literal a) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993[3], era de 5 años, independientemente de que el causante de la prestación fuera un afiliado o pensionado, **tal criterio fue revaluado** por esa Corporación, señalando que la lectura de la precitada disposición (literal a) del art.13 de la L. 100 de 1993) advierte con suma claridad y contundencia que la exigencia de un tiempo mínimo de convivencia de 5 años allí contenida se encuentra relacionada únicamente al caso en que la pensión de sobrevivientes se causa por **muerte del pensionado**, enfatizando, "*una intelección distinta, comporta la variación de su sentido y alcance, toda vez que no puede desconocerse tal distinción, que fue expresamente prevista por el legislador",* **bastando la demostración de la calidad invocada –cónyuge o compañero (a) permanente- del <u>afiliado fallecido</u>**, postura además consignada, entre otras por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL-2820 del 16 de junio del 2021, radicación 73255, en los siguientes términos:

> *"En torno a dicha exigencia, esta Sala de la Corte de manera reiterada había sostenido efectivamente la tesis expuesta por el Tribunal, esto es que, sin importar de que se tratara de la muerte de un afiliado o de un pensionado, para que la compañera(o) permanente fuera beneficiaria(o) de la pensión de sobrevivientes, era necesario que acreditara 5 años de convivencia con su pareja con anterioridad a la fecha del deceso (…).*
>
> *No obstante, lo anterior, dicha posición fue reevaluada para señalar que de la redacción del literal a) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, no era posible inferir que en tratándose de la muerte de un afiliado, el legislador hubiese querido exigir un tiempo mínimo de convivencia de 5 años,* ***de manera que ese interregno temporal solamente resultaba necesario acreditarse en aquellos casos en que el deceso ocurría en cabeza de un <u>pensionado.</u>*** *Así por ejemplo, en la sentencia* CSJ SL1905-2021, *en torno a la citada norma se sostuvo:*
>
> > *[…] En síntesis, pueden extraerse dos reglas […] que fijan el alcance y la correcta interpretación del artículo 13 de la Ley 797 de 2003: i) La pensión de sobrevivientes en materia de afiliados al sistema de seguridad social, no exige un*

---

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

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

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

a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, <u>tenga 30 o más años de edad</u>. 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 <u>no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte</u>[3]; (…)

> *tiempo mínimo de convivencia para acreditarse como beneficiarios la cónyuge o la compañera permanente y, ii) No existe un trato diferenciado para la aplicación de la regla anterior, es decir, no importa la forma en la que se constituya el núcleo familiar, vínculos jurídicos o naturales, la protección se dirige al concepto de familia (artículo 42 de la C.P.), luego el análisis se circunscribe en estos casos a la simple acreditación de la calidad requerida y la conformación del núcleo familiar con vocación de permanencia, vigente para el momento de la muerte (al respecto, se puede consultar entre otras sentencias CSJ SL3843-2020, CSJ SL5626-2020).*

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

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

Es así entonces, que de acuerdo al nuevo criterio doctrinal, para efectos de determinar quién ostenta la calidad de compañero o compañera permanente de un afiliado, acorde con lo dispuesto en el literal a) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el 47 de la Ley 100 de 1993, debe acudirse a la noción constitucional de familia, sin que sea dable exigir que se acredite un determinado periodo de convivencia para obtener la condición de beneficiario de la pensión de sobrevivientes cuando se trata de fallecimiento de un afiliado, siendo necesario únicamente que se acredite la existencia de ese vínculo de comunidad de pareja con vocación de permanencia real, efectiva y vigente al momento del óbito del asegurado". (Negrillas y subrayas fuera de texto)

En la SL5270 del 3 de noviembre del 2021 Rad. 86941 también se señaló:

> *En este punto resulta necesario precisar, que conforme al análisis hasta aquí efectuado, de lo dispuesto en el* ***literal a)*** *del art. 13 de la Ley 797 de 2003, para ser considerado beneficiario de la pensión de sobrevivientes, en condición de cónyuge o compañero o compañera permanente supérstite del afiliado al sistema que fallece, no es exigible ningún tiempo* ***mínimo*** *de convivencia,* ***toda vez que con la simple acreditación de la calidad exigida, cónyuge o compañero (a), la conformación y pertenencia al núcleo familiar, con vocación de permanencia, así como la convivencia vigente para el momento de la muerte, se da cumplimiento al***

> ***supuesto previsto en el literal de la norma analizado, que da lugar al reconocimiento de las prestaciones derivadas de la contingencia****, esto es, la pensión de sobrevivientes, o en su caso, la indemnización sustitutiva de la misma o la devolución de saldos, de acuerdo al régimen de que se trate, y el cumplimiento de los requisitos para la causación de una u otra prestación.*

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

> *"Sobre la discusión que eleva la censura, la línea jurisprudencial de esta Corporación estuvo asentada, por varios años, en que el requisito de convivencia por espacio de cinco años previos al deceso del causante era exigible tanto para los casos de pensionados como de afiliados (CSJ SL, 20 mayo 2008, radicado 32393; CSJ SL1402-2015; CSJ SL1399-2018 y CSJ SL422-2020).*
>
> *Sin embargo, a través de la sentencia CSJ SL1730-2020, esta Sala rectificó su línea de interpretación acerca del requisito de convivencia para ser beneficiaria de la pensión de sobreviviente, distinguiendo si a la muerte del causante era afiliado o pensionado (…).*
>
> *(…)*
>
> *Criterio este que luego, mediante sentencia CSJ SL5270-2021 fue reafirmado, separándose de lo dispuesto en la sentencia de unificación de la Corte Constitucional CC SU-149-2020 y, manifestando que la interpretación adecuada de lo dispuesto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, «resulta constitucional y legalmente válido, dentro del marco de las competencias de esta Sala, en su función de unificación de la jurisprudencia laboral, de conformidad con lo dispuesto en el art. 16 de la Ley 270 de 1996 y 235 de la CP, con sus modificaciones».*
>
> *(…)*
>
> *De manera que, conforme al criterio jurisprudencial imperante de esta Sala, se tiene que quien pretenda acceder a una pensión de sobrevivientes, a la luz del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, se le exigirán como requisitos para acceder a ese derecho pensional los siguientes: cuando el causante es un pensionado una convivencia de cinco años,* ***mientras que tratándose de la pensión de sobrevivientes derivada del fallecimiento de un afiliado no será exigible tiempo específico de convivencia, pues simplemente bastará con demostrar la condición de compañero permanente o compañero (a) y la conformación del núcleo familiar, con vocación de permanencia, vigente para el momento de la muerte*** *y así se cumple con el presupuesto normativo en comento, que da lugar al reconocimiento de las prestaciones derivadas de esa contingencia.*
>
> *En consecuencia, debe entenderse que el requisito de convivencia exigido a los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes -esto es, la convivencia mínima de cinco años- sólo es exigible en el caso de la prestación causada con ocasión del fallecimiento de pensionado."*

Bajo tal entendido, para que proceda el reconocimiento pensional dentro del presente asunto donde el fallecido es un **AFILIADO** se requiere demostrar la calidad de *"cónyuge o compañero (a), la conformación y pertenencia al núcleo*

familiar, con vocación de permanencia, así como la convivencia vigente ***para el momento de la muerte****"* (SL 5270-2021 y SL 1878-2022).

En ese orden, en primer lugar, se tiene que la señora LUZ MARINA ROJAS PINILLA nació el 17 de enero de 1972 (*según copia cédula de ciudadanía página 45 Archivo 1 expediente digital*), por lo que a la fecha de fallecimiento del causante (23/09/2010) contaba con 38 años de edad y TEODORA DE JESUS CASTILOO AVILA (q.e.p.d.) tenía 54 años de edad -nació el 9 de febrero de 1956- (*según copia cédula de ciudadanía página 10 Archivo 4 expediente digital* "GRP-HPE-02-20136800326386-20130726221101") acreditando así el primero de los requisitos.

Ahora en cuanto a la calidad de compañera permanente y cónyuge respectivamente, como ya se vio frente a la señora Teodora de Jesús obra el registra civil de matrimonio del cual se extraje que contrajo nupcias con el afiliado fallecido el 18 de agosto de 1980 acreditando su condición de cónyuge, por lo que se procede entonces analizar la convivencia con el causante para el momento de su fallecimiento, como también la de la LUZ MARINA ROJAS quien alega su calidad de compañera permanente.

En primer lugar, obran las siguientes declaraciones extra proceso (*Archivo 4 expediente digital* "GRP-HPE-02-20136800326386-20130726221101" pág. 11):

En la ciudad de Chiquinquirá, Departamento de Boyacá, República de Colombia, a **QUINCE (15)** días del mes **de MARZO** de año **DOS MIL ONCE (2.011)**, en las instalaciones de la Notaría Segunda del Circulo, cuyo Titular es el **Doctor ALBERTO BEJARANO RODRÍGUEZ,** compareció: **NANCY ESPERANZA FAJARDO VILLAMIL Y EPIMENIO GONZALEZ GARZON** identificado (a,s) con la cédula de ciudadanía No **C.C Nos 33.701.937 Y 7.278.156 DE CHIQUINQUIRÀ Y MUZO BOYACÀ** domiciliado (a,s) **EN LA CALLE 27.A No 11-53 Y CALLE 27.A No 11-38** de esta ciudad de estado civil **SOLTERA EN UNIÒN LIBRE Y CASADO,** de profesión u ocupación, **AMA DE CASA Y COMERCIANTE de 29 Y 30** años de edad y bajo gravedad del juramento prometió decir la verdad, toda la verdad y nada más que la verdad en ésta diligencia, quien estando en su entero y cabal juicio, y en pleno uso de sus capacidades mentales, teniendo en cuenta lo dispuesto por el Decreto Ley 1557 de Julio 14 de 1.989, el Artículo 299 del C.P.C. y el Artículo 389 del C.P.P., al efecto expuso:-**PRIMERO**: Nos llamamos como quedó dicho y nuestros generales de ley son como están escritos en la nota de comparecencia.- **SEGUNDO**: Declaro bajo la gravedad del juramento y a sabiendas de las implicaciones legales que acarrea jurar en falso que: CONOCIMOS DE VISTA TRATO Y COMIUNICACIÒN AL SEÑOR **LUIS ANTONIO CASTILLO GARCIA**, FALLECIDO EL DÌA VEINTITRES (23) DE SEPTIEMBRE DE 2.010 EN LA VEREDA CARAPACHO DEL MUNICIPIO DE CHIQUINQUIRÀ BOYACÀ, Y QUIEN SE IDENTIFICABA CON LA CEDULA DE CIUDADANÌA No 4'228.466 DE SABOYA BOYACÀ DURANTE TODA MI VIDA Y DURANTE DIEZ (10) AÑOS, PORQUE EL VIVIO EN LA CASA DE HABITACIÒIN DE MIS PADRES Y ADEMAS ERAMOS VECINOS, Y PORQUE NOS ENCONTRABAMOS FRECUENTEMENTE. **TERCERO**: QUE POR EL MISMO CONOCIMIENTO QUE EL TUVIMOS SABEMOS Y NOS CONSTA QUE FUE CASADO POR LOS RITOS CATÒLICOS CON LA SEÑORA **TEODORA DE JESUS CASTILLO AVILA,** IDENTIFICADA CON LA CEDULA DE CIUDADANÌA No 20'816.072 DE CABRERA CUNDINAMARCA, QUE DE CUYO MATRIMONIO PROCREARON A SUS HIJOS **ROBINSON Y ANA CRISTINA CASTILLO CASTILLO**, QUIENES JUNTO CON SU SEÑORA MADRE DEPENDIAN ECONÒMICAMENTE DE LOS INGRESOS DE SU PADRE Y ESPOSO ANTES MENCIONADO. **CUARTO**: DE LA MISMA FORMA DECLARAMOS QUE LA CONVIVENCIA DE LA SEÑORA **TEODORA DE JESUS CASTILLO AVILA,** CON SU FALLECIDO ESPOSO ANTES MENCIONADO FUE ININTERRUMPIDA HASTA EL ULTIMO DIA DE SU VIDA, QUE DESCONOCEMOS DE LA EXISTENCIA DE MAS HEREDEROS O LEGATARIOS CON IGUAL O MEJOR DERECHO A RECLAMAR A PARTE DE SU ESPOSA E HIJOS ANTES MENCIONADOS. ----------

Archivo 05 expediente administrativo "GRP-HPE-02-20136800317168-20130618093621", Pág. 26

En la ciudad de Chiquinquirá, Departamento de Boyacá, a Diecisiete (17) de Noviembre de dos mil diez (2.010), ante la Suscrita Notaria Primera del Circulo compareció (ron): **ALVARO MONROY PACHON y LUIS HERNANDO MENDIGAÑO CIFUENTES,** bajo la gravedad de juramento lo dispone el Decreto 1557 el 4 de Julio de 1989, Artículo 299 C.P.C. y Artículo 269 CPP. Procede(n):

PRIMERO: Nuestros nombres son: **ALVARO MONROY PACHON y LUIS HERNANDO MENDIGAÑO CIFUENTES,** identificados con la cedula de ciudadanía número 4.096.860 y 19.171.936 expedida en Bogota y Chiquinquirá, domiciliado(s) y residente(s) en esta ciudad, de profesión u ocupación(s): Comerciantes, de estado civil(es): Solteros.

SEGUNDO: Declaramos que hace más de doce (12) años conocemos de vista, trato y comunicación a la señora LUZ MARINA ROJAS PINILLA, identificada con la cedula de ciudadanía numero 46.676.118 expedida en Chiquinquirá; Y del trato con ella sabemos y nos consta que durante doce (12) años convivió en unión marital de hecho con el señor LUIS ANTONIO CASTILLO GARCIA, quien en vida se identificaba con la cedula de ciudadanía numero 4.228.466 expedida en Saboya.

TERCERO: De igual manera declaramos que de esa unión tuvieron cuatro hijos llamados JAIR ALBERTO, DEYANIRA, LEYDI AIDE, YESICA PAOLA CASTILLO ROJAS de 11, 9, 8 Y 5 años de edad respectivamente, y el causante LUIS ANTONIO CASTILLO GARCIA, respondía económicamente por su compañera y por sus cuatro hijos.

CUARTO: Además declaramos que los antes mencionados convivieron bajo el mismo techo, mesa y lecho de forma constante, permanente e interrumpida durante doce (12) años aproximadamente, comprendidos desde el día cinco (5) del mes de Septiembre de Mil novecientos Noventa y Ocho (1.998) hasta el día de su fallecimiento que ocurrió el día Veintitrés (23) de Septiembre del dos mil diez (2.010).

QUINTO: También declaramos que el causante LUIS ANTONIO CASTILLO GARCIA, al momento de su fallecimiento se encontraba conviviendo con la señora LUZ MARINA ROJAS, en unión marital de hecho.

Frente a las mismas, debe advertir la Sala tales manifestaciones no pueden tenerse en cuenta, dado que no dan la razón de la ciencia de su dicho, pues si bien narran algunas circunstancias de tiempo, modo y lugar del conocimiento que tienen sobre la relación de las señoras TEODORA DE JESUS CASTILLO AVILA (q.e.p.d.) y LUZ MARINA ROJAS PINILLA y el causante LUIS ANTONIO CASTILLO GARCIA, nada refieren sobre el punto objeto de estudio en esta instancia, esto es, la convivencia con el de cujus **para el momento de su deceso** -23/09/2010-, siendo precarias tales manifestaciones para el punto objeto aquí de estudio y en todo caso no existe otra prueba que reafirme lo dicho por tales declarantes.

Lo anterior por cuanto la única testimonial rendida fue la de la señora YANETH VILLAMIL[4] quien refirió conocer la señora Luz Marina y a Jair Alberto al haber sido vecinos en una vereda de Chiquinquirá, precisando que la demandante vivía con el señor Luis Antonio y tuvieron cuatros hijos, era quien hacia el mercado,

[4] Audio Archivo 10 expediente digital, audiencia del 27 de julio del 2022 (récord: 38:17)

desconociendo si se ausentaba de su hogar, señalando que como vecinos se venían frecuentemente y se visitaban una vez a la semana, no obstante no narró ninguna situación relacionada con la convivencia de la pareja hasta el momento del deceso del señor Luis Antonio.

Así las cosas, conforme lo reseñado y una vez analizadas en conjunto las pruebas bajo las reglas de la sana critica, pues recuérdese que la decisión se funda en la libre formación del convencimiento del fallador (artículo 61 del C.P.L.) sin que existan tarifas probatorias o pruebas irrefutables, advierte la Sala que no obra prueba en el plenario de "*la conformación y pertenencia al núcleo familiar, con vocación de permanencia, así como la convivencia vigente* ***para el momento de la muerte****"* de las señoras LUZ MARINA ROJAS PINILLA y TEODORA DE JESÚS CASTILLO AVILA (q.e.p.d.) con el señor LUIS ANTONIO GARCÍA CASTILLO (q.e.p.d.), conforme al material probatorio obrante en autos.

Precisándose si bien para el presente asunto donde **el fallecido es un afiliado** no se exige un mínimo de convivencia, sí se debe demostrar la intención de la pareja de la continuidad del vínculo, con apoyo moral, material y efectivo y un acompañamiento espiritual permanente, lo cual en autos no se acreditó pues se itera ni tan siquiera se logró probar la existencia de un proyecto de vida en común de las señoras LUZ MARINA ROJAS PINILLA y TEODORA DE JESÚS CASTILLO AVILA (q.e.p.d.) para el momento del deceso del señor GARCÍA CASTILLO, no pudiendo derivarse dicha circunstancia únicamente por virtud de la relación amorosa que pudieron sostener.

Recuérdese que conforme lo ha establecido la Honorable Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencia SL1399, Radicación No. 45779 del 25 de abril del 2018 la convivencia es «*aquella «comunidad de vida, forjada en el crisol del amor responsable, la ayuda mutua, el afecto entrañable, el apoyo económico, la asistencia solidaria y el acompañamiento espiritual, que refleje el propósito de realizar un proyecto de vida de pareja responsable y estable, a la par de una convivencia real efectiva y afectiva- durante los años anteriores al fallecimiento del afiliado o del pensionado*», precisando la misma Corporación que «*la convivencia real y efectiva entraña una comunidad de vida estable, permanente y firme, de mutua comprensión, soporte en los pesos de la vida, apoyo espiritual y físico, y camino hacia un destino común»* **excluyendo de ésta** *«encuentros pasajeros,*

casuales o esporádicos, e incluso ***las relaciones que, a pesar de ser prolongadas, no engendren las condiciones necesarias de una comunidad de vida***», situación que ocurrió en autos pues a pesar de que las señora LUZ MARINA ROJAS PINILLA y TEODORA DE JESÚS CASTILLO AVILA (q.e.p.d.) pudieron haber acompañado al afiliado fallecido por algunos años no se probó una verdadera comunidad de vida para el momento de su muerte -23 de septiembre del 2010-.

De esta manera, no se encuentra demostrado el requisito de convivencia efectiva para el momento del fallecimiento del afiliado fallecido, razón por la cual se ha de confirmar la decisión de la *a quo* en este aspecto, frente a las señoras LUZ MARINA ROJAS PINILLA y TEODORA DE JESÚS CASTILLO AVILA (q.e.p.d.)

Ahora en cuento a los terceros intervinientes señores ROBINSON CASTILLO CASTILLO, JORGE ARMANDO CASTILLO PEÑA y YECID ALFONSO CASTILLO PEÑA, en efecto como bien lo señaló la Juzgadora de primer grado, no obra prueba de su parentesco con el señor LUIS ANTONIO GARCÍA CASTILLO (q.e.p.d.), por lo que ningún derecho puede ser estudiado a su favor.

En cuanto a la señora ANA CRISTINA CASTILLO CASTILLO, se aportó el Registro Civil de Nacimiento (*Archivo 02 expediente digital, pág. 22*) de donde se advierte que sus padres son LUIS ANTONIO CASTILLO GARCIA y TEODORA DE JESUS CASTILLO AVILA, por ende acredita la calidad de hija, sin embargo se tiene que su nacimiento fue el 4 de abril de 1989 por lo que para el 23 de septiembre del 2010 (fecha del deceso del afiliado) contaba con 21 años de edad y no existe evidencia de haberse encontrado estudiando, razón por la cual no puede ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes aquí reclamada.

Ahora en relación con los demás intervinientes dentro de este proceso JAIR ALBERTO, DEYANIRA, LEIDY AIDE y YESICA PAOLA CASTILLO ROJAS obran sus registros civiles de nacimiento de los cuales se extrae que son hijos de la pareja conformada por LUZ MARINA ROJAS PINILLA y LUIS ANTONIO CASTILLO GARCIA (q.e.p.d.), y cuyas fechas de nacimiento son las siguientes (Archivo 02 expediente digital):

1. JAIR ALBERTO: 22 de julio de 1999 (pág. 6)

   -11 años para la fecha de muerte de su padre
   -18 años = 22 de julio de 2017
   -25 años = 22 de julio del 2024

2. DEYANIRA: 15 de enero del 2001 (pág. 7)

   - 9 años para la fecha de muerte de su padre
   -18 años = 15 de enero del 2019
   -25 años = 15 de enero del 2026

3. LEIDY AIDE: 8 de mayo del 2002 (pág. 8)

   - 8 años para la fecha de muerte de su padre
   -18 años = 8 de mayo del 2020
   -25 años = 8 de mayo del 2027

4. YESICA PAOLA: 7 de noviembre del 2005 (pág. 9)

   - 4 años para la fecha de muerte de su padre
   -18 años = 7 de noviembre del 2023
   -25 años = 7 de noviembre del 2030

Conforme a lo anterior es claro que para la fecha del deceso del afiliado eran menores de edad y por ende acreditaron los requisitos para ser beneficiarios de la prestación pensional, tal como lo definió la demanda COLPENSIONES en su acto administrativo SUB 84246 del 31 de mayo del 2017 (Archivo 01 expediente digital, págs. 29 a 43), en donde les otorgó a cada uno de ellos un porcentaje del 8.33% del total del 100% de la mesada pensional, precisándose es en este punto donde Colpensiones muestra inconformidad, al haber indicado la Juez a quo que el porcentaje a otorgar debía corresponder al 25%.

Sobre ello, vale la pena aclarar, como quiera que dentro del presente asunto no se acreditó la convivencia del de cujus con las señoras LUZ MARINA ROJAS PINILLA y TEODORA DE JESÚS CASTILLO AVILA (q.e.p.d.), como tampoco el

derecho en cabeza de ROBINSON CASTILLO CASTILLO, JORGE ARMANDO CASTILLO PEÑA y YECID ALFONSO CASTILLO PEÑA y ANA CRISTINA CASTILLO CASTILLO, es claro que el porcentaje que fue dejado en suspendo por COLPENSIONES en el citado administrativo 66,68% deber ser sumado a los 4 hijos del causante que si obtuvieron el derecho a la prestación pensional. De modo que al dividir ese porcentaje entre los 4 beneficiarios les corresponde un 16.67% adicionales al 8.33% que les esta siendo reconocido a los mismos por la enjuiciada.

En ese orden sumado ese 8.33% -ya reconocido- más el 16.67% que se encontraba en suspenso para cada uno, se genera el 25% que fue ordenado por la Juez *a quo* y que multiplicado por los 4 beneficiarios corresponde al 100% de la prestación pensional, no obstante y como dicho porcentaje -25%- generó confusión a la demandada, esta Sala de decisión aclarará el numeral primero del fallo de primer grado en cuanto a que el porcentaje a reconocer a los cuatro hijos del causante corresponde al **16.67%** para cada uno, que se itera sumado al 8.33% ya reconocido corresponde al 25%, el cual como bien se estableció en primera instancia se debe reconocer hasta el cumplimiento de los 18 años o hasta los 25 años si se acredita el requisito de estudios de las citadas personas.

Señalándose en este punto, la Sala procederá al estudio de la excepción de prescripción propuesta por Colpensiones[5] en virtud de la consulta que se surte en su favor, respecto del citado porcentaje de las mesadas que están siendo reconocidas en este proceso, recordándose al tratarse de menores de edad para la época del deceso de su padre (23 de septiembre del 2010) pues JAIR ALBERTO tenía 11 años de edad, DEYANIRA 9 años, LEIDY AYDE 8 años y YESICA PAOLA 4 años, no corre el término extintivo de la prescripción, pues se encontraban en imposibilidad de actuar, esto es, se suspende y empieza a operar en el momento en que alcanzan la mayoría de edad o cuando su representante ejerce en su nombre el derecho de acción y en desarrollo del mismo presenta la demanda que corresponda. Sobre este punto puede consultarse la sentencia SL10641 Radicado No. 42602 del 12 de agosto del 2014[6].

[5] En la contestación de la demanda (Archivo 3 pág. 1) la cual se tuvo por contestada el 13 de septiembre del 2018 (pág. 14 ibidem)

[6] *"(...) Al margen que el presente es un cargo por la vía indirecta, es pertinente, para darle contexto a los yerros fácticos cometidos por el ad quem y en atención a la función unificadora de la jurisprudencia a cargo*

de esta Corte, traer a colación la sentencia de vieja data de esta Sala, CSJ SL 11 de diciembre de 1998, No.11349, sobre la suspensión de la prescripción frente a los menores de edad:

> *La suspensión y la interrupción de la prescripción son dos fenómenos jurídicos distintos, pero como la ley laboral no regula la figura de la suspensión, cabe aplicar, por remisión, las normas del Código Civil sobre el particular, como se indicó en sentencia del 6 de septiembre de 1996, expediente 7565, que se adoptó por mayoría.*
>
> *La ley laboral establece una prescripción que frente a la prevista en otras legislaciones, puede considerarse de corto tiempo, que procura la reclamación rápida, consecuente con la necesidad de definir ágilmente las controversias surgidas de una relación de trabajo. Sin embargo, esta proyección cede en ciertas situaciones especiales en las que el Estado debe especial protección a determinadas personas, entre las cuales están los menores de edad, para quienes no corre el término extintivo de la prescripción, mientras estén en imposibilidad de actuar. Vale decir, que deja de operar en el momento en que alcanzan la mayoría de edad, o cuando su representante ejerce en su nombre el derecho de acción y en desarrollo del mismo presenta la demanda que corresponda.*
>
> *En el derecho común, aplicable por remisión a los créditos laborales, el artículo 2541 del Código Civil contempla la suspensión de la prescripción extintiva de las obligaciones y remite al artículo 2530 ibídem para identificar las personas en cuyo favor opera tal figura, dentro de las cuales el artículo 68 del decreto 2820 de 1974, que modificó parcialmente aquella disposición, incluye a "Los menores, los dementes, los sordomudos y quienes estén bajo patria potestad, tutela o curaduría".*
>
> *Si la norma transcrita extiende el beneficio de la suspensión de la prescripción a los menores, los dementes y los sordomudos, y expresamente se refiere a quienes cuentan con representación legal (patria potestad y guarda), es claro que la suspensión opera sin consideración a que exista o no tal representación, por lo que debe entenderse que el modificado artículo 2530 del CC contiene un beneficio para determinadas personas a quienes la ley protege sin importar que el sujeto cuente o no con un representante legal eficiente o ineficiente, por lo que el error en que aquel incurra, no puede afectar la situación jurídica del representado.*

El anterior precedente a su vez fue reiterado en la providencia CSJ SL 30 de octubre de 2012 no. 39631, como sigue:

> *Precisamente, y al acudir la Corte Suprema de Justicia a la normativa civil que consagra la figura de la suspensión de la prescripción, artículos 2541 y 2530, se evidencia que el Tribunal no advirtió la insoslayable circunstancia de que la acción fue promovida, entre otros, por* ***los hijos menores de edad*** *del señor Carlos Arturo Cajar Rivera y, por tanto,* ***la prescripción no puede correr para ellos, mientras no se haya llegado a la mayoría de edad****, porque tanto procesal como sustancialmente el eventual derecho discutido en el juicio no hace parte del haber patrimonial del representante legal de los incapaces, sino de sus representados.*
>
> *Ilustra la cuestión en precedencia, la doctrina recibida por esta Sala en sentencia del 15 de febrero de 2011, radicación 34817:*
>
> *"Sobre el tema de la suspensión de la prescripción que afecte derechos de los menores, esta Sala de tiempo atrás, por mayoría, definió que los artículos 488 del C. S. del T. y 151 del C. P. del T. y de la S.S., no gobiernan lo referente a dicho punto, por lo que se debe acudir a las normas de aplicación supletoria, esto es, a los artículos 2541 y 2543 del C. C.*
>
> *En sentencia del 7 de abril de 2005 Rad. 24369 se reiteró lo expuesto en la del 18 de octubre de 2000 Rad. 12890 referida por la censura; allí se dijo en lo pertinente:*
>
> *"****La prescripción en el sub lite no puede correr mientras no se haya llegado a la mayoría de edad, porque tanto procesal como sustancialmente el eventual derecho discutido en el juicio no hace parte del haber patrimonial del representante legal del incapaz, sino de su representado****.*
>
> *"Lo reflexionado corresponde a la doctrina sentada por la mayoría de esta Sala, entre cuyos pronunciamientos se citan el del 6 de septiembre de 1996 radicación 7565 y el del 11 de diciembre de 1998, radicación 11349, en el que se puntualizó:*
>
> *"La suspensión y la interrupción de la prescripción son…" (Negrilla de la sentencia citada).*

En esta dirección, se tiene que JAIR ALBERTO cumplió los 18 años de edad el 22 de julio del 2017, DEYANIRA el 15 de enero del 2019, LEIDY AIDER el 8 de mayo del 2020 y YESICA PAOLA los cumpliría el 7 de noviembre del 2023, fechas desde las cuales como precedentemente se anotó inicia el término para contabilizar la procedencia o no de la excepción de prescripción, presentando la respectiva demanda por vía judicial el 14 de agosto del 2017[7] (página 12 Archivo 01 expediente digital), es decir, sin que hayan transcurrido los 3 años de tratan los artículo 151 del C.P.L. y SS y 488 del C.S.T. desde el cumplimiento de los 18 años, pues como se vio DEYANIRA, LEIDY AIDER y YESICA PAOLA los cumplen posterior a esa data y JAIR ALBERTO los cumplió el 22 de julio del 2017 es decir transcurrió menos de 1 mes a la interposición de la demanda, razón por la cual no operó el fenómeno extintivo de la prescripción y en esa medida tienen derecho al pago del retroactivo por mesadas pensionales en el porcentaje que les hacía falta del 16.67% desde la fecha en que falleció su progenitor (23 de septiembre del 2010), conforme se condenó en primera instancia.

Por otro lado y frente a la condena a los INTERESES MORATORIOS, resulta pertinente mencionar, si bien es cierto se encuentran contemplados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, se debe tener en cuenta que la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL 787 de 2013, radicación 43602, morigeró la posición frente a la procedencia de los intereses moratorios, indicando se deben evaluar si existieron causas que justifiquen el desconocimiento del derecho por parte de la entidad.

Por demás, esta Corte considera necesario reiterar, esta vez, la observación general que deben seguir los jueces en cumplimiento de la Constitución, puesta de presente en la precitada sentencia, sobre el riguroso deber de cuidado de los derechos de los menores frente a la prescripción de las acciones, a saber:

> *Aquí y ahora, se impone a la Corte Suprema de Justicia **llamar la atención** a los falladores en torno a que cuando las acciones laborales sean promovidas por menores de edad, es riguroso cumplir con el deber de guardar sumo cuidado en lo que respecta con el estudio de la suspensión del término de prescripción de las acciones, dada la celosa protección que la Constitución Política pregona en relación con los derechos de los mismos. **Tampoco hay que olvidar la doctrina enseñada por esta Corporación en lo atinente a que la regulación del fenómeno de la suspensión de la prescripción corresponde a un tema de orden público y esa regulación debe ser aplicada estrictamente, aunque no hubiera sido alegada en las instancias**. (Ibídem) (Destaca esta Sala).*

Si bien, en este caso, la demandante en calidad de hija ya no era menor de edad para el inicio del presente proceso, lo cierto es, conforme a lo establecido por el a quo y no cuestionado en segunda instancia, que sí lo era para cuando se cumplió el hecho de la muerte de su padre que le generó la legitimación para reclamar la pretensión objeto de la presente litis."

[7] La cual se admitió mediante auto del 13 de diciembre del 2017, notificado en estado del 14 de diciembre del 2017 (Archivo 2 expediente digital págs. 31 y 32), notificada a Colpensiones el 26 de febrero del 2018 (pág. 44 ibidem), esto es, dentro del año de que trata el artículo 94 del C.G.P.

En ese orden de entrada debe indicarse, que la decisión de no reconocer el derecho pensional de manera completa a JAIR ALBERTO, DEYANIRA, LEIDY AIDE y YESICA PAOLA CASTILLO ROJAS se originó por el conflicto que existía entre las dos posibles beneficiarias (*cónyuge y compañera*) y otras personas que predicaban la calidad de hijos del causante, esto es existía incertidumbre respecto de los beneficiarios o titulares del derecho pensional, razón por la cual administradora de pensiones tenía serias dudas sobre quién era el titular del derecho pensional, iterándose por existir controversia entre sus beneficiarios, circunstancia que indudablemente genera una excepción a la condena de los intereses moratorios pues fue solo a través del presente litigio que se pudo establecer con certeza quienes eran los acreedores del derecho pensional.

Sobre este punto la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral señaló en sentencia SL140-2023 Rad. 87346 del 30 de enero del 2023:

> *"…la Corporación ha precisado que aquellos deben ser impuestos con independencia de la buena o mala fe en el comportamiento en que haya incurrido el deudor, siempre y cuando se demuestre el retardo* ***injustificado*** *en la cancelación de la prestación pensional (CSJ SL7893-2015), advirtiendo, además, que no en todos los casos es imperativo condenar por ese concepto, estableciendo algunas excepciones a dicho criterio, solo en eventos puntuales como cuando:*
>
> 1. *La negativa de las entidades para reconocer las prestaciones a su cargo, tiene respaldo en las normas que en un comienzo regulaban la situación o su postura proviene de la aplicación minuciosa de la ley sin los alcances o efectos que en un momento dado puedan darle los jueces (CSJ SL704-2013).*
>
> 2. *Se otorga una prestación pensional en aplicación de un cambio de criterio jurisprudencial (CSJ SL787-2013, reiterada en la sentencia CSJ SL2941-2016).*
>
> 3. *Se inaplica el requisito de fidelidad al sistema (CSJ SL10637-2014, reiterada en CSJ SL6326-2016, CSJ SL070-2018).*
>
> 4. *La controversia se define bajo una interpretación normativa, como sucede en la aplicación del principio de la condición más beneficiosa (CSJ SL12018-2016).*
>
> 5. *Existe «algún conflicto entre potenciales beneficiarios de la pensión,* ***que solo puede ser dirimido por la justicia ordinaria****», como se puntualizó en la sentencia CSJ SL454-2021, reiterada, entre otros, en los fallos CSJ 1476-2021 y CSJ SL2893-2021, con la precisión de que, en esta última hipótesis, la controversia entre el derecho pensional debe implicar una disputa real y no supuesta ni eventual entre beneficiarios excluyentes de la prestación (CSJ SL5654-2021)."*

Razón por la cual en este aspecto la sentencia de primera instancia deberá ser revocada.

Finalmente, y en punto a la condena de la INDEXACIÓN de las diferencias de mesadas adeudadas a JAIR ALBERTO, DEYANIRA, LEIDY AIDE y YESICA PAOLA CASTILLO ROJAS, se debe confirmar la misma, pues la función de la indexación consiste únicamente en evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción del patrimonio de quien accede a la administración de justicia, causada por el transcurso del tiempo, pues lo que se busca garantizar es el pago completo e íntegro de la prestación cuando el transcurso del tiempo la devalúa.

Así lo adoctrinó la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL359 de 2021, reiterada en la SL859 de 2021 -en la que se abordó un asunto de similares contornos fácticos-. En la primera providencia anotada, el órgano de cierre de esta jurisdicción consideró:

> *"En efecto, la indexación se erige como una garantía constitucional (art. 53 CP), que se materializa en el mantenimiento del poder adquisitivo constante de las pensiones, en relación con el índice de precios al consumidor certificado por el DANE. A su vez, el artículo 1626 del Código Civil preceptúa que «el pago efectivo es la prestación de lo que se debe», esto es, que la deuda debe cancelarse de manera total e íntegra a la luz de lo previsto en el artículo 1646 ibídem. De ahí que, si la AFP no paga oportunamente la prestación causada en favor del afiliado, pensionado o beneficiario, tiene la obligación de indexarla como único conducto para cumplir con los mencionados estándares de totalidad e integralidad del pago. Por tal motivo, es incompleto el pago realizado sin el referido ajuste cuando el transcurso del tiempo devaluó el valor del crédito.*
>
> *Ahora, la indexación no implica el incremento del valor de los créditos pensionales, ya que su función consiste únicamente en evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción del patrimonio de quien accede a la administración de justicia, causada por el transcurso del tiempo. Tampoco puede verse como parte de la mesada, puesto que no satisface necesidades sociales del pensionado, y menos como una sanción, ya que lejos de castigar al deudor, garantiza que los créditos pensionales no pierdan su valor real."*

Agotada como se encuentra la competencia de esta instancia por haberse surtido el estudio de los recursos de apelación y la consulta en favor de los terceros interviniente y de Colpensiones, lo que sigue es la revocatoria parcial de la misma, aclarándola frente al porcentaje que se debe otorgar a los beneficiarios de la prestación, confirmándose en lo demás, de conformidad con las razones esbozadas por esta Sala de Decisión.

SIN COSTAS en esta instancia.

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

R E S U E L V E

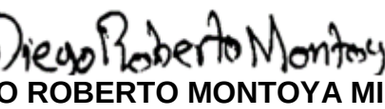
PRIMERO: ACLARAR el numeral **PRIMERO** del fallo de primer grado, en cuanto a que COLPENSIONES debe acrecentar la mesada pensional de JAIR ALBERTO CASTILLO ROJAS y las menores DEYANIRA CASTILLO ROJAS, LEIDY AIDE CASTILLO ROJAS y YESICA PAOLA CASTILLO ROJAS en **16.67%** adicional al 8,33% que les fue reconocido, para un total de 25% para cada uno de ellos.

SEGUNDO: REVOCAR el numeral **SEGUNDO** de la sentencia de la Juez a quo, para en su lugar **ABSOLVER** a COLPENSIONES del reconocimiento de los **INTERESES MORATORIOS**, conforme lo considerado.

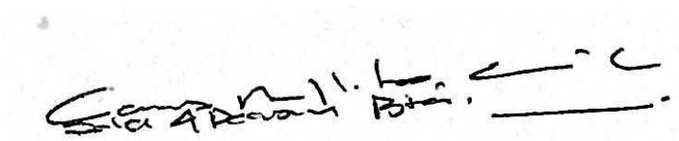
TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado 8° Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

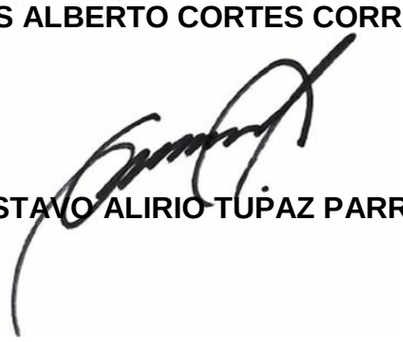
NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN



CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL

BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR FANY ROJAS ROJAS CONTRA ASISTENCIA LEGAL TRIBUTARIA Y ECONÓMICA LTDA (RAD. 08 2019 00594 01).

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

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

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida por la Juez Octava Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 17 de noviembre del 2022 (09Audiencia20221117.mp4, récord 13:07) en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO: ABSOLVER** a la demandada **ASISTENCIA LEGAL TRIBUTARIA Y ECONÓMICA LTDA** de todas y cada una de las pretensiones incoadas en la demanda.*
>
> ***SEGUNDO: DECLARAR PROBADA** la excepción denominada inexistencia de la obligación, relevándose el despacho del estudio y pronunciamiento de los demás medios exceptivos invocados, dadas las resultas del caso.*
>
> ***TERCERO**: Sin **COSTAS** en esta instancia ante su no causación.*
>
> ***CUARTO**: En caso de no ser apelada la presente decisión, como quiera que resulta adversa a los intereses de la parte demandante, se remitirán las diligencias al honorable Tribunal Superior de Bogotá, Sala laboral para que se suba el grado jurisdiccional de consulta en favor de la parte actora.".*

Inconforme con la decisión el apoderado de la parte actora recurrió la decisión señalando[1], la sociedad demandada no probó los hechos de la contestación dentro del debate probatorio, pues, por un lado, en el interrogatorio de parte el representante legal dio respuestas evasivas y sin fundamentos lógicos con respecto a la relación laboral sostenida con el *de cujus* Fernando Andrés Gómez Restrepo (q.e.p.d.).

Por otro lado, las declaraciones de los testigos de la demandada se limitaron a favorecer los intereses de la sociedad, apreciándose una preparación de los mismos. En su sentir, en el plenario están demostrados los tres elementos esenciales de la relación laboral de acuerdo al artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 1º de la Ley 50 de 1990, esto es, una actividad personal del trabajador, una continuada subordinación y un salario como retribución al servicio y por ende, es viable aplicar la presunción del artículo 24 del Código Sustantivo de Trabajo, modificado por el artículo 2º de la Ley 50 de 1990, el cual prevé, toda relación está regida por un contrato de trabajo.

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de los demandantes, señora FANY ROJAS ROJAS, quien actúa en nombre propio y en representación de sus menores hijos CLARA STEPHANNY GÓMEZ ROJAS y ADRIAN CAMILO GÓMEZ

---

[1] ***APODERADO PARTE DEMANDANTE (14:01)****:" Gracias su señoría, interpongo recurso de apelación a la sentencia de primera instancia de acuerdo con el artículo 62 y 66 del Código procesal del trabajo y de la Seguridad Social, con el siguiente fundamento:*

El demandado no probó los hechos de la contestación de la demanda dentro del debate probatorio, pues, por un lado, en el interrogatorio de parte que inició el demandado con sus respuestas fueron evasivas y sin fundamentos lógicos con respecto a la relación laboral del trabajador Fernando Andrés Gómez Restrepo (q.e.p.d.).

Por otro lado, las declaraciones de los testigos de la demandada fueron en torno al interés de la parte demandada, pues se aprecia la preparación de los testigos en torno a los objetivos de la demanda. Así, entonces se puede demostrar que en el plenario, está ampliamente legalizados los tres elementos esenciales que sirven en la relación laboral de acuerdo al artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 1º de la Ley 50 de 1990, esto es, una actividad personal del trabajador, una continuada subordinación y un salario como retribución al servicio y por ende, se aplica la presunción que describe el artículo 24 del Código Sustantivo de Trabajo, modificado por el artículo 2º de la Ley 50 de 1990, donde toda relación de trabajo está regida por un contrato de trabajo.

Bajo estas consideraciones, le solicitó a la segunda instancia, en este caso Honorable Tribunal Sala Laboral de Bogotá, revocar la sentencia de primera instancia y en su lugar declarar el éxito de las pretensiones o peticiones de la de la demanda, gracias.".

ROJAS, las pretensiones relacionadas a páginas 3 y 4 del archivo 01, las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos expuestos en las páginas 4 a 6, ibidem, encaminadas a que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre el señor FERNANDO ANDRÉS GÓMEZ RESTREPO (q.e.p.d.) y ASISTENCIA LEGAL TRIBUTARIA Y ECONÓMICA LTDA desde el 03 de enero al 30 de junio de 2011 y como consecuencia de ello, se condene al pago de los aportes pensionales con destino a la AFP BBVA HORIZONTE PENSIONES y CESANTIAS, derechos ultra y extra petita que resultaren probados, costas y agencias en derecho. **Obteniendo sentencia de primera instancia desfavorable a sus aspiraciones,** por cuanto, se absolvió a la demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra y se declaró probada la excepción denominada inexistencia de la obligación, luego de considerar la juzgadora que no se logró demostrar la existencia un contrato de trabajo entre el señor Fernando Andrés Gómez Restrepo (q.e.p.d) y la demandada, particularmente dada la ausencia de prueba de la prestación personal del servicio a favor de la sociedad accionada.

Pues bien, para resolver la alzada ha de indicarse en los juicios del trabajo es primordial para el operador judicial establecer si existe o no contrato de trabajo, que resulta ser la fuente o causa de los derechos laborales y, acreditados los extremos temporales de la relación y el salario devengado, resultaría factible efectuar las liquidaciones a que hubiere lugar.

De conformidad con lo anterior, la controversia que se trae a los estrados apunta a determinar si entre el señor FERNANDO ANDRÉS GOMEZ RESTREPO (q.e.p.d) y la sociedad enjuciada ASISTENCIA LEGAL TRIBUTARIA Y ECONÓMICA LTDA, existió contrato de trabajo entre el 03 de enero al 30 de junio de 2011 advirtiéndose, la juez de primera instancia no encontró demostrada la existencia del vínculo laboral entre las partes al no encontrar probado una prestación del servicio por el *de cujus* en las fechas incoadas en el libelo.

Por lo anterior, precisa la Sala, no tiene importancia la denominación que le asignen las partes a la actividad desarrollada, ni que esté regida por estipulaciones especiales, pues lo que configura el contrato de trabajo es la forma como se ejecuta la prestación, es decir, debe hacerse primar la realidad sobre la apariencia formal, de acuerdo con el artículo 53 Constitucional y el entendimiento jurisprudencial y doctrinal en torno al tema.

Pues bien, inicialmente debe precisarse por no haber sido aceptados los hechos de la demanda, entre ellos el referido a la prestación personal del servicio en los términos aducidos por el extremo demandante, aunado a que también se señala en la apelación la existencia de tal prestación de servicio a favor de la sociedad accionada, corresponde en primer lugar a la Sala definir si en autos reposa prueba de la misma y, de ser así, dada la ventaja probatoria consagrada en el artículo 24 del C. S. del T., se podría presumir la existencia de un contrato de trabajo entre el señor FERNANDO ANDRÉS GOMEZ RESTREPO (q.e.p.d) y la enjuiciada, correspondiendo por tanto a ésta última desvirtuar su existencia. Al respecto, puede consultarse la sentencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, dictada dentro del radicado 32701[2]. Igualmente, se puede acudir al contenido de la sentencia CSJ SL547-2023, donde expresó: "*Acreditada la prestación personal del servicio, se presume la existencia de la subordinación laboral, por tanto, corresponde al empleador desvirtuarla demostrando que el trabajo se realizó de manera autónoma e independiente.".*

Sobre este mismo punto, en sentencia CSJ SL652-2023, se reiteró: "*Quien pretenda la declaratoria de un contrato de trabajo, debe acreditar, por lo menos la prestación personal del servicio y los extremos temporales en los cuales afirma se desarrolló la labor, para dar aplicación a la presunción contenida en el artículo 24 del CST".*

Acatando lo anterior, procede la Sala con el análisis del acervo probatorio vertido en autos del cual se destacan las siguientes documentales (archivo 01):

- Certificado de existencia y representación legal de la demandada.
- Registro civil de defunción del señor FERNANDO ANDRÉS GOMEZ RESTREPO (q.e.p.d).

---

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

A juicio de la Sala, la anterior interpretación del artículo 24 que hizo el ad quem, no ofrece reparo alguno, pues esa es la intelección genuina que se desprende del texto legal, cuya finalidad no es otra que aliviar la carga probatoria que normalmente pesaría sobre el trabajador de demostrar los elementos que configuran el contrato de trabajo, esto como medida protectora de la parte débil en la relación laboral."

- Registros civiles de nacimiento de CLARA STEPHANY y ADRIAN CAMILO GÓMEZ ROJAS.
- Documento de identificación de la señora FANY ROJAS y,
- Oficio con radicado No. 201815106495871, expedido por la UGPP en fecha 17 de julio de 2018, mediante el cual da respuesta al derecho de petición elevado por la demandante.

Por otra parte, se recibió el interrogatorio de parte al representante legal de la sociedad demandada[3], quién negó la existencia de una relación laboral, el cumplimiento de un horario, prestación personal del servicio, retribución económica por alguna actividad o ejecución de un cargo por parte del de cujus como Auxiliar de Oficina. Narró, conoció al fallecido porque eran compañeros de la Universidad y compartieron clases juntos, fueron amigos cercanos y se ayudaban en los trabajos de la Universidad, incluso, algunos compromisos los hacían en la oficina, igualmente mencionó, le puso en conocimiento al señor Fernando Andrés Gómez Restrepo (q.e.p.d) cuando abrieron convocatorias para ejercer cargos como Auxiliares de la Justicia en la Rama Judicial para que tuviera un sustento económico y se inscribiera ya que el difunto fue retirado de la Policía Nacional.

Por su parte, la compañera del señor Fernando Andrés Gómez Restrepo (q.e.p.d), informó en el interrogatorio de parte[4], de manera sucinta, que éste prestó los

---

[3] ***Interrogatorio RL Demandada, récord 13:12, archivo 05*** "*Nunca hubo ninguna relación laboral verbal ni por escrito, no es cierto que haya terminado la relación laboral porque nunca fue trabajador mío, no es cierto que cumpliera horario porque no existió relación laboral, por tanto el elemento de contrato de trabajo no se presentó, no prestó el servicio de forma personal, la única persona que está afiliada a Seguridad Social soy yo, solo pago mis aportes, nunca he tenido ni un empleado, no sé qué carpetas hace referencia que devolvieron, nunca existió una relación laboral ni escrita con Fernando Andrés, él se desempeñó como Auxiliar de la Justicia porque el suscrito le ayudó, él fungió como secuestre y perito avaluador luego de retirarse de la Policía pero nunca existió un vínculo laboral con él, nunca hubo salario, nunca se estipuló nada, él no prestaba los servicios, no hubo salario tampoco, para la época del 2011 Fernando no devengaba un salario porque no era trabajador, no tenía por qué afiliarlo porque no era trabajador de la empresa y no había ningún vínculo laboral, no fue afiliado porque no había vínculo laboral y yo estoy en Compensar, la empresa que represento no tenía obligación, los aportes no se pagaron por no existir obligación alguna, yo conocí a Fernando porque éramos compañeros de la Universidad, yo estaba haciendo como 3 o 4 semestre, en esa época él era miembro activo de la Policía Nacional luego salió por disciplina, éramos compañeros y yo ya tenía esta empresa en el 2002 y le dije que si quería ser Auxiliar de Justicia y él se vinculó, si yo podía ayudar le dije, se vinculó a la Rama como secuestre y luego le quitaron la vida en el barrio Santafé pero no tuve una relación de trabajo con él, por eso lo distinguí, él no me ayudo con ningún proceso porque yo iba más adelantado, contrario yo le colaboraba a él en lo que necesitará, prestaba los servicios como secuestre y luego se vinculó como persona natural en el cargo de perito avaluador de bienes muebles, eso fue hace como una década que eran empíricos y esa era una forma de conseguir ingresos, pero él hizo como hasta 7 u 8 semestre hasta que le quitaron la vida, yo no cumplo horario, a veces vengo a la oficina por el tema de la virtualidad, eso es cuando reviso mis procesos".*

[4] **Interrogatorio Demandante, récord 05:34, *archivo 05*:** "*Mi esposo prestó servicios a la Policía Nacional desde el 8 de agosto de 1993 hasta el 2008, trabajaba en Asistencia Legal Tributaria desde enero a junio de 2011, estaba en la oficina de la 12 con 9ª, trabajaba ahí, no tengo documentos, él trabajaba de 8 am a 5 pm, yo lo acompañaba, yo estaba en Famisanar, yo no trabajaba, la salud la pagaba mi esposo, estuve hasta el*

servicios a la Policía Nacional desde el 8 de agosto de 1993 hasta el año 2008, posteriormente, trabajó para la demandada Asistencia Legal Tributaria desde enero a junio de 2011 en la oficina ubicada en la 12 con 9ª, ejecutando un horario de 8 a.m. a 5 p.m. en el cargo de Auxiliar de Oficina y percibiendo como retribución la suma de $25.000 a $30.000 mil pesos diarios.

De igual forma, se recaudó la declaración de la señora Martha Janeth Jiménez Galvis[5], quién afirmó ser compañera de la Universidad del fallecido y ver algunas materias juntos al punto de hacerse amigos. Relató, cuando conoció al *de cujus* era Policía y al poco tiempo se enteró que lo destituyeron, por lo que se encontraban para hacer trabajos en la oficina de la demandada.

Por su parte, el testigo Gustavo Castañeda Gómez[6] conoció al señor Fernando Andrés Gómez Restrepo (q.e.p.d), en la Universidad porque eran estudiantes y luego se volvieron amigos, aseveró, el fallecido no trabajó en la demandada porque esa empresa nunca tuvo empleados, después del año 2008 Fernando Andrés Gómez Restrepo (q.e.p.d) fungía como Auxiliar de la Justicia, desconociendo dónde desempeñaba la labor, atestiguando, a veces se encontraban en la oficina para hacer trabajos pero no más.

Por último, la deponente Ángela Liliana Morales Monguí[7] al ser recepcionista donde funciona la sede de la demandada, manifestó conocer al difunto Fernando

---

2008 porque él se retiró voluntariamente, el empleador de 2009 al 2010 trabajaba en al 12 con 9ª, yo no tenía Caja de Compensación, solo pagaba salud, él era Auxiliar de la Oficina, la única prueba es mi palabra , le pagaban como 25 a 30 mil pesos diarios".

[5] ***Testigo Martha Janeth Jiménez Galvis, récord 00:09, archivo 06: "****Yo tengo oficina acá en el Edificio, para la fecha de los hechos éramos compañeros de la Universidad y hoy trabajamos como profesionales en el Edificio, conocí a Fernando en la Universidad, vimos algunas materias y nos hicimos amigos, cuando lo conocí él era Policía y al poco tiempo nos enteramos que los destituyeron, iniciamos clases, siempre el Doctor nos ha prestado la oficina, yo fungí como Perito Auxiliar, pero nunca tuve un vínculo, yo tengo la oficina hace 5 años, pedí que me arrendaran la oficina, cada uno teníamos el trabajo por aparte, no sé si le pagaban algún dinero a Fernando, el 1º de marzo de 2012 falleció Fernando, nosotros acompañamos a Fanny para que la acompañáramos, yo no soy la esposa del Doctor Solin".*

[6] ***Testigo Gustavo Castañeda Gómez, récord 14:40, archivo 06:*** *"fui citado porque es un proceso que se lleva en contra del Doctor Solin, conocía Fernando Andrés en la Universidad porque él era estudiante, era mi amigo, compañero de estudio, él era Policía, lo sé porque lo vi, él no trabajó en la empresa porque esa empresa nunca tuvo empleados, después de 2008 él era Auxiliar de la Justicia, no sé dónde desempeñaba la labor, yo tengo la oficina en mi casa, a veces nos encontrábamos en la oficina para hacer trabajos pero no más, él falleció en marzo de 2012 porque pregunté, yo fui a la oficina para hacer trabajos porque el Doctor me facilitó las llaves, la empresa no tiene empleados, ni siquiera secretario".*

[7] ***Testigo Ángela Liliana Morales Monguí, récord 00:15, archivo 07****: "Entré el 3 de marzo de 2007 como recepcionista, conocí a Fernando Andrés porque venía a la oficina del Doctor Solin, lo conocí cuando era Policía, era un amigo pero nunca trabajador, acá me dicen todo porque en los 15 años que llevo jamás me ha dicho de ningún empelado que ha tenido, jamás nadie ha tenido acceso a la oficina de él, Fernando no iba*

Andrés Gómez Restrepo (q.e.p.d) porque iba a la oficina de manera esporádica a visitar al "Doctor Solin" (representante legal de la demandada), aclarando, no supo que el fallecido fuera trabajador de la encartada, pues nunca conoció a ninguna persona con tal calidad, teniendo pleno conocimiento de dicha situación al tener una antigüedad de 15 años en el Edificio, ejerciendo siempre en el mismo cargo sin que tenga que realizar funciones distintas y teniendo acceso y comunicación a todas las oficinas allí ubicadas.

Así las cosas, del análisis de los medios de convicción recaudados valorados bajo las reglas de la sana critica, pues recuérdese que la decisión se funda en la libre formación del convencimiento del fallador *(artículo 61 del C.P.L.),* sin que existan tarifas probatorias o pruebas irrefutables, advierte esta Sala de decisión, las mismas resultan precarias para acreditar la prestación del servicio por parte del señor Fernando Andrés Gómez Restrepo (q.e.p.d) en favor de la sociedad demandada, pues no se aportó un medio de convicción diferente que apoye la versión dada por la demandante FANY ROJAS ROJAS; quien hizo vida de pareja con el difunto, según los hechos narrados en el libelo y no una relación donde se desplegara una actividad a favor de alguna persona natural o jurídica, por el contrario, lo que se advierte tanto de la documental como de los testimonios recepcionados es que tan solo existió una amistad o "*colegaje*" entre el representante legal de la enjuiciada y el señor Fernando Andrés Gómez Restrepo (q.e.p.d) al estudiar juntos en la facultad de Derecho de una Institución Educativa, compartiendo en esta medida cátedras y en muchas ocasiones realizando trabajos juntos en la oficina ubicada en las instalaciones de la demandada, dando fe de esta situación los señores Martha Janeth Jiménez Galvis y Gustavo Castañeda Gómez, al fungir igualmente como compañeros de estudio.

Adviértase, estos deponentes, pese a ser tachados por la parte demandante por la cercanía que tienen con el representante legal de la demandada fueron espontáneos en exponer situaciones concretas en las cuales tuvieron la oportunidad de compartir con el fallecido Fernando Andrés Gómez Restrepo (q.e.p.d), coincidiendo en que tenían una amistad y que nunca vieron que se

---

todos los días, no iba constantemente, venía esporádicamente, se iba para la Universidad con el Doctor Solin, yo calculo unas 2 o 3 veces por semanas, es más o menos un cálculo, pero no toda la semana, nunca me ha dejado las llaves para que alguien entre, la puerta del edificio siempre permanece abierta, yo subo a todas las oficinas, yo he sido recepcionista".

desplegara un servicio o actividad a favor de la demandada, situación que, se reitera, conocieron por la cercanía que tenían entre sí.

En punto al recurso de apelación, se aclara que estos testigos dieron respuesta concreta a las preguntas formuladas por los apoderados de las partes por lo que, si el extremo activo consideró que estaban "preparados" debió desplegar una actividad probatoria dirigida a controvertir o desacreditar las declaraciones, no obstante, ello no aconteció.

En suma, observa la Sala que la parte actora con el fin de acreditar la prestación personal del servicio, como medios probatorios solicitó el interrogatorio de parte al representante legal de la demandada y aportó unas pruebas documentales que en nada ayudan a demostrar una efectiva prestación personal del servicio que en vida pudiera hacer el señor Fernando Andrés Gómez Restrepo (q.e.p.d) a favor de la demandada en el cargo de Auxiliar de Oficina y dentro del horario de 8 a.m. a 5 p.m., pues ni siquiera existe indicio alguno sobre la asistencia del *de cujus* de manera continua a las instalaciones de la demandada y mucho menos que ejerciera alguna actividad a cambio de una retribución económica que le pudiera reconocer la encartada, desvaneciéndose las anheladas pretensiones dirigidas a declarar un contrato de trabajo, pues insiste esta Corporación, en esta litis no está demostrada la prestación personal del servicio, siendo un presupuesto *prima facie* para dar aplicación al contenido del artículo 24 del .C.S.T., tal como se súplica en la alzada.

En este sentido, debe recordarse al apelante, conforme a las normas laborales únicamente le correspondía probar la actividad personal en favor de la pasiva, lo cual no se dio en autos.

Así las cosas, frente a la existencia de un contrato de trabajo entre el señor Fernando Andrés Gómez Restrepo (q.e.p.d) con la accionada, como ya se explicó, no fue respaldada por ningún medio probatorio, ni tan siquiera indiciaria, advirtiendo, tal aseveración, por sí sola, no resulta suficiente para fulminar condena contra ASISTENCIA LEGAL TRIBUTARIA Y ECONÓMICA LTDA, tal y como desde antaño lo ha enseñado la Sala de Casación Laboral de la C.S.J. en sentencia del 31 de mayo de 1955, criterio que aún hoy sigue conservando pleno vigor, en la que asentó:

> ***"No se crea que quien se presente a alegar judicialmente el contrato laboral como fuente de derechos o causa de obligaciones a su favor nada tiene que probar y le basta afirmar la prestación de un servicio para que se le considere amparado por la presunción de que trata el artículo 24 del Código sustantivo del trabajo.*** *Esta presunción como las demás de su estirpe, parte de la base de la existencia de un hecho cierto, indicador, sin el cual no se podría llegar al presumido o indicado**.** Este hecho es la relación de trabajo personal de que habla el mismo texto y que consiste, como es sabido en la prestación o ejecución de un servicio personal, material o inmaterial continuado, dependiente y remunerado…**".***

Se itera se debía acreditar la prestación del servicio a efectos de dar aplicación a la presunción legal establecida en el art. 24 del C.S.T., siendo oportuno precisar, que en los términos del artículo 167 del C.G.P., es carga de quien alega un hecho acreditar sus afirmaciones y en el caso bajo estudio, quien tiene interés jurídico en que resulten probadas sus afirmaciones es la parte demandante, la cual quedó expuesta a lo que Carnelutti llama *"EL RIESGO DE FALTA DE LA PRUEBA"*, sufriendo entonces, la consecuencia desfavorable.

En consecuencia, necesariamente debe colegirse, en autos no se dieron los elementos propios de una relación de carácter laboral, pues no sólo hubo ausencia de pruebas que permitieran acreditar una continuada subordinación o dependencia de Fernando Andrés Gómez Restrepo (q.e.p.d) frente a la encartada, sino que ni siquiera pudo corroborarse una prestación personal del servicio que en vida pudiera desplegar el causante en los términos expuestos desde el libelo demandatorio, lo cual conlleva de manera obligada a confirmar la sentencia apelada, por las razones aquí expuestas.

COSTAS en esta instancia a cargo del extremo demandante.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 8º Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones aquí expuestas.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

AGENCIAS EN DERECHO: Se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de $1.160.000, la cual deberá ser incluida en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO POR WILBER ALEXANDER CADAVID CUELLAR CONTRA LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. (RAD. 09 2021 00553 01).

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

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

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante, de la sentencia proferida por la Juez Novena Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 3 de marzo del 2023 (Audio archivo 12, record 28:28), en la que se resolvió:

> *"**PRIMERO. - DECLARAR** probadas las excepciones de inexistencia de la obligación por ausencia de causa de Protección en el reconocimiento pensional y cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación.*
>
> ***SEGUNDO. - ABSOLVER** a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra en el presente asunto, conforme a la parte motiva de esta providencia.*
>
> ***TERCERO. -** Sin **COSTAS** en esta instancia por la situación especial del demandante y la solicitud efectuada por la parte demandada.*
>
> ***CUARTO. -** De no ser apelada la presente sentencia, remítase ante la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a fin de que surta el grado jurisdiccional de **CONSULTA** a favor de la parte actora, conforme lo dispuesto en el artículo 69 CPTSS"*

La ausencia de apelación contra la providencia anterior justifica la presencia de las diligencias en esta Corporación, a efectos de que se surta el grado jurisdiccional

de consulta a favor de la parte demandante, a lo cual se procede previa la constatación de inexistencia de causal de nulidad que invalide lo actuado y conforme las siguientes

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante en este proceso ordinario las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda (páginas 80 y 81 archivo 1 expediente digital) las cuales se sustentaron en los hechos narrados en las páginas 81 y 82 ibídem, aspirando se condene a la demandada a pagar y reconocer la pensión de invalidez a partir del 29 de octubre del 2019 fecha de emisión del dictamen de pérdida de capacidad laboral, junto con el pago de los intereses moratorios consagrados en el artículo 141 de la ley 100 de 1993, derechos *ultra y extra petita,* costas y agencias en derecho. **Obteniendo sentencia de primera instancia desfavorable a sus pretensiones**, por cuanto se absolvió del reconocimiento pensional.

Lo anterior, tras considerar que los diagnósticos que se señalaron en el dictamen de PCL no podían catalogarse como una enfermedad degenerativa o congénita, para así tomar en cuenta hasta la última cotización y contabilizar las 50 semanas exigidas por la ley, igualmente indicó que tampoco se cumplía con los requisitos para otorgar la prestación pensional por ser persona joven para la fecha de estructuración de la PCL.

Así las cosas, y en aras de determinar si es procedente el reconocimiento pensional a partir de la data en que se emitió el dictamen de pérdida de capacidad laboral como se solicita en la demanda, debe advertirse no se encuentra en discusión que al señor WILBER ALEXANDER CADAVID CUELLAR mediante Dictamen No. 211686 del 29 de octubre del 2019 la EPS SURAMERICANA le determinó una PCL del 80.5% con fecha de estructuración 23 de mayo del 2010 *(páginas 21 a 24 Archivo 1 expediente digital).*

Reseñado lo anterior, a efecto de dilucidar la procedencia de los anhelos de la parte actora, se ha de traer a colación los múltiples pronunciamientos de la Corte Constitucional, entre ellos en las Sentencias T-427 de 2012, T-022 de 2013 y T-70 de 2014, última de ellas en la que esa Corporación señaló de manera clara y textual:

> *"La jurisprudencia de esta Corte ha establecido que* ***en casos de enfermedades crónicas o congénitas, la fecha de estructuración es aquella en la que se determina la pérdida de capacidad laboral****. La fecha de la pérdida de capacidad laboral no siempre coincide con la fecha en que sucede el hecho que a la postre se torna incapacitante, o con el primer diagnóstico de la enfermedad;* ***no es razonable concluir que la fecha de estructuración de la invalidez sea la fecha en que se diagnosticó por primera vez la enfermedad, si la persona continúa trabajando durante un tiempo****; dependiendo del caso concreto la fecha de estructuración puede ser fijada* ***(a) cuando se efectúa el dictamen por la Junta Regional de Calificación de Invalidez; o (b) cuando la persona deja de trabajar****".* (Negrillas y subrayas fuera de texto)

Reiterada igualmente por la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, entre otras en sentencia SL 2922 del 5 de agosto del 2020, Radicado No. 77638 donde se indicó:

> *"Siendo ello así, cobra vigor lo adoctrinado en sentencia CSJ SL3275-2019, reiterada en la CSJ SL3992-2019 y en la CSJ SL409-2020. Allí, la Corte precisó su postura respecto a la fecha a partir de la cual se pueden contabilizar los 3 años indicados en la Ley 860 de 2003, en perspectiva de acreditar las 50 semanas de cotización exigidas. En la primera providencia mencionada, explicó que:*
>
> *(...) en casos en los que las personas con discapacidad relacionada con afecciones de tipo congénito, crónico, degenerativo o progresivo y que tienen la posibilidad de procurarse por sus propios medios una calidad de vida acorde con la dignidad humana pese a su condición, deben ser protegidas en aras de buscar que el sistema de seguridad social cubra la contingencia de la invalidez, una vez su estado de salud les impida seguir en uso de su capacidad laboral, derechos que, se itera, sí están reconocidos a los demás individuos.*
>
> *[...]*
>
> *Sobre el particular, la Corte Constitucional en la citada providencia explicó que tanto las administradoras de pensiones como las autoridades judiciales deben verificar:*
>
> *(i) que la invalidez se estructuró como consecuencia de una enfermedad congénita, crónica y/o degenerativa y, (ii) que existen aportes realizados al sistema por parte del solicitante en ejercicio de una efectiva y probada capacidad laboral residual, debe determinar el momento desde el cual verificará el cumplimiento del supuesto establecido en la Ley 860 de 2003, es decir que la persona cuenta con 50 semanas cotizadas dentro de los 3 años anteriores a la fecha de estructuración. Por lo tanto, para determinar el momento real desde el cual se debe realizar el conteo, las distintas Salas de Revisión han tenido en cuenta la fecha de calificación de la invalidez o la fecha de la última cotización efectuada, porque se presume que fue allí cuando el padecimiento se manifestó de tal forma que le impidió continuar siendo laboralmente productivo y proveerse por sí mismo de sustento económico, inclusive, la fecha de solicitud del reconocimiento pensional.*
>
> *[...]*
>
> *En síntesis, en dicha decisión la Corte Constitucional, validó tener en cuenta la fecha de calificación de la invalidez, la fecha de solicitud del reconocimiento pensional o, incluso, la data de la última cotización efectuada, porque se presume que fue allí cuando el padecimiento se manifestó de tal forma que le impidió continuar siendo laboralmente productivo y proveerse por sí mismo del sustento*

> *económico,* ***decisión que, en todo caso, debe fundamentarse en criterios razonables, previo análisis de la situación en particular y en garantía de los derechos del peticionario****." (Negrillas y subrayas fuera de texto)*

Al tenor del entendimiento jurisprudencial frente al tema, surge evidente en casos como el que ahora ocupa la atención de la Sala, la posibilidad de tener en cuenta las cotizaciones efectuadas con posterioridad a la fecha de estructuración establecida por la entidad encargada de proferir el dictamen hasta la fecha desde la cual el padecimiento de salud o la enfermedad le impide al afiliado continuar laborando, o la data en que se profiera el dictamen.

Advirtiendo ésta Corporación, tal posición no se aparta de la disposición normativa aplicable, que en el caso de autos sería la Ley 860 de 2003 vigente para la data en que se emitió el Dictamen de PCL (29 de octubre del 2019), por cuanto, no se omite la exigencia de los requisitos legalmente establecidos para acceder al derecho, ni se desconoce las conclusiones arribadas por el ente encargado de emitir los respectivos dictámenes, pues memórese que al tenor de lo dispuesto en el artículo 3 de Decreto 917 de 1992[1], la fecha de estructuración, es cuando el individuo presenta una pérdida de capacidad laboral y en ese orden, como se indicó la aplicación del criterio constitucional referido no deriva en un desconocimiento de los postulados legales, simplemente se trata de una situación particular y diferente, que obliga al operador judicial a realizar una valoración de las situaciones fácticas específicas, teniendo en cuenta que la realidad de los afiliados que solicitan el reconocimiento de una pensión de invalidez, no puede ser valorada de manera unificada, sin compadecerse de las situaciones particulares de cada caso, como lo es el padecimiento de una enfermedad degenerativa, que independiente de una fecha de estructuración, puede repercutir o no en la capacidad laboral del individuo, en cuanto que a pesar de esas especiales circunstancias, acaecidas por enfermedades degenerativas, crónicas o congénitas, puedan superar y sobrellevar su condición hasta un momento determinado.

[1] *"ARTICULO 3o. FECHA DE ESTRUCTURACIÓN O DECLARATORIA DE LA PÉRDIDA DE LA CAPACIDAD LABORAL.* ***Es la fecha en que se genera en el individuo una pérdida en su capacidad laboral en forma permanente y definitiva.*** *Para cualquier contingencia, esta fecha debe documentarse con la historia clínica, los exámenes clínicos y de ayuda diagnóstica, y puede ser anterior o corresponder a la fecha de calificación. En todo caso, mientras dicha persona reciba subsidio por incapacidad temporal, no habrá lugar a percibir las prestaciones derivadas de la invalidez"*

No obstante lo anterior concluye la Sala que, según el mismo dictamen de SURAMERICANA, al afiliado NO se le diagnosticó una enfermedad de tipo crónico o degenerativo, sino que sus padecimientos corresponden a:

- Ceguera de ambos ojos
- Traumatismo del nervio óptico y de las vías ópticas
- Secuelas de traumatismo intracraneal

Estableciéndose en el citado dictamen que la fecha de la estructuración -**23 de mayo del 2010**- corresponde a la data en que tuvo una herida con proyectil de arma de fuego con lesión de nervios ópticos, precisando esa entidad "*fecha en que ocurrió el evento traumático que causó la ceguera bilateral"* (págs. 17 y 24 archivo 1 expediente digital), pretendiendo ahora el accionante se tomen sus diagnósticos como enfermedades degenerativas o congénitas. Sin embargo, pese a las afirmaciones del promotor del litigio dentro del plenario no se acredita que las enfermedades que padece corresponden a las denominadas degenerativas o congénitas que den lugar a establecer otra data de acuerdo a los criterios jurisprudenciales atrás citados.

Nótese si bien en la sustentación del dictamen se efectúa el resumen de la historia clínica así:

15/01/2018	OFTALMOLOGO	Viene para un concepto porque está ciego desde el 2010 con pérdida de la visión post trauma craneal por HAF le hicieron esquirlectomia y craniectomía lo rehabilitaron en Bogotá en el CRA centro para adultos ciegos, desplazamiento con bastón, al examen clínico AV CC AO no percibe la luz, ceguera BIO AO segmento anterior normal pupilas anormales dilatadas muy lenta reacción mayor OD DPA AO PIO 13/13 FO AO anormal EXC 0.9 macula sin brillo sin retinopatía exotropia alternante de predominio derecho, diagnóstico ceguera de ambos ojos, traumatismo del nervio óptico [II par] y de las vías ópticas, se da remisión a baja visión para actualización de su proceso de rehabilitación e incorporación a la vida laboral y extra laboral
15/01/2018	CONCEPTO DE REHABILITACIÓN	Con DX ceguera ambos ojos, con antecedente de TEC por proyectil de arma de fuego, lo rehabilitaron en Bogotá en el CRA centro para adultos ciegos, desplazamiento con bastón, estado actual paciente ciego total, no hay tratamiento para ofrecer, posibilidad de recuperación ninguna, pronóstico desfavorable, firma oftalmología
16/01/2018	RETINOLOGO	Paciente con antecedente de TEC por proyectil de arma de fuego, le realizaron neurocirugía, refiere que quedó ciego desde entonces, al examen ojo derecho visión NPL, PIO 14, cornea clara, cristalino claro, vítreo claro, macula sana, nervio atrófico, vasculatura normal, media periferia sin alteraciones, periferia sin lesiones predisponentes ojo izquierdo visión NPL, PIO 14, cornea clara, cristalino claro, vítreo claro, macula sana, nervio atrófico, vasculatura normal, media periferia sin alteraciones, periferia sin lesiones predisponentes, DX ceguera ambos ojos
16/01/2018	RETINOLOGO CONCEPTO DE REHABILITACIÓN	Con DX ceguera ambos ojos, con antecedente de TEC por proyectil de arma de fuego, le realizaron neurocirugía con daño permanente de nervio óptico, sin posibilidad de recuperación y sin tratamiento que ofrecer, pronóstico desfavorable, firma retinologo

De lo anterior se extrae que en efecto la perdida de visión que posee el accionante no devino de una enfermedad degenerativa o congénita sino del traumatismo sufrido por un proyectil de arma de fuego recibido el 23 de mayo del 2010.

Precisándose las conclusiones dadas por la EPS SURAMERICANA en el citado dictamen, tienen un respaldo probatorio, que es razonable, coherente y

fundamentado, sin que se advierta que en dichas conclusiones se encuentre un error que genere en la invalidez del mismo frente al diagnóstico de las enfermedades padecidas por el actor, máxime teniendo en cuenta que los argumentos consignados en tal experticia derivan de la especialidad médica y valorativa del grupo interdisciplinario que lo suscribe, donde igualmente no se señaló que el tipo de enfermedad del actor fuera degenerativa, progresiva, alto costo/catastrófica, congénita ni cerca al nacimiento:

Así las cosas, para esta Sala de decisión, no hay lugar al reconocimiento de la pensión de invalidez teniendo en cuenta la fecha de emisión del dictamen de PCL.

Aunado a lo anterior y solo en gracia de la discusión, y de considerarse que en efecto el actor cuenta con una enfermedad degenerativa se tiene que conforme a la sentencia SU - 588 del 27 de octubre del 2016, para darle validez a las cotizaciones efectuadas con posterioridad a la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral se deben cumplir dos requisitos, el primero que las cotizaciones hayan sido aportadas en ejercicio de una efectiva y probada capacidad laboral residual del interesado y segundo que éstas no se realizaron con el único fin de defraudar el Sistema de Seguridad Social, entendiendo la **capacidad laboral residual**, como "*la posibilidad que tiene una persona de ejercer una actividad productiva que le permita garantizar la satisfacción de sus necesidades básicas, pese a las consecuencias de la enfermedad*".

Ahora respecto de que las cotizaciones no se hayan efectuado con el fin de defraudar el sistema, la Corte Constitucional en sentencia T – 013 del 2015 señaló:

> *"4.8. Conforme a esta regla, esta Corporación ha avalado las semanas cotizadas con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez prevista en el dictamen, partiendo del supuesto de que el asegurado tuvo capacidad laboral, y, por tanto, pudo realizar cotizaciones al sistema, pues el ejercicio de una actividad productiva, debe garantizar el derecho a la seguridad social*[2]*. En ese sentido,* ***la exigencia de que no se advierta ánimo de defraudar al sistema, pretende que el operador normativo verifique que los aportes realizados realmente correspondan a la prestación de una labor, ya sea material o intelectual, que implique un esfuerzo***

[2] Al respecto, en la Sentencia T-580 de 2014 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado), este Tribunal reiteró que, en eventos como el estudiado en esta oportunidad, *"por tratarse de enfermedades cuyas manifestaciones se empeoran con el tiempo y la persona continúa su vida laboral con relativa normalidad, se deben tener en cuenta las semanas efectivamente cotizadas hasta cuando su condición de salud le haga imposible continuar laborando y cotizando al sistema (...)."*

> ***personal y que derive en un beneficio de cualquier tipo para quien lo ejecuta, como lo es, por ejemplo, el salario***[3]*."* (Subrayas fuera de texto)

Igualmente, la máxima Corporación de la Jurisdicción ordinaria laboral en sentencia SL 770 del 5 de febrero del 2020, Radicado No.79619, adujo:

> *"En ese contexto, y teniendo en cuenta que dichas reglas no son absolutas, la Sala considera que los ítems a verificar a fin de definir la fecha de pérdida de la capacidad laboral residual para efectos de la contabilización de las semanas requeridas, pueden resumirse así: (i) que la causa de la invalidez se deba a una enfermedad congénita, crónica o degenerativa, y (ii) que la cotización de aportes se efectúe en virtud de una efectiva y probada capacidad laboral residual.*
>
> *Frente al primer punto, como se explicó en sede extraordinaria la situación de la demandante encaja dentro de las patologías de tipo crónico y degenerativo.*
>
> *Ahora bien, en lo que corresponde a la efectiva y probada capacidad residual, esta Sala explicó que el padecimiento referido ocasiona que la fuerza laboral se mengüe con el tiempo y, por lo tanto, le permite a la persona trabajar hasta tanto el nivel de afectación sea de tal magnitud que le impida, de manera cierta, llevar a cabo una labor.*
>
> *De tal modo, que esa capacidad consiste en la posibilidad que tiene una persona de ejercer una actividad productiva que le permita garantizar la satisfacción de sus necesidades básicas. Es decir,* ***es necesario examinar si las cotizaciones realizadas después de la estructuración de la invalidez fueron sufragadas en ejercicio de una real y probada capacidad laboral residual, y no que se hicieron con el único propósito de defraudar al sistema de seguridad social****"* (Negrillas y subrayas fuera de texto)

De este modo resulta claro que, en aras de verificar la procedencia de dichas cotizaciones posteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, se debe comprobar que el beneficiario trabajó y que producto de ello, aportó al Sistema durante el tiempo que su condición se lo permitió o que consideró prudente hacerlo.

Así, descendiendo al caso de autos, advierte la Sala que las cotizaciones efectuadas por el señor CADAVID CUELLAR iniciaron tan solo en el mes de abril del 2016 y se realizaron por lo menos hasta el mes de agosto del 2022 (*ver historia laboral aportada por Protección S.A. págs. 15 y ss. Archivo 5 expediente digital*), esto es, no existe afiliación ni cotizaciones con anterioridad al año 2016 y mucho menos para la fecha en que se le estructura la invalidez 23/05/2010, igualmente se tiene que tales aportes se realizaron en calidad de trabajador independiente, precisándose el propio actor en el interrogatorio de parte que

[3] Un ánimo de defraudar al sistema puede evidenciarse, por ejemplo, en los casos en los que una persona debido a su pérdida de capacidad laboral no puede continuar trabajando, pero con el fin de obtener una prestación a cargo del sistema pensional, efectúa aportes simulando la existencia de un contrato de prestación de servicios o de trabajo.

absolvió confiesa que realiza aportes a pensiones por el apoyo que le da su madre pues ha sido imposible su vinculación laboral (Archivo 8 audiencia del 1° de febrero del 2023 récord: 10:40), lo cual da lugar a entender que el actor no se encontraba percibiendo remuneración por alguna actividad laboral, máxime cuando no se evidencia fehacientemente por parte del promotor del litigio una prueba por medio de la cual se acredite que evidentemente los aportes efectuados con posterioridad a la estructuración de su invalidez se originaron en ejercicio de una efectiva capacidad laboral pese a las consecuencias de las enfermedades que padece.

Desatacando brillan por ausencia pruebas tendientes a registrar actividades laborales ejecutadas por el promotor de litigio en por los menos 50 semanas anteriores a su última cotización que den lugar a fundamentar los aportes efectuados como independiente, sin que acreditara la existencia de una retribución a causa de una actividad laboral efectivamente ejercida de manera autónoma, lo cual da a lugar a colegir que dichas cotizaciones (2016 a 2022) no tienen los alcances para soportar el reconocimiento de una pensión de invalidez en los términos derivados de una enfermedad degenerativa como es el caso en examen y en ese orden no es viable contabilizar dichas semanas a efectos de acreditar los requisitos para obtener la prestación pensional.

Finalmente se tiene que el actor tampoco acreditó el requisito de 50 semanas exigidas por la Ley 860 del 2003 Art. 1 dentro de los 3 años anteriores a la fecha de la estructuración de la invalidez, esto es, del 23 de mayo del 2007 al 23 de mayo del 2010, pues como atrás se anotó su aportes iniciaron en abril del 2016 y en ese orden no puede tener éxito el reconocimiento de la pensión de invalidez que se reclama, pues se repite, no cumplió con las semanas requeridas para aplicarle tal normativa.

Agotada como se encuentra la competencia en esta instancia por el estudio del grado jurisdiccional de Consulta en favor del demandante, se confirmará la sentencia de primera instancia conforme a las consideraciones expuestas.

Sin **COSTAS** en esta instancia.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida en primera instancia, en cuanto a que **ABSOLVIO** a PROTECCIÓN de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el señor **WILBER ALEXANDER CADAVID,** de conformidad con lo considerado.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL.

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN.

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR YEISON AVILES GALVIS y LUZ MARIA GALVIS NARVAEZ CONTRA COMERCIALIZADORA DEL MADRUGON LTDA. (RAD. 10 2019 00490 02).

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

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

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 la Juez Decima Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 14 de septiembre de 2022 (Exp. Digital: audio archivo 33 récord 1:55:09), en la que se resolvió:

> *«**PRIMERO: DECLARAR** que entre la COMERCIALIZADORA DEL MADRUGÓN LIMITADA en su condición de empleador y el señor YEISON AVILEZ GALVIS como trabajador, existieron dos contratos de trabajo así: el primero desde el 6 de julio de 2017 hasta el 31 de diciembre 2017 y el segundo iniciado el 9 enero 2018 que se encontraba vigente al 26 de octubre del año 2018 conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*
>
> ***SEGUNDO: DECLARAR** que existió culpa suficientemente comprobada del empleador la COMERCIALIZADORA DEL MADRUGÓN LTDA. en el accidente de trabajo sufrido por el demandante YEISON AVILEZ GALVIS el día 12 de julio del año 2018 por ende es responsable de la indemnización plena de perjuicios establecida en la Artículo 216 del código sustantivo de trabajo y debe reconocer y pagar los perjuicios ocasionados al trabajador YEISON AVILEZ GALVIS con ocasión del accidente de trabajo acaecido con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

***TERCERO: CONDENAR** a la empresa COMERCIALIZADORA EL MADRUGÓN LTDA. a pagar al demandante YEISON AVILEZ GALVIS la indemnización plena de perjuicio así:*

1. *Por concepto de lucro cesante consolidado en la suma de $70.806.500.*
2. *Por concepto de lucro cesante futuro las manos la suma de $240.010.804.*
3. *Por concepto de daño moral la suma de $100.000.000*
4. *Por daño en vida en relación la suma de $50.000.000 conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

***CUARTA: CONDENAR** a la empresa COMERCIALIZADORA DEL MADRUGÓN LTDA a pagar a la demandante LUZ MARIA GALVEZ NARVAEZ por concepto de perjuicios morales la suma de 25 salarios mínimos mensuales correspondientes a $25.000.000 conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

***QUINTO: DECLARAR** probada la excepción genérica de inexistencia de la obligación frente a las pretensiones e indemnización por daño en vida en relación respecto a la demandante LUZ MARIA GALVIZ NARVAEZ y frente al señor YEISON AVILEZ GALVIS por las pretensiones de indemnización por el perjuicio daño estético, Así mismo por el daño emergente y por la indexación de las sumas solicitadas en esta demanda, por tanto se absuelve a la demandada COMERCIALIZADORA DEL MADRUGÓN LTDA. de estas pretensiones de conformidad expuesto en la parte motiva de la providencia.*

***SEXTO: CONDENAR** en COSTAS de esta instancia a la empresa COMERCIALIZADORA DEL MADRUGÓN LTDA. a favor de los demandantes y deben ser tasadas por Secretaría incluyendo como agencias derecho a favor del señor YEISON AVILEZ GALVIS, la suma de $12.000.000 millones y como agencias en derecho a favor de la demandante la señora LUZ MARIA GALVIZ NARVAEZ la suma de $1.0000.000 como agencias en derecho»*

Inconforme con la decisión, el apoderado del extremo demandado interpuso recurso de apelación expresando no estar de acuerdo con la declaratoria de la culpa del empleador en el accidente sufrido por el demandante (*Numeral 2do parte resolutiva del fallo*), señalando que su defensa radica en que hubo un acto inseguro por parte del trabajador al no observar ciertas condiciones o mecanismos que fueron obviamente manifestados por la empresa frente al tema del manejo del riesgo que podía estar sufriendo ese trabajador en desarrollo de sus actividades, reiterando lo que ocurrió fue un acto inseguro por parte del demandante y no por la culpa comprobada por parte del patrón, reiterando los hechos ocurrieron fue por el acto inseguro del trabajador en donde nada tiene que ver la responsabilidad del empleador. (Récord: 1:59:02, ibídem[1]).

[1] CARLOS ORLANDO LEON DIAZ (APODERADO PARTE DEMANDADA): Su señoría respeto su decisión pero no estoy de acuerdo entonces de conformidad con lo de las disposiciones legales me permito apelar la sentencia en lo atinente al numeral segundo la que la culpa comprobada por parte del patrono y obviamente por las indemnizaciones que se genera con ocasión de esa declaratoria, los argumentos propios de si la apelación pues obviamente los sustentaría en debida forma ha ante el superior su señoría muchas gracias.

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de los demandantes YEISON AVILEZ GALVIS y LUZ MARIA GALVIS NARVAEZ en este ordinario las pretensiones relacionadas en las páginas 46 y 47 *«01 Expediente Digital»*, las cuales encuentran fundamento en los hechos consignados a páginas 40 a 45, solicitando principalmente se declare la existencia de un contrato de trabajo el cual inició desde el 9 de enero del 2018, como también que el accidente de trabajo ocurrido el 12 de julio del 2018 sucedió por culpa suficientemente comprobada del empleador, en consecuencia se condene a la demandada a pagar la indemnización ordinaria y plena de perjuicios derivada de ese accidente de trabajo, esto es, $11.969.410 por lucro cesante consolidado, $192.511.743 por lucro cesante futuro, 100 smmlv por daño moral, 100 smmlv por daño a la salud o daño a la vida en relación, 100 smmlv por perjuicio estético, la indexación de las sumas debidas, costas y agencias en derecho, condenas *ultra y extra petita.* **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus aspiraciones**, por cuanto se declaró que entre el demandante en calidad de trabajador y la demandada COMERCIALIZADORA DEL MADRUGON existieron dos contratos de trabajo así: el primero desde el 6 de julio de 2017 hasta el 31 de diciembre 2017 y el segundo iniciado el 9 enero 2018 vigente al 26 de octubre del año 2018, devengando un salario mínimo legal vigente; igualmente declaró que el accidente de trabajo sufrido por el actor el 12 de julio del 2018 se presentó por culpa del

---

JUEZ: (Récord 1:59:45) Doctor Orlando, si bien es cierto existe un traslado para alegatos los fundamentos básicos de su apelación deben ser informados en como sustentación del recurso, voy a enviar esos argumentos básicos al tribunal, entonces por favor para que quede sustentado.

CARLOS ORLANDO LEON DIAZ (APODERADO PARTE DEMANDADA) (Récord: 2:00:06) listo Doctora una síntesis de(sic) lo que va a ser obviamente pues la apelación de conformidad como usted me lo está solicitando, en lo que no se está de acuerdo su señoría es que digamos dentro del material probatorio existen elementos donde se evidencia que no hubo testigos digamos del accidente aunque sabemos que ocurrió el accidente y dentro de lo que se pregona en dentro de lo que se pregona como defensa de nuestra parte, es que hubo un acto inseguro por parte del trabajador al no observar digamos ciertos eh condiciones o ciertas eh mecanismos que fueron obviamente manifestados por parte de la empresa en relación obviamente con el tema del manejo del riesgo que podía estar sufriendo este trabajador en desarrollo de sus actividades, entonces sobre ese tema obviamente es el que voy a basar mi alegato en la apelación de que lo que ocurrió fue un acto inseguro por parte del autor y no obviamente por parte de lo que se dijo dentro del proceso que fue obviamente la culpa comprobada por parte del patrón y de ello de qué sale de ciertos testimonios de darle una apreciación diferente a los testimonios por ejemplo de la testigo entonces en esos digamos que en ese sentido es que voy a mirar y voy a tratar no, no voy a tratar sino voy a demostrar que obviamente que los hechos ocurrieron fue por el acto inseguro del trabajador que obviamente no tiene nada que ver con la responsabilidad de en ese momento que tenía el patrono si no fuera un actos inseguros."

empleador. Condenándose en consecuencia, al pago de lucro cesante consolidado, lucro cesante futuro, daño moral, daño por vida en relación y perjuicios morales frente a la mamá del demandante; y absolvió de las demás las pretensiones.

A fin de tomar decisión de fondo explicó, la demandada omitió su deber de protección y seguridad para con el demandante, por cuanto en primer lugar, no acreditó cuales fueron las medidas de protección adoptadas en la actividad desarrollada por el demandante como tampoco que se le hubiera brindado la inducción sobre el manejo del ascensor de carga, sin que se haya aportado el Manual para el manejo de dicha herramienta, igualmente existió una falta de supervisión por parte del empleador en el manejo de ese ascensor de carga, pues como lo dijo el informe de accidente de trabajo estuvo inadecuadamente protegido e inadecuadamente asegurado. Señaló igualmente que tampoco se acredito que al malacate o ascensor de cargas se le hiciera el respectivo mantenimiento pues en el informe de la ARL se estableció que tal ascensor no tenia una grapa que fue lo que originó el accidente.

De este modo, encontró que el demandante cumplió con la carga de probar la culpa o negligencia de su ex empleador al demostrarse en el plenario su omisión en los deberes de protección y seguridad, sin que la demandada, hubiere demostrado que no incurrió en dicha negligencia, pues no se aportó material probatorio que acredite que sí efectuó las medidas correctivas para proteger la salud e integridad física de su trabajador; tampoco acompañó con la contestación de la demanda la matriz de riesgos ni las capacitaciones dadas a su empleado, a fin de verificar la existencia de un protocolo para el manejo del malacate. En consecuencia, encontró un nexo de causalidad entre la omisión del empleador de capacitar al demandante en el manejo adecuado y seguro de la máquina y no haberle entregado capacitaciones o inducciones al respecto, el cual conllevó a que el demandante perdiera el 81.62% de capacidad laboral.

Establecido lo anterior se abordará el estudio del recurso de apelación interpuesto por 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 apelante quien delimita el ámbito sobre el cual ha de recaer la decisión de segunda instancia (*tantum devolutum quantum apellatum*).

Pues bien, una vez relacionados los antecedentes procesales y teniendo en cuenta los fundamentos del recurso de apelación de la demandada, se tiene que no es objeto de debate en esta instancia que: **i)** entre las partes existieron dos contratos de trabajo el primero del 6 de julio de 2017 hasta el 31 de diciembre 2017 y el segundo del 9 enero 2018 al 26 de octubre del año 2018 **ii)** que el señor demandante desempeñaba el *cargo de AUXILIAR DE BODEGA* **iii)** que devengaba como salario el mínimo legal mensual vigente; **iv)** que sufrió un accidente de trabajo el día 12 de julio del 2018; y **v)** que como consecuencia de dicho accidente se le determinó una pérdida de capacidad laboral del 81.62% con fecha de estructuración del 12 de julio del 2018.

Lo anterior, a más de haberlo sido así considerado y concluido la juez *a quo* en la sentencia, no fue objeto de apelación.

Pues bien, en los términos de la apelación propuesta, considera la Sala que se contrae a exponer vagamente una culpa exclusiva del demandante en la ocurrencia del accidente de trabajo como causal de exoneración de la culpa endilgada en la sentencia de primer grado, punto a lo que únicamente se contraerá el problema jurídico.

Para iniciar con esta problemática se debe 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 CSJ SL6497 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 articulo 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.

Ahora, sobre el presupuesto de la culpa suficientemente probada del empleador la máxima Corporación en sentencia SL1897 del 2021 realizó un estudio a profundidad de los supuestos del artículo 216 del CST en aras de poder declarar la responsabilidad por la indemnización plena de perjuicios en los casos de culpa por omisión, considerando lo siguiente:

> 1.1. Sobre la *culpa suficientemente comprobada del empleador* respecto a una contingencia de origen laboral, la Sala tiene enseñado que:

"[...] la misma se determina por el análisis del incumplimiento de los deberes de prevención que corresponden al empleador, la cual se configura en la causa adecuada de la ocurrencia del infortunio laboral, ya sea que se derive de una acción o un control ejecutado de manera incorrecta o por una conducta omisiva a cargo de aquel (CSJ SL2206-2019)". Tomado de la sentencia CSJ SL 5154-2020.

En otras palabras, la culpa se ha de comprobar de cara a los deberes de prevención de los riesgos laborales que corresponden al empleador y se configuren como causa adecuada de la ocurrencia del infortunio laboral. Para establecer la culpa, se evaluará la conducta del empleador, esto es, si él actuó con negligencia o no en el acatamiento de los deberes de velar por la seguridad y protección de sus trabajadores que le corresponden para evitar los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, bajo el estándar de la *culpa leve* que define el art. 63 del CC.

La culpa leve implica que el incumplimiento que hace al empleador merecedor de la condena por reparación plena de perjuicios es aquel que se da por la falta de diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios, frente al deber de tomar las medidas adecuadas para evitar el riesgo laboral sucedido, y no se puede determinar la culpa por la simple ocurrencia del infortunio laboral, ya que el empleador no tiene una obligación de resultado, es decir, no está obligado a que el siniestro no ocurra, sino que sus obligaciones de protección y seguridad son de medio (CSJ SL1073-2021). Él siempre podrá probar la diligencia y cuidado que debió emplear para evitar el riesgo laboral en cuestión, según el art. 1604 del CC.

En orden de lo anterior, esta Corporación ha establecido que la carga de la prueba de la culpa del empleador, por regla general, debe ser asumida por la o las víctimas del siniestro, de modo que ellos tienen la obligación de acreditar las circunstancias de hecho que dan cuenta de la existencia de una acción, omisión, o de un control ejecutado de manera incorrecta que constituyan el incumplimiento de las obligaciones de prevención o su incumplimiento imperfecto, CSJ SL5154-2020.

Cuando el trabajador edifica la culpa del empleador en un comportamiento omisivo de las obligaciones de protección y de seguridad asignadas al empleador, como se trató en el caso de autos, la jurisprudencia de la Corte ha precisado que, por excepción, a los accionantes les basta enunciar dichas omisiones (teniendo en cuenta que las negaciones indefinidas no requieren de prueba) para que la carga de la prueba que desvirtúe la culpa se traslade a quien ha debido obrar con diligencia en los términos del artículo 1604 del Código Civil. En tal caso, el empleador debe probar que cumplió sus deberes de prevención, cuidado y diligencia a fin de resguardar la seguridad e integridad de sus trabajadores (CSJ SL13653-2015, CSJ SL7181-2015, CSJ SL 7056-2016, CSJ SL12707-2017, CSJ SL2206-2019, CSJ SL2168-2019, CSJ SL2336-2020 y CSJ SL5154-2020).

1.2 **En cuanto al nexo causal que debe existir entre la culpa del empleador y el daño causado, la jurisprudencia de esta Sala también tiene enseñado que, en la culpa basada en un comportamiento omisivo, no basta la sola afirmación genérica del incumplimiento del deber de protección o de las obligaciones de prevención en la demanda, sino que es menester delimitar, allí mismo, en qué consistió la omisión que llevó al incumplimiento del empleador de las respectivas obligaciones derivadas del propio contrato de trabajo y de la labor prestada por el trabajador y la conexidad que tuvo con el siniestro, para efectos de establecer la relación causal entra la culpa y el hecho dañino**, pues nadie está obligado a resarcir un daño sino cuando ha dado causa o contribuido a él, CSJ SL2336-2020. (Negrillas fuera de texto)

En esa línea, se tiene que en casos como el presente en el que se alega un actuar

omisivo del empleador siempre es indispensable que exista la prueba del nexo causal entre la conducta del empleador y el daño, como se desprende de lo siguiente providencia:

> […] menester se exhibe memorar lo expuesto en la providencia CSJ SL14420-2014 en cuanto a que para que se cause la indemnización ordinaria y plena de perjuicios consagrada en el literal b), artículo 12 de la Ley 6ª de 1945 (sector oficial) y en el Art. 216 CST (sector particular), debe encontrarse suficientemente comprobada la culpa del empleador en la ocurrencia del accidente de trabajo o la enfermedad profesional, de modo que su establecimiento amerita, además de la demostración del daño originado en una actividad relacionada con el trabajo, **la prueba de que la afectación a la integridad o salud fue consecuencia o efecto de la negligencia o culpa del empleador en el acatamiento de los deberes que le corresponden de velar por la seguridad y protección de sus trabajadores. La causalidad, es decir, la relación de causa-efecto que debe existir entre la culpa patronal y el daño, a más de ser un elemento *sine qua non* de la responsabilidad plena y ordinaria de perjuicios del empleador, es una pauta de justicia, en la medida que, nadie está obligado a resarcir un daño sino cuando ha dado causa o contribuido a él.** De allí que la culpa exclusiva de la víctima o de un tercero, y el caso fortuito y la fuerza mayor (denominados por la doctrina *causas ajenas*), sean considerados en el derecho común como eximentes de responsabilidad, en tanto que, con su determinación, el nexo causal se rompe o quiebra, ante la imposibilidad de imputar el resultado dañino a quien se afirma lo cometió por acción u omisión culposa (Sentencia de la CSJ SL 2336-2020). -Negrillas propias del texto-.

Así las cosas, es claro que el extremo demandante en esta Litis debe demostrar que la acción o la omisión del empleador que da lugar al incumplimiento del deber de protección y seguridad en el trabajo por él realizado tuvo un nexo de causalidad con el siniestro laboral generador de los perjuicios a ser reparados, esto es, el accidente de trabajo. Así se precisó en la sentencia ya citada SL 1897 de 2021 en donde se dijo:

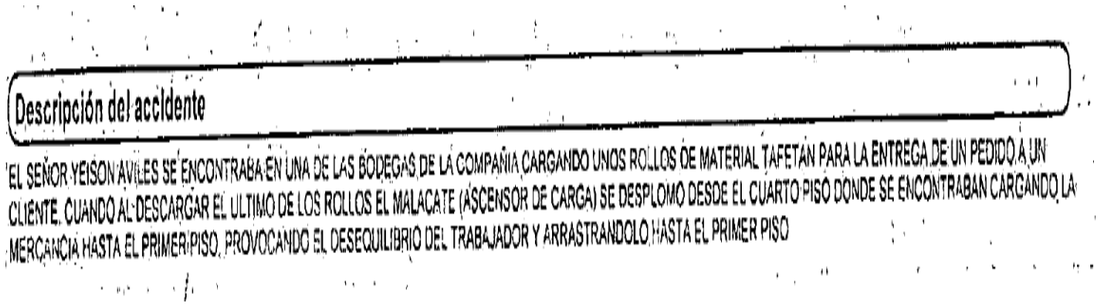
> "En suma, esta Sala considera conveniente dejar en claro, dado que el meollo del presente asunto lo amerita, que si el actor cumple la carga probatoria que le corresponde en la culpa por omisión, es decir, concreta las omisiones que conllevaron el incumplimiento constitutivo de la culpa del empleador y prueba el nexo causal entre ese incumplimiento y el daño, le traslada a este la carga de demostrar que fue diligente y cuidadoso en tomar las medidas adecuadas y razonables para evitar el accidente o enfermedad laboral en cuestión, en aplicación del art. 1604 del CC.
>
> En ese escenario, el juzgador, conforme a la sana crítica y de acuerdo con el estándar de la culpa leve, evaluará si el empleador fue diligente o no en sus obligaciones de medios para evitar el accidente o la enfermedad profesional del caso. Si el empleador no cumple con la carga de probar la diligencia y cuidados debidos en la toma de las medidas de protección para garantizar razonablemente la seguridad y la salud de cara al siniestro ocurrido, será declarado culpable del accidente o enfermedad profesional respectiva.
>
> Ahora bien, cuando el reclamante de los perjuicios del art. 216 del CST no cumple

> con la carga probatoria que le corresponde en la culpa por omisión, de acuerdo con lo acabado de decir, así el empleador no demuestre un actuar diligente y cuidadoso para evitar el daño, el empleador no será declarado culpable de cara al accidente o enfermedad profesional del caso particular.”

En el *examine*, tal como se dejó sentando al inicio, es evidente la ocurrencia del accidente de trabajo, por lo que el siguiente paso es determinar si aquel se ocasiono por culpa del empleador, razón por la cual procede la Sala con el análisis íntegro del acervo probatorio así:

<u>Documentales (Archivo 1 expediente digital):</u>

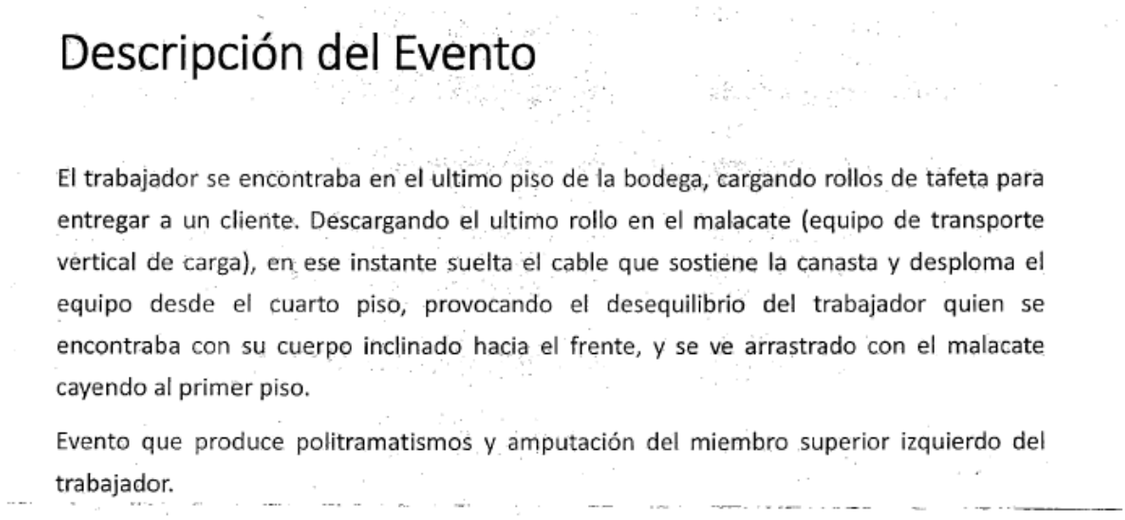
- Informe del accidente de trabajo ante la ARL SURA en donde se describe (págs. 13 a 17)



Descripción del accidente

EL SEÑOR YEISON AVILES SE ENCONTRABA EN UNA DE LAS BODEGAS DE LA COMPAÑIA CARGANDO UNOS ROLLOS DE MATERIAL TAFETAN PARA LA ENTREGA DE UN PEDIDO A UN CLIENTE. CUANDO AL DESCARGAR EL ULTIMO DE LOS ROLLOS EL MALACATE (ASCENSOR DE CARGA) SE DESPLOMO DESDE EL CUARTO PISO DONDE SE ENCONTRABAN CARGANDO LA MERCANCIA HASTA EL PRIMER PISO, PROVOCANDO EL DESEQUILIBRIO DEL TRABAJADOR Y ARRASTRANDOLO HASTA EL PRIMER PISO

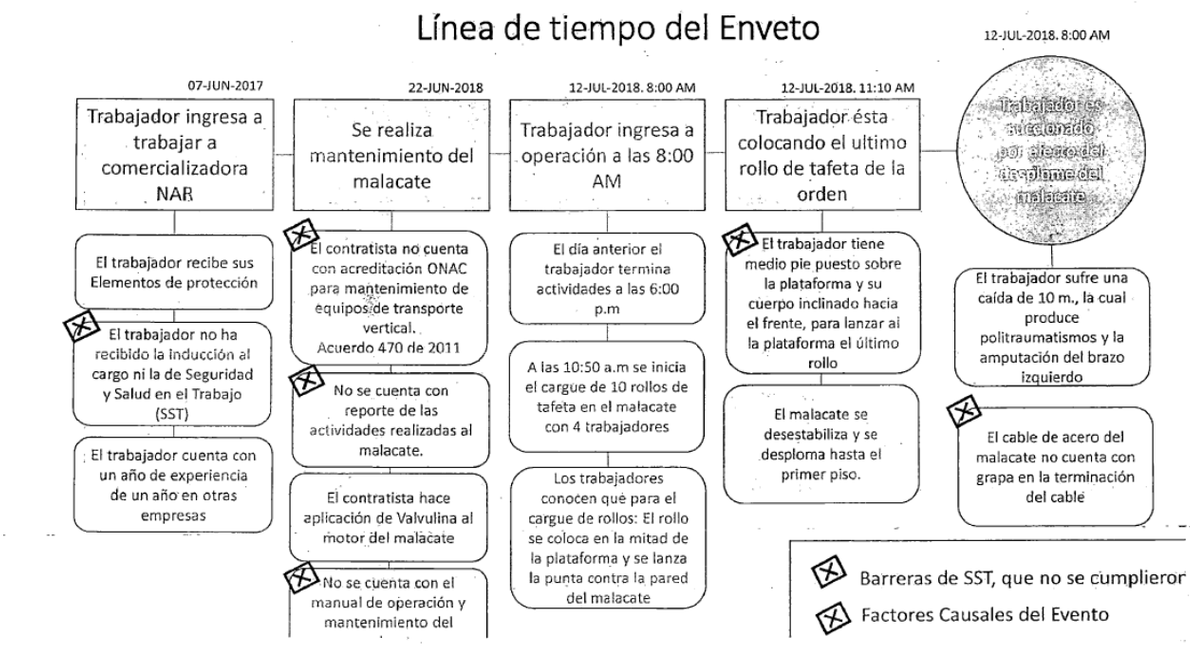
- Investigación del accidente “*Desplome del Malacate y caída de un trabajador desde altura”* (Págs. 18 a 26) del cual se extraen las siguientes conclusiones:



Descripción del Evento

El trabajador se encontraba en el ultimo piso de la bodega, cargando rollos de tafeta para entregar a un cliente. Descargando el ultimo rollo en el malacate (equipo de transporte vertical de carga), en ese instante suelta el cable que sostiene la canasta y desploma el equipo desde el cuarto piso, provocando el desequilibrio del trabajador quien se encontraba con su cuerpo inclinado hacia el frente, y se ve arrastrado con el malacate cayendo al primer piso.

Evento que produce politramatismos y amputación del miembro superior izquierdo del trabajador.



En el mismo documento se anota como acciones a ejecutar las siguientes:

Causa	Actividad
430 – Inadecuadamente asegurado contra movimientos 103 - Estándares, especificaciones y/o criterios de diseño inadecuados 301 - Aspectos preventivos inadecuados para evaluación de las necesidades 308 – Aspectos Correctivos Inapropiados para reemplazo de piezas defectuosas	Realización de la revisión general anual del sistema elevación, por un organismo acreditado por ONAC Diseño de un programa de inspección y mantenimiento preventivo y correctivo para el malacate. Búsqueda de un proveedor certificado para la realización de mantenimiento periódico del malacate.

Causa	Actividad
556 - Exponerse innecesariamente en medio de cargas suspendidas	Diseño de un sistema que evite la aproximación del trabajador dentro del malacate cuando esta en suspensión.
011 – Ubicación inadecuada del trabajador	Instalación de señalización de la prohibición de ingreso de personal a la canastilla del malacate
599- Inadecuamente protegido	Instalación de barreras de separación los lugares de transito de trabajadores en todos los pisos con su respectiva señalización
007 – Instrucción, orientación y/o entrenamiento insuficiente	Diseño y socialización del instructivo de seguridad para manejo y operación segura del malacate
504 Desarrollo Inadecuado de estándares de seguridad	Diseño y socialización de manual de malacate indicando peso máximo permitido por el sistema

- Misiva de la ARL SURA del 18 de octubre del 2018 a través de la cual le notifican al demandante el reconocimiento de la pensión de invalidez en los siguientes términos (págs. 27 y 28):

Asunto: Notificación dictamen de Invalidez

Le manifestamos que Seguros de Riesgos Laborales Suramericana S.A, como consecuencia del ACCIDENTE DE TRABAJO ocurrido a usted el 12 de julio de 2018, está procediendo al reconocimiento de la pensión de invalidez, de acuerdo con la evaluación realizada por Medicina Laboral de Seguros de Riesgos Laborales Suramericana S.A, la cual le dio un porcentaje de perdida de la capacidad laboral del 81.62% con fecha de estructuración de la perdida el 12 de julio de 2018, de conformidad con el Decreto 1507 de 12 de Agosto de 2014.

Según este porcentaje, usted tiene derecho a una pensión del 75% del ingreso base de liquidación (promedio de los SEIS meses o fracción de meses anteriores a la fecha del accidente, IBL $781.242), lo cual equivale a una mesada de $585.932, que ajustada el mínimo para la fecha del evento da $781.242, por necesitar ayuda de un tercero este se incrementará en un 15% adicional quedando en $898.428.

La mesada para el presente año es de $898.428 y se reconocerá a partir de la fecha de estructuración o a partir del día siguiente a la última incapacidad temporal, si esta es posterior.

ARL SURA no podrá reconocer el pago de incapacidades con fecha de inicio posterior a la fecha de esta comunicación, por cuanto no opera el pago simultaneo de incapacidad temporal y pensión, de acuerdo a lo establecido en el artículo 10° parágrafo 2 de la Ley 776 de 2002.

Interrogatorio de parte del demandado[2]:

Afirmo que al demandante si se le dio una inducción cuando ingreso a trabajar señalándole que tuviera cuidado tanto con las maquinas como con él, pero no hay soporte de ello, se le explico que el malacate era una herramienta para carga y no un ascensor para trasportar personas. Frente al accidente de trabajo afirmo que el malacate se desconectó por exceso de carga y Sandra Pilar Rodriguez -Jefe de Personal- fue quien debió prohibir que le pusieran tanto peso, igualmente señaló que ella era la que debía decirle como se manejaba ese ascensor y que justamente por la falta de inducción de ella fue que el demandante no supo que no se podía parar allí, reiterando que Sandra del Pilar era la encargada de la supervisión del malacate, afirmado ella no cumplió con ese deber de protección.

[2] Audio Archivo 29, audiencia del 26 de agosto del 2022, récord: 39:33

Interrogatorio de parte del demandante[3]:

Manifestó no acordarse de nada en relación con el accidente que sufrió, refiriendo que nunca le dieron una inducción del funcionamiento del malacate pues entre compañeros de trabajo se explicaban como hacerlo, ellos le dijeron como subir la mercancía, explicando que siempre tenía que poner un pie adentro y otro afuera pues tenía que arreglar la mercancía para que no se cayera, aseguro que nunca le dieron un manual de funciones de ese ascensor de carga

Testimonial:

SANDRA DEL PILAR RODRIGUEZ ROMERO[4] quien trabajó para la demandada del 1° de junio del 2016 al 28 de febrero del 2019 como jefe de personal, aseguró que el día del accidente del demandante ella se encontraba con éste cargando 10 rollos de tafetas en el piso 4 de la bodega ubicada en la Alquería a través de un malacate o ascensor, precisando que cuando el actor se encontraba subiendo el último rollo ella dio la espalda y fue cuando "*se zafó ese aparato"* y absorbió al accionante, por lo que bajo corriendo al primer piso a donde cayó el actor encontrándolo inconsciente y sin un brazo, tenia fracturado el otro brazo y la boca.

Adujo que no se le hizo al demandante una inducción del funcionamiento del malacate como una persona experta, solo se le dijo lo básico, esto es: como subir la mercancía, como funcionaban los botones y la parte general de esa herramienta, precisando ella -la testigo- era la encargada de supervisar el cargue de la mercancía en el malacate, asegurando haber bajado de ese piso cuando el actor estaba subiendo el ultimo rollo.

Precisó que ella no conocía Manual de Funciones del malacate ni que se le hubiera dado al demandante, desconoce la existencia de un comité de salud ocupacional y seguridad en el trabajo, por lo que nunca se hicieron charlas sobre las matrices de riesgo, reiterando que la capacitación del ascensor de cargo no era dada por una persona experta, sino que entre todos los trabajadores se decían como funcionaba el malacate y era de forma verbal. Aseguró que al ascensor de carga a veces le hacían mantenimiento pues iba un señor apretaba los pernos y le

[3] Audio Archivo 29, audiencia del 26 de agosto del 2022, récord: 1:00:32
[4] Audio Archivo 29, audiencia del 26 de agosto del 2022, récord: 1:33:39

aplicaba unos líquidos desconociendo si era una persona idónea para ello, y finalmente manifestó que la causa del accidente del promotor de la litis fue debido a que se "*zafó el perno*".

En esa dirección y de la valoración de los medios de convicción atrás citados se advierte, se encuentra suficientemente comprobada la culpa del empleador en la ocurrencia del accidente de trabajo que sufrió el actor el 12 de julio del 2018 mientras manipulaba una máquina denominada *Malacate*, nótese que el accionante no recibió ningún tipo de capacitación para el manejo de la misma, la demandada no contaba con protocolos y reglamentos de seguridad y salud en el trabajo, en especial, protocolo alguno para el manejo contingencias como la ocurrida con el demandante; ni se aporto el manual de funcionamiento de dicho ascensor de carga.

Aspectos que sin lugar a dudas dan cuenta del accidente y, tal como concluyó la juez A Quo, se encuentra suficientemente comprobada la culpa del empleador en los términos del artículo 261 del CST, pues de tales elementos, se evidencia negligencia de la empresa, pues no se brindaron capacitaciones para el cargo de Auxiliar de bodega ni mucho menos para el manejo del *Malacate*.

Ahora, si bien, estima el recurrente que el accidente ocurrió por culpa exclusiva de la demandante, quien al parecer y según su dicho se subió al ascensor de carga -*lo cual no está acreditado*-; lo cierto es que, ello no obsta para que el empleador cumpla con su obligación de adoptar las medidas de seguridad mínimas para la realización de esas labores, como para de ahí endilgar en el trabajador la responsabilidad de las medidas de seguridad que a éste le incumbían, de modo que no es posible, como lo sugiere el recurrente, estimar que el accidente se debió a la impericia del causante y con ello imputarle a este exclusivamente la responsabilidad en el mismo.

Téngase en cuenta como quedó documentado en la investigación realizada por la A.R.L., como factores causantes del evento descritos en la "*La Línea de tiempo del evento"* por dicha aseguradora, que el trabajador no había recibido la inducción al cargo ni la de seguridad y salud en el trabajo, en cuanto al mantenimiento del malacate señaló: "*El contratista no cuenta con acreditación ONAC para mantenimiento de equipos de transporte vertical Acuerdo 470 de 2011, no se*

cuenta con el manual de operación y mantenimiento" y el cable de acero del malacate no cuenta con grapa en la terminación del cable, sumado a ello a la falta de supervisión en los procedimientos; omisiones en la que no se hubiese incurrido si el demandado hubiera tenido la diligencia y cuidado en las labores desarrolladas por su empleado, advirtiéndose debió el empleador haber brindado al trabajador inducciones o capacitaciones sobre el manejo de la máquina del ascensor de carga "*Malacate*", y entregar un manual para su adecuada manipulación, como también efectuar un acompañamiento en su manipulación y en esa medida luce claro que en cabeza de la pasiva estaba la obligación de controlar y supervisar que el actuar del trabajador se estuviera realizando de manera adecuada, no obstante ello no sucedió pues ni tan siquiera se contaba con un manual de funciones de esa herramienta de trabajo.

Al respecto, la Sala recuerda que la labor del empleador no se limita únicamente al suministro de cualquier elemento de seguridad, con el que se considere a salvo al trabajador de los riesgos inherentes a su labor; si no que le corresponde velar con diligencia, precaución, cautela y proactividad para que el entorno del trabajo suponga garantías a sus empleados que se traduzcan en evitar accidentes, enfermedades laborales o la muerte misma. Por ello, son sus responsabilidades entre otras, capacitar adecuadamente a sus trabajadores sobre los riesgos propios de su labor, desde su visión general y el rol particular de los trabajadores; suministrar elementos de seguridad acordes con las funciones y los riesgos a que se verá expuesto; disponer de un sistema de gestión del riesgo y seguridad en el trabajo; obrar con diligencia, y no sólo de manera reactiva, en relación con la prevención de los riesgos laborales. Al respecto, debe tenerse en cuenta lo indicado por la Sala de Casación Laboral en sentencia CSJ SL1900-2021 donde recordó:

> *«Lo anterior, por cuanto aun aceptando que el trabajador tenía experiencia, ello de ninguna manera puede sustraer ni eximir la obligación del empleador en realizar la debida capacitación e inducción a sus trabajadores, y de dar cumplimiento del artículo 2 de la Resolución 2400 de 1979, en donde se consagran como obligaciones de los empresarios, entre otras, la siguiente: «g) Suministrar instrucción adecuada a los trabajadores antes de que se inicie cualquier ocupación, sobre los riesgos y peligros que puedan afectarles, y sobre la forma, métodos y sistemas que deban observarse para prevenirlos o evitarlos» (Subrayado fuera de texto), lo que guarda concordancia con lo previsto en literal g) del artículo 84 de la Ley 9 de 1979, que establece: «Realizar programas educativos sobre los riesgos para la salud a que estén expuestos los trabajadores y sobre los métodos de prevención y control».*

> *Es que nuestra legislación laboral, y en las normativas de salud ocupacional, hoy Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo SG-SST, y las de riesgos laborales, consagran la obligación del empleador de cuidar y procurar por la seguridad y salud de los trabajadores, y adoptar todas las medidas a su alcance en orden a prevenir los accidentes y enfermedades profesionales, tal y como se desprende de los en los numerales 1 y 2 del artículo 57, 348 del CST, 2 de la Resolución 2400/79, literales c), d) y g) del canon 21 del Decreto 1295/94, último vigente para aquella data, entre otras disposiciones. (Ver sentencia CSJ SL9355-2017).*
>
> *En este orden, para que el empleador pueda exonerarse de la responsabilidad derivada de un accidente de trabajo,* ***debe demostrar haber actuado con diligencia y cuidado para prevenir o evitar su ocurrencia,*** *máxime* ***cuando se trate de actividades de altísimo riesgo para la vida y la integridad del trabajador, como se observa en el sub examine…*** *y si bien no puede afirmarse que la culpa del empleador se presuma en estos casos,* ***sí implica que deba tener un mayor grado de diligencia y cuidado, debiendo tomar las medidas que correspondan con la alta vulnerabilidad a que queda expuesto el trabajador en esta clase de actividades***» (Negrillas de la Sala).

Sobre la base de lo anterior, no puede predicarse culpa exclusiva de la víctima para exonerar al empleador recurrente, pues las deficiencias anotadas son ostensibles, sin duda, dan lugar al accidente de trabajo y a la culpa del empleador en su resultado, más aún cuando la demandada confiesa a través de su representante legal en el interrogatorio de parte que no se cumplió con el deber de protección para el trabajador pues la jefe de personal no se encargó de la supervisión del malacate, debiendo entonces asumir tal riesgo.

Conforme a lo antes indicado, considera la Sala, se ha probado suficientemente la culpa del empleador, la cual desde luego no se encuentra desvirtuada en el plenario, pues como quedó visto en el análisis realizado se concluye que COMERCIALIZADORA EL MADRUGON LTDA no cumplió con la carga procesal de demostrar que actuó con diligencia y precaución para resguardar la salud y la integridad del trabajador en el sitio donde aconteció el siniestro, por lo que la empresa no acató las obligaciones generales de protección y seguridad para con sus subordinados que consagra el artículo 56 del CST y las obligaciones especiales indicadas en el artículo 57 ibidem, numerales 1° y 2°, lo que significa, que la empleadora no acreditó que haya tenido una conducta que la eximiera de responsabilidad, en cuanto a haber desplegado todas las gestiones necesarias para prevenir este tipo de accidentes, que lejos está de ser un caso fortuito, imprevisible o en el que hay mediado la culpa exclusiva del trabajador.

Sin que para ello tenga incidencia alguna la concurrencia de culpas que eventualmente se haya generado, pues tal como tiene decantado de antaño la

Sala de Casación Laboral, *«los actos inseguros o imprudentes a lo que ya se ha hecho mención pudo cometer el trabajador, no exime al empleador de su culpa ni tampoco conduce a que se disminuya la indemnización plena de perjuicios»*, tal como se precisó en la sentencia CSJ SL1900-2021, donde se recordó lo dicho en la sentencia CSJ SL4277-2020, que reiteró la CSJ SL2335-2020, en los siguientes términos:

> *«La concurrencia de culpas de empresa y trabajador no exime de responsabilidad a la empresa. Solo la exime la culpa exclusiva de la víctima. Así lo tiene asentado la jurisprudencia laboral, verbigracia en la sentencia CSJ SL 2335 de 2020, como sigue:*
>
> *Pues bien, esta Corporación desde la sentencia CSJ SL, del 15 de nov. 2001, rad. 15755, en relación a esta precisa temática, adoctrinó que la indemnización plena y ordinaria de perjuicios consagrada en el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo, es una regulación autónoma de la responsabilidad patronal, por la cual no resulta operante el concurso de culpas previsto en el citado artículo 2357 del Código Civil, según lo explicado así:*
>
> *[….] Considera la Sala que en principio el artículo 216 del C.S.T. radica exclusivamente en cabeza del culpable la indemnización <total> y ordinaria de perjuicios, sin que prevea una reducción de la misma por una eventual concurrencia de culpa de la víctima. Si el deseo del legislador fuera permitir tal aminoramiento, bastaría con que así lo hubiese previsto de manera expresa o simplemente ordenado remitirse a las normas del código civil que gobiernan la materia en esa especialidad. Pero tan no fue esa la voluntad del legislador, que reguló el tema de modo autónomo, en el propio código sustantivo del trabajo, haciendo énfasis en que el empleador responsable debe responder por la totalidad de los daños y es apenas elemental que este diáfano concepto excluye lo meramente parcial o lo incompleto.*
>
> *Además, lo anterior tiene plena concordancia con lo prescrito respecto de la responsabilidad objetiva en la que la ley se encarga de tarifar de antemano las consecuencias o efectos sin que tenga el trabajador que demostrar culpa alguna. En cambio, en el sistema del artículo 216 en comento, la carga probatoria de la culpa y de los perjuicios sufridos le incumbe exclusivamente al afectado.*
>
> *No está por demás decir que constitucional y legalmente existe protección especial para el trabajo humano y los derechos de los trabajadores consagrados en la legislación laboral son derechos mínimos, razón adicional que pone de manifiesto la improcedencia de aplicar analógicamente en esta materia las normas civiles que tienen un fundamento y una finalidad distinta, especialmente en temas como el presente en que se trata de una culpa patronal que originó el deceso del trabajador demandante.*
>
> *En providencia CSJ SL, del 10 de mar. 2004, rad. 21498, la Corte precisó el anterior criterio, para señalar que no hay responsabilidad del empleador de conformidad con lo regulado en el artículo 216 del Código Sustantivo de Trabajo, cuando el accidente de trabajo haya ocurrido por culpa atribuible exclusivamente al trabajador accidentado, pero no cuando en tal infortunio concurra la culpa de los dos sujetos de la relación de trabajo, dado que no es posible que la responsabilidad laboral del empleador desaparezca por la compensación de las faltas cometidas por las partes.*
>
> *[…]*

> *De lo citado se concluye que no se presentará la responsabilidad del empleador de que trata el señalado artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo cuando el accidente de trabajo haya ocurrido por culpa atribuible exclusivamente al trabajador,* ***pero no cuando en tal insuceso concurra la culpa de los dos sujetos de la relación de trabajo****. (Negrillas del texto original).*

En ese sentido, no puede salir avante la tesis de la recurrente y por tanto se confirmará la decisión de primer grado en ese aparte, advirtiéndose los valores a los que fue condenada la encartada no fueron objeto de apelación y por ende ningún estudio se hará al respecto.

COSTAS en esta instancia a cargo de la demandada.

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

RESUELVE

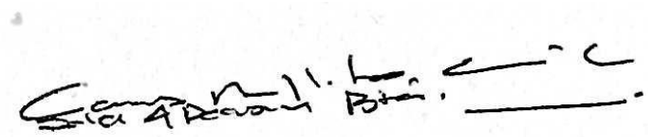
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, de conformidad con las motivaciones precedentes.

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

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

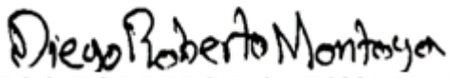


CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

AGENCIAS EN DERECHO: Se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de $2.400.000 a favor de los demandantes divido en igual valor entre los mismos ($1.200.000 para cada uno), la cual deberá ser incluida en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL

BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL.

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR ROSA MYRIAM CASTRO BELTRÁN CONTRA EDGAR GÓNZALEZ TORRES como propietario del establecimiento de comercio CERRAJERÍA GONZÁLEZ DISTRIBUIDORES (RAD. 10 2019 00502 01)

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

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

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación promovido por la parte demandante, contra la sentencia proferida por el Juez Cuarenta (40[1]) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 2 de noviembre del 2022 (*Audio archivo 26, récord: 1:35:40*), en la que se resolvió:

> *"**PRIMERO. - DECLARAR** que entre la señora **ROSA MYRIAM CASTRO BELTRÁN**, en su calidad de trabajador y el señor **EDGAR GONZÁLEZ TORRES** en calidad de empleador, ha existido dos vínculos con carácter laboral, mediante la celebración de contratos de trabajo en los siguientes periodos. El primero de ellos, el del 5 de mayo 2006 al 25 de abril del año 2014, y el segundo del 15 de febrero de 2018 hasta la fecha inclusive, tal y como se señala en esta decisión.*
>
> ***SEGUNDO. -** Como consecuencia de lo anterior, **DECLARAR** probada la excepción de inexistencia de una única relación laboral y probada parcialmente la excepción de prescripción, y no probadas las demás excepciones formuladas por la parte demandada, tal y como se indicó en este proveído.*
>
> ***TERCERO. - CONDENAR** al demandado **EDGAR GONZÁLEZ TORRES** a pagar en favor de la demandante **ROSA MYRIAM CASTRO BELTRÁN** los siguientes conceptos y sumas de dinero:*

[1] El expediente fue remitido a ese despacho en virtud de lo dispuesto en el numeral 1° del artículo 9 del Acuerdo PCSJA20-11650 del 28 de octubre de 2020 (ver auto 27 de enero del 2021, pág. 64 Archivo 01 expediente digital)

a. Por conceptos de cesantías la suma de $763.186 pesos con 52 centavos
b. Intereses a las cesantías, la suma de $80.388 pesos con 98 centavos.
c. Prima de servicios, la suma de $1'359.874 pesos con 50 centavos.

***CUARTO. - CONDENAR** al demandado **EDGAR GONZÁLEZ TORRES,** como propietario del establecimiento de comercio denominado Cerrajería González Distribuidores, a pagar en favor de la demandante, **ROSA MYRIAM CASTRO BELTRÁN**, la sanción por la no consignación del auxilio de cesantías, causadas en el año 2018, tal y como se indicó en esta decisión, en la suma de $9'374.904.*

***QUINTO. - CONDENAR** al aquí demandado, a pagar en favor de la demandante **ROSA MYRIAM CASTRO BELTRÁN,** la indexación causada respecto a las sumas reconocidas en el numeral tercero que anteceden esta decisión, es decir, lo que tiene que ver con las cesantías, intereses a las cesantías y prima de servicios, conforme quedo expuesto en esta motiva.*

***SEXTO. - ABSOLVER** al demandado de las demás pretensiones incoadas en su contra.*

***SÉPTIMO. - CONDENAR** en costas a la parte demandada, rebajadas en un 50% de las causadas, señalando como agencias en derecho en favor de la parte demandante, el equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente."*

Inconforme con la decisión, la apoderada de la parte demandante interpone recurso de apelación únicamente frente a la declaratoria de la excepción de prescripción respecto del vinculo laboral desarrollado del 2006 al 2014, indicando los valores debidos no pueden entenderse como cobijados con el acuerdo de pago realizado en el 2018, pues ello fue posterior a ese contrato y además considera la suma de $15.000.000 resulta irrisoria a comparación con lo que se adeuda, precisando el citado acuerdo de pago lo que hizo fue revivir las obligaciones adeudadas. (*Audio archivo 26, récord: 1:38:34*[2])

[2] **APODERADA PARTE DEMANDANTE:** De la manera más atenta, me permito interponer recurso de apelación en contra de la (sic) el numeral en contra de la decisión que decreta la prescripción de las obligaciones a partir del año 2006 al 2014, basados en lo siguiente, cómo se puede apreciar el acuerdo suscrito entre las partes se dio ~~el 18 de~~ (sic) el 16 de agosto del 2018, ~~el dieci~~ (sic) el contrato suscrito, que aparece en el plenario, tiene una fecha de, es por un tiempo de 10 meses, contado ~~del 12 del dos de~~ (sic) del 15 de febrero del 2018 ~~hasta el 02~~ (sic), ~~hasta el 14 de febrero del 2010 de Ah, perdón~~ (sic), hasta el 14 de diciembre del 2018.

Si revisamos el acuerdo de pago, el acuerdo de pago se suscribió el 16 de agosto del 2018, por lo tanto, el acuerdo no se puede hacer ~~valer~~ (sic) valedero, como sustento de los pagos o prestaciones sociales dentro de la relación contractual, mediante el contrato de trabajo a término fijo, por cuanto éste ~~al~~ (sic), a la fecha de suscrito el acuerdo, no se había finiquitado, porque terminaba ~~en el año 12, perdón~~ (sic), el 14 de febrero del 2018.

El hecho de que el acuerdo de pago se haya suscrito, prácticamente revivió ~~la~~ (sic), las obligaciones en cuanto al tema de que, en el mismo documento, dice que quiere sanear ~~o subsanar~~ (sic) o subsanar cualquier tipo de obligación que haya ~~sobrevivi~~ (sic) sobrevenido por los servicios prestados, también ~~te~~ (sic) tenemos observar que la suma de los 15 millones y si revisamos todo lo que conlleva las prestaciones sociales, ~~las indem en~~ (sic) las indemnizaciones por el no pago, pues la suma es (sic), es irrisoria, en comparación, a sí se liquida de conformidad con los años ~~que~~ (sic), en que laboró ~~mi apo~~ (sic), mi poderdante. Por esa razón, entonces presentó el recurso de apelación, en cuanto a la decisión de la prescripción de las obligaciones desde el año 2006 al 2014, ~~eh,eh~~ (sic), recurso que sustentaré, en el momento oportuno ~~ante el, ante el ,~~ (sic) ante el tribunal competente, para esta decisión.

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 relacionadas a folios 17 y 18 (Archivo 01 expediente digital), las cuales encuentran fundamento en los hechos consignados a folios 18 a 21 (ibidem), solicitando se declare se encuentra vigente un contrato de trabajo a término indefinido de manera verbal desde el 5 de mayo del 2006, en consecuencia se condene a la consignación de las cesantías desde esa data y hasta el 2018, al igual que los intereses a las cesantías, vacaciones, primas de servicio, sanción moratoria, sanción por no consignación de las cesantías, aportes a pensión, salud, caja de compensación familiar y ARL, desde el 5 de mayo del 2006, indexación de las sumas adeudadas, derechos *ultra y extra petita,* costas y gastos del proceso. **Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus aspiraciones**, por cuanto se declaró la existencia de dos contratos de trabajo, el primero del 5 de mayo del 2006 al 25 de abril del 2014 y el segundo el 15 de febrero del 2018 vigente a la fecha de la sentencia, condenando únicamente al pago de las cesantías e interés, prima de servicios y sanción por no consignación de las cesantías del año 2018.

A tal determinación arribó, luego de establecer que con el material probatorio aportado a los autos no se podía establecer la unidad contractual solicitada en el libelo desde el 5 de mayo del 2006, pues con posterioridad al 26 de abril del 2014 no se acreditó la prestación personal del servicio a favor del accionado, encontrando por ende la existencia de dos relaciones laborales, señalando respecto de la primera -5 de mayo del 2006 al 25 de abril del 2014- que los derechos laborales se encontraban prescritos por cuanto tan solo elevó reclamación de sus acreencias con una solicitud de conciliación el día 29 de mayo del 2019, cuando ya había transcurrido el termino trienal para su reclamo desde la finalización del contrato de trabajo, expresando frente a los aportes a pensión los cuales son imprescriptible, el demandando se comprometió en audiencia de conciliación a cancelar el respectivo calculo actuarial, manifestando que en todo caso con el acuerdo de pago suscrito en el año 2018 se cubrieron esas eventuales deudas reclamadas por ese contrato de trabajo. Frente a la segunda relación laboral adujo que tan solo a la fecha de interposición de la demanda se debían, las

cesantías, interés y prima de servicios del año 2018 junto con la indemnización por no consignación de las cesantías.

En este orden de ideas, sea lo primero señalar, no es motivo de discusión en esta instancia que entre la demandante y el señor EDGAR GÓNZALEZ TORRES como propietario del establecimiento de comercio CERRAJERÍA GONZÁLEZ DISTRIBUIDORES existieron dos contratos de trabajo desarrollados del del 5 de mayo 2006 al 25 de abril del año 2014, y el segundo del 15 de febrero de 2018 vigente para la fecha de la sentencia de primer grado (02/11/2022), conclusiones a las que arribó el juzgador de primer grado frente a las cuales no se formuló reparo alguno por las partes y así fue aceptado por el demandado en su contestación (ver rta hecho 1° pág. 27 Archivo 1 expediente digital)

En ese orden, se abordará el estudio del recurso de apelación interpuesto, en el punto concreto objeto de censura, atendiendo el principio de consonancia (artículo 66A del C.P.T. y de la S.S.), pues recuérdese que es el apelante quien delimita el ámbito sobre el cual ha de recaer la decisión de segunda instancia (tantum devolutum quantum apellatum).

Así pues, en lo que toca a la excepción de prescripción formulada oportunamente por el demandado (pág. 34 Archivo 1 expediente digital)[3], sea del caso indicar, al tenor de lo previsto en los artículos 488 del C.S.T y 151 del C.P.T., las acciones emanadas de las leyes sociales prescribirán en tres (3) años, que se contabilizaran desde que la obligación se haya hecho exigible.

De esta manera y teniendo en cuenta que la parte actora no se encuentra de acuerdo con la declaratoria de la excepción de prescripción del contrato de trabajo que tuvo como extremos del **5 de mayo del 2006 al 25 de abril del 2014**, ha de precisarse a la apelante para el pago de las acreencias solicitadas (cesantías, intereses, vacaciones, primas de servicio, sanción por no consignación de cesantías) se debe tener en cuenta que tales conceptos prescriben de manera independiente dependiendo su exigibilidad.

Así por ejemplo las *CESANTIAS* se causan y se hacen exigibles a la finalización del contrato, esto es 25 de abril del 2014 por lo que contaba hasta el 25 de abril del 2017 para su reclamo.

[3] Se tuvo por contestada la demanda en auto del 3 de diciembre del 2020 (Archivo 2 expediente digital).

Los *INTERESES A LAS CESANTÍAS* se hacen exigibles el 31 de enero del año siguiente a aquel en que se causa la cesantía, momento en que deben pagarse al trabajador directamente según lo previsto en la Ley 52 de 1975, por lo que, a partir de ese momento comienza a correr el término de tres años para reclamarlos, según las disposiciones antes mencionadas. Así lo ha considerado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en las sentencias con radicación 35640 del 21 de febrero de 2012 y 69303 del 5 de octubre de 2021 (SL4681).

Respecto a las *PRIMAS DE SERVICIOS*, estas se hacen exigibles al 01 de julio y 21 de diciembre de cada anualidad (Art. 306 C.S.T.), de modo que desde allí se debe empezar a contar el término prescriptivo.

Y frente a la *COMPENSACIÓN DE VACACIONES* en dinero, precisa la Sala, son exigibles un año después de que se causen, ya que el empleador tiene un año para concederlas, entonces es a partir de esa fecha en la que se corre el tiempo de la prescripción. Así lo ha definido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia CSJ SL467-2019[4].

---

[4] ***« 1. La prescripción de las vacaciones compensadas***

Hay que tener de presente que por regla general el término de prescripción de los derechos laborales es de tres años contados desde su exigibilidad, a menos que existan normas especiales que establezcan un lapso prescriptivo distinto. Al respecto, el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo señala:

ARTICULO 488. REGLA GENERAL. Las acciones correspondientes a los derechos regulados en este código prescriben en tres (3) años, que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, salvo en los casos de prescripciones especiales establecidas en el Código Procesal del Trabajo o en el presente estatuto.

En materia de vacaciones, al no existir regla especial, la prescripción se rige por la regla general de 3 años, contados a partir de la exigibilidad de este derecho.

Ahora bien, de acuerdo con el artículo 187 del Código Sustantivo del Trabajo, una vez causadas las vacaciones, corre un periodo de gracia de un año durante el cual el empleador debe señalar su época de disfrute «de oficio o a petición del trabajador»; lo que significa que al finalizar dicho lapso el derecho es exigible. Por ejemplo, frente a un trabajador que ingresa a laborar el 2 de mayo de 2019 y cumple el año de servicios el 1.° de mayo de 2020, el empleador tiene desde el 2 de mayo de 2020 hasta el 1.° de mayo de 2021 para programar la fecha del descanso, si no lo hace, el trabajador puede exigirlas desde el 2 de mayo de 2021 hasta el 1.° de mayo de 2024.

Paralelamente, ha de enseñar la Sala que la compensación judicial en dinero de las vacaciones no revive periodos vacacionales prescritos, como lo entendió el Tribunal, al ordenar la compensación de todas las vacaciones exigibles en vigencia del contrato de trabajo, sin tener en cuenta el fenómeno extintivo de las obligaciones. En rigor, las únicas exigibles a la terminación del contrato de trabajo son las vacaciones proporcionales (art. 1.° L. 995/2005), pues las causadas y exigibles durante su vigencia prescriben paulatinamente conforme a lo explicado en el párrafo anterior.

De acuerdo con lo expuesto, precisa la Corte que la compensación en dinero de las vacaciones no impide aplicar el fenómeno de la prescripción frente a las vacaciones exigibles en desarrollo del contrato de trabajo, pues según las reglas generales de los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código

Bajo tal orientación, en el examine, las citadas acreencias como se puede ver se encuentran afectadas por el fenómeno prescriptivo pues desde la exigibilidad de cada uno de ellas transcurrieron más de 3 años para su reclamo así:

	FECHA CAUSACIÓN	***FECHA EXIGIBILIDAD***	***FECHA PRESCRIPCIÓN***	***RECLAMACION CON LA INTERPOSICION DE LA DEMANDA***
CESANTIAS	2006 a 2014	25/04/2014	25/04/2017	22/07/2019
INTERESES	2006	31/01/2007	31/01/2010	22/07/2019
	2007	31/01/2008	31/01/2011	22/07/2019
	2008	31/01/2009	31/01/2012	22/07/2019
	2009	31/01/2010	31/01/2013	22/07/2019
	2010	31/01/2011	31/01/2014	22/07/2019
	2011	31/01/2012	31/01/2015	22/07/2019
	2012	31/01/2013	31/01/2016	22/07/2019
	2013	31/01/2014	31/01/2017	22/07/2019
	2014	31/01/2015	31/01/2018	22/07/2019
PRIMAS DE SERVICIOS	2006	junio y diciembre 2006	julio y diciembre del 2009	22/07/2019
	2007	junio y diciembre 2007	julio y diciembre del 2010	22/07/2019
	2008	junio y diciembre 2008	julio y diciembre del 2011	22/07/2019
	2009	junio y diciembre 2009	julio y diciembre del 2012	22/07/2019
	2010	junio y diciembre 2010	julio y diciembre del 2013	22/07/2019
	2011	junio y diciembre 2011	julio y diciembre del 2014	22/07/2019
	2012	junio y diciembre 2012	julio y diciembre del 2015	22/07/2019
	2013	junio y diciembre 2013	julio y diciembre del 2016	22/07/2019
	2014	junio y diciembre 2014	julio y diciembre del 2017	22/07/2019
COMPENSACION VACACIONES	2006	5/05/2007	5/05/2010	22/07/2019
	2007	5/05/2008	5/05/2011	22/07/2019
	2008	5/05/2009	5/05/2012	22/07/2019
	2009	5/05/2010	5/05/2013	22/07/2019
	2010	5/05/2011	5/05/2014	22/07/2019
	2011	5/05/2012	5/05/2015	22/07/2019
	2012	5/05/2013	5/05/2016	22/07/2019
	2013	5/05/2014	5/05/2017	22/07/2019
	2014	5/05/2015	5/05/2018	22/07/2019

Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, los derechos laborales «prescriben en tres (3) años, que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible».

Desde este ángulo, el ataque a la sentencia es acertado, como quiera que el Tribunal al entender que las vacaciones compensadas son exigibles a la terminación del contrato y, por tanto, susceptibles de ser reclamadas dentro de los tres años siguientes, se abstuvo de aplicar la prescripción de las vacaciones exigibles en desarrollo del nexo laboral.».

Y en lo atinente a la *INDEMNIZACIÓN POR NO CONSIGNACIÓN DE CESANTÍAS* (artículo 99 de la Ley 50 de 1990), debe precisarse la exigibilidad se da a partir del vencimiento del plazo otorgado al empleador, para depositar en cada anualidad esa prestación, esto es, desde el 15 de febrero del año siguiente al que corresponda el auxilio causado, conforme lo establece la misma disposición normativa en cita.

En esa medida, la omisión de la consignación de ese concepto, en la mencionada fecha, implica que, a partir del día siguiente se cause la sanción moratoria y así lo tiene decantado la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral como por ejemplo en la sentencia CSJ SL, 1° feb. 2011, rad. 35630[5], las cuales también en el presente asunto se encuentran prescritas.

	FECHA CAUSACIÓN	***FECHA EXIGIBILIDAD***	***FECHA PRESCRIPCIÓN***	***RECLAMACION CON LA INTERPOSICION DE LA DEMANDA***
INDEMNIZACION POR NO CONSIGNACIÓN DE CESANTIAS	2006	15/02/2007	15/02/2010	22/07/2019
	2007	15/02/2008	15/02/2011	22/07/2019
	2008	15/02/2009	15/02/2012	22/07/2019
	2009	15/02/2010	15/02/2013	22/07/2019
	2010	15/02/2011	15/02/2014	22/07/2019
	2011	15/02/2012	15/02/2015	22/07/2019
	2012	15/02/2013	15/02/2016	22/07/2019
	2013	15/02/2014	15/02/2017	22/07/2019
	2014	No se causó la indemnización por cuanto el contrato de trabajo terminó el 25 de abril del 2014 y por ende no había lugar a la consignación del auxilio de cesantías		

[5] *El auxilio de cesantía regulado por el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, contiene diversas situaciones. Una de ellas es su liquidación a 31 de diciembre de cada año, cuyo valor debe ser consignado antes del 15 de febrero del año siguiente en el correspondiente fondo, cuya omisión implicará para el empleador el pago de un día de salario por cada día de retardo (art. 99-3). Otra ocurre a la terminación de la relación laboral, cuando existiendo saldos de cesantías a favor del trabajador, el empleador debe pagarlos directamente al trabajador con los intereses legales causados.*

La sanción moratoria del artículo 99-3 de la Ley 50 de 1990, surge a la vida jurídica el 15 de febrero de cada anualidad, pues es antes de ese día que el empleador debe consignar el valor liquidado del auxilio de cesantía. Entonces, si el empleador no consigna en la fecha señalada, dicha sanción moratoria empieza su vigencia desde entonces, es decir, se hace exigible. Y si ya se tiene la fecha de exigibilidad, la prescripción de la misma está regulada por los artículos 488 del C. S. del T. y 151 del C. P. del T. y de la S.S.

Ahora, si a la terminación del contrato de trabajo, el empleador no ha cumplido con su deber de consignar dentro de los términos de ley, surge otra obligación a su cargo, cual es la de pagar directamente al trabajador esa prestación. Pero desde este momento, conforme lo tiene adoctrinado la jurisprudencia de la Corte, la omisión de dicho pago directo acarrea para el empleador la sanción moratoria prevista en el artículo 65 del C. S. del T., de manera que ésta reemplaza la causada por la falta de consignación, es decir, que la sanción moratoria por la no consignación del auxilio de cesantía, corre hasta la terminación del contrato, momento en el cual el empleador debe pagar, no solo los saldos adeudados, sino el causado en la respectiva anualidad en la que finaliza el vínculo contractual laboral

En los términos analizados, como bien lo concluyo el Juez de primer grado no había lugar a imponer condena a cargo demandado llamado a juicio en punto al contrato de trabajo que se dio del 5 de mayo del 2006 al 25 de abril del 2014, por cuanto como ya se mencionó las citadas acreencias se encuentran prescritas teniendo en cuenta que la única reclamación que existe dentro de este proceso es la interposición de la demanda que se dio solo hasta el 22 de julio del 2019 (Acta reparto pág. 24 Archivo 1 expediente digital).

Téngase en cuenta si bien obra una constancia de no comparecencia a una audiencia de conciliación ante el Ministerio de Trabajo (pág. 2 Archivo 1 expediente digital) la misma no se puede tener en cuenta para efectos de interrumpir la prescripción por las siguientes razones:

1. No obra prueba de que en efecto dicha citación haya sido entregada al demandado.

2. No se indican las acreencias laborales sobre las cuales se cita a conciliación ni los periodos -extremo inicial y final-, pues de manera general se anota "*liquidación de prestaciones sociales e indemnización moratoria"*

3. Tiene fecha del 21 de mayo del 2019, esto es, también sobrepasa los 3 años para la exigibilidad de las citadas pretensiones.

Ahora y en relación con el documento denominado "*Acuerdo de pago por servicios prestados"* (pág. 9 Archivo 1 expediente digital) al que hace alusión la parte demandante en su apelación, baste con señalar el mismo en manera alguna puede servir como base para revivir términos como se sugiere en la alzada, dado que allí se está entregando es una suma de dinero de manera general -$15.000.000- y hace alusión es a que "*el valor anteriormente acordado se define para subsanar cualquier tipo de obligación que haya sobrevenido por los servicios prestados, este documento limita cualquier tipo de reclamación a futuro…con este acuerdo se da por terminada cualquier relación existente de servicios",* sin que se pueda entender como una reclamación con virtud de interrumpir el fenómeno extintivo, además de lo anterior si no se encontraba de acuerdo la accionante con esa suma de dinero frente a la que aduce "*es irrisoria"* debió en principio el solicitar su nulidad, lo cual no se dio en caso de autos.

Bogotá, 16 de agosto de 2018

Asunto: Acuerdo de pago por servicios prestados.

Yo EDGAR GONZALEZ TORRES identificado con cedula 19.461.411 de Bogotá, hemos acordado la siguiente forma de pago por un valor de QUINCE MILLONES DE PESOS MCTE ($15.000.000) así:

1. Para el día 20 de agosto del año 2018 se le pagara a la señora ROSA MYRIAM BELTRAN CASTRO identificada con cedula 52.162.002 de Bogotá, el valor de UN MILLON DOSCIENTOS MIL PESOS MCTE ($1.200.000).

2. Para los 20 días de cada mes, a partir del 20 de septiembre del 2018, hasta el 20 de enero del 2019, se le pagara a la señora ROSA MYRIAM BELTRAN CASTRO identificada con cedula 52.162.002 de Bogotá, el valor de QUINIENTOS MIL PESOS MCTE ($500.000) mensuales.

3. A partir del 20 de Febrero hasta el 20 de diciembre del año 2019 se le pagara a la señora ROSA MYRIAM BELTRAN CASTRO identificada con cedula 52.162.002 de Bogotá, la suma de UN MILLON DE PESOS MCTE ($1.000.000) mensual. Y, el 20 de enero del año 2020 se le pagara la suma de TRESCIENTOS MIL PESOS MCTE ($300.000), finalizando así, el valor acordado de pago.

El acuerdo de pago mencionado anteriormente se debe efectuar en las fechas pactadas, consignando al siguiente número de cuenta:

Banco Caja Social / Cuenta de Ahorros # **24046454236.**

El valor anteriormente acordado se define para subsanar cualquier tipo de obligación que haya sobrevenido por los servicios prestados, este documento limita cualquier tipo de reclamación a futuro por parte de la señora ROSA MYRIAM BELTRAN CASTRO identificada con cedula 52.162.002 de Bogotá, con este acuerdo se da por terminada cualquier relación existente de servicios.

Los demás compromisos contractuales existentes a la fecha se mantendrán en las mismas condiciones.

El presente documento se firma a los dieciséis (16) días del mes de agosto del año 2018.

EDGAR GONZALEZ TORRES
CC 19.461.411 de Bogotá
EL EMPLEADOR

ROSA MYRIAM BELTRAN CASTRO
CC 52.162.002 de Bogotá
EL EMPLEADO

ANA PAOLA GONZALEZ A.
CC 1.022.418.632 de Bogotá
TESTIGO

KAROL STEFANY GARCIA BELTRAN
CC 1.031.179.184 de Bogotá
TESTIGO

De esta manera se agota la competencia de la Sala, por el estudio de los argumentos expuestos por la recurrente en la alzada, procediendo entonces a la confirmación de la sentencia de primer grado conforme a las consideraciones atrás expuestas.

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juez 40 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de conformidad con las motivaciones que preceden.

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

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

AGENCIAS EN DERECHO: Se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de $1.200.000, 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 GERMÁN ALONSO PEREA MEJIA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y PORVENIR S.A. (RAD. 10 2020 00485 01).

Bogotá D.C. treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

AUTO

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

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

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

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia proferida por la Juez 10º Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 29 de marzo de 2023 *(Exp. Digital: audio archivo 24, récord: 02:01:14),* en la que se resolvió:

> *"**PRIMERO: DECLARAR** probada la excepción de cobro de lo no debido por causa de la obligación propuesta por AFP PORVENIR S.A. y la de COLPENSIONES denominada Inexistencia del derecho y de la obligación y en*

consecuencia ABSOLVERLA de todas y cada una de las pretensiones incoadas por el demandante señor GERMAN ALFONSO PEREA MEJIA, conforme a lo expuesto en la parte motiva.

***SEGUNDO: CONDENAR** en costas de esta instancia a la parte demandante y a favor de Colpensiones y Porvenir S.A. Por secretaría practíquese la liquidación de costas e inclúyase como agencias en derecho a cargo de GERMAN ALFONSO PEREA MEJIA la suma de $ 250.000 a favor de cada una de las demandadas.*

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

Inconforme con la decisión la apoderada del demandante formuló recurso de apelación[1] exponiendo, no está configurado con precisión la prueba de confesión ficta que quiere hacer valer los demandados por cuanto no se especifica en concreto los hechos susceptibles de confesión y por cuanto no se agregaron elementos ni evidencias que pudieran demostrar que los demandados hubieran brindado una información completa, clara y suficiente y verás al demandante con respecto a las reales implicaciones que le conllevaría a dejar el régimen de Prima Media. Agregó, dentro de la audiencia de primera instancia se pudo evidenciar que los demandados no brindaron una asesoría completa e integrada, suficiente y clara, así como no informaron sobre beneficios y las desventajas de una manera concreta y amplia que

[1] ***Demandante, récord 02:02:46:** "Siendo la oportunidad procesal me permito interponer recurso de apelación en los siguientes términos, el juez de conocimiento resuelve absolver de la totalidad de las pretensiones incoadas por cuanto el accionante fue declarado confeso en los hechos susceptibles de confesión consignados en el escrito de contestación de la demanda por parte de los demandados. Lo cual para esta apoderada me aparto de ese pronunciamiento por cuanto no está configurado con precisión la prueba de confesión ficta que quiere hacer valer los demandados por cuanto no se especifica en concreto los hechos susceptibles de confesión, por cuanto no se agregaron elementos ni evidencias que pudieran demostrar que los demandados hubieran brindado una información completa, clara y suficiente y verás del demandante con respecto a las reales implicaciones que le conllevaría a dejar el régimen. De igual forma, dentro de la audiencia de primera instancia, vemos lo que los demandados no brindaron una asesoría completa e integrada, suficiente y clara. Así como los beneficios y las desventajas de una manera concreta y amplia que tendría el demandante de área de RPM, además de no demostrar que en el transcurso del tiempo se realizaron asesorías al actor que garantizaría mejores beneficios para el afiliado en el momento de solicitar su pensión de vejez, por lo cual honorables magistrados y siguiendo la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, es claro que los fondos privados tienen el deber de proporcionar a sus afiliados o interesados una clara información veraz y completa, la cual incluye las ventajas claramente, pero también incluye las desventajas que conllevaría el traslado mediante la inversión de la carga, entonces, es el fondo quien debe demostrar que realmente se brindó una asesoría a mi poderdante, situación que no se probó y quedó demostrado dentro de la audiencia de primera instancia, sentencia contraria en su totalidad a la línea jurisprudencial establecida y a los innumerables pronunciamientos de la honorable Corte Suprema de Justicia, la cual va en la misma línea que las pretensiones de la presente demanda. Por tal motivo, honorable magistrado solicitó respetuosamente sea revocada la sentencia de primera instancia y se reconozca la ineficacia del traslado favor de mi poderdante muchas gracias".*

tendría el demandante en el RPM, además de no demostrar que en el transcurso del tiempo se realizaron asesorías al actor que garantizaría mejores beneficios para el afiliado en el momento de solicitar su pensión de vejez, siendo claro que los fondos privados tienen el deber de proporcionar a sus afiliados o interesados una clara información veraz y completa, la cual incluye las ventajas y desventajas que conllevaría el traslado mediante la inversión de la carga, entonces, es el fondo quien debe demostrar que realmente se brindó una asesoría al actor, situación que no se probó y quedó demostrado. Añadió, la sentencia contraria en su totalidad la línea jurisprudencial establecida y los innumerables pronunciamientos de la honorable Corte Suprema de Justicia, la cual va en la misma línea que las pretensiones de la presente demanda.

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda (*Páginas 1 y 2, del archivo 1 expediente digital),* las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (*Página 1, ibidem),* aspirando de manera principal se declare:

PRETENSIONES

Declarativa

Que se **DECLARE** la INEFICACIA del traslado en pensiones del régimen de prima media con prestación definida hoy a cargo de COLPENSIONES, hacia **PORVENIR** declarando que siempre ha estado válidamente afiliado a COLPENSIONES sin solución de continuidad.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones, se profieran las siguientes condenas:

De condena

Primera: Que se CONDENE a **PORVENIR,** a devolver al RPMPD todos los valores que hubiere recibido por motivo de afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas de las aseguradoras, con todos sus frutos como; rendimientos financieros, intereses y gastos administrativos.

Segundo: Que se CONDENE a COLPENSIONES, a validar los aportes en pensiones, trasladados por **PORVENIR.**, y a incorporarlos a la historia laboral en pensiones del asegurado.

Tercero: Que se CONDENE a COLPENSIONES, a reconocer la pensión de vejez debidamente indexada desde el 5 de octubre de 2018.

Tercero: Que se CONDENE en costas y agencias en derecho a las entidades demandadas.

Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró probada la excepción de cobro de lo no debido por causa de la obligación propuesta por AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, denominada Inexistencia del derecho y de la obligación, en consecuencia, se absolvió a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones incoadas por el demandante señor GERMAN ALFONSO PEREA MEJIA y se condenó en costas en la suma de $250.000. **Lo anterior,** tras considerar que en el formulario de traslado se expresó que el mismo se hizo de manera voluntaria, que los datos son reales y que el actor fue informado de las implicaciones del traslado, documento que fue suscrito por el actor. Arguyó la Juez, en el formulario se hizo claridad sobre las implicaciones del traslado de régimen, que si bien la jurisprudencia ha dicho que este documento no es óbice para acreditar la información brindada, indicó que en el interrogatorio de parte absuelto por el actor, éste aceptó frente a las circunstancias de tiempo, modo y lugar que inicialmente, se realizó una reunión en la empresa, a la cual él no asistió, luego, hubo una reunión con un asesor de manera individual y se le indicó que eran mejores las condiciones en el Fondo Privado, añadió, que el actor fue evasivo en las respuestas, según la juzgadora el demandante aceptó ser informado sobre la pensión anticipada, aportes voluntarios y beneficiarios que podrían acceder a los aportes en que caso de fallecimiento del afiliado.

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 2002[2].

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 05 de octubre de 1956 *(Página 7, Archivo 01 expediente digital)*, por lo que la edad de 62 años, la cumpliría el mismo día y mes del año 2018, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante PORVENIR el 11 de diciembre de 2020 y a la entidad COLPENSIONES el 07 de diciembre de 2020 *(Páginas 8 y 9 Archivo 01 expediente digital)*, esto es, cuando ya había cumplido la edad para adquirir el derecho pensional, y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1º de abril de 1994 -, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, había cotizado un total de 448,71 semanas (*Páginas 25 a 27, archivo 14*), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

SUBTOTALES

HISTORIA HASTA 31/03/1994						HISTORIA TOTAL					
LABORADOS		LICENCIAS / MORAS		SIMULTANEOS		LABORADOS		LICENCIAS / MORAS		SIMULTANEOS	
Días	Semanas	Días	Semanas	Días	Semanas	Días	Semanas	Días	Semanas	Días	Semanas
3315	473.57	0	0.00	174	24.86	5201	743.00	0	0.00	192	27.43

TOTALES : LABORADOS-LICENCIAS-SIMULTANEOS			TOTALES : LABORADOS-LICENCIAS-SIMULTANEOS		
DIAS:	3141	SEMANAS: 448.71	DIAS:	5009	SEMANAS: 715.57

El número de semanas se calculó con días calendario

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

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

Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el **29 de noviembre de 2002** con fecha de efectividad a partir del **01 de enero de 2003** *(Página 23 Archivo 14 expediente digital y pagina 65 Archivo 14)* por afiliación que hiciera a PORVENIR, específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP y en el formulario de afiliación suscrito con esa AFP.

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

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

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

> *«Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos del tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.*
>
> *Es evidente que cualquier determinación personal de la índole que aquí se discute**, es eficaz**, cuando existe un consentimiento informado; en materia de seguridad social, el juez no puede ignorar que por la trascendencia de los derechos pensionales, la información, en este caso, del traslado de régimen, debe ser de transparencia máxima*.
>
> *Para este tipo de asuntos, se repite, tales asertos no comprenden solo los beneficios que dispense el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.*

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

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

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

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

> *«(…)*
> *De modo que al no existir una norma explícita que regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico en la legislación civil, acudió al aludido precepto relativo a las consecuencias de la nulidad, el cual consagra las mismas consecuencias de aquella. Dicha disposición establece:*
>
> > *Artículo 1746. La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita (subrayas fuera de texto).*
> >
> > *En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.*
>
> ***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*

[3] *Al tema puede consultarse la sentencia SL2877 de 2020 y SL4875 de 2020*

vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia».

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

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

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

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

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

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

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

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

Si esto es claro, resulta equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia

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

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

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

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

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

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

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011[4], Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y en las sentencias SL

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(…)

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

(…).

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

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

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

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por el accionante[5] no acreditan de manera alguna que conociera las

[5] ***Interrogatorio al demandante, récord 18:17:*** *"Soy Piloto retirado, estoy dedicado a la administración de una Finca cerca de Villavicencio, En la empresa donde yo trabajaba llegaron asesores y hubo reuniones de todos los pilotos, yo o quise hacer el estrado porque esta con el ISS, no quise entrara en el grupo para pasar, al tiempo volvieron a asistirme y yo tenía unos tiempos que no aparecían, una persona dijo que me buscaba los tiempos y llego a los meses con toda la información, yo había pasado una petición incluso en esa época, el asesor llegó con los papeles y me dijo que había buscado la semana y me pasé, terminé firmando en Porvenir, por tiempos de trabajo uno no estaba en el Algar, entonces no estuve en la reunión con los asesores, la reunión con el asesor fue individual porque yo estaba o era el único pendiente de pasarme a Porvenir, el asesor me dijo que las opciones eran mejores en el Fondo Privado, me dijo el asesor que la pensión iba a ser mejor, no me dijeron de le edad del bono, si dijeron que tenía que cumplir semanas y edad, exactamente no me dijo nada más, le decían a uno que habían ventajas en los fondos privados, el asesor dijo que en términos económicos iba a ser mejor, que la pensión en un Fondo Privado iba a ser mejor que en Colpensiones, eso fue lo que dijo, que las condiciones eran mejores y que le firmara el formulario y como ya me había sacado la información de las semanas que y tenía pendiente tomé la decisión de firmarle, sobre rentabilidad no me hablaron, sobre*

implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que la reunión efectuada hace 22 años aproximadamente en la empresa donde laboraba, el asesor le exteriorizó como ventajas del fondo, que este era mucho mejor, aunado a que en ese fondo iba a obtener una pensión superior y con mayor respaldo financiero, no recordaba que le hubieren dicho que le iban a cobrar una administración, se le mencionó sobre aportes voluntarios, precisando que no le explicaron de forma clara las consecuencias del traslado en ese momento. En este punto, conviene acotar, contrario a lo expuesto por la a quo en la sentencia recurrida que ocupa a la Sala, no se evidenció en el interrogatorio de parte absuelto por el actor que hubiese conocido de antemano las consecuencias jurídicas del traslado, pues de manera general explicó que le hablaron de bono pensional, aportes voluntarios y rendimientos sin conocer a detalle cada concepto, no siendo lógico concluir que el señor GERMAN ALONSO PEREA MEJIA conocía las consecuencias de suscribir el formulario con destino a Porvenir, tal como lo advirtió de manera inequívoca la Juez de primer grado. Se puede observar de la declaración rendida que el actor contestó de manera general sin evadir respuesta alguna y de manera natural, no pudiéndose entonces dar por hecho que sí sabia en qué consistía el Régimen de Ahorro Individual.

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

A efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a

---

pensión anticipada me hablaron, dijeron que uno podía hacer aportes voluntarios, entiendo que era así, en la empresa privada uno piensa que existe mejores garantías, sobre el bono pensional dijeron que esos aportes se trasladarían por parte de Colpensiones al fondo donde estuviera, dijeron que si yo fallecía les darían a mis hijos pensión de sobrevivientes, sobre las condiciones no me acuerdo, sobre las modalidades de pensión no me hablaron, hice el traslado por lo que dije, el asesor me hizo el favor de buscar las semanas y por eso me pasé, le firmé el formulario, en mi extracto aparece como 1400 algo, quiero volver a Colpensiones porque hace uno 8 0 10 años estuve preguntando con cuánto me iba a pensionar y todos los años de trabajo he ganado más del mínimo y me pareció injusto cómo iba a salir con 1 smmlv., mi aspiración es más que eso, por referencias de amigos si han salido con mejor pensión en Colpensiones".

PORVENIR (*Página 65, Archivo 14 expediente digital),* este no constituye en manera alguna medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la AFP demandada (sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019) y, **en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus,* pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que se advierten ausentes en el plenario, mismos que no fueron atendidos por la a quo.**

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

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

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

> ***«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.° del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

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

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

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

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

Como se ve, ya para el año 2002 -2003, cuando se produjo el traslado del aquí demandante, la AFP PORVENIR estaba en la obligación de informar a su futuro afiliado sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, pero ello en el asunto no ocurrió o, por lo menos, no se acreditó.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR, omitió en el momento del traslado de régimen **(29 de noviembre de 2002, efectivo el 01 de enero de 2003),** el deber de información para con el promotor del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

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

En ese orden, la ineficacia del tránsito de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de PORVENIR del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos y gastos de administración, y la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, de tal manera se revocará la decisión de primer grado en este aspecto.

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

Asimismo, se deberán retornar los gastos de administración y el porcentaje dirigido a financiar las prestaciones por invalidez y sobrevivencia, las comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia[6], los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades[7], por el tiempo en que el demandante estuvo aparentemente afiliado a PORVENIR S.A., por virtud del restablecimiento de las cosas a su estado inicial, pues al declararse la ineficacia del traslado, resulta claro que dichos gastos, comisiones y deducciones quedan sin fundamento, pues lo que ocurre es que la situación de afiliación del actor vuelve a su estado inicial es decir es como si los mismos no se hubiesen generado, razón por la cual es procedente la remisión de la totalidad de los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual del demandante a Colpensiones (actual administradora del RPM), incluyendo las demás sumadas indicadas. Así fue consignado en sentencia de la CSJ Sala Laboral SL 2914 del 22 de julio del 2020, en la que cita la del 8 septiembre 2008, radicado 31989, donde se dijo:

> *«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.*
>
> *[…]*

[6] *Ver al respecto las sentencias SL4964-2018, SL1688-2019, SL2877-2020, SL4811-2020 y SL373-2021.*
[7] *Conforme lo señala la SL2209-2021 y SL2207-2021*

> *La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*
>
> *Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual,* ***ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.***
>
> *Las consecuencias de la nulidad no pueden ser extendidos a terceros, en este caso, a la administradora del régimen de prima media en el que se hallaba el actor antes de producirse la vinculación cuya nulidad se declara, de modo que no debe asumir por el sistema de pensiones sanciones derivadas de la mora en el pago íntegro del derecho pensional, obligaciones por las que sólo ha de responder a partir de cuándo le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada».*

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

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

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

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

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

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

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

> ***«Es cierto que dicho ajuste no hizo parte de las pretensiones de la demanda, pero también lo es que, pese a ello, su imposición oficiosa es perfectamente viable porque la indexación no comporta una condena adicional a la solicitada.***
>
> *En efecto, la indexación se erige como una garantía constitucional (art. 53 CP), que se materializa en el mantenimiento del poder adquisitivo constante de las pensiones, en relación con el índice de precios al consumidor certificado por el DANE. A su vez, el artículo 1626 del Código Civil preceptúa que «el pago efectivo es la prestación de lo que se debe», esto es, que la deuda debe cancelarse de manera total e íntegra a la luz de lo previsto en el artículo 1646 ibídem. De ahí que, si la AFP no paga oportunamente la prestación causada en favor del afiliado, pensionado o beneficiario, tiene la obligación de indexarla como único conducto para cumplir con los mencionados estándares de totalidad e integralidad del pago. Por tal motivo, es incompleto el pago realizado sin el referido ajuste cuando el transcurso del tiempo devaluó el valor del crédito.*
>
> *Ahora, la indexación no implica el incremento del valor de los créditos pensionales, ya que su función consiste únicamente en evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción del patrimonio de quien accede a la administración de justicia, causada por el transcurso del tiempo. Tampoco puede verse como parte de la mesada, puesto que no satisface necesidades sociales del pensionado, y menos como una sanción, ya que lejos de castigar al deudor, garantiza que los créditos pensionales no pierdan su valor real»* (Negrillas de la Sala).

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

> ***«7. Consecuencias de la declaración de ineficacia***
> *Por no estar acreditado que PROTECCIÓN S. A. hubiere consignado a COLPENSIONES, los aportes que la demandante tenía en su cuenta individual con*

> *sus rendimientos, incluyendo también los valores correspondientes a gastos de administración, los cuales según se expuso en las sentencias CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019, debe asumir con cargo a sus propios recursos,* ***se le ordenará la devolución de esos dineros, debidamente indexados,*** *junto con el valor del bono a COLPENSIONES y a favor del actor»*. (Negrillas y subrayas fuera de texto)

En lo que atañe a la excepción de prescripción interpuesta por COLPENSIONES[8], *(*Página 3 *«12ContestacionDeDemandaColpensiones.pdf»),* basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia CSJ SL-1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que, además, está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por Colpensiones, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

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.

En otro giro, dado que el actor solicitó el reconocimiento del derecho pensional, se procede a su estudio, advirtiendo, en virtud de la ineficacia del traslado, e iterando que el actor NO es beneficiario del régimen de transición, conforme se expuso desde el inicio de esta providencia, se advierte la prestación pensional del accionante en efecto deber ser estudiada con fundamento en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993[9], disposición que exige para el caso de los hombres haber alcanzado 62 años en tanto a partir del 1° de enero del 2014 la edad se incrementó, y cotizaciones en total de 1.000 semanas las cuales se aumentaron desde el 1° de

---

[8] *Se tuvo por contestada mediante auto de 24 de febrero de 2023 (archivo «19AutoFijaFecha.pdf»).*

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

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

2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo. A partir del 1° de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1° de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015".

enero del año 2005 en 50 y a partir del 1° de enero de 2006 en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas.

De esta manera, como ya se mencionó se encuentra a página 7 del archivo *«01Demanda»*, copia del documento de identidad, en el cual se consigna como fecha de nacimiento el 05 de octubre de 1956, por lo que acreditó la edad exigida de 62 años, el mismo día y mes del año **2018**; ahora bien, en cuanto a la cantidad de semanas de cotización para tal calenda, se encuentra a página 37 del archivo *«14ContestacionDeDemandaPorvenir»* la HISTORIA LABORAL generada por la AFP PORVENIR el 12 de diciembre de 2018 en las que se incluyen 1.128 semanas cotizadas, adicional, obra una respuesta otorgada al demandante por la AFP de fecha 7 de enero de 2021 en la que informa (paginas 61 a 64, ibidem) que cuenta con **1.314** semanas cotizadas a dicha data:

Semanas Cotizadas			
Antes de Abr.1994	Antes de Traslado	Después de Traslado	Total
448.65	711.28	602.71	1,314.00

Por lo anterior, es claro que para la data en que el demandante reúne los requisitos previstos en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 al contar con 62 años de edad y tener más de 1.300 semanas mínimas requeridas en la Ley 100 de 1993, esto, sin perjuicio de contabilizar las semanas que se siguieron causando.

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

No obstante lo anterior, en autos no hay certeza frente a la última cotización efectuada por el demandante, por el contrario de los documentos aportados por la demandada PORVENIR S.A. se extrae como estado de afiliación "**ACTIVO**" (Pág., 31 y s.s., archivo 14), razón por la cual el reconocimiento pensional deberá supeditarse al día siguiente de la fecha de la última cotización o cuando se reporte la novedad de retiro, pues si bien el derecho pensional se causó al reunir de las 1.300 semanas, ya que al cumplimiento de la edad el actor no contaba con la densidad de semanas mínimas exigidas para la pensión de vejez, **no es posible**

disfrutarla ni exigirla sino hasta el momento en que se haya efectuado el retiro del sistema del actor, **precisando**, en lo que respecta al monto de la mesada, este deberá ser calculado conforme lo previsto en el inciso 3º del artículo 21 de la ley 100 de 1993, esto es con lo devengado en toda la vida o durante los 10 últimos años anteriores al reconocimiento dependiendo lo que le resulte más favorable, dado que como quedo visto el demandante cuenta con más de 1300 semanas de cotización y al cual se deberá aplicar la tasa de remplazo que se obtenga de conformidad con el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, todo ello al momento del retiro del servicio.

Agotada la competencia de la Sala por el estudio de los puntos de apelación, conforme las motivaciones que preceden, se revocará la decisión de primer grado para en su lugar declarar la Ineficacia del traslado de régimen pensional del accionante, ordenando a la demandada PORVENIR, efectuar el traslado del saldo que se encuentre en la cuenta de ahorro del demandante, para que Colpensiones reciba dichas sumas y lo tenga como afiliado. Asimismo, se condenará a COLPENSIONES a reconocer y pagar a favor del demandante una pensión de vejez, exigible una vez acredite el retiro del sistema.

SIN COSTAS en esta instancia, las de primera instancia a cargo de la demandada AFP PORVENIR.

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

RESUELVE

REVOCAR la sentencia de primera instancia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, y en su lugar se dispone:

PRIMERO: DECLARAR la **INEFICACIA DEL TRASLADO** de régimen pensional efectuado por GERMAN ALONSO PEREA MEJIA el 29 de noviembre de 2002 (con fecha de efectividad 1° de enero de 2003) al Régimen de Ahorro Individual y en consecuencia para todos los efectos se tendrá que el demandante se encuentra válidamente afiliado al régimen de Prima Media con Prestación definida, administrado por COLPENSIONES.

SEGUNDO: DECLARAR NO PROBADA LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN, conforme a las consideraciones expuestas.

TERCERO: CONDENAR a la demandada **PORVENIR S.A.,** a trasladar a **COLPENSIONES** el saldo que se encuentre en la cuenta de ahorro individual del actor con sus respectivos rendimientos y sumas descontadas por concepto de cuotas de administración, comisiones, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales debidamente **indexados** con cargo a sus propias utilidades, conforme lo considerado.

CUARTO: CONDENAR a **COLPENSIONES** a recibir los saldos trasladados de la **AFP PORVENIR,** a favor del accionante, teniéndolo válidamente afiliado al régimen de prima media con prestación definida.

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

SEXTO: CONDENAR a COLPENSIONES a reconocer a favor del demandante una pensión de vejez, al tenor de lo previsto en la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, a partir del día siguiente de la fecha de la última cotización o cuando se reporte la novedad de retiro, la cual deberá ser calculada conforme lo previsto en el inciso 3º del artículo 21 de la ley 100 de 1993, esto es con lo devengado en toda la vida o durante los 10 últimos años anteriores al reconocimiento dependiendo lo que le resulte más favorable y al cual se deberá aplicar la tasa de remplazo que se obtenga de conformidad con el artículo 34 de la Ley 100 de 1993.

SÉPTIMO: SIN COSTAS en esta instancia, las de primer grado se revocan y quedan a cargo de la demandada AFP PORVENIR.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN



CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR ARMANDO DIAZ ESCOBAR CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, PORVENIR S.A. y SKANDIA S. (RAD. 11 2020 00250 01)

Bogotá D.C. treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

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

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por SKANDIA y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de ésta última, contra la sentencia proferida por el Juez 11 Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 18 de abril de 2023 *(Exp. Digital: audio archivo 18, récord: 1:29:51),* en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO: DECLARAR** la **INEFICACIA** del traslado de régimen pensional que realizo el demandante el día 06 de febrero de 1997 **ARMANDO DIAZ ESCOBAR** del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PENSIONAR SA, hoy SKANDIA SA, así como su posterior traslado horizontal a la AFP PORVENIR SA, acaecido el 31 de enero de 2001.*
>
> ***SEGUNDO: CONDENAR** a las demandadas ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS SKANDIA SA y PORVENIR SA a devolver a COLPENSIONES la totalidad de las sumas que hubiesen recibido como producto de las cotizaciones obligatorias realizadas por el demandante durante su permanencia en dicha administradora del RAIS, es decir, el 100% de las cotizaciones obligatorias, con sus respectivos rendimientos financieros, para el caso de PORVENIR incluyendo además en dicha devolución los porcentajes destinados a gastos de administración y fondo de garantía de pensión mínima. En consecuencia, SKANDIA SA deberá devolver a COLPENSIONES los porcentajes que durante el término de afiliación del demandante en dicha AFP haya descontado en la cotización y los haya utilizado para los gastos de administración y fondo de garantía de pensión mínima, entendidos estos gastos de administración como las comisiones de administración, el porcentaje destinado al pago de prima de seguros previsionales de invalidez y de sobrevivencia y*

solo en el caso de haberse realizado, algún dinero descontado para el pago de primas de FOGAFÍN. Para el caso de PORVENIR, deberá devolver además del valor de la cuenta de ahorro individual del demandante con sus rendimientos, también los porcentajes que hubiese descontado de la cotización durante la permanencia del actor en esa AFP y que hubiese destinado en el mismo sentido a los gastos de administración y fondo de garantía de pensión mínima de acuerdo con lo que ya señalé respecto de SKANDIA, en lo que tiene que ver con los gastos de administración.

***TERCERO: ORDENAR** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, a reactivar de manera inmediata la afiliación del demandante **ARMANDO DIAZ ESCOBAR** al régimen de prima media con prestación definida, sin solución de continuidad, a recibir la devolución de los dineros ordenados en este proveído y a computar los tiempos cotizados por el demandante en el RAIS en su historia laboral.*

***CUARTO:** Las excepciones propuestas se declaran imprósperas.*

***QUINTO: CONDENAR** en **COSTAS** a las sociedades demandadas **SKANDIA SA y PORVENIR S.A.,** incluyendo como agencias en derecho en favor del demandante la suma de 2 SMLMV, que deberán ser canceladas por partes iguales por cada una de estas AFP.*

SEXTO: CONCEDER** el Grado Jurisdiccional se **Consulta** ante la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en favor de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES**, de conformidad con lo indicado en el artículo14 de la Ley 1149 de 2007.**".

Inconforme con la decisión, la enjuiciada SKANDIA apeló parcialmente la decisión[1], con relación a devolver todos los conceptos establecidos en el artículo

[1] ***Apoderada Demandada (SKANDIA S.A., récord 1:33:53): "** Gracias doctor estando en la etapa procesal correspondiente me permitió interponer recurso de apelación parcial en contra de la sentencia proferida por su despacho tendiente a que mi representada devuelva todos los conceptos establecidos en el artículo 20 de la Ley 100 del 93 por gastos de administración es decir comisiones y seguros previsionales y demás descuentos realizados, sustento el recurso de apelación para que el Honorable Tribunal Sala Laboral de Bogotá revoque dichas condenas teniendo en cuenta, que es claro que con la expedición de la Ley 100 de 93 se crea el régimen de ahorro individual con solidaridad, motivo por el cual se trae consigo una serie de obligaciones para las administradoras de pensiones a favor de cada uno de los afiliados que se han establecido en el artículo 20.*
De la misma manera, dichas obligaciones en su inciso final de dicho artículo, hace referencia a un descuento que se puede realizar por los fondos de pensiones, que es el 3% para financiar, los gastos de administración, la prima de seguros de FOGAFÍN, los temas de seguros de invalidez y sobrevivientes conforme a la anterior norma, se puede decir que hay una correlación entre deberes y obligaciones. En primer lugar, los gastos y/o comisiones de administración y el pago de las primas de invalidez y sobrevivientes. Con ello, ¿qué se quiere decir? que por parte de los fondos de pensiones se crea la obligación de administrar la cuenta de ahorro individual del afiliado y garantizar una rentabilidad mínima de los fondos de pensiones conforme a la administración que se le hace a su cuenta de ahorro individual y conforme a ese descuento por comisiones y en los seguros provisionales, garantizar que en caso de cumplirse con los requisitos de pensión, de sobrevivencia o de invalidez se pueda financiar dicha prestación al afiliado y a sus beneficiarios.
Si bien es cierto, bajo el escenario de la ineficacia la afiliación, las cosas deben declararse o las cosas deben retornar a su estado inicial, lo cierto es que también le corresponde el juez hacer un estudio de ponderación objetiva en cuanto las restituciones mutuas y la buena fe que ha ostentado mi representada SKANDIA S.A PENSIONES Y CESANTIAS. En primer lugar, debe tenerse en cuenta que SKANDIA recibió, todos los afiliados de COPENSIONAR, debido a los negocios que se realizaron con nuestro fondo de pensiones, que nunca administró la cuenta de ahorro individual de la señora demandante, motivo por el cual se le está causando un perjuicio a mi representada, devolviendo unos emolumentos que nunca han estado administrados por mi representada.
Ahora bien, en cuanto a los seguros previsionales, se debe tener en cuenta que no es procedente tampoco que mi representada los devuelva o deba asumirlas, en tanto que la causa de aseguramiento ya sea de

20 de la Ley 100 del 93 por gastos de administración, es decir, comisiones y seguros previsionales y demás descuentos realizados. Esto, teniendo en cuenta que con la expedición de la Ley 100 de 1993 se crea el régimen de ahorro individual con solidaridad, motivo por el cual se trae consigo una serie de obligaciones para las administradoras de pensiones a favor de cada uno de los afiliados que se han establecido en el artículo 20.

De la misma manera, expuso, dichas obligaciones hacen referencia a un descuento que se puede realizar por los fondos de pensiones, que es el 3% para financiar los gastos de administración, la prima de seguros de FOGAFÍN, los temas de seguros de invalidez y sobrevivientes lo que permite inferir que hay una correlación entre deberes y obligaciones. Relató, por parte de los fondos de pensiones se crea la obligación de administrar la cuenta de ahorro individual del afiliado y garantizar una rentabilidad mínima de los fondos de pensiones conforme a la administración que se hace a la cuenta de ahorro individual y conforme a ese descuento por comisiones y en los seguros provisionales, se debe garantizar que en caso de cumplirse con los requisitos de pensión, de sobrevivencia o de invalidez se pueda financiar dicha prestación al afiliado y a sus beneficiarios.

Añadió, si bien es cierto, bajo el escenario de la ineficacia la afiliación, las cosas deben declararse o las cosas deben retornar a su estado inicial, lo cierto es que también le corresponde al juez hacer un estudio de ponderación objetiva en cuanto las restituciones mutuas y la buena fe, enfatizó, debe tenerse en cuenta que SKANDIA recibió a todos los afiliados, debido a los negocios que se realizaron con el fondo de pensiones, asimismo, nunca administró la cuenta de ahorro

---

*invalidez o sobrevivencia es permanente y la demandante o el señor demandante **ARMANDO DÍAZ ESCOBAR** gozó de una cobertura donde la vinculación al fondo de pensiones, en aquella época PENSIONAR hoy SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS y de ahí qué parte del mencionado porcentaje ya fue pagado a la aseguradora para los riesgos de invalidez y muerte del actor, por lo tanto, nunca se han encontrado en las arcas de la AFP SKANDIA ni mucho menos administrado dichos porcentajes para tal cubrimiento de dichas contingencias, luego entonces no sería dable devolverle su dinero, teniendo en cuenta, que ya se usufructuaron el favor del señor demandante, causándole una cobertura para ellos siniestros que si bien es cierto, no sufrió ninguno de ellos, no se puede desconocer que mi representada, cumplió con el deber legal de tenerlo asegurado.*
En la misma manera se trae a colación lo establecido en el artículo (sic) en concepto emitido en el año 2004 por la Superintendencia Financiera, en la cual se establece que cuando se trate de aquellos negocios jurídicos de la ineficacia de la afiliación, lo único que se debe a trasladar son los aportes y los rendimientos que hubiera en la cuenta de ahorro individual del demandante, luego entonces dicha imposición ya fue cumplida teniendo en cuenta que cuando la señora o el señor Armando Díaz se trasladó a la AFP PORVENIR, mi representada traslado, todo lo habiente en su cuenta de ahorro individual.
Por todo lo anterior dejó asentado el recurso de apelación solicitándole respetuosamente al señor juez accederlo a los honorables magistrados revocar las condenas aquí apeladas, gracias doctor.".

individual del demandante, motivo por el cual se le está causando un perjuicio al devolver unos emolumentos que nunca han estado administrados por la AFP.

En cuanto a los seguros previsionales, adujo, se debe tener en cuenta que no es procedente tampoco la devolución, en tanto que la causa de aseguramiento ya sea de invalidez o sobrevivencia es permanente y el demandante ARMANDO DÍAZ ESCOBAR gozó de una cobertura por parte de PENSIONAR hoy SKANDIA y de ahí parte el mencionado porcentaje, el cual ya fue pagado a la aseguradora para los riesgos de invalidez y muerte del actor, por lo tanto, nunca se han encontrado en poder de la AFP SKANDIA ni mucho menos ha administrado dichos porcentajes para el cubrimiento de dichas contingencias, luego entonces no sería dable devolver el dinero, teniendo en cuenta, que ya se usufructuaron en favor del demandante, causando una cobertura para los siniestros que si bien es cierto, no sufrió ninguno de ellos, no se puede desconocer que la AFP cumplió con el deber legal de tenerlo asegurado.

Trajo a colación lo establecido en el concepto emitido en el año 2004 por la Superintendencia Financiera, en la cual se establece que cuando se trate de aquellos negocios jurídicos de la ineficacia de la afiliación, lo único que se debe trasladar son los aportes y los rendimientos que hubiera en la cuenta de ahorro individual del demandante, luego entonces dicha imposición ya fue cumplida teniendo en cuenta que cuando el señor Armando Díaz se trasladó a la AFP PORVENIR, lo hizo con todo lo que había en la cuenta de ahorro individual.

Por su parte, COLPENSIONES funda su reproche[2] en que el demandante solicitó el traslado a Colpensiones en el año 2019, cuando ya contaba con 58 años de

---

[2] ***Apoderado Demandada (COLPENSIONES, récord: 1:38:22): "****Su señoría, muchísimas gracias. A continuación, me permito interponer recurso de apelación en contra de la providencia dictada por su honorable despacho con el fin de que el Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral, revoque la decisión tomada y en su lugar se absuelva a mi representada conforme a los fundamentos jurídicos expuestos a continuación, no sin antes aclarando señores magistrados, que si bien se cuenta con el grado jurisdiccional de consulta por políticas de la entidad, se sustenta el recurso de apelación en los siguientes términos y que de manera sucinta se resumen en los siguientes ítems, el primero será la prohibición legal para retornar a Colpensiones, por parte del demandante, segundo, la no configuración de los vicios del consentimiento, el tercero, el no desconocimiento del precedente jurisprudencial por parte de Colpensiones y finalmente y como último punto, el principio de sostenibilidad financiera.*

Es así como mi representada, no comparte con la posición o la tesis expuesta por el juzgado de primera instancia. En tanto, en primer lugar, se tiene que el demandante solicitó el traslado a Colpensiones en el año 2019, cuando ya contaba con 58 años de edad y por este(sic), por esta razón, pues no podía retornar a Colpensiones pues debió haberlo realizado, cuando le faltaban menos de 10 años, para cumplir con los requisitos de la pensión de vejez conforme a lo estipulado en la Ley 100 de 1993.

Por otro lado, en cuanto a la no configuración de los vicios del consentimiento se tiene que en el presente caso se presenta una indebida interpretación del artículo 1604 del Código Civil, pues se parte o podemos

edad y por esta razón, no podía retornar a Colpensiones pues debió haberlo realizado, cuando le faltaban menos de 10 años, para cumplir con los requisitos de la pensión de vejez conforme a lo estipulado en la Ley 100 de 1993.

Por otro lado, refutó, en el presente caso se presenta una indebida interpretación del artículo 1604 del Código Civil, pues se parte de la base que aquí se suscribió un formulario de afiliación, que debe tener alguna connotación, razón por la cual, de acuerdo a la tesis que acoge la Corte Suprema de Justicia, se hace una interpretación respecto a que, la carga de la prueba recae exclusivamente en los fondos privados para el caso del traslado de afiliación, sin embargo, pues se deja

---

partir de la base que aquí se suscribió un formulario de afiliación, que debe tener alguna connotación de una suscripción o un contrato, razón por la cual (no se entiende) y en este artículo y de acuerdo a la tesis que coge la Corte Suprema de Justicia, pues allí se hace una procesión en que la carga de la prueba recae exclusivamente en los fondos privados para el caso del traslado de afiliación, sin embargo, pues se deja o no se le exige al demandante aportar soporte alguno que demuestre la existencia de algún vicio, fuerza o dolo al momento en que realizó la afiliación al régimen de ahorro individual. Por lo tanto, se tiene que solamente se obliga a que toda la carga, toda la carga probatoria recaiga exclusivamente en el fondo sin que exija un menor esfuerzo para el demandante. Es así como, dentro de todo el expediente señores magistrados y de las pruebas, no se logró demostrar que el demandante se le haya hecho incurrir en algún error a la hora de la suscripción del formulario, máxime que, si hizo un primer un primer traslado en el año 1997 procedente del año 2001, tiempo suficiente para que el demandante se hubiese podido informar sobre cuál de los dos regímenes era el más beneficioso.

Por otro lado, y en cuanto al precedente jurisprudencial, tenemos y no comparte Colpensiones, la tesis del Juzgador de primera instancia, en el sentido de que desde el año 1993 había la responsabilidad por parte de los fondos de pensiones, de brindar toda la información y dejar prueba de ello, pero lo cierto es que las leyes y específicamente las leyes del año 2014 y el año 2015, es allí, donde efectivamente, sí se le impone la carga, tanto a los fondos privados como Colpensiones de realizar una doble asesoría y dejar efectivamente constancia de que se le brindó la información en uno u otro lado, de cuáles eran las diferencias de los regímenes pensionales y para cada caso concreto para cada afiliado, cuál era el más ventajoso conforme, pues su historia laboral y las cotizaciones que venía realizando el afiliado.

Es por esto por lo que se quiere que las leyes, que surgieron entre el año 1993 y el año 2014 no exigía nada diferente al documento de afiliación, donde efectivamente se pudiese evidenciar que el afiliado o el demandante, pues le asistía la voluntad de afiliarse al régimen de ahorro individual. Por esta razón señores Magistrados se tiene que Colpensiones o no se les puede imponer mejor una carga adicional a Colpensiones. Por otro lado o finalmente, en cuanto al principio de sostenibilidad financiera, ruego a los Señores Magistrados tener en cuenta lo manifestado por la Corte Constitucional, específicamente, donde menciona que si el régimen de ahorro individual se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas por los afiliados en toda su vida laboral, para que hoy, después de cumplidos los requisitos de edad, o estén próximos a cumplir el requisito de edad y número de semanas pretendan .obtener o devolverse a Colpensiones, porque casi que se da cuenta que su mesada pensional es mayor o los va a beneficiar más, pues resulta contrario el concepto constitucional de equidad contemplado en la Constitución Política, artículo 25 y asimismo a uno de los principios del sistema general de pensiones como el principio de eficiencia.

Así las cosas, solicitó respetuosamente a los honorables magistrados de la sala laboral, revoque la decisión tomada en primera instancia en su lugar absuelva a mí representada no obstante, lo anterior y como petición subsidiaria, en caso de no acogerse a los argumentos expuestos, por mi representada solicitó se condicione el cumplimiento de la sentencia previo a que tanto SKANDIA como PORVENIR, devuelva la totalidad de las sumas, obrantes en la cuenta de ahorro individual con sus respectivos rendimientos y cotizaciones, bonos pensionales, cotizaciones al Fondo de Garantía de pensión mínima y los gastos de administración y todos aquellos demás emolumentos a los que hubiese lugar, con el fin de que Colpensiones puede actualizar en su base de datos, la afiliación del demandante y así mismo se pueda actualizar su historia laboral y por otro lado, solicito no se condene en costas a Colpensiones, toda vez que es un tercero que no participó en el acto que se presume ineficaz y, por lo tanto, es un daño que se le causa un daño injustificado que se le causa a los representantes. De esa manera dejo sentado y sustentado el recurso de apelación muchísimas gracias".

o no se le exige al demandante aportar soporte alguno que demuestre la existencia de algún vicio, fuerza o dolo al momento en que realizó la afiliación al régimen de ahorro individual. Por lo tanto, se tiene que solamente se obliga a que toda la carga probatoria recaiga exclusivamente en el fondo sin que exija un menor esfuerzo para el demandante.

En su sentir, dentro de todo el expediente y de las pruebas, no se logró demostrar que el demandante se le haya hecho incurrir en algún error a la hora de la suscripción del formulario, máxime que, hizo un primer un primer traslado en el año 1997 procedente del año 2001, tiempo suficiente para que el demandante se hubiese podido informar sobre cuál de los dos regímenes era el más beneficioso.

Por otro lado, narró, desde el año 1993 existía la responsabilidad por parte de los fondos de pensiones, de brindar toda la información y dejar prueba de ello, no obstante, las leyes y específicamente en el año 2014 y 2015 imponen la carga, tanto a los fondos privados como Colpensiones de realizar una doble asesoría y dejar efectivamente constancia de que se le brindó la información en uno u otro lado, consistente en guiar cuáles eran las diferencias de los regímenes pensionales y para cada caso concreto para cada afiliado, cuál era el más ventajoso conforme a la historia laboral y las cotizaciones que venía realizando el afiliado. Por tanto, las leyes no exigían nada diferente al documento de afiliación, donde efectivamente se pudiese evidenciar que el afiliado o el demandante, le asistía la voluntad de afiliarse al régimen de ahorro individual.

Por otro lado, en cuanto al principio de sostenibilidad financiera, arguyó, el régimen de ahorro individual se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas por los afiliados en toda su vida laboral, para que hoy, después de cumplidos los requisitos de edad, o estén próximos a cumplir el requisito de edad y número de semanas pretendan obtener o devolverse a Colpensiones, porque se dieron cuenta que la mesada pensional es mayor o los va a beneficiar más, resultando contrario el concepto constitucional de equidad contemplado en la Constitución Política, artículo 25 y asimismo a uno de los principios del sistema general de pensiones como el principio de eficiencia.

Así las cosas, solicitó como petición subsidiaria, se condicione el cumplimiento de la sentencia a la devolución de la totalidad de las sumas por parte de las AFP, obrantes en la cuenta de ahorro individual con sus respectivos rendimientos y

cotizaciones, bonos pensionales, cotizaciones al Fondo de Garantía de pensión mínima y los gastos de administración y todos aquellos demás emolumentos a los que hubiese lugar, con el fin de que Colpensiones puede actualizar en su base de datos, la afiliación del demandante y así mismo se pueda actualizar su historia laboral y por otro lado, suplicó no se condene en costas a la entidad, toda vez que es un tercero que no participó en el acto que se presume ineficaz y, por lo tanto, es un daño que se le causa un daño injustificado que se le causa a los representantes.

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda (Páginas 2 y 3, del archivo 01 expediente digital), las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (Páginas 3 a 6, ibidem y 1 y 2 escrito de subsanación, archivo 05), aspirando de manera principal se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación efectuada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, ante la omisión de SKANDIA en el deber de información, se declare la ineficacia del traslado efectuada entre las sociedades del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, eso es, SKANDIA a PORVENIR, por la omisión en la información por parte de las dos (02) administradoras privadas de pensiones para brindar la posibilidad de regresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES y/o permanecer en el régimen de ahorro individual con solidaridad, se declare que los traslados de Régimen y entre los Fondos de Pensiones, obedecieron a la omisión de la información, engaño, error y asalto de la buena fe en contra del señor ARMANDO DÍAZ ESCOBAR, se declare que la afiliación al régimen de prima media con prestación definida, administrada por COLPENSIONES, permaneció incólume y por ello, surte todos los efectos legales, se declare que SKANDIA y PORVENIR deben trasladar a “COLPENSIONES”, la totalidad de los aportes, rendimientos, bono pensional, semanas de cotización trasladadas al momento del traslado del régimen, gastos de administración, así como los demás dineros aportados por el señor ARMANDO DÍAZ ESCOBAR durante todo el tiempo en que ha estado afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad. Asimismo, solicitó se ordene el TRASLADO y la

afiliación a “COLPENSIONES”, como administradora del régimen de prima media con prestación definida, y por ello, a inscribir, sin solución de continuidad, la afiliación del señor ARMANDO DÍAZ ESCOBAR, como si nunca se hubiere ido del mismo, se condene a PORVENIR y SKANDIA a trasladar a COLPENSIONES, la totalidad de los aportes, rendimientos, bono pensional, semanas de cotización trasladadas, gastos de administración, así como los demás dineros aportados por el señor ARMANDO DÍAZ ESCOBAR durante todo el tiempo en que ha estado afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad junto con el pago de costas y agencias en derecho y condenas *ultra y extra petita*. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró la INEFICACIA del traslado de régimen pensional que realizó el demandante el día 06 de febrero de 1997 del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PENSIONAR S.A., hoy SKANDIA S.A., así como su posterior traslado horizontal a la AFP PORVENIR SA, acaecido el 31 de enero de 2001, se condenó a las demandadas SKANDIA y PORVENIR a devolver a COLPENSIONES la totalidad de las sumas que hubiesen recibido como producto de las cotizaciones obligatorias realizadas por el demandante durante su permanencia en dicha administradora del RAIS, es decir, el 100% de las cotizaciones obligatorias, con sus respectivos rendimientos financieros, para el caso de PORVENIR incluyendo además en dicha devolución los porcentajes destinados a gastos de administración y fondo de garantía de pensión mínima. En consecuencia, se ordenó a SKANDIA devolver a COLPENSIONES los porcentajes que durante el término de afiliación del demandante en dicha AFP haya descontado en la cotización y los haya utilizado para los gastos de administración y fondo de garantía de pensión mínima, entendidos estos gastos de administración como las comisiones de administración, el porcentaje destinado al pago de prima de seguros previsionales de invalidez y de sobrevivencia y solo en el caso de haberse realizado, algún dinero descontado para el pago de primas de FOGAFÍN. Para el caso de PORVENIR, se ordenó devolver además del valor de la cuenta de ahorro individual del demandante con sus rendimientos, también los porcentajes que hubiese descontado de la cotización durante la permanencia del actor en esa AFP y que hubiese destinado en el mismo sentido a los gastos de administración y fondo de garantía de pensión mínima de acuerdo con lo que ya señalé respecto de SKANDIA, en lo que tiene que ver con los gastos de administración. Se ordenó a COLPENSIONES, a reactivar de manera inmediata la afiliación del demandante ARMANDO DIAZ ESCOBAR al régimen de prima media con prestación definida,

sin solución de continuidad, a recibir la devolución de los dineros ordenados en este proveído y a computar los tiempos cotizados por el demandante en el RAIS en su historia laboral y se condenó en costas a las sociedades demandadas SKANDIA S.A. y PORVENIR S.A.

Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada SKANDIA 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 2002[3].

Así las cosas, en el expediente obra copia de la cédula de ciudadanía del actor donde se registra como fecha de nacimiento el 10 de marzo de 1961 *(Archivo 01 expediente digital pág. 42)*, por lo que la edad de 62 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2023, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante PORVENIR el 05 de noviembre del 2019, SKANDIA el 05 de mayo de 2020 y ante COLPENSIONES el 20 de noviembre del 2019 *(Páginas 15 y 16, 35 a 37 y 13 a 14, respectivamente, archivo 01 del expediente digital)*, esto es, cuando se encontraba a menos de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1º de abril de 1994 -, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, apenas había cotizado 310,29 semanas

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

(*Historia Laboral pág. 124 a 128, archivo 09 expediente digital*), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo, como lo sostiene Colpensiones en su apelación.

Ver imagen.



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

SUBTOTALES

HISTORIA HASTA 31/03/1994			HISTORIA TOTAL		
LABORADOS	LICENCIAS / MORAS	SIMULTANEOS	LABORADOS	LICENCIAS / MORAS	SIMULTANEOS

Días	Semanas	Días	Semanas	Días	Semanas	Días	Semanas	Días	Semanas	Días	Semanas
2255	322.14	0	0.00	83	11.86	3193	456.14	0	0.00	83	11.86

TOTALES : LABORADOS-LICENCIAS-SIMULTANEOS **TOTALES : LABORADOS-LICENCIAS-SIMULTANEOS**

DIAS: 2172 SEMANAS: 310.29 DIAS: 3110 SEMANAS: 444.29

El número de semanas se calculó con días calendario

No obstante lo anterior, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculado al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el **06 de febrero de 1997** con fecha de efectividad a partir del **1° de abril de 1997** *(Páginas 121 y 39 Archivo 09 y 01 del expediente digital)* por afiliación que hiciera a PENSIONAR hoy SKANDIA, específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP y en el formulario de afiliación suscrito con esa AFP.

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

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

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

> *«Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos del tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.*
>
> *Es evidente que cualquier determinación personal de la índole que aquí se discute**, es eficaz**, cuando existe un consentimiento informado; en materia de seguridad social, el juez no puede ignorar que por la trascendencia de los derechos pensionales, la información, en este caso, del traslado de régimen, debe ser de transparencia máxima.*
>
> *Para este tipo de asuntos, se repite, tales asertos no comprenden solo los beneficios que dispense el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.*
>
> *El juez no puede pasar inadvertidas falencias informativas, menos considerar que ello no es de su resorte, pues es claro que cuando quien acude a la jurisdicción reclama que se le respete el régimen de transición, indiscutiblemente, como se anotó, surge la perentoriedad de estudiar los elementos estructurales para que el mismo opere, es decir, debe constatar que el traslado se produjo en términos de eficacia, para luego, determinar las consecuencias propias».*

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

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

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

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

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

> *«(…)*
> *De modo que al no existir una norma explícita que regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico en la legislación civil, acudió al aludido precepto relativo a las consecuencias de la nulidad, el cual consagra las mismas consecuencias de aquella. Dicha disposición establece:*
>
> > *Artículo 1746. La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita (subrayas fuera de texto).*
> >
> > *En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.*
>
> ***Entonces, según la norma precedente, el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición.*** *En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia».*

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

> *«**1. La consecuencia de la inobservancia del deber de información: ineficacia del acto jurídico de cambio de régimen***
>
> *Al contestar la demanda, Colpensiones sostuvo que en este asunto no hay lugar a declarar la nulidad del traslado de la actora del régimen público de pensiones al privado, en la medida que no se demostró un vicio del consentimiento en la modalidad de error, fuerza o dolo.*
>
> *Ahora bien, el a quo declaró la nulidad de la afiliación de la demandante, pues, en su sentir, el «acto no existió y no puede causar ningún tipo de consecuencia, incluso desfavorable». En esa línea, condenó a Colfondos S.A. a devolver «todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de (…) LILIANA ANGULO RUIZ como comisiones, costos cobrados por administración, sumas adicionales, bonos*

> *pensionales de ser el caso, de conformidad con el art. 1746 que se hubieren generado junto con sus rendimientos», e impuso a Colpensiones la obligación de recibirlos y hacer los ajustes pertinentes en la historia laboral de la actora, sin solución de continuidad; esto es, «como si esa afiliación nunca hubiese existido».*
>
> *De ahí que le corresponda a la Sala precisar si la vía correcta es la nulidad o la ineficacia en sentido estricto.*
>
> *Pues bien, esta Corporación es del criterio que la reacción del ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por consiguiente, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC).*
>
> *[2: La ineficacia del acto posee las mismas consecuencias prácticas de la nulidad. Al respecto, la Sala Civil de esta Corporación ha sostenido que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, de suerte que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (SC3201-2018).]*
>
> *Lo anterior, debido a que en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el legislador consagró de manera expresa en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia. En efecto, el citado precepto refiere que cuando «el empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral […] la afiliación respectiva quedará sin efecto».*
>
> *Si esto es claro, resulta equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues el legislador expresamente consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL3464-2019, y especialmente la CSJ SL4360-2019)».*

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

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

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

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

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

debida se traduce en un **traslado de la carga de la prueba** del actor al fondo accionado SKANDIA.

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 2011[5], Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y en las

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

"El yerro del Tribunal estuvo entonces, en no haberse percatado de que el documento analizado, muestra que evidentemente al actor no se le suministró la información adecuada, suficiente y cierta para su traslado.
"(...).
"Las administradoras de pensiones lo son de un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados, según lo prescribe el artículo 97 de la Ley 100 de 1993; la Ley radica en ellas el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, y cuyos deberes surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

> *"(…)* ***Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto.***
>
> *(…)*
>
> *Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*
>
> *(…).*
>
> *Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.*

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

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por el accionante[6] no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que el asesor le señaló que el Seguro Social se iba a acabar, por lo que no tenía mucha seguridad con los recursos que tenía allí, precisando no le explicaron de forma clara las consecuencias del traslado en ese momento. Adicionalmente, relató que la empresa en la que laboraba "El Pibe" realizó una reunión junto con el asesor, la

[6] ***Interrogatorio de parte, récord 12:05: "****Soy ingeniero y me desempeño en el área de ingeniería, laboro en una empresa plastiquera ubicada en la zona de Tocancipá, en febrero de 1997 yo laboraba en la empresa PLASTIC en Montevideo, la empresa hizo una reunión con todos los empleados a nivel operativo y administrativo para informar y sugerir que nos trasladáramos, en esa reunión estaba el asesor de Pensionar que duró máximo 30 minutos, explicando qué era el Fondo privado y al final enviaron al representante de recursos humanos para el traslado, yo leí el formulario, la reunión fue corta y fue informativa, la empresa hizo una reunión para tener todo el portafolio con el grupo avala y por eso nos trasladamos, la empresa fue la que hizo la reunión para manejar el portafolio corporativo, yo valide que los datos estuvieran correctos, básicamente estaban referenciados mis familiares para tener derecho a la pensión de sobrevivientes como beneficiarios, en el momento de diligenciar el formato estaba la explicación de los beneficiarios, uno pone a las personas del grupo familiar, no dieron razones al respecto, me trasladé por la confianza que yo tuve hacia el fondo, que fue la falta de información del fondo, hace como 5 años mis compañeros comenzaron a pensionarse y en ese momento comenzamos a darnos cuenta que lo que nos había prometido no correspondía con la realidad, en 1997 se prometió que iba a tenerse por el manejo una pensión con una mesada mayor que el ISS, además porque el ISS iba a desaparecer, las consultas que he hecho a Porvenir fue en estos últimos años para indagar como seria o quedaría mi pensión, sé que los aportes generan rendimientos, no sabía que se podía hacer aportes voluntarios, básicamente yo conocí de ese cambio de ISS a Colpensiones cuando en 1997 nos informaron en la empresa en la reunión que nos hicieron, no me fue informado que podía presentar quejas o reclamos, en la charla hubo una presentación del asesor y sugirió que la empresa recomendaba la afiliación a Colpensionar y nos presentaron alguna información que no fue suficiente y somera del fondo, lo que comentó era que nos invitaban al traslado, se nos prometió que la mesada pensional iba a ser superior al ISS, que el ISS estaba en malas condiciones, lo que dijo el representante es que los aportes previos al ISS no se perdieran y se trasladaran, no se me informó sobre los requisitos de cada régimen, lo que dijeron es que el ISS se acabaría, fue enfocado en el ISS, yo en esa época tenía una hija de 6 años, no se me indicó frente a los beneficiarios de la pensión, herencia, modalidades de pensión, básicamente lo que se habló en la reunión tenía que ver con presentar la información general pero modalidades no se detallaron ".*

cual duró aproximadamente 30 minutos, tiempo en el que estuvieron todos los trabajadores reunidos y el representante del Fondo.

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

A efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a SKANDIA (*Página 39, Archivo 01 expediente digital),* este no constituye en manera alguna medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la AFP demandada (sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019) y, en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus,* pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que se advierten ausentes en el plenario.

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

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

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

> ***«1. El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones: Un deber exigible desde su creación***
>
> ***1.1 Primera etapa: Fundación de las AFP. Deber de suministrar información necesaria y transparente.***
> *El sistema general de seguridad social en pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del otorgamiento de diferentes tipos de prestaciones. Con este fin, la Ley 100 de 1993 diseñó un sistema complejo de protección pensional dual, en el cual, bajo las reglas de libre competencia, coexisten dos regímenes: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (AFP).*
>
> *De acuerdo con el literal b) del artículo 13 de la citada ley, los trabajadores tienen la opción de elegir «libre y voluntariamente» aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, previniendo que, si esa libertad es obstruida por el empleador, este puede ser objeto de sanciones. Es así como paralelamente el artículo 271 precisa que las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, son susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.*
>
> *Ahora bien, para la Sala la incursión en el sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS y, por tanto, de la prestación de un servicio público esencial, estuvo, desde un principio, sujeto a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba.*
> *...*
> *En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.° del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».*
>
> *De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. No se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por*

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

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

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

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

Como se ve, ya para el año 1997, cuando se produjo el traslado del aquí demandante, la AFP SKANDIA 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 SKANDIA, omitió en el momento del traslado de régimen **(06 de febrero de 1997, efectivo el 1º abril de 1997),** el deber de información para con el promotor del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

En punto a la apelación de Colpensiones, 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 (SKANDIA a PORVENIR), en tanto ello no conlleva a que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en el RAIS, máxime si se tiene en cuenta que si bien se trató de traslados los mismos fueron dentro del mismo régimen de ahorro individual según se observa en reporte SIAFP (página 121, archivo 09).

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

> *«Precisamente en este punto la Corte advierte que la opositora Old Mutual S.A. sugiere que la afiliación entre regímenes privados es un acto de relacionamiento que implica su voluntad de permanecer al RAIS. Si bien el Tribunal no acudió expresamente a este argumento, lo cierto es que destacó que el afiliado tuvo la oportunidad de trasladarse en el periodo de gracia que estableció la Ley 797 de 2003 para retornar a Colpensiones y no lo hizo, lo que a su juicio ratificaba su voluntad de continuar en el RAIS.*
>
> *Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.*
>
> *De modo que no es dable siquiera sugerir que los posteriores traslados entre administradoras pueden configurar un acto de relacionamiento capaz de ratificar la voluntad de permanencia en ellas, como se infiere de las decisiones de la Sala de Descongestión de esta Corte CSJ SL249-2022 y SL259-2022. Nótese que, conforme la perspectiva explicada, esa voluntad de permanencia en el RAIS es inane dado que no desvirtúa el incumplimiento del deber de información y además ubica la discusión en actuaciones que estarían respaldadas en un acto jurídico ineficaz, esto es, el del traslado inicial.*
>
> *Justamente lo anterior explica que la acción para demandar estos asuntos no sea la de nulidad -como también lo sugieren de forma equivocada aquellas providencias- sino la de ineficacia, en la cual, se reitera, lo relevante es determinar, sin más agregados, si la persona al momento de suscribir el acto de traslado de régimen pensional ha sido debidamente*

> *informada sobre las ventajas, desventajas y consecuencias de su traslado y permanencia en el RAIS.*
> *Por tanto, nuevamente se enfatiza que este es el precedente vigente y en vigor de la Sala de Casación Laboral de esta Corte, y recoge cualquier otro que le sea contrario, en especial el condensado en aquellas providencias».*

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

> *«De otra parte, hay que resaltar que* ***los cambios de administradoras de pensiones y la permanencia en el RAIS no contribuyen a esclarecer si la demandante contó con la debida ilustración al momento de trasladarse al RAIS****. De hecho, en sentencias CSJ SL5686-2021 y CSJ SL5688-2021, reiterada en la CSJ SL1055-2022, esta Sala explicó que «argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión».*
> *En este sentido, se indicó que «los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente* ***porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz****, el cual no puede sanearse como la nulidad»* (Negrillas y subrayas de la Sala).

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

En ese orden, la ineficacia del tránsito de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de SKANDIA y PORVENIR, como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliado el actor (página 121 Archivo 09 expediente digital), del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, como también la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, de tal manera se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto. Igualmente se confirma la orden impuesta de devolver a COLPENSIONES, los gastos de administración, las comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia[7], y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima con cargo a sus propias utilidades[8], por el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a esa administradora, por virtud del restablecimiento de las cosas a su estado inicial.

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

> *«(…)*
>
> *De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional* ***deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las***

[7] *Ver al respecto las sentencias SL4964-2018, SL1688-2019, SL2877-2020, SL4811-2020 y SL373-2021.*
[8] *Conforme lo señala la SL2209-2021 y SL2207-2021*

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

Debe precisarse esta Sala de Decisión adicionará el ordinal **segundo** del fallo de primer grado, en cuanto a que **PORVENIR S.A.** y **SKANDIA S.A.** conforme a lo ordenado por el Juez *a quo* deberán **retornar todos los conceptos debidamente indexados** con cargo a sus propias utilidades[9], por el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a cada una de esas administradoras, por virtud del restablecimiento de las cosas a su estado inicial. Así lo consideró el órgano de cierre de esta jurisdicción en sentencia SL-2877 de 2020 en la cual sostuvo:

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

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

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

[9] *Conforme lo señala la SL2209-2021 y SL2207-2021*

> *de seguridad social, en el laboral administrativo, según el mandato expreso del artículo 136 del C.C.A. el trabajador o el afiliado de buena fe, tiene el derecho a conservar, sin deber de restituir las prestaciones que le hubieren sido pagadas.*
>
> *[…]*
>
> *La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C.,* ***esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.***
>
> *Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual,* ***ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.***
>
> *Las consecuencias de la nulidad no pueden ser extendidos a terceros, en este caso, a la administradora del régimen de prima media en el que se hallaba el actor antes de producirse la vinculación cuya nulidad se declara, de modo que no debe asumir por el sistema de pensiones sanciones derivadas de la mora en el pago íntegro del derecho pensional, obligaciones por las que sólo ha de responder a partir de cuándo le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada."*

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

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

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

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

> *«**Es cierto que dicho ajuste no hizo parte de las pretensiones de la demanda, pero también lo es que, pese a ello, su imposición oficiosa es perfectamente viable porque la indexación no comporta una condena adicional a la solicitada.***
>
> *En efecto, la indexación se erige como una garantía constitucional (art. 53 CP), que se materializa en el mantenimiento del poder adquisitivo constante de las pensiones, en relación con el índice de precios al consumidor certificado por el DANE. A su vez, el artículo 1626 del Código Civil preceptúa que «el pago efectivo es la prestación de lo que se debe», esto es, que la deuda debe cancelarse de manera total e íntegra a la luz de lo previsto en el artículo 1646 ibidem. De ahí que, si la AFP no paga oportunamente la prestación causada en favor del afiliado, pensionado o beneficiario, tiene la obligación de indexarla como único conducto para cumplir con los mencionados estándares de totalidad e integralidad del pago. Por tal motivo, es incompleto el pago realizado sin el referido ajuste cuando el transcurso del tiempo devaluó el valor del crédito.*
>
> *Ahora, la indexación no implica el incremento del valor de los créditos pensionales, ya que su función consiste únicamente en evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción del patrimonio de quien accede a la administración de justicia, causada por el transcurso del tiempo. Tampoco puede verse como parte de la mesada, puesto que no satisface necesidades sociales del pensionado, y menos como una sanción, ya que lejos de castigar al deudor, garantiza que los créditos pensionales no pierdan su valor real»* (Negrillas de la Sala).

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

> ***«7. Consecuencias de la declaración de ineficacia.***
>
> *Por no estar acreditado que PORVENIR S. A. hubiere consignado a COLPENSIONES, los aportes que la demandante tenía en su cuenta individual con sus rendimientos, incluyendo también los valores correspondientes a gastos de administración, los cuales según se expuso en las sentencias CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019, debe asumir con cargo a sus propios recursos, **se le ordenará la devolución de esos dineros, debidamente indexados,** junto con el valor del bono a COLPENSIONES y a favor del actor»* (Negrillas y subrayas fuera de texto).

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

Por otro lado, conviene anotar frente al recuso de Colpensiones, en autos no tiene relevancia lo atinente a la financiación del sistema, o que el demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues es suficiente indicar en este punto, no se está

avalando el tránsito de un régimen a otro sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva a retornar al régimen de prima media con prestación definida, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual del demandante.

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

Aquí resulta pertinente acotar, de cara a la alzada propuesta por SKANDIA que el concepto emitido por la Superintendencia Financiera no resulta vinculante, y en todo caso, se aclara al apelante que justamente con la decisión que aquí se está tomando se está ordenando la devolución de los rendimientos y todos los rubros implícitos al declararse la ineficacia del traslado.

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

Sea del caso indicar, no hay lugar a pronunciamiento alguno frente a la condena en costas impuestas en primera instancia, toda vez que, las mismas fueron a cargo de la codemandada PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A. y no de la entidad recurrente, COLPENSIONES.

En lo que atañe a la excepción de prescripción interpuesta por COLPENSIONES[10], a favor de quien se surte la consulta (página 37, *Archivo 10 expediente digital*), basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia CSJ SL1689-2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que, además, está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por las encartadas, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

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

SIN COSTAS en esta instancia.

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

R E S U E L V E

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

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

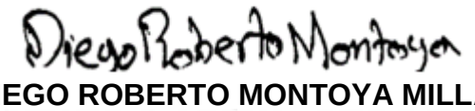
---

[10] Se estudia la excepción solo a favor de COLPENSIONES en virtud de la consulta, por haber sido oportunamente propuesta al contestar la demanda, la cual se tuvo por contestada mediante auto del 23 de marzo de 2023 (Archivo 16 expediente digital pág. 1 a 3).

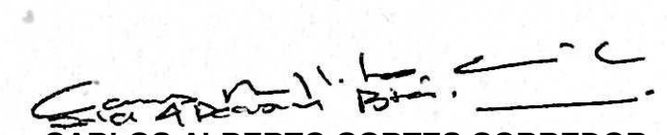
TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado 11 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

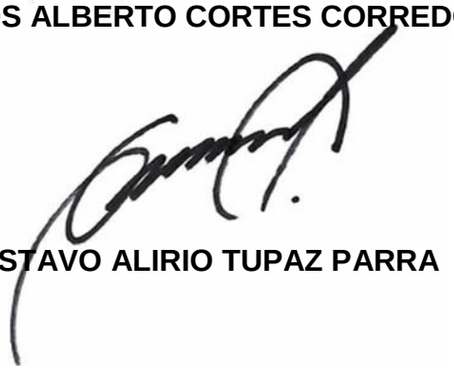
NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN



CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

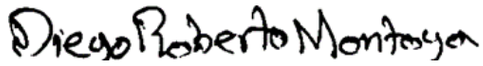
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR CÈSAR MAURICIO UMAÑA CUERVO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y PORVENIR S.A. (RAD. 14 2020 00166 01)

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo dos mil veintitrés (2023)

AUTO

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



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

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

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de desatar el recurso de apelación interpuesto por las demandadas PORVENIR y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, contra la sentencia proferida por la Juez Catorce (14) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 28 de febrero de 2023 (32LinkAudiencia28Febrero20232020166, récord 43:25), en la que se resolvió frente a 3 procesos acumulados, entre otros, el del aquí demandante, lo siguiente:

> *"**PRIMERO**: Declarar la ineficacia del acto de traslado que hicieron los demandantes, señores (...), César Mauricio Umaña Cuervo, proceso No. 166 de 2020 (...), del régimen de prima media administrado por el extinto Seguro Social, al de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR SA, señalando como consecuencia de esta declaración que ningún efecto jurídico surgió el acto de traslado y por tanto, siempre estuvieron los demandantes afiliados al régimen de prima media con prestación definida administrado actualmente por Colpensiones.*
>
> ***SEGUNDO**: Ordenar a la AFP PORVENIR SA. adonde se encuentra actualmente afiliado el demandante a trasladar a Colpensiones el saldo total de la cuenta individual de ahorro, incluidos los rendimientos financieros, sin descontar suma alguna por concepto de gastos de administración, prima de seguro previsional, prima de seguro previsional o Porcentaje de pensión de garantía mínima los cuales debe retornar debidamente indexados hacia Colpensiones.*
>
> ***TERCERO**: Declarar no probadas las excepciones propuestas por las convocadas al juicio.*
>
> ***CUARTO**: (...).*
>
> ***QUINTO**: Condenar en costas de la acción a las demandadas Colpensiones y Porvenir SA en favor de cada 1 de los demandantes.".*

Inconforme con la decisión COLPENSIONES manifestó[1], no se tuvo en cuenta el principio de la relatividad, ya que la entidad es un tercero ajeno al contrato celebrado entre el demandante y la AFP PORVENIR, en razón a que todos los actos jurídicos tienen efectos inter partes, por lo cual, independientemente de la decisión adoptada por el juez en relación a la declaratoria de ineficacia del traslado, Colpensiones no puede ser favorecida ni perjudicada con la misma. Agregó, la entidad nada tuvo que

[1] ***Colpensiones, récord 55:38**: "Gracias, su Señoría, estando dentro del término legal me permito presentar recurso de apelación para ante el Tribunal Superior de Bogotá, Sala laboral, recurso que sustento en los siguientes términos:*

El juez de primera instancia no tuvo en cuenta el principio de la relatividad, ya que Colpensiones es un tercero ajeno al contrato celebrado entre los actores y la AFP PORVENIR pues en razón a que todos los actos jurídicos tienen efectos inter partes, por lo cual, independientemente de la decisión adoptada por el juez en relación a la declaratoria de ineficacia del traslado, mi representada no puede ser favorecida ni perjudicada con la misma. Pues, como se ha manifestado, mi representada, nada tuvo que ver con la decisión tomada por los actores, por lo que le solicito al Honorable Tribunal Laboral que no se condene a mi representada a recibir a los actores como afiliados de nuevo el RPM, ya que con esta decisión se estaría afectando gravemente el sistema financiero y el sistema Seguridad Social en pensiones, el cual fue establecido por el artículo 48 de la Constitución Política, ya que, en este caso debe tenerse en cuenta el impacto en el PIB en la reserva pensional que ha venido afectando de manera excesiva este tipo de procesos. Por otro lado, Colpensiones no tuvo injerencia en la celebración de los actos jurídicos, ya que, con el regreso a los actores al régimen del RPM, existe una alta posibilidad de un futuro reconocimiento de derechos pensionales, lo cual genera, como ya se ha dicho, impacto en el equilibrio financiero del sistema de Seguridad Social en pensiones y en la reserva presupuestaria. Ahora bien, el artículo 2º de la ley 797 en 2003 y artículo 13 de la Ley 100 de 1993, señala que los demandantes, estarán siempre inmersos en la prohibición para trasladarse en régimen pensional no teniendo otra posibilidad que ordenar el retorno a los demandantes al RPM, por lo que solicito al Tribunal condenar a la AFP ya que incumplió con el deber de brindar información a los afiliados, pues para mi representada los propios recursos económicos que ello genera se ajusta a la teoría del daño del Derecho civil, pues quien causa el daño, es quien debe repararlo".

ver con la decisión tomada por el actor, no siendo viable aceptarlo en el RPM, ya que con esta decisión se está afectando gravemente el sistema financiero y el sistema Seguridad Social en pensiones, previsto en el artículo 48 de la Constitución Política, igualmente expuso, debe tenerse en cuenta el impacto en el PIB en la reserva pensional que ha venido afectando de manera excesiva este tipo de procesos.

Por otro lado, argumentó, Colpensiones no tuvo injerencia en la celebración de los actos jurídicos, ya que, con el regreso del actor al régimen del RPM, existe una alta posibilidad de un futuro reconocimiento de derechos pensionales, lo cual genera un impacto en el equilibrio financiero del sistema de Seguridad Social en pensiones y en la reserva presupuestaria. Ahora bien, señaló, el artículo 2º de la ley 797 en 2003 y artículo 13 de la Ley 100 de 1993, señala que el demandante, estará siempre inmerso en la prohibición para trasladarse en régimen pensional no teniendo otra posibilidad que ordenar el retorno al RPM, siendo procedente condenar a la AFP ya que incumplió con el deber de brindar información al afiliado, en virtud de la teoría del daño del Derecho civil.

Por su parte la demandada PORVENIR indicó[2], si bien no se allegaron mayores documentales donde se pruebe la asesoría brindada al demandante, lo cierto es

---

[2] ***Recurso Porvenir S.A., récord 46:47:*** *"Estando en la oportunidad procesal correspondiente me permito interponer y sustentar recurso de apelación contra la sentencia acá notificada para que la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, revoque las condenas impuestas en contra de mi representada Porvenir para los procesos 2020 166 y 2021 14.*

Lo anterior de conformidad a las siguientes razones: Sea lo primero indicar que, si bien no se allegaron mayores documentales donde se pruebe la asesoría brindada a los demandantes, lo cierto es que, para la fecha del traslado de régimen en pensiones a los demandantes, así como sus posteriores traslados horizontales, no le eran exigibles a los fondos privados conservar una documental más allá del formulario de afiliación allegado, formulario que para la data fue suscrito, aprobado por la entonces Superintendencia Financiera, quien era la corporación a cargo de la vigilancia e inspección de las administradoras de pensiones.
Ahora bien, se llama la atención del despacho en cuanto qué los demandantes, en los hechos que relatan, lo que están haciendo es alegar su propia culpa en favor de su propio beneficio, pues es indispensable manifestar que los accionantes, al momento del traslado de régimen pensional, como en los traslados horizontales, contaban con condiciones necesarias y suficientes para verificar, corroborar y ampliar la información otorgada por los asesores o promotores comerciales de mi representada. Asimismo, ténganse en cuenta que los accionantes, como consumidores financieros también contaban con deberes como, por ejemplo, actuar con mediana de diligencia, lo cual supone que los mismos tuvieran un conocimiento de por lo menos del acto jurídico, que estaba realizando para poder así precisar las consecuencias de su traslado.

En cuanto al traslado y gastos de administración de lo descontado, primas o seguros previsionales, el traslado de dichos rubros no es viable, como quiera que estas sumas no están llamadas a financiar la pensión, pues tienen una destinación específica que por mandato legal ha sido cumplido plenamente por mi mandante en el manejo de las inversiones tendientes a obtener un incremento de rentabilidad de los aportes efectuados por los demandantes por lo que los rendimientos le han sido reconocidos en su cuenta de ahorro individual, al igual que al amparar las prestaciones económicas de invalidez y muerte a los actores durante el tiempo que estuvieron vinculados con Porvenir. Por otro lado, no tiene sentido conforme a las normas legales que regulan las restituciones mutuas que, en caso de declararse la nulidad o ineficacia de un acto jurídico, la persona a la

que, para la fecha del traslado de régimen en pensiones no le era exigible a los fondos privados conservar una documental más allá del formulario de afiliación allegado, formulario que para la data fue suscrito, aprobado por la entonces Superintendencia Financiera, quien era la corporación a cargo de la vigilancia e inspección de las administradoras de pensiones.

Anotó, el demandante alega su propia culpa en favor de su propio beneficio, pues es indispensable manifestar, al momento del traslado de régimen pensional contaba con condiciones necesarias y suficientes para verificar, corroborar y ampliar la información otorgada por los asesores o promotores comerciales de la AFP. Asimismo, como consumidor financiero también contaba con deberes como, por ejemplo, actuar con mediana diligencia, lo cual supone que el mismo tuviera un conocimiento de por lo menos del acto jurídico, que estaba realizando para poder así precisar las consecuencias de su traslado.

En cuanto al traslado y gastos de administración de lo descontado, primas o seguros previsionales, afirmó, el traslado de dichos rubros no es viable, como quiera que estas sumas no están llamadas a financiar la pensión, pues tienen una destinación específica que por mandato legal se ha sido cumplido en el manejo de las inversiones tendientes a obtener un incremento de rentabilidad de los aportes efectuados por el demandante por lo que los rendimientos han sido reconocidos en su cuenta de ahorro individual, al igual que cumplen el fin de amparar las prestaciones económicas de invalidez y muerte durante el tiempo que el actor estuvo vinculado con Porvenir.

Por otro lado, añadió, no tiene sentido conforme a las normas legales que regulan las restituciones mutuas que, en caso de declararse la nulidad o ineficacia de un

---

cual se ordena restituir un bien, en este caso unas sumas depositadas en una cuenta tengan que devolver las sumas que invirtió para mantener ese bien y para incrementarlo en cumplimiento a mandatos legales. Es claro, por lo tanto, que las sumas destinadas a los gastos de administración ya se han agotado o se extinguieron por haber sido destinadas al cumplimiento de su objetivo, que es manejar las cuentas de ahorro individual y, en consecuencia, no se puede imputar a Porvenir, devolver o retornar estos rubros descontados por gastos de administración.

Por último, es importante mencionar que al devolver las sumas de manera indexada generaría una doble actualización para la cuenta de ahorro individual, por cuánto el fin de los rendimientos asegura que el paso del tiempo los aportes consignados no pierdan el valor en este transcurso del tiempo. Luego, bajo los anteriores planteamientos, tendríamos que dar traslado de rendimientos de los aportes en el régimen de ahorro individual, así como el traslado de determinados rubros de manera indexada, siendo condenas de manera excluyente, como quiera que ambos conceptos cubrirían un mismo fin o el mismo objetivo de conformidad con los acá expuesto.”.

acto jurídico, la persona a la cual se ordena restituir un bien, en este caso unas sumas depositadas en una cuenta tengan que devolver las sumas que invirtió para mantener ese bien y para incrementarlo en cumplimiento a mandatos legales, siendo claro, que las sumas destinadas a los gastos de administración ya se han agotado o se extinguieron por haber sido destinadas al cumplimiento de su objetivo, que es manejar las cuentas de ahorro individual y, en consecuencia, no se puede imputar a Porvenir, devolver o retornar estos rubros descontados por gastos de administración.

Por último, mencionò, al devolver las sumas de manera indexada generaría una doble actualización para la cuenta de ahorro individual, por cuánto el fin de los rendimientos asegura que el paso del tiempo los aportes consignados no pierdan el valor en este transcurso del tiempo. Luego, bajo los anteriores planteamientos, tendríamos que dar traslado de rendimientos de los aportes en el régimen de ahorro individual, así como el traslado de determinados rubros de manera indexada, siendo condenas de manera excluyente, como quiera que ambos conceptos cubrirían un mismo fin o el mismo objetivo.

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda (Exp. Digital «*Archivo04*», páginas 3 y 4), las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (páginas 1 y 2, ibidem), aspirando principalmente se declare que fue mal asesorado e informado por parte de PORVENIR S.A. en el año 1999 con la finalidad de lograr el traslado de régimen pensional, que no hubo una real asesoría que incluyera una información veraz en cuanto a la manera, tiempo, monto de la mesada pensional al momento de estructurar el derecho a la pensión de vejez, que PORVENIR a través de información no veraz, llevó a al demandante a tomar la decisión de trasladarse de régimen pensional, prometiendo iguales y/o mejores beneficios económicos que los ofrecidos en el Régimen de Prima Media, generando una afectación de los derechos pensionales y existiendo una vulneración al derecho de información que genera el consentimiento informado en el traslado de régimen pensional, lo que derivó en la afectación a la vida digna del actor al momento de

estructurar el derecho a obtener la pensión, que PORVENIR vulneró los principios objetivos contenidos en la Ley 100 de 1993, en razón a que está generando un detrimento patrimonial y por ende una vulneración a la vida digna, se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado de la afiliación en pensiones con PORVENIR, por cuanto la misma careció de información veraz en el cambio de régimen pensional, debido a la fraccionada e incompleta asesoría sobre los riesgos que debía asumir en el cambio de régimen pensional, al no haber sido clara, completa, comprensible la manera como estaba diseñado el régimen de ahorro individual, incumpliendo el deber del consentimiento informado y detallado en la asesoría de cambio de régimen y durante la permanencia en este, consecuencialmente, se ordene el traslado a Colpensiones de todos los aportes, junto con sus rendimientos, frutos e intereses que actualmente tiene en PORVENIR con destino a Colpensiones quien fue la entidad que asumió las obligaciones del ISS, de acuerdo al Decreto 2013 de 2012. Se condene a PORVENIR a trasladar todos los aportes, efectuados junto con todos sus rendimientos, frutos, intereses, cuotas de administración, gastos de administración, seguros y demás emolumentos con destino a COLPENSIONES, se condene a Colpensiones a activar la afiliación del actor en el régimen de prima media con prestación definida y aceptar y recibir el traslado de los aportes del demandante, que el actor podrá solicitar el reconocimiento de la pensión de vejez de conformidad con los artículos 33 y 34 de la Ley 100 de 1993, una vez acredite los requisitos contemplados en dichas disposiciones, declaraciones extra y ultra petita que resulten probadas, costas y agencias en derecho. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró la ineficacia del acto de traslado del régimen de prima media administrado por el extinto Seguro Social al de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR, señalando como consecuencia de esta declaración que ningún efecto jurídico surgió el acto de traslado y por tanto, siempre estuvo el actor afiliado al régimen de prima media con prestación definida administrado actualmente por Colpensiones, ordenándose a la AFP PORVENIR, adonde se encuentra actualmente afiliado el demandante a trasladar a Colpensiones el saldo total de la cuenta individual de ahorro, incluidos los rendimientos financieros, sin descontar suma alguna por concepto de gastos de administración, prima de seguro previsional, prima de seguro previsional o porcentaje de pensión de garantía mínima los cuales se deben retornar debidamente indexados hacia Colpensiones, asimismo, se declararon no probadas las excepciones propuestas por las convocadas a juicio y fueron condenadas en costas.

Pues bien, para resolver la controversia, es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002[3].

Así las cosas, en el expediente se registra como fecha de nacimiento del actor el **10 de febrero de 1958** (Página 1, archivo 03, expediente digital), por lo que la edad de 62 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2020, procediendo a solicitar su traslado mediante la peticiòn elevada ante COLPENSIONES el 04 de febrero de 2020 (Páginas 7 y 9, ibidem), esto es, cuando se encontraba a menos de 10 años para adquirir el derecho pensional -tenía 61 años; y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1º de abril de 1994 -, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con 579,71 semanas (pág. 173 *«archivo22.pdf»*), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

Imagen semanas:

SUBTOTALES

HISTORIA HASTA 31/03/1994						HISTORIA TOTAL					
LABORADOS		LICENCIAS / MORAS		SIMULTANEOS		LABORADOS		LICENCIAS / MORAS		SIMULTANEOS	
Días	Semanas	Días	Semanas	Días	Semanas	Días	Semanas	Días	Semanas	Días	Semanas
4089	584.14	31	4.43	0	0.00	5698	814.00	31	4.43	0	0.00

TOTALES : LABORADOS-LICENCIAS-SIMULTANEOS				TOTALES : LABORADOS-LICENCIAS-SIMULTANEOS			
DIAS:	4058	SEMANAS:	579.71	DIAS:	5667	SEMANAS:	809.57

El número de semanas se calculó con días calendario

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

Ahora, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculado al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el **25 de noviembre de 1999 con fecha de efectividad 01 de enero de 2000** (*página 175, archivo 22 y página 35, archivo 03 del expediente digital»*), por afiliación que hiciera a PORVENIR S.A., específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP expedido por ASOFONDOS y el formulario de afiliación suscrito con esa AFP.

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

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

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

> *«Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos del tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.*
>
> *Es evidente que cualquier determinación personal de la índole que aquí se discute**, es eficaz**, cuando existe un consentimiento informado; en materia de seguridad social, el juez no puede ignorar que, por la trascendencia de los derechos pensionales, la información, en este caso, del traslado de régimen, debe ser de transparencia máxima.*
>
> *Para este tipo de asuntos, se repite, tales asertos no comprenden solo los beneficios que dispense el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de*

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

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

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

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

> *«(…)*
> *De modo que al no existir una norma explícita que regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico en la legislación civil, acudió al aludido precepto relativo a las consecuencias de la nulidad, el cual consagra las mismas consecuencias de aquella. Dicha disposición establece:*
>
> *Artículo 1746. La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita (subrayas fuera de texto).*
>
> *En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.*
>
> ***Entonces, según la norma precedente, el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición.*** *En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia*».

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

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

> «***1. La consecuencia de la inobservancia del deber de información: ineficacia del acto jurídico de cambio de régimen***
>
> *Al contestar la demanda, Colpensiones sostuvo que en este asunto no hay lugar a declarar la nulidad del traslado de la actora del régimen público de pensiones al privado, en la medida que no se demostró un vicio del consentimiento en la modalidad de error, fuerza o dolo.*
>
> *Ahora bien, el a quo declaró la nulidad de la afiliación de la demandante, pues, en su sentir, el «acto no existió y no puede causar ningún tipo de consecuencia, incluso desfavorable». En esa línea, condenó a Colfondos S.A. a devolver «todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de (…) LILIANA ANGULO RUIZ como comisiones, costos cobrados por administración, sumas adicionales, bonos pensionales de ser el caso, de conformidad con el art. 1746 que se hubieren generado junto con sus rendimientos», e impuso a Colpensiones la obligación de recibirlos y hacer los ajustes pertinentes en la historia laboral de la actora, sin solución de continuidad; esto es, «como si esa afiliación nunca hubiese existido».*
>
> *De ahí que le corresponda a la Sala precisar si la vía correcta es la nulidad o la ineficacia en sentido estricto.*
>
> *Pues bien, esta Corporación es del criterio que la reacción del ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por consiguiente, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC).*
>
> *[2: La ineficacia del acto posee las mismas consecuencias prácticas de la nulidad. Al respecto, la Sala Civil de esta Corporación ha sostenido que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, de suerte que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (SC3201-2018).]*
>
> *Lo anterior, debido a que en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el legislador consagró de manera expresa en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia. En efecto, el citado precepto refiere que cuando «el empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral […] la afiliación respectiva quedará sin efecto».*
>
> *Si esto es claro, resulta equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues el legislador expresamente consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL3464-2019, y especialmente la CSJ SL4360-2019)».*

En ese orden, no se trata de analizar la presencia de vicios que conlleven a la nulidad del negocio jurídico, sino de establecer el cumplimiento del deber de información como condición de eficacia del traslado de régimen pensional, razón

por la cual, no se requiere la acreditación en este juicio de la presencia de vicios que invaliden el consentimiento.

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

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

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

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

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011[5], Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y en las sentencias CSJ

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

"El yerro del Tribunal estuvo entonces, en no haberse percatado de que el documento analizado, muestra que evidentemente al actor no se le suministró la información adecuada, suficiente y cierta para su traslado.
"(…).
"Las administradoras de pensiones lo son de un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados, según lo prescribe el artículo 97 de la Ley 100 de 1993; la Ley radica en ellas el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, y cuyos deberes surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

> *«(…)* ***Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto.***
>
> *(…)*
>
> *Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*
>
> *(…).*
>
> *Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.*
>
> ***Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego.*** *A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (…)»*

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

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por el accionante[6], no acreditan de manera a alguna que conociera las

[6] ***Interrogatorio al demandante, récord 08:20, archivo 28: "****Trabajaba en José Pérez en una textilera, y llegaron 2 asesores los cuales hicieron unas preguntas para el formulario, el cual yo firme, eso fue lo que pasó, la reunión no sé si fue más de una hora con todos pero con cada uno de nosotros fue como 10 o 15 minutos máximo, los asesores nos sentaron en un escritorio, primero general y luego cada uno en el escritorio, duró más de una hora porque los asesores estuvieron con todos los funcionarios pero conmigo no duraron más de 15 minutos, lo que me explicó era que estaba la nueva forma de pensiones que era similar al Seguros Social e iban preguntando información para diligenciar el formulario, lo que nos dijeron fue que las pensiones del*

implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que a la empresa llegó el asesor e hizo una reunión de una hora para todos los trabajadores, aproximadamente, y estuvo con cada uno de 10 a 15 minutos, tiempo en el cual les preguntó información atinente a nombre, cédula, beneficiarios, dirección y al final solo firmó el formulario, sin que haya sido informado sobre las ventajas o desventajas de dicho traslado.

Nótese, de lo relatado por el demandante no es posible colegir de forma alguna que haya confesado la recepción de una información, clara, oportuna y certera y muchos menos que la AFP PORVENIR haya cumplido con su obligación de buen consejo, pues lo único que advierte la Sala es que los argumentos del accionante solo reafirman el incumplimiento de la AFP de sus deberes legales como administradora de pensiones, pues denotan la ausencia de una asesoría real y efectiva por parte de esa entidad al demandante para efectuar el traslado de régimen.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR (página 35, Archivo 03 expediente digital), este no constituye en manera alguna medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada (sentencias CSJ SL12136-2014 y CSJ SL1689-2019 y, en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus,* pues la afiliación y el deber de información

---

Fondo eran similares a las del Seguros Social, hablaron que habían beneficiarios que re3cibierian la pensión, inclusive inscribí a mi señora e hijos menores de edad y eso fue lo que entendí y explicaron en el tiempo que estuvimos, lo que entendí en su momento es que era un traslado del ISS a Porvenir, estábamos en el tema y hablaban que era del Banco de Occidente y para mi era confiable y no le vi inconveniente a ese traslado, yo estaba en el tema de ser privado y no del estado, creo que esa fue una de las razones, no me hablaron de pensión anticipada, aportes voluntarios, el formula<rio lo llenó el asesor, él me leía las preguntas, me preguntó mi nombre, cédula , beneficiarios, dirección y luego me lo pasó para firmar, no lo leí, lo di por leído por lo que me decía el asesor, me dijeron que era como el Seguro Social, no me hablaron de rentabilidades, a mi me llagaron los extractos y miraba el número de semanas que tenía, cerca al tiempo de esta diligencia porque vi que no era el privado como Colpensiones, no me daba el monto que yo pretendía, tome la decisión de volver, no me dijeron que no eran iguales cuando fui, fui a Chía y pregunté porque un compañero que se pensionó me dijo que pidiera un simulacro de pensión, precisamente, como hace unos 3 años, antes de instaurar la demanda fue que miré que eran distintos, lo sé porque un compañero me contó que fuera a Porvenir, la persona que me informa es el asesor de la oficina y lo que hago son cuentas de lo que ganaba en el momento y consultando con mi amigo salía mucha diferencias con el régimen privado, la proyección de Porvenir la hizo el asesor, a Colpensiones no le pedí una proyección, estuve viendo el número de semanas que debía completar y los porcentajes, de acuerdo a lo que leí en internet".

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

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

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

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

> ***«1. El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones: Un deber exigible desde su creación***
>
> ***1.1 Primera etapa: Fundación de las AFP. Deber de suministrar información necesaria y transparente.***
> *El sistema general de seguridad social en pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del otorgamiento de diferentes tipos de prestaciones. Con este fin, la Ley 100 de 1993 diseñó un sistema complejo de protección pensional dual, en el cual, bajo las reglas de libre competencia, coexisten dos regímenes: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (AFP).*

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

Ahora bien, para la Sala la incursión en el sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS y, por tanto, de la prestación de un servicio público esencial, estuvo, desde un principio, sujeto a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba.
...
En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.° del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

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

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

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

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

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

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR S.A. omitió en el momento del traslado de régimen **(25 de noviembre del 1999,** efectivo el **01 de enero del 2000)** el deber de información para con el promotor del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia CSJ SL12136-2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.
Es menester precisar, no tiene incidencia alguna que el actor no sea beneficiario del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicios antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación con la información que se le debía suministrar cuando se trasladó de régimen. Al respecto se puede consultar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia CSJ STL11385 del 18 de julio de 2017, radicado 47646.

En ese orden, la ineficacia del traslado de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado por parte de la administradora de pensiones PORVENIR (fondo actual al que se encuentra afiliado el actor) , del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, gastos de administración, seguros previsionales y fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados, como también la activación de su afiliación por parte de COLPENSIONES en el régimen de prima media con prestación definida, de tal manera se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto, aclarando en este punto y para resolver la apelación de COLPENSIONES, en relación con el principio de la relatividad jurídica, consistente en que los terceros no pueden interferir en convenios de los que no son parte, aunque esta entidad no intervino de manera directa en el acto jurídico de traslado, no puede perderse de vista que en la actualidad dentro de la estructura del sistema de pensiones es la única entidad administradora del régimen de prima

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

Debe precisarse, atendiendo el grado jurisdiccional de consulta en que se conoce el presente proceso en favor de COLPENSIONES, que se adicionará el ordinal segundo del fallo de primer grado, en cuanto a la devolución indicada, PORVENIR S.A. debe devolver a COLPENSIONES, además de lo ordenado por la *a quo* las **comisiones**, por el tiempo en que el demandante estuvo aparentemente afiliado a esa administradora, por virtud del restablecimiento de las cosas a su estado inicial.

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

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

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

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

> *«****Es cierto que dicho ajuste no hizo parte de las pretensiones de la demanda, pero también lo es que, pese a ello, su imposición oficiosa es perfectamente viable porque la indexación no comporta una condena adicional a la solicitada.***
>
> *En efecto, la indexación se erige como una garantía constitucional (art. 53 CP), que se materializa en el mantenimiento del poder adquisitivo constante de las pensiones, en relación*

> *con el índice de precios al consumidor certificado por el DANE. A su vez, el artículo 1626 del Código Civil preceptúa que «el pago efectivo es la prestación de lo que se debe», esto es, que la deuda debe cancelarse de manera total e íntegra a la luz de lo previsto en el artículo 1646 ibídem. De ahí que, si la AFP no paga oportunamente la prestación causada en favor del afiliado, pensionado o beneficiario, tiene la obligación de indexarla como único conducto para cumplir con los mencionados estándares de totalidad e integralidad del pago. Por tal motivo, es incompleto el pago realizado sin el referido ajuste cuando el transcurso del tiempo devaluó el valor del crédito.*
>
> *Ahora, la indexación no implica el incremento del valor de los créditos pensionales, ya que su función consiste únicamente en evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción del patrimonio de quien accede a la administración de justicia, causada por el transcurso del tiempo. Tampoco puede verse como parte de la mesada, puesto que no satisface necesidades sociales del pensionado, y menos como una sanción, ya que lejos de castigar al deudor, garantiza que los créditos pensionales no pierdan su valor real»* (Negrillas de la Sala).

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

> ***«7. Consecuencias de la declaración de ineficacia***
> *Por no estar acreditado que PORVENIR S. A. hubiere consignado a COLPENSIONES, los aportes que la demandante tenía en su cuenta individual con sus rendimientos, incluyendo también los valores correspondientes a gastos de administración, los cuales según se expuso en las sentencias CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019, debe asumir con cargo a sus propios recursos,* ***se le ordenará la devolución de esos dineros, debidamente indexados,*** *junto con el valor del bono a COLPENSIONES y a favor del actor»* (Negrillas y subrayas fuera de texto).

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

En relación con los argumentos de apelación de PORVENIR, relacionados con la devolución de los rendimientos, gastos de administración y seguros previsionales, resulta que estos surgen como consecuencia de la afiliación, y en ese orden, al declararse la ineficacia del traslado, resulta claro que dichos conceptos quedan sin fundamento, pues lo que ocurre es que la situación de afiliación del actor vuelve a su estado inicial es decir es como si dichos conceptos no se hubiesen generado, razón por la cual es procedente la remisión de la totalidad de los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual del demandante a Colpensiones (actual administradora del RPM), incluyendo las sumas de gastos de administración, rendimientos, primas y seguros previsionales. Así fue consignado en sentencia de

la CSJ Sala Laboral SL 2914 del 22 de julio del 2020, en la que cita la del 8 septiembre 2008, radicado 31989, donde se dijo:

> *«Las consecuencias de la nulidad de la vinculación respecto a las prestaciones acaecidas no es plenamente retroactiva como lo determina la normatividad del derecho privado, la que no tienen cabida enteramente en el derecho social, de manera que a diferencia de propender por el retorno al estado original, al momento en que se formalizó el acto anulado, mediante la restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubieren dado o recibido, ha de valer el carácter tutelar y preservar situaciones consolidadas ya en el ámbito del derecho laboral ora en el de la seguridad social; en la doctrina es indiscutido que la nulidad del contrato de trabajo, no priva al trabajador del derecho a su remuneración; o que en materia de seguridad social, en el laboral administrativo, según el mandato expreso del artículo 136 del C.C.A. el trabajador o el afiliado de buena fe, tiene el derecho a conservar, sin deber de restituir las prestaciones que le hubieren sido pagadas.*
>
> *[…]*
>
> *La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C.,* ***esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.***
>
> *Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual,* ***ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.***
>
> *Las consecuencias de la nulidad no pueden ser extendidos a terceros, en este caso, a la administradora del régimen de prima media en el que se hallaba el actor antes de producirse la vinculación cuya nulidad se declara, de modo que no debe asumir por el sistema de pensiones sanciones derivadas de la mora en el pago íntegro del derecho pensional, obligaciones por las que sólo ha de responder a partir de cuándo le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada."*

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

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

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

Sobre este aspecto, la Máxima Corporación ha expresado que las decisiones de declaratoria de ineficacia no lesionan «*el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas*» (Sentencia CSJ SL2877-2020).
En lo que atañe a la excepción de prescripción interpuesta por COLPENSIONES[7], a favor de quien se surte la consulta (página 30 a 31, *«Archivo 22»*), basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia CSJ SL1689-2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que, además, está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por la encartada, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

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

SIN COSTAS en esta instancia.

---

[7] Se estudia la excepción solo a favor de COLPENSIONES en virtud de la consulta, por haber sido oportunamente propuesta al contestar la demanda, la cual se tuvo por contestada mediante auto 10 de octubre de 2022 (Págs. 1 y 2, «23ExpedienteDigital.pdf»).

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

R E S U E L V E

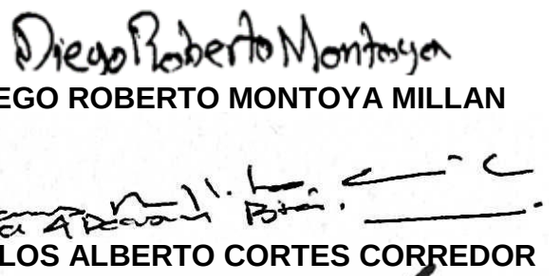
PRIMERO: ADICIONAR el ordinal **SEGUNDO** del fallo de primer grado, para ordenar a **PORVENIR S.A.** devolver a **COLPENSIONES** además de lo ordenado por la Juez *a quo* las **comisiones** debidamente **indexadas** con cargo a sus propias utilidades, por el tiempo en que el demandante estuvo aparentemente afiliado a esa administradora, conforme lo considerado.

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

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

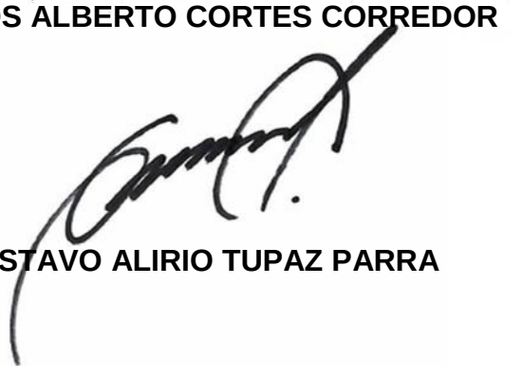
CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL

BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

ACTA DE AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO CELEBRADA DENTRO DEL PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR FANNY ELVIRA BETANCOURT GODOY CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES– Y COMO VINCULADA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES -UGPP- (RAD. 15 2020 00435 01).

Bogotá D.C. treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

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

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del grado jurisdiccional de consulta en favor de **COLPENSIONES,** contra la sentencia proferida por el Juez Quince Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 09 de marzo de 2023 (38Audiencia20230309, récord, 1:04:54), en la que se resolvió:

> *"**PRIMERO. - CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** al reconocimiento y pago a favor de la señora Demandante **FANNY ELVIRA BETANCOURT GODOY**, de la pensión de vejez a que tiene derecho conforme los términos del acuerdo 049 de 1990, a partir del día 1 de diciembre del año 1997, en un valor que corresponderá al mínimo legal vigente de la época de $172.005, la cual se pagará entonces en 14 mesadas pensionales al año, conforme se expuso en la parte motiva.*
>
> ***SEGUNDO. - DECLARAR** afectado por el fenómeno jurídico de la prescripción las mesadas pensionales causadas con anterioridad al día 20 de noviembre del año 2017, pagándose efectivamente la prestación pensional, a partir de dicha fecha 20 de noviembre de 2017, en un valor porcentual, salario mínimo legal vigente de $733.717, en 14 mesadas, retroactivo mesadas pensionales estas que se cancelarán*

> *debidamente indexadas desde la fecha de causación de cada una y hasta su momento efectivo de pago por parte de* ***COLPENSIONES****.*
>
> ***TERCERO. - AUTORIZAR*** *a la* ***ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES*** *a que descuente el retroactivo que se dispone en reconocer, en el numeral anterior, la suma de 5'656.226 y $907.782 pagados, respectivamente, a título de indemnización sustitutiva de la pensión por parte de COLPENSIONES y la UGPP, los cuales se descontarán debidamente indexados desde la fecha de pago a la señora Demandante y la fecha en que se efectúe dicho descuento, conforme se expuso en la parte motiva*
>
> ***CUARTO. - CONDENAR*** *en costas a* ***COLPENSIONES*** *para el efecto se fija, como agencias en derecho a su cargo, lo correspondiente a un salario mínimo legal vigente para el año 2023, sin costas respecto a la UGPP.*
>
> ***QUINTO. - ABSOLVER*** *de todas y cada una de las pretensiones invocadas en la presente acción a la* ***UGPP*** *y en estos términos declarar demostradas las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido propuesta por esta parte y* ***ABSOLVER*** *a* ***COLPENSIONES*** *de la pretensión relacionada con los intereses moratorios y, en estos términos, declarar frente a esta demostradas las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido propuesta por COLPENSIONES respecto a esta pretensión de intereses moratorios.*
>
> ***SEXTO****. - Si la presente providencia no fuere impugnada y, dada la naturaleza jurídica de* ***COLPENSIONES*** *y la condena que se ha proferido, entonces se remitirán las diligencias al superior, para efectos de que las revisen en el grado jurisdiccional de consulta.*
>
> ***SÈPTIMO****. - Igualmente se autoriza que, del retroactivo de la señora Demandante, se descuente a* ***COLPENSIONES****, se descuente lo correspondiente pues a los aportes a la Seguridad Social en su sistema de salud, como pensional, bueno, todo lo anterior, conforme se expuso en la parte motiva.".*

Inconforme con la decisión, la entidad vinculada UGPP, solicitó aclaración de la sentencia, exponiendo (archivo 38Audiencia20230309):

> *"La aclaración que solicito es porque si bien en la parte resolutiva se establece que la UGPP prospera la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva y que queda excluida de las pretensiones, lo cierto es que en la parte considerativa del fallo sí se estableció una relación con COLPENSIONES en cuanto al reconocimiento pensional y la solicitud de aclaración va en el sentido de que, se indique si el pago se lo va a descontar directamente COLPENSIONES del retroactivo pensional o si la UGPP por el contrario, tiene que entrar a hacer un pago adicional, porque tal como está en la sentencia pareciera o diera a entender que COLPENSIONES en un futuro puede solicitar emolumentos o sumas dinerarias a mi representada".*

Así discurrió el a quo (archivo 38, récord 1:09:30):

> *"Sí, claro Doctor eso yo lo dejé claro, o sea, como se trata una pensión con cuota aparte, en su momento COLPENSIONES, por vía interna, porque ustedes no son demandados, ni hay pretensiones dirigidas, ni hay una demanda de reconvención de COLPENSIONES y además por vía administrativa y como ocurre en todas las*

> *pensiones de cuota parte, pues se efectuará un cobro de la cuota parte para financiar la pensión de la señora Fanny, entonces, de ese cobro que le hagan a ustedes, de la cuota parte deberá o descontarse lo que pagó a la señora por concepto de indemnización sustitutiva, se autorizó a COLPENSIONES para que les cuente los $907.782 que ustedes pagaron, y del cobro de cuota parte ustedes pues, descontarán o le rebajará esa suma porque ya la habrá descontado del retroactivo, pero acá no se establece, digamos en este proceso ninguna obligación por parte del UGPP ni demás, eso ya será un trámite interno allá, de cobrar la cuota aparte, eso sí aclaro, digamos acá en la sentencia, yo no puedo ir a entrar a establecer obligaciones de usted a favor de COLPENSIONES porque no hay demanda de reconvención y además eso no, no era objeto de litigio".*

Resuelto lo anterior, la UGPP interpuso recurso de apelación, manifestando[1], no ser responsable de emolumento alguno, en cuanto a la pretensión de la demandante, pues en su sentir, la obligación quedó extinta cuando la UGPP reconoció la indemnización sustitutiva, siendo claro que existe incompatibilidad pensional cuando se solicitó la indemnización al tener por cumplidos los requisitos para la prestación. Agregó, la demandante no tenía ninguno de los requisitos cuando hizo la solicitud, siendo obligación de la entidad reconocer la

---

[1] ***Recurso demandada UGPP, récord: 1:10:54): "****Muchísimas gracias, señor juez, de manera respetuosa procedo a interponer el recurso de apelación contra el fallo que se dictó y su respectiva aclaración, teniendo en cuenta, en primer lugar, que en cuanto a mi representada y en la situación administrativa que se vio en la obligación jurídica que se habla en la sentencia, mi representada, efectivamente, no es responsable de emolumento alguno, en cuanto a la pretensión de la demandante, claramente la obligación quedó extinta en el momento en el que mi representada le hizo a ella de la indemnización sustitutiva, como bien lo indicó el fallo, lo claro es que existe incompatibilidad pensional cuando la demandante, o quien desea obtener un derecho prestacional, solicita la indemnización sustitutiva teniendo cumplidos los requisitos para la prestación, pero cuando ella hace esto, ante mi representada, lo cierto es que no tenía ninguno de los requisitos, por ende, claramente la obligación legal de mi representada en ese momento fue reconocer esa indemnización sustitutiva, al darle ese dinero, claramente las obligaciones o las semanas de cotización no pueden verse otra vez, afectada a mi representada, pues si bien dentro del fallo se genera esa obligación, lo cierto es que se está constituyendo una obligación de mi representada que está por fuera de la ley al reconocer emolumentos que ya le reconoció y que, de todas maneras, si bien el fallo se establece de forma clara, que COLPENSIONES, podrá hacer el descuento con su respectiva indexación, lo cierto es que sí se está viendo afectado el erario público y las obligaciones de mi representada a partir de situaciones que ya fueron extintas.*

Así las cosas, eh, mi representada tiene que verse absuelta en todos y cada uno de los elementos y no se puede ver vinculada de forma alguna, lo cierto es que el fallo pareciera incurrir en un error de congruencia al establecer unas obligaciones en la parte considerativa y no dejarlas de forma tan clara en la parte resolutiva, porque lo cierto es que sí habilita a COLPENSIONES a tener emolumentos que están por fuera de la ley, a cobrar a mi representada emolumentos por fuera de la ley que se originan en este fallo.

Así las cosas, solicito al Honorable Tribunal que revoque la sentencia en lo que tiene que ver con mi representada, puesto que las obligaciones derivadas del presente fallo no le pueden ser oponibles, porque reitero la obligación jurídica con la demandante ya se encuentra extinta y debe tenerse en cuenta que la pensión que se está reconociendo, nunca ha sido legalmente atribuida a mi representada, es una prestación de carácter especial cuya cabeza recae únicamente en ***COLPENSIONES****.*

En ese sentido, señor juez, de manera respetuosa dejo presentado el recurso de apelación y debidamente sustentado para que se dé trámite".

indemnización sustitutiva y al darle el dinero, claramente las obligaciones o las semanas de cotización no pueden reclamarse otra vez.

Concluyó, si bien dentro del fallo se genera la obligación, lo cierto es que se está constituyendo una obligación a la UGPP que está por fuera de la ley al reconocer emolumentos que ya fueron reconocidos y que, de todas maneras, si bien el fallo establece de forma clara que COLPENSIONES, podrá hacer el descuento con su respectiva indexación, lo cierto es que se está afectado el erario público y las obligaciones de la entidad a partir de situaciones que ya fueron extintas.

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 FANNY ELVIRA BETANCOURT GODOY, las pretensiones relacionadas a página 1 del archivo 01, **las cuales encuentran sustento en los hechos relatados a páginas 1 y 2, ibidem;** encaminadas a que se declare que le asiste derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez en los términos del Decreto 758 de 1990 y las sentencias CSJ SL1974 y SL1981 de 2020, consecuente con ello, se condene a Colpensiones a reconocer y pagar la pensión de vejez de conformidad con lo establecido en el Decreto 758 de 1990 junto con el pago del retroactivo pensional, intereses moratorios o subsidiariamente la indexación, agencias en derecho, costas y todo lo que resulte probado *ultra y extra petita*. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones** por cuanto se condenó a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, conforme los términos del Acuerdo 049 de 1990, a partir del 1º de diciembre del año 1997, en un valor que corresponderá al mínimo legal vigente de la época de $172.005, la cual se pagará en 14 mesadas pensionales al año, se declaró probada la excepción de prescripción frente a las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 20 de noviembre del año 2017, pagándose efectivamente la prestación pensional a partir del 20 de noviembre de 2017, en un valor porcentual del salario mínimo legal vigente en 14 mesadas, retroactivo que se ordenó pagar debidamente indexado. Igualmente, autorizó a COLPENSIONES a descontar del

retroactivo la suma de $5’656.226 y $907.782, sumas pagadas a título de indemnización sustitutiva de la pensión por parte de COLPENSIONES y la UGPP, los cuales se descontarán debidamente indexados desde la fecha de pago a la actora y la fecha en que se efectúe dicho descuento y se condenó en costas a Colpensiones. Por último, se autorizó que del retroactivo se descuente lo correspondiente a los aportes a la Seguridad Social en salud.

Aunado a ello, el *a quo* absolvió a la UGPP de todas y cada una de las pretensiones invocadas en la presente acción (numeral quinto) al considerar que no se solicitó condena alguna en su contra ni existe demanda de reconvención en esta litis, sin embargo, hizo alusión, dado que la entidad debe asumir la cuota parte en la prestación de vejez reconocida a la aquí demandante, es viable autorizar el descuento de la suma reconocida por concepto de indemnización sustitutiva en cuantía de $907.782 pesos.

Pues bien, dado que el presente asunto se conoce en virtud del grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, la Sala estudiará la sentencia en los aspectos que fueron adversos a aquella.

Igualmente, se resalta, pese a que la UGPP formuló recurso de apelación, el mismo no es procedente en la medida que no se encuentra legitimada para recurrir al no haberse fulminado condena en su contra, corriendo la misma suerte el grado jurisdiccional de consulta, razón por la cual, se dejará sin efecto el auto de fecha 27 de marzo de 2023 (*carpeta segunda instancia, archivo 03.pdf*), solo en lo que respecta a la UGPP, ya que se admitió el recurso de apelación interpuesto por dicha entidad y el grado jurisdiccional de consulta en su favor, quedando incólume la obligación de surtir la consulta **solo** en favor de Colpensiones.

En este orden de ideas, corresponde a la Sala establecer en primer lugar si la demandante es beneficiaria del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, beneficio que de acuerdo con la modificación introducida al artículo 48 de la Constitución Política, por medio del parágrafo transitorio 4º del acto legislativo 01 de 2005[2], tiene dos límites temporales, el

[2] "***Parágrafo transitorio 4o***. *El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su*

primero de ellos, el 31 de julio de 2010, término para que los beneficiarios del citado régimen acreditaran el cumplimiento de los requisitos de edad y semanas de cotización o tiempo de servicios con miras a que tales supuestos y el monto de la pensión de vejez, fueran los establecidos en el régimen anterior al cual se encontraban afiliados; y el segundo, en el evento de acreditar 750 semanas de cotizaciones acumuladas a la fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo -29 de julio de 2005- el beneficiario del régimen de transición continuaría cobijado por el mismo hasta el año 2014.

De tal manera, en el expediente reposa copia de la cédula de ciudadanía de la demandante *(Archivo 02 expediente digital, pág. 1)* que da cuenta de su fecha de nacimiento el **12 de junio de 1941**, ello permite concluir que a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es, al **1° de abril de 1994** la actora contaba con **53** años de edad, por tanto, en principio sería beneficiaria del régimen de transición, por lo menos hasta el 31 de julio de 2010 y, eventualmente, hasta el año 2014, debiendo proceder entonces a la verificación del régimen que le sería aplicable a efecto de establecer sus requisitos y la acreditación de los mismos en el plenario.

En cuanto al régimen anterior, se observa que la señora FANNY ELVIRA BETANCOURT GODOY durante su vida laboral efectuó cotizaciones a CAJANAL al estar vinculada al Hospital Santa Clara E.S.E., desempeñándose como Auxiliar de Enfermería entre el **1º de diciembre de 1980 al 20 de diciembre de 1984**, conforme se extrae del certificado CETIL que obra en la página 3 a 5 del archivo 02 del expediente digital, lo que permite concluir, este interregno obedece a tiempos públicos.

Asimismo, la demandante efectuó cotizaciones al extinto Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones, desde el **1º de septiembre de 1975 al 30 de noviembre de 1997**, fechas que se consignan en el *"RESUMEN DE SEMANAS COTIZADAS POR EMPLEADOR"* aportado por COLPENSIONES y actualizado al 08 de marzo del 2017 (Archivo 02 expediente digital, páginas 6 y 7), por manera

---

equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014.

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

que, el régimen anterior aplicable a la situación pensional de la actora lo sería el contenido en el Acuerdo 049 de 1990, que en su artículo 12 exige la edad de 55 años para la mujer y la acumulación de 500 semanas cotizadas en los 20 años anteriores al cumplimiento de la misma o 1000 semanas en cualquier tiempo, eso sí, como se dijo, antes del 31 de julio de 2010.

En relación con el requisito de edad, encuentra la Sala que la demandante alcanzó los 55 años el **12 de junio de 1996**, pues nació el mismo día y mes de 1941, y en cuanto a las semanas, se advierte, conforme a la historia laboral atrás citada -*actualizada al 08 de marzo de 2017*-, acredita un total de **441,29** y en la Caja de Previsión Social -CAJANAL- un total de **208** semanas, de las cuales **591**[3] fueron cotizadas en los 20 años anteriores al cumplimiento de los 55 años, esto es, del **12 de junio de 1996 al 12 de junio de 1976**.

Debe precisarse respecto a la posibilidad de acumular tiempo de servicio público al tiempo de semanas de cotización exclusivas al ISS, de acuerdo a lo expuesto entre otras en sentencias de Casación Laboral como la CSJ SL-1981-2020, CSJ SL1947-2020 y CSJ SL485-2021, para las pensiones de vejez contempladas en el Acuerdo 049 de 1990 aplicable por vía del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, si es posible consolidar semanas cotizadas tanto al ISS como los tiempos laborados a entidades públicas, expresando la jurisprudencia en cita que si el artículo 36 ibidem señala que los efectos de la norma anterior aplicable solo se da para los aspectos de edad, tiempo y monto, en lo demás aplica las reglas de la Ley 100 de 1993, resulta entonces que la forma de computar las semanas para

[3] **COLPENSIONES**

[1]Identificación Aportante	[2] Nombre o Razón Social	[3] Desde	[4]Hasta	[5] Último Salario	[6]Semanas	[7]Lic	[8]Sim	[9]Total
1002402888	MANHATAN DE COL	08/07/1986	29/04/1988	$ $30.150	94,57	0,00	0,00	94,57
1009713188	ANTONIO ANGULO B.	22/11/1990	31/12/1994	$ $98.700	214,43	0,00	0,00	214,43
19398485	ANTONIO ANGULO BETAN	01/01/1995	31/12/1995	$ $119.000	51,43	0,00	0,00	51,43
19398485	ANTONIO ANGULO BETAN	01/01/1996	31/12/1996	$ $142.200	51,43	0,00	0,00	51,43
19398485	ANTONIO ANGULO BETAN	01/01/1997	30/06/1997	$ $172.100	20,57	0,00	0,00	20,57
830019454	UNION TEMPORAL E Q P	01/07/1997	30/09/1997	$ $307.000	8,86	0,00	0,00	8,86
830019454	UNION TEMPORAL E Q P	01/11/1997	30/11/1997	$ $10.000	0,00	0,00	0,00	0,00
						[10] TOTAL SEMANAS COTIZADAS:		441,29

CAJANAL

30. PERIODOS DE APORTES						31. Al empleado se le descontó para seguridad social?	32. CAJA, FONDO O ENTIDAD A LA APORTES
DESDE			HASTA				
Dia	Mes	Año	Dia	Mes	Año		Nombre
1	12	1980	20	12	1984	SI	CAJANAL

dicho tipo de prestaciones se rige por el literal f) del artículo 13, artículo 33 parágrafo 1° y parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que disponen la posibilidad de sumar tiempos privados y públicos, así estos no hayan sido objeto de aportes a cajas, fondos o entidades de previsión social.

De tal manera, al ser procedente la sumatoria de tiempos públicos y privados, en el presente asunto se encuentra acreditado que la demandante cuenta con **649,29**, cotizadas en toda su vida laboral, cumpliendo así con el requisito de semanas exigido por el Acuerdo 049 de 1990, tal y como lo dispuso el fallador de primera instancia.

De tal manera, en consideración a que la situación pensional de la demandante se encuentra definida con fundamento en el Decreto 758 de 1990, resulta aplicable en autos el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, el cual hace parte de la normatividad que rige el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, disponiéndose en el precepto citado: *"La pensión de vejez se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos establecidos en el artículo anterior, pero será necesaria su desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar de la misma",* mientras que en el artículo 35 indica *"Las pensiones del seguro social se pagarán por mensualidades vencidas, previo el retiro del asegurado del servicio o del régimen, según el caso, para que pueda entrar a disfrutar de la pensión".*

Por lo anterior, no cabe duda para esta Sala, la existencia del derecho pensional en cabeza de la promotora de la litis, siendo el reconocimiento pensional en principio a partir del día siguiente a la última cotización efectuada al sistema, esto es, el **1° de diciembre del 1997** (ver Archivo 02, página 7 de la historial laboral aportada por Colpensiones).

Es esta medida, si bien la accionante adquirió el status pensional el 12 de junio de 1996 y elevó solicitud de reconocimiento de una indemnización sustitutiva el 13 de junio de 2017 al contar con 441 semanas cotizadas a Colpensiones, lo cierto es que solo hasta el **20 de noviembre de 2020** (página 8, archivo 02) solicitó la pensión en virtud del cambio jurisprudencial relacionado con la sumatoria de tiempos públicos y privados, reuniendo así la densidad de semanas (500) para

acceder al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, por lo que a juicio de la Sala, y contrario a la considerado en primera instancia el reconocimiento del derecho **debe proceder a partir de la data en que se solicitó el mismo,** pues solo hasta esa fecha COLPENSIONES pudo conocer la voluntad de la afiliada de ser acreedora del derecho pensional, por tanto, se modifica en este punto el fallo de primer grado en virtud de la Consulta que se surte en favor de COLPENSIONES.

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

En cuanto a la cantidad de mesadas a reconocer, es menester traer a colación la previsión consagrada en el inciso 8º del artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2005, que señala que *"Las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año"*, consignándose en el Parágrafo transitorio 6º *"Se exceptúan de lo establecido por el inciso 8° del presente artículo,* ***aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año".*** *(Negrilla y subrayado de la Sala),* en consecuencia, fue acertada la decisión del a quo al reconocer 14 mesadas a la actora al cumplir el estatus pensional el 12 de junio de 1996.

Establecido lo anterior, dado la modificación en la fecha desde donde se debe otorgar a la actora el reconocimiento pensional, procede la Sala en virtud del grado jurisdiccional de consulta a concretar el valor del retroactivo de las mesadas causadas del **20 de noviembre del 2020 al 31 de mayo del 2023,** la suma de **$34.538.310,90**, siendo procedente adicionar la sentencia en este sentido.

Tabla Retroactivo Pensional					
Fecha inicial	***Fecha final***	***Incremento %***	***Valor mesada calculada***	***N°. Mesadas***	***Subtotal***
20/11/20	*31/12/20*	*3,80%*	*$ 877.803,00*	*2,30*	*$ 2.018.946,9*
01/01/21	*31/12/21*	*1,61%*	*$ 908.526,00*	*14,00*	*$ 12.719.364,0*
01/01/22	*31/12/22*	*5,62%*	*$ 1.000.000,00*	*14,00*	*$ 14.000.000,0*
01/01/23	***31/05/23***	*13,12%*	*$ 1.160.000,00*	*5,00*	*$ 5.800.000,0*
Total retroactivo				***$ 34.538.310,90***	

Página 1

Igualmente, considera la Sala, el juez de primer grado acertó al disponer que el valor del retroactivo se haga debidamente indexado, en tanto para la calenda en la que se trasladen esos recursos, habrá transcurrido un tiempo considerable durante el cual dicho valor habrá perdido poder adquisitivo, de allí que sea procedente su indexación, ya que su función consiste únicamente en evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción del patrimonio de quien accede a la administración de justicia, causada por el transcurso del tiempo (CSJ SL359 - 2021, reiterada en la SL859 – 2021).

No obstante debe en este punto la Sala, estudiar la excepción de prescripción oportunamente propuesta por COLPENSIONES[4], es de advertir, se solicitó la pensión de vejez el **20 de noviembre de 2020**[5], negada por acto Administrativo SUB 265078 del 04 de diciembre de 2020 (*ExpedienteAdministrativoColpensiones*, archivo 13 expediente digital), notificada el 29 de enero de 2021 (archivo GRF-CLD-NA-2020_12534927-20210129083920 del expediente administrativo) y se acudió a la jurisdicción el **25 de noviembre del 2020**[6] (Archivo 3 expediente digital), por lo que es claro que la prescripción NO cobró operatividad y en esa medida no se encuentra probado el medio exceptivo alegado, pues no transcurrieron más de los tres años establecidos en el artículo 151 del C.P.L. y S.S., se revocará la sentencia en este sentido.

---

[4] *Colpensiones formuló excepción en la página 4 del archivo 12 y se tuvo por contestada en auto del 27 de enero de 2023, archivo 18.*

UGPP formuló excepción a página 3 del archivo 34 y se tuvo por contestada en auto del 19 de enero de 2023.

[5] *Reclamación que obra en la página 8 del archivo 02.*

[6] *La demanda fue admitida el 05 de marzo de 2021 (Archivo 05 expediente digital) y notificada a COLPENSIONES el 8 de noviembre de 2021 (Archivo 10 expediente digital), esto es, dentro del año establecido en el artículo 94 del C.G.P.*

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

Finalmente, debe advertirse, el pago de la indemnización sustitutiva no impide el estudio del reconocimiento pensional, no es incompatible, mucho más, en tratándose de un cambio de criterio jurisprudencial consistente en la sumatoria de tiempos públicos y privados debidamente cotizados. Puntualmente, en sentencia CSJ 381-2023 se dispuso que el pago de la indemnización sustitutiva no impide el reconocimiento de la pensión de vejez si el derecho pensional se consolidó en fecha anterior a la solicitud, presupuesto que se da en este caso, pues la demandante habiendo cumplido el estatus en junio de 1996, solo hasta el 13 de junio de 2017 acudió a reclamar la indemnización sustitutiva, derecho que si bien a dicha data era procedente, con el nuevo cambio jurisprudencial es viable acceder al reconocimiento y pago de la pensión de vejez y por ende, descontar las sumas pagadas por concepto de indemnización sustitutiva.

Frente a los descuentos por concepto de los valores reconocidos y pagados a la demandante en cuantía de $5.656.226 y $907.182, debe advertirse, son procedentes, tal como lo dispuso el a quo, en la medida que la alta Corporación ha dejado claro que se debe autorizar a Colpensiones para que del retroactivo causado, descuente de forma indexada el valor reconocido por indemnización sustitutiva. Así se discurrió en sentencia SL 208-2023:

> *"De otra parte, Colpensiones mediante Resolución GNR123138 del 28 de abril de 2016, le reconoció al actor la suma de $9.631.485 por concepto de indemnización sustitutiva. Tal pago no impide que se reconozca la pensión de vejez, cuando para el momento de la solicitud ya se contaba con los requisitos para acceder a la prestación principal (CSJ SL SL5659-2021).*
>
> *Lo anterior teniendo en cuenta que la indemnización sustitutiva es una prestación subsidiaria o residual respecto de la pensión de vejez, es decir, solo procede el reconocimiento de aquella cuando la persona a pesar de tener la edad, no ha cumplido con el número mínimo de semanas y no tiene la posibilidad de seguir cotizando para el riesgo de vejez y, además, cuando el trabajador cumple con los requisitos mínimos para acceder a la pensión de vejez, ya tiene un derecho adquirido (CSJ SL11042-2014).*
>
> *Acorde con las razones explicadas, no le asiste razón a la administradora en su apelación en punto a la imposibilidad de reconocer la pensión de vejez por haber pagado*

la referida indemnización.

Ahora, esta corporación considera que acertadamente en el fallo de primer grado autorizó a Colpensiones para que dedujera la suma pagada por concepto de indemnización sustitutiva de la pensión de vejez; sin embargo, en grado jurisdiccional de consulta la modificará en el sentido de que tal valor también debe ser indexado, con miras a evitar un detrimento del fondo público.

Así lo dispuso la Corte en decisión CSJ SL2876-2022, en la que dijo:

> *Por último, para evitar un detrimento del fondo público, este podrá descontar de las anteriores cifras los dineros que recibió el demandante por concepto de indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, cifra que igualmente deberán ser indexadas en aplicación de la fórmula antes descrita.*

De ahí que lo procedente es autorizar a Colpensiones para que del retroactivo pensional liquidado descuente la suma pagada a título de indemnización sustitutiva, pero de forma indexada, según la fórmula referida en la siguiente temática.

Además, del retroactivo pensional deberá descontar los correspondientes aportes a salud.".

En esa medida, se reitera, el a quo no fulminó condena alguna en la parte resolutiva en contra de la UGPP, por el contrario, la absolvió de todas y cada una de las pretensiones[7].

En los términos que anteceden se agota la competencia de la Sala, por el estudio del grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, procediendo a revocar, modificar y adicionar la sentencia, en los puntos anteriormente expuestos.

SIN COSTAS en esta instancia.

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

---

[7] *"QUINTO. - ABSOLVER de todas y cada una de las pretensiones invocadas en la presente acción a la UGPP y en estos términos declarar demostradas las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido propuesta por esta parte y ABSOLVER a COLPENSIONES de la pretensión relacionada con los intereses moratorios y, en estos términos, declarar frente a esta demostradas las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido propuesta por COLPENSIONES respecto a esta pretensión de intereses moratorios.".*

R E S U E L V E

PRIMERO: MODIFICAR y ADICIONAR el numeral **PRIMERO** del fallo de primer grado en cuanto a que COLPENSIONES debe reconocer y pagar la pensión a la demandante FANNY ELVIRA BETANCOURT GODOY a partir del **20 de noviembre del 2020**, precisándose el retroactivo adeudado desde dicha data hasta la fecha de esta sentencia (30/05/2023) asciende a **$34.538.310,90,** el cual se seguirá causando hasta la inclusión en nómina.

Tabla Retroactivo Pensional					
Fecha inicial	***Fecha final***	***Incremento %***	***Valor mesada calculada***	***N°. Mesadas***	***Subtotal***
20/11/20	*31/12/20*	*3,80%*	*$ 877.803,00*	*2,30*	*$ 2.018.946,9*
01/01/21	*31/12/21*	*1,61%*	*$ 908.526,00*	*14,00*	*$ 12.719.364,0*
01/01/22	*31/12/22*	*5,62%*	*$ 1.000.000,00*	*14,00*	*$ 14.000.000,0*
01/01/23	***31/05/23***	*13,12%*	*$ 1.160.000,00*	*5,00*	*$ 5.800.000,0*
Total retroactivo				***$ 34.538.310,90***	

Página 1

SEGUNDO: REVOCAR el numeral **SEGUNDO** de la sentencia apelada, para en su lugar **DECLARAR NO PROBADA** la excepción de prescripción, conforme a la parte motiva.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás el fallo proferido por el Juez 15 Laboral del Circuito de Bogotá.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL.

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN.

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR GONZALO MORENO, OLGA RUBIANO ZAMORA, YEIMI PAOLA MORENO RUBIANO, JUDY VIVIANA MORENO RUBIANO y ADRIANA MARCELA MORENO RUBIANO CONTRA CIUDAD LIMPIA S.A. ESP (RAD. 15 2021 00377 01).

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

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

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 Quince Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 19 de septiembre de 2022 (Exp. Digital: audio archivo 43 récord 1:42:25), en la que se resolvió:

> *«**PRIMERO: ABSOLVER** a la demandada **CIUDAD LIMPIA S.A. E.S.P.**, de todas las peticiones invocadas en la presente acción por los demandantes **GONZALO MORENO, OLGA RUBIANO ZAMORA, YEIMI PAOLA MORENO RUBIANO, JUDY VIVIANA MORENO RUBIANO Y ADRIANA MARCELA MORENO RUBIANO,** conforme se expuso en la parte motiva. En esos términos declarar demostradas las excepciones de cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación propuestas por las partes demandadas.*
>
> ***SEGUNDO: NO CONDENAR en** costas a favor ni en contra de las partes.*
>
> ***TERCERO:** Si la presente providencia no fuera impugnado el resultado favorable pues para el trabajador demandante y su familia entonces se remitirán las diligencias al superior para que las revise en el grado jurisdiccional de consulta.»*

Inconforme con la decisión, el apoderado del extremo accionante interpuso recurso de apelación expresando que la empresa accionada para el momento en que ingresó el actor, no contaba con los respectivos programas adecuados para prevenir y mitigar las enfermedades laborales en su riesgo osteomuscular.

Precisa que solo hasta el año 2017 fue reubicado el señor GONZALO MORENO y que con las pruebas documentales exactamente en los exámenes ocupacionales se evidencia que ya presentaba quebrantos de salud con recomendaciones para desarrollar ese cargo las cuales no fueron realizadas ni cumplidas por la demandada.

Aduce que no existe material probatorio que acredite en realidad el contenido de las capacitaciones recibidas por el demandante en su totalidad y en todo caso señala eso no exime de responsabilidad a la demandada, sumado a que con las testimoniales también quedo claro que en ningún momento había un inspector siguiendo y vigilando la ruta para supervisar el proceso de levantar la basura, asegurando no fue falta de cuidado sino un sometimiento y una carga que le tenía el empleador de recolectar las basuras en cierto tiempo y cumplir una cuota, que según el testigo Jairo el vehículo debía pesar de 22 a 28 toneladas al momento de llegar al relleno sanitario de modo que en su sentir no es una falta de cuidado sino una carga adicional que le impuso el empleador al actor para el cumplimiento de las condiciones de trabajo.

Reitera que las capacitaciones no constaban de manera periódica ni se hacía una charla previa en el sitio de trabajo lo que denota la falta del cumplimiento de las normas de seguridad y salud en el trabajo por parte del empleador y toda esa negligencia fue lo que llevo al señor demandante a presentar las enfermedades, ya que debía correr detrás del vehículo recogiendo la basura sin saber el peso porque simplemente la recogían y la arrojaban al carro recolector en tanto no había un control a priori que garantizara que no estaban levantando las cargas permitidas generando ello la culpa por parte del empleador en las enfermedades que presenta el accionante. (Récord: 1:43:28, ibídem[1]).

[1] APODERADO PARTE DEMANDANTE: Muchas gracias su señoría estando en la oportunidad procesal me permito presentar el respectivo recurso de apelación contra el fallo emitido por este mismo despacho teniendo en cuenta lo siguientes argumentos, cuando manifiesta el despacho que no se demostró la negligencia por parte del trabajador la negligencia en que incurrió el empleador acá CIUDAD LIMPIA en la presencia en la enfermedad que presenta señor GONZALO MORENO, al respecto es preciso señalar su

señoría que incluso con las pruebas documentales que obra el proceso y que fueron citadas por este despacho por ese juzgador al momento de emitir la sentencia en que incluso las altas de pausas activas y todo lo pertinente a la capacitación datan también desde el año 2003 2013 diré su señoría.

No obstante es de recordar que el extremo temporal que no está en discusión y que fue aceptado por ese despacho que data de que el señor GONZALO MORENO ingresó el 2 de junio del 2007 y trabajó hasta el 30 de julio del 2018, situación que denota de que la empresa para el momento en que ingresó el señor GONZALO MORENO no contaba con los respectivos programas adecuados para prevenir y mitigar las enfermedades laborales en su por riesgo osteomuscular de sus trabajadores en especial del señor GONZALO MORENO, nótese que no están las respectivas actas en su momento oportuno en las que se indicaban las capacitaciones y los seguimientos a esas capacitaciones y de pausa activas para mitigar las enfermedades por riesgos y osteomuscular, nótese su señoría que también quedó acreditado y así lo indicó el testigo a colación por el despacho señor Enrique que sin contar con programas de seguridad salud en el trabajo los las visitas eran aleatorias y no era siempre que dichas aulas se hacían antes de iniciar la actividad laboral, no obstante a pesar de eso y también cómo lo acepto solo hasta el 2017 fue reubicado el señor GONZALO MORENO incluso también está establecido en las pruebas documentales en los exámenes ocupacionales que le realizaron al señor GONZALO MORENO que presentaba ya quebrantos de salud con recomendaciones para desarrollar ese cargo, recomendaciones que en ningún momento fueron realizadas y cumplidas por la demandada, al respecto de lo indicado por el despacho de que se demostró que le da las capacitaciones y le entregaban las respectivas elementos de protección personal ha sido pacífica la Corte Suprema de Justicia en manifestar que el empleado que él solo otorgamiento de esas charlas o los entrega elementos de material de protección no exime al empleador del cumplimiento es decir el empleador que no exige cumplir las normas de seguridad debe indemnizar los daños sufridos por sus trabajadores, lo anterior teniendo en cuenta que el Artículo 57 del Código Sustantivo Del Trabajo señoría está obliga a los empleadores a decirle a sus trabajadores el cumplimiento de las normas de seguridad pues la sola capacitación y el suministro de los elementos de protección no basta para satisfacer ese deber y es que así lo ha reiterado la Corte Suprema de Justicia en en de manera pacífica en las que la sentencia SL 16102 del 2014 es decir y ha continuado la corte manifestando que el suministro del equipo de seguridad no exige no extingue las obligaciones del empleador nótese su señoría, que la entrega de las capacitaciones incluso que no denota material probatorio que acredite en realidad el contenido de las capacitaciones recibidas por el señor GONZALO MORENO en su totalidad no exime de responsabilidad a la demandada a la demandada CIUDAD LIMPIA para esa situación nos dice que se entera en todo el argumento del despacho se demostró incluso y no sé qué había la negligencia.

No obstante el despacho es contrario a lo que argumenta su en su fallo y toma la decisión de absolver, así que también con las testimoniales quedó claro que en ningún momento había un inspector siguiendo lo que les vigilará la ruta verificada cómo era el proceso de levantar, incluso es el fallador dice el fallador que lo que se presentó en la presente Litis una falta de cuidado y que más bien se debía de pronto a la presión que tenía el demandante por cumplir con su labor porque así lo exigía la empresa, entonces nótese que es que no es una falta de cuidado en su sometimiento y una carga que le tenía el empleador de recolectar las basuras en cierto tiempo de cumplir una cuota como lo indicó incluso el testigo, que en el testigo traído acá el señor Jairo en el que indicó que tenían que el vehículo pesar unos 22 unas 28 toneladas al momento de llegar el relleno sanitario, nótese que no es muy no es una falta de cuidado es un una carga adicional que les impuso el empleador para el cumplimiento de sus condiciones de trabajo y nótese que como queda acreditado fue solo en el 2017 que fue reubicado a pesar de que la empresa tenía conocimiento era situaciones de salud y las recomendaciones que daban los médicos en el momento de realizar en los exámenes ocupacionales periódicos entonces en ese sentido y teniendo en cuenta todo el material probatorio testimonial la confesión incluso los testigos suyos por las empresas y las documentales en las que se acredita que esas capacitaciones no constaban de manera periódica ni siquiera se hacía una charla previa para cenar (sic) también en el sitio de trabajo denota la falta de las cumplimiento de las normas de seguridad y salud en el trabajo por parte del empleador y toda esa negligencia es la que lleva a que el señor GONZALO MORENO presente las enfermedades, incluso en el dictamen de calificación de origen que se agregó con las pruebas documentales y traído y citado y leído por este digno de despacho se denota la actividad realizada por el señor la exposición, los tiempos y que pasaron los límites permitidos, si para desarrollar una enfermedad incluso denota que no se hacían pausas activas y algo importante su señoría es que no tenía la empresa un seguimiento tan bien para verificar que es que si era el trabajador puede utilizar o no algunas ayudas para cargar la basura nótese que como decían iniciar su jornada laboral a las 08:00 de la noche y no sabía a qué hora salían y era detrás corriendo del vehículo recogiendo la basura sin saber el peso porque cómo van a saber el peso sencillamente cumplían recogían la basura la arrojaban al carro recolector y sin saber el peso para hacer un control de pronto a priori hay que garantizará que no estaban levantando las cargas permitidas por la normativa es decir hay un constante una constante. (sic) la resolución 2400 el año 79 y demás normas pertinentes para por lo tanto acreditar que en realidad ha sido suficiente culpa por parte del empleador es decir CIUDAD LIMPIA en el acrecimiento de la enfermedad que presenta el señor GONZALO MORENO, es por eso que presenta el recurso de apelación para que sea concedido por este digno despacho ante el honorable Tribunal Superior de

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de los demandantes GONZALO MORENO, OLGA RUBIANO ZAMORA, YEIMI PAOLA MORENO RUBIANO, JUDY VIVIANA MORENO RUBIANO y ADRIANA MARCELA MORENO RUBIANO en este ordinario las pretensiones relacionadas a páginas 6 a 8 del archivo *«001EscritoDemanda.pdf»*, las cuales encuentran fundamento en los hechos consignados a páginas 1 a 6, solicitando principalmente se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido desde el 2 de junio del 2007 al 30 de julio del 2018 como también que *«las enfermedades laborales LUMBAGO CRONICO Y TRANSTORNO DE DISCO LUMBAR CON RADICULOPATIA calificadas por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez (…) como DISCOPATIA LUMBAR MULTINIVEL que presenta el señor GONZALO MORENO, en desarrollo del contrato de trabajo existió culpa suficientemente comprobada por parte del empleador CIUDAD LIMPIA S.A. E.S.P."* en consecuencia se condene a la demandada a pagar al señor GONZALO MORENO por concepto de lucro cesante consolidado la suma de $30.444.006,49 y por lucro cesante futuro $43.376.866,70, por perjuicios morales consistentes en los trastornos físicos y emocionales como consecuencia de las enfermedades laborales que le generaron una PCL del 28,50% 40 SMLMV a cada uno de los demandantes y al señor GONZALO MORENO además de lo anterior se le cancelen los perjuicios fisiológicos o daño a la vida en relación en 40 SMLMV, igualmente solicita el pago de la indexación de todas las sumas adeudadas, costas, agencias en derecho y gastos del proceso, condenas *ultra y extra petita*. **Obteniendo sentencia de primera instancia desfavorable a sus aspiraciones**, por cuanto no se acreditó la culpa por parte del empleador ante su negligencia, inobservancia o imprudencia en las órdenes dadas, precisando el juzgador si bien el actor acreditó la existencia de la enfermedad de origen profesional, no demostró la falta de previsión de la sociedad demandada en su causación, pues solo se enfocó en demostrar las secuelas generadas, siendo imposible que dicho juzgador invierta la carga de la prueba a la sociedad accionada ya que no se cumplió con

---

Bogotá sala laboral y que defina los planteamientos argüidos en el presente recurso su señoría. Muchas gracias.

los requisitos de la procedibilidad de la culpa patronal, advirtiendo al actor se le dieron las correspondientes capacitaciones y elementos de protección por lo que lo que hubo fue una falta al deber de autocuidado no obstante haber recibido las capacitaciones, pues el actor no tomo las precauciones o medidas correspondientes al momento de efectuar su labor, expresando la existencia de una culpa exclusiva de la víctima.

Establecido lo anterior se abordará el estudio del recurso de apelación interpuesto por el 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 apellatum*).

Pues bien, una vez relacionados los antecedentes procesales y teniendo en cuenta los fundamentos del recurso de apelación de la demandada, se tiene que no es objeto de debate en esta instancia que: **i)** entre las partes existió un contrato de trabajo vigente desde el 1º de junio del 2007 hasta el 30 de julio del 2018 **ii)** que el señor demandante desempeñaba el *cargo de AYUDANTE* **iii)** que fue calificado con una enfermedad laboral y **v)** que como consecuencia de la misma se le determinó una pérdida de capacidad laboral del 28,50% con fecha de estructuración del 4 de abril del 2016.

Lo anterior, a más de haberlo sido así considerado y concluido la juez *a quo* en la sentencia, no fue objeto de apelación.

Pues bien, en los términos de la apelación propuesta, considera la Sala que el problema jurídico en esta instancia se contrae a exponer que en efecto si hubo una culpa por parte del empleador en las enfermedades adquiridas por el demandante, estudio que procederá a efectuar la Sala en los siguientes términos:

Para iniciar con esta problemática se debe 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 CSJ SL6497 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 articulo 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.

Ahora, sobre el presupuesto de la culpa suficientemente probada del empleador la máxima Corporación en sentencia SL1897 del 2021 realizó un estudio a profundidad de los supuestos del artículo 216 del CST en aras de poder declarar la responsabilidad por la indemnización plena de perjuicios en los casos de culpa por omisión, considerando lo siguiente:

> 1.1. Sobre la *culpa suficientemente comprobada del empleador* respecto a una contingencia de origen laboral, la Sala tiene enseñado que:
>
> "[...] la misma se determina por el análisis del incumplimiento de los deberes de prevención que corresponden al empleador, la cual se configura en la causa adecuada de la ocurrencia del infortunio laboral, ya sea que se derive de una acción o un control ejecutado de manera incorrecta o por una conducta omisiva a cargo de aquel (CSJ SL2206-2019)". Tomado de la sentencia CSJ SL 5154-2020.
>
> En otras palabras, la culpa se ha de comprobar de cara a los deberes de prevención de los riesgos laborales que corresponden al empleador y se configuren como causa adecuada de la ocurrencia del infortunio laboral. Para establecer la culpa, se evaluará la conducta del empleador, esto es, si él actuó con negligencia o no en el acatamiento de los deberes de velar por la seguridad y protección de sus trabajadores que le corresponden para evitar los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, bajo el estándar de la *culpa leve* que define el art. 63 del CC.
>
> La culpa leve implica que el incumplimiento que hace al empleador merecedor de la condena por reparación plena de perjuicios es aquel que se da por la falta de diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios, frente al deber de tomar las medidas adecuadas para evitar el riesgo laboral sucedido**, y no se puede determinar la culpa por la simple ocurrencia del infortunio laboral, ya que el empleador no tiene una obligación de resultado, es decir, no está obligado a que el siniestro no ocurra, sino que sus obligaciones de protección y seguridad son de medio** (CSJ SL1073-2021). Él siempre podrá probar la diligencia y cuidado que debió emplear para evitar el riesgo laboral en cuestión, según el art. 1604 del CC.
>
> En orden de lo anterior, esta Corporación ha establecido que la carga de la prueba de la culpa del empleador, por regla general, debe ser asumida por la o las víctimas del siniestro, de modo que ellos tienen la obligación de acreditar las circunstancias de hecho que dan cuenta de la existencia de una acción, omisión, o de un control ejecutado de manera incorrecta que constituyan el incumplimiento de las obligaciones de prevención o su incumplimiento imperfecto, CSJ SL5154-2020.
>
> Cuando el trabajador edifica la culpa del empleador en un comportamiento omisivo de las obligaciones de protección y de seguridad asignadas al empleador, como se trató en el caso de autos, la jurisprudencia de la Corte ha precisado que, por excepción, a los accionantes les basta enunciar dichas omisiones (teniendo en cuenta que las negaciones indefinidas no requieren de prueba) para que la carga de la prueba que desvirtúe la culpa se traslade a quien ha debido obrar con diligencia en los términos del artículo 1604 del Código Civil. En tal caso, el empleador debe probar que cumplió sus deberes de prevención, cuidado y diligencia a fin de resguardar la seguridad e integridad de sus trabajadores (CSJ SL13653-2015, CSJ

> SL7181-2015, CSJ SL 7056-2016, CSJ SL12707-2017, CSJ SL2206-2019, CSJ SL2168-2019, CSJ SL2336-2020 y CSJ SL5154-2020).
>
> 1.2 **En cuanto al nexo causal que debe existir entre la culpa del empleador y el daño causado, la jurisprudencia de esta Sala también tiene enseñado que, en la culpa basada en un comportamiento omisivo, no basta la sola afirmación genérica del incumplimiento del deber de protección o de las obligaciones de prevención en la demanda, sino que es menester delimitar, allí mismo, en qué consistió la omisión que llevó al incumplimiento del empleador de las respectivas obligaciones derivadas del propio contrato de trabajo y de la labor prestada por el trabajador y la conexidad que tuvo con el siniestro, para efectos de establecer la relación causal entra la culpa y el hecho dañino**, pues nadie está obligado a resarcir un daño sino cuando ha dado causa o contribuido a él, CSJ SL2336-2020. (Negrillas fuera de texto)

En esa línea, se tiene que en casos como el presente en el que se alega un actuar omisivo del empleador siempre es indispensable que exista la prueba del nexo causal entre la conducta del empleador y el daño, como se desprende de lo siguiente providencia:

> […] menester se exhibe memorar lo expuesto en la providencia CSJ SL14420-2014 en cuanto a que para que se cause la indemnización ordinaria y plena de perjuicios consagrada en el literal b), artículo 12 de la Ley 6ª de 1945 (sector oficial) y en el Art. 216 CST (sector particular), debe encontrarse suficientemente comprobada la culpa del empleador en la ocurrencia del accidente de trabajo o la enfermedad profesional, de modo que su establecimiento amerita, además de la demostración del daño originado en una actividad relacionada con el trabajo, **la prueba de que la afectación a la integridad o salud fue consecuencia o efecto de la negligencia o culpa del empleador en el acatamiento de los deberes que le corresponden de velar por la seguridad y protección de sus trabajadores. La causalidad, es decir, la relación de causa-efecto que debe existir entre la culpa patronal y el daño, a más de ser un elemento *sine qua non* de la responsabilidad plena y ordinaria de perjuicios del empleador, es una pauta de justicia, en la medida que, nadie está obligado a resarcir un daño sino cuando ha dado causa o contribuido a él.** De allí que la culpa exclusiva de la víctima o de un tercero, y el caso fortuito y la fuerza mayor (denominados por la doctrina *causas ajenas*), sean considerados en el derecho común como eximentes de responsabilidad, en tanto que, con su determinación, el nexo causal se rompe o quiebra, ante la imposibilidad de imputar el resultado dañino a quien se afirma lo cometió por acción u omisión culposa (Sentencia de la CSJ SL 2336-2020). -Negrillas propias del texto-.

Así las cosas, es claro que el demandante en esta Litis debe demostrar que la acción o la omisión del empleador que da lugar al incumplimiento del deber de protección y seguridad en el trabajo por él realizado tuvo un nexo de causalidad con el siniestro laboral generador de los perjuicios a ser reparados, esto es, la enfermedad laboral. Así se precisó en la sentencia ya citada SL 1897 de 2021 en donde se dijo:

> "En suma, esta Sala considera conveniente dejar en claro, dado que el meollo del presente asunto lo amerita, que si el actor cumple la carga probatoria que le corresponde en la culpa por omisión, es decir, concreta las omisiones que conllevaron el incumplimiento constitutivo de la culpa del empleador y prueba el nexo causal entre ese incumplimiento y el daño, le traslada a este la carga de demostrar que fue diligente y cuidadoso en tomar las medidas adecuadas y razonables para evitar el accidente o enfermedad laboral en cuestión, en aplicación del art. 1604 del CC.
>
> En ese escenario, el juzgador, conforme a la sana crítica y de acuerdo con el estándar de la culpa leve, evaluará si el empleador fue diligente o no en sus obligaciones de medios para evitar el accidente o la enfermedad profesional del caso. Si el empleador no cumple con la carga de probar la diligencia y cuidados debidos en la toma de las medidas de protección para garantizar razonablemente la seguridad y la salud de cara al siniestro ocurrido, será declarado culpable del accidente o enfermedad profesional respectiva.
>
> Ahora bien, cuando el reclamante de los perjuicios del art. 216 del CST no cumple con la carga probatoria que le corresponde en la culpa por omisión, de acuerdo con lo acabado de decir, así el empleador no demuestre un actuar diligente y cuidadoso para evitar el daño, el empleador no será declarado culpable de cara al accidente o enfermedad profesional del caso particular."

En el *examine*, tal como se dejó sentando al inicio, es evidente la existencia de unas patologías catalogadas como enfermedad laboral, por lo que el siguiente paso es determinar si aquellas se ocasionaron por culpa del empleador.

En ese orden, y atendiendo las manifestaciones de la alzada, a efectos de corroborar si la enfermedad profesional padecida por el señor Gonzalo Moreno, es por responsabilidad o culpa achacable a su empleador, por una eventual omisión en la supervisión de las labores efectuadas por el actor procede la Sala con el análisis íntegro del acervo probatorio así:

<u>Documentales:</u>

- Control de Inducción, Entrenamiento y/ Capacitación efectuadas del 2011 al 2014 (Archivo 3 págs. 25 a 80 y Archivo 4 págs. 1 a 14) en donde se registra el nombre del actor como asistente y cuyo objetivo o temas a tratar fueron entre otros: Rutina de pausas activas miembros inferiores, charla dolor lumbar, realización de los ejercicios prejornada en el momento de colocar la bolsa en la tolva del vehículo compactador, tomar las bolsas del moño para evitar lesiones en el cuerpo, los ayudantes de recolección cuando se bajen de los estribos deben tener precaución donde se colocan los pies, cuidado en el levantamiento de bolsas (heridas), pausas activas de

calentamiento, condiciones inseguras del lugar del trabajo, el coger la bolsa por debajo te puede generar lesiones, levantamiento de lonas por parejas, etc.

- Perfil y descripción del cargo de AYUDANTE (Archivo 4 págs. 17 a 23) de fecha 15 de febrero del 2017.

- Dictamen de PCL efectuado por la NUEVA EPS el 23 de diciembre del 2014 (Archivo 4 págs. 24 a 28) en donde se señaló:

6. FUNDAMENTACIÓN DEL CASO
TRABAJADOR DE EMPRESA RECOLECTORA DE BASURAS POR MAS DE 22 AÑOS, CON ALTA EXPOSICION AL RIESGO BIOMECANICO DE PREDOMINIO AXIAL, DEMOSTRADO POR ANALISIS DE PUESTO DE TRABAJO, QUE REGISTRA: REALIZA LA RECOLECCION DE BASURAS EN EL 64% DE LA JORNADA, CON POSTURA BIPEDA PROLONGADA Y MOVIMIENTOS DE TRONCO EN FLEXION DE 70°; MANIPULACION DE BOLSAS DE BASURA DE PESO HASTA DE 30 KG, LAS CUALES LANZA AL CARRO RECOLECTOR, EN PROMEDIO ENTRE LOS DOS AYUDANTES DE RECOLECCION RECOLECTAN UNA TONELADA DE BASURA EN 18 MINUTOS, TIEMPO PROMEDIO DE LA ACTIVIDAD ES DE 465 MINUTOS DURANTE LA JORNADA LABORAL, CONSTITUYENDO ALTA EVIDENCIA MEDICA PARA DETERMINAR EL ORIGEN LABORAL DE LAS PATOLOGIAS LUMBAGO CRONICO Y TRASTORNO DEL DISCO LUMBAR CON RADICULOPATIA.

7. CALIFICACION DEL ORIGEN			
No.	CIE-10	DESCRIPCION	ORIGEN
1.	M545	LUMBAGO CRÓNICO	LABORAL
2.	M511	TRASTORNO DE DISCO LUMBAR CON RADICULOPATIA	LABORAL

- Dictamen de PCL efectuado por la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ el 30 de septiembre del 2014 (Archivo 4 págs. 38 a 41 y Archivo 5 pág. 1:

ANÁLISIS Y CONSIDERACIONES

-Revisados los antecedentes obrantes al expediente, se encuentra que el presente caso se trata de paciente de 58 años quien sufrió accidente de trabajo hace 5 meses presentando dolor lumbar por lo cual fu estudiado con Dx(s) Discopatía Degenerativa L1-L2, L2-L3, L3-L4, L4-L5 y L5-S1 asociado a Abombamientos Discales L1-L2, L2-L3, L3-L4 y L4-L5 con Cambios Artrósicos Apofisiarios y Lisis Bilateral de Pars Articularis con Estenosis de los Agujeros de Conjunción donde Hay Compresión de las Raices L5, por Anterolistesis Grado II Secundaria a Espondilosis Bilateral de la Pars Articularis y Lumbalgia crónica Secundaria.

-Con relación al origen, se considera que el paciente presenta cambios degenerativos de columna lumbar que comprometen todos los niveles de la misma, estos cambios no son de tipo agudo, sino de instauración crónica de larga data, por lo tanto no pueden ser atribuidos a un evento agudo como un accidente de trabajo.

SALA UNO

CONCLUSIÓN

De acuerdo con las consideraciones consignadas en el análisis, la médica ponente del presente caso, propone a la Junta Regional resolver el caso así:

Dx(s):
- Discopatía Degenerativa L1-L2, L2-L3, L3-L4, L4-L5 y L5-S1 asociado a Abombamientos Discales L1-L2, L2-L3, L3-L4 y L4-L5 con Cambios Artrósicos Apofisiarios y Lisis Bilateral de Pars Articularis con Estenosis de los Agujeros de Conjunción donde Hay Compresión de las Raices L5, por Anterolistesis Grado II Secundaria a Espondilosis Bilateral de la Pars Articularis y Lumbalgia crónica Secundaria.

No Derivados de Accidente de Trabajo

- Análisis de Puesto de Trabajo- Condiciones Ergonómicas del demandante de fecha 26 de agosto del 2014 (Archivo 5 págs. 2 a 9) en el que se señalan como antecedentes:

Accidentes de trabajo ó Enf laboral musculo esqueléticas: SI x NO	Incapacidad	Secuelas	Reportado
AT, Diciembre de 2012 sufre golpe en pierna izquierda, reportado a la ARL			
AT, sufre golpe en cadera derecha con el carro compactador. Reportado a la ARL			
AT, 8 de marzo de 2014, al botar bolsa desde el piso hasta el carro compactador sufre picada en zona lumbar, reportado a la ARL.			
AT, 29 de mayo de 2014, al botar bolsa desde el piso hasta el carro compactador sufre picada en zona lumbar, reportado a la ARL.			

- Certificación funciones del demandante expedida por CIUDAD LIMPIA S.A. el 4 de octubre del 2014 (Archivo 7 págs. 35 y 36):

El señor GONZALO MORENO identificado con c.c. 226.464 labora en esta empresa desde el 01 de junio de 2007 ocupando el cargo de Ayudante, y sus funciones básicas siempre han sido:

- ✓ Alistamiento en base de operaciones de Uniforme y herramienta (pala, cepillo).
- ✓ Traslado en vehículo hacia la micro-ruta de Recolección.
- ✓ Recolección de residuos sólidos (bolsas, canecas y regueros), y disposición en la tolva del compactador.
- ✓ Traslado en vehículo al relleno sanitario y apoyo en descargue mecánico en el sitio.
- ✓ Traslado en vehículo a la base de operaciones.

Comentarios:

-Esta labor se hace de lunes a sábado en jornadas de 8 horas diarias, de las cuales aproximadamente se van 3 horas en alistamiento y traslado en vehículo, y 5 horas en labores de recolección, tiempo durante el cual maneja cargas de diversos pesos, con el apoyo de otro Ayudante.

-Las herramientas que utiliza para su labor son: Pala, cepillo, canastilla, y eventualmente contenedor o carro manual puerta-puerta.

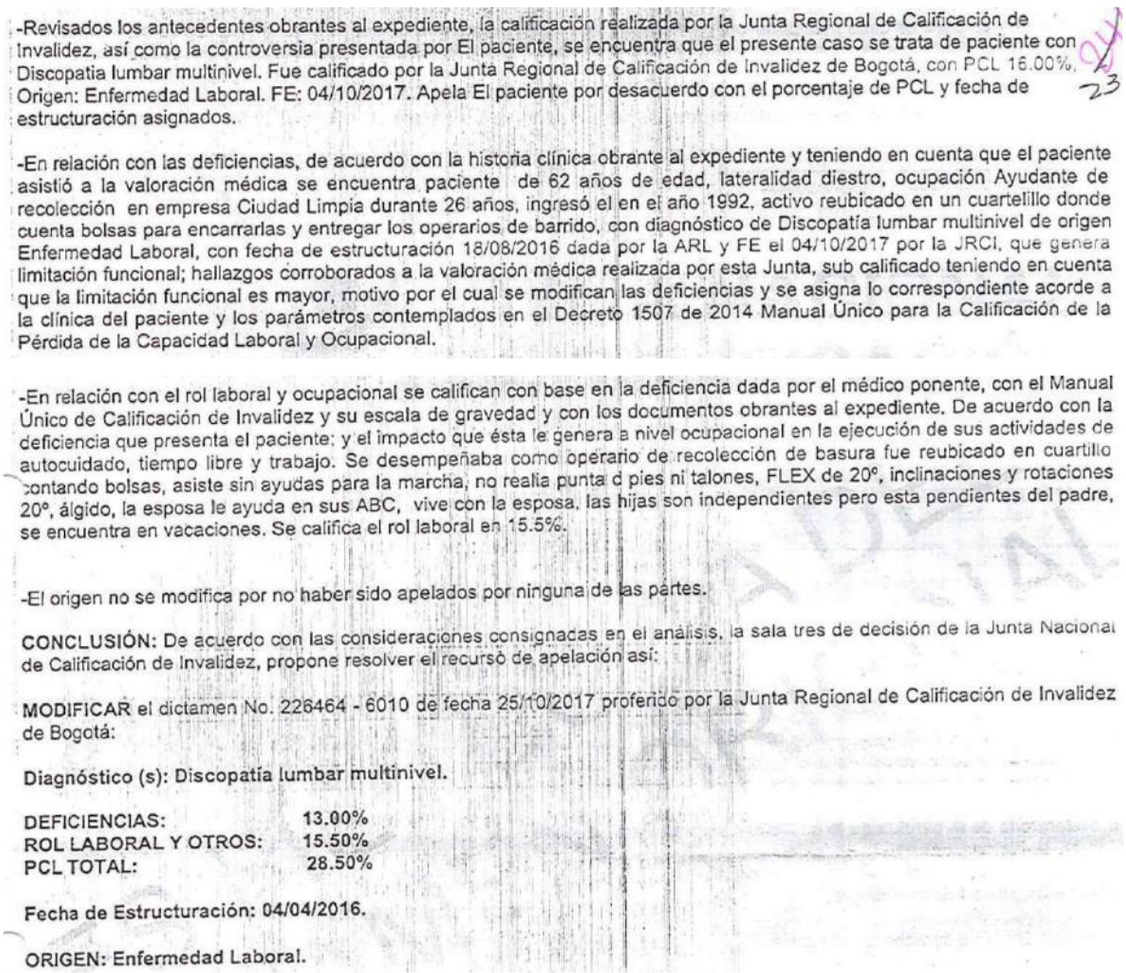
-Durante el tiempo aproximado de 5 horas se da la exposición a riesgo ergonómico por manejo de cargas, pero durante este tiempo existen pausas activas que se dan durante los tiempos en que se desplaza en el estribo del vehículo de un punto a otro dentro de la micro-ruta de recolección.

-Se adjunta la matriz de peligros relacionados con riesgo ergonómico.

Cordialmente

ENRIQUE ALVAREZ P.
PROFESIONAL III SISO
Ciudad Limpia S.A. E.S.P.
Tel: 7300150 Ext. 192

- Dictamen de PCL emitido por la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ el 4 de julio del 2018 (Archivo 8 págs. 7 a 18, 20 y 22) en donde se estableció:



-Revisados los antecedentes obrantes al expediente, la calificación realizada por la Junta Regional de Calificación de Invalidez, así como la controversia presentada por El paciente, se encuentra que el presente caso se trata de paciente con Discopatia lumbar multinivel. Fue calificado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá, con PCL 16.00%, Origen: Enfermedad Laboral. FE: 04/10/2017. Apela El paciente por desacuerdo con el porcentaje de PCL y fecha de estructuración asignados.

-En relación con las deficiencias, de acuerdo con la historia clínica obrante al expediente y teniendo en cuenta que el paciente asistió a la valoración médica se encuentra paciente de 62 años de edad, lateralidad diestro, ocupación Ayudante de recolección en empresa Ciudad Limpia durante 26 años, ingresó el en el año 1992, activo reubicado en un cuartelillo donde cuenta bolsas para encarrarlas y entregar los operarios de barrido, con diagnóstico de Discopatía lumbar multinivel de origen Enfermedad Laboral, con fecha de estructuración 18/08/2016 dada por la ARL y FE el 04/10/2017 por la JRCI, que genera limitación funcional; hallazgos corroborados a la valoración médica realizada por esta Junta, sub calificado teniendo en cuenta que la limitación funcional es mayor, motivo por el cual se modifican las deficiencias y se asigna lo correspondiente acorde a la clínica del paciente y los parámetros contemplados en el Decreto 1507 de 2014 Manual Único para la Calificación de la Pérdida de la Capacidad Laboral y Ocupacional.

-En relación con el rol laboral y ocupacional se califican con base en la deficiencia dada por el médico ponente, con el Manual Único de Calificación de Invalidez y su escala de gravedad y con los documentos obrantes al expediente. De acuerdo con la deficiencia que presenta el paciente; y el impacto que ésta le genera a nivel ocupacional en la ejecución de sus actividades de autocuidado, tiempo libre y trabajo. Se desempeñaba como operario de recolección de basura fue reubicado en cuartillo contando bolsas, asiste sin ayudas para la marcha, no realia punta d pies ni talones, FLEX de 20°, inclinaciones y rotaciones 20°, álgido, la esposa le ayuda en sus ABC, vive con la esposa, las hijas son independientes pero esta pendientes del padre, se encuentra en vacaciones. Se califica el rol laboral en 15.5%.

-El origen no se modifica por no haber sido apelados por ninguna de las partes.

CONCLUSIÓN: De acuerdo con las consideraciones consignadas en el análisis, la sala tres de decisión de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, propone resolver el recurso de apelación así:

MODIFICAR el dictamen No. 226464 - 6010 de fecha 25/10/2017 proferido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá:

Diagnóstico (s): Discopatía lumbar multinivel.

DEFICIENCIAS:	**13.00%**
ROL LABORAL Y OTROS:	**15.50%**
PCL TOTAL:	**28.50%**

Fecha de Estructuración: 04/04/2016.

ORIGEN: Enfermedad Laboral.

- Matriz de identificación de peligros y valoración de riesgos en el proceso de "*Recolección Domiciliaria"* de fecha 15 de noviembre del 2018 (Archivo 8 pág. 50) en donde se señala:

> -Tipo de Riesgo: 6. Biomecánico de seguridad y salud
> -Factor de Riesgo: Manejo de Cargas de diversos volúmenes y pesos
> -Fuente de Riesgo: En el manejo de material equipos y herramientas pesadas
> -Generado en: Sitio de trabajo
> -Efectos Posibles: 6.3 Lesiones osteomusculares de diversa magnitud y severidad.
> -Interpretación del nivel de probabilidad: Medio
> -Aceptabilidad del Riesgo: Riesgo no aceptable

-Tipo de Control Existente: Procedimientos, carnet de pausas activas/Capacitación.

-Tipo de Control Propuesto: Reforzar programa de pausas activas, buscar apoyo en relaciones con la comunidad en sensibilización a usuarios, capacitación y formación de lideres en pausas activas. Seguimiento mediante programa de gestión de riesgo Biomecánico.

Interrogatorio de parte del demandante[2]:

Afirmo encontrarse pensionado, haber ingresado a CIUDAD LIMPIA como ayudante de recolección de basura e iniciar con dolor lumbar en mayo del 2014, adujo que en la base le decían que debía levantar una bolsa máximo de 25 o 30 kilos, pero en la práctica él no se podía "*poner a pulsear las bolsas".* Indicó que CIUDAD LIMPIA sí hacia charlas pre turnos preventivas todos los días, pero no practicaba ello en la zona para evitar accidentes, pues él llegaba a la zona se bajaba del carro y corra detrás de él, afirmando "*usted no va a empezar a pulsear las bolsas si están livianas o pesadas eso es al zoco*". Aseguró que la empresa si lo reubicó después de una cirugía que le realizaron.

Testimonial:

ALFONSO CARRILLO DONOSO[3] manifestó conocer al demandante porque ambos trabajaron en CIUDAD LIMPIA como recolectores de basura, de 1997 al año 2004, y que se enteró de un accidente de trabajo que tuvo el accionante porque este le conto una vez que se encontraron, precisó que tenían diferentes rutas -*el testigo y el demandante*-, es decir, no estaban los 2 en el mismo vehículo no obstante narró la forma en que se llevaba a cabo esa labor manifestando que dentro de la base les daban la instrucción de como realizar la labor, pero nunca iban a la zona a dar esa instrucción, indicando:

> *Nosotros manejábamos un carrito de basura puerta a puerta de más o menos de tonelada y media, había partes que se podían trabajar bien, pero había partes que tocaba esforzarse para subirlo o bajarlo de los andenes. La función de nosotros puerta a puerta, donde el carro no entraba y entonces nos tocaba a nosotros sacarla en el carro que nos daba la empresa, podía ser plástico o de metal y era de más o menos tonelada y media de basura que se le echaba a eso, entonces había parte*

[2] Audio Archivo 41, audiencia del 25 de julio del 2022, récord: 40:05
[3] Audio Archivo 41, audiencia del 25 de julio del 2022, récord: 20:24

> *donde toca esforzarse para empujarlo lleno de basura (…) nosotros hacíamos nuestra labor a como pudiéramos y esforzándonos por nosotros mismos, porqué nunca nos dieron una instrucción de eso aquí en la zona, si no dentro de la base, dentro de la base si nos daban la instrucción pero en la zona no nos la daban, entonces nosotros en las partes donde nos tocaba esforzarnos para sacar ese carrito lleno de basura, que era un carro de metal de más o menos una programación de 25 a 30 kilos, cuando estábamos con el compañero si lo alzábamos juntos, pero cuando estábamos individual nos tocaba solos alzar y sacar el carrito de basura.*

Al preguntarle si el supervisor en algún momento les decía si estaban haciendo mal las posturas que realizaban o que debían hacer ejercicios para evitar algún problema de salud, contestó: "*No doctor, acá en la zona no nos decían nada de eso, **en la base si nos hacían inducciones de eso**, acá en la zona nunca nos decían esta mala su posición o está haciendo el trabajo mal, ellos lo que exigían era rendimiento, ¿y que hacíamos nosotros? Hacer rendimiento hacer caso." (…) En el mes, dos veces nos daban capacitación de eso de como agacharse a recoger la bolsa y eso, pero en la base en la zona nunca nos llegaron a decir su posición está mal o está bien, todo era rendimiento."*

ENRIQUE ALVAREZ PORRAS[4], Coordinador de Seguridad y Salud en el Trabajo de CIUDAD LIMPIA S.A. desde el 2007 indicó frente al caso del actor que permanentemente se divulgan charlas a través de los jefes inmediatos a través de capacitaciones semanales relacionados con muchos temas que tienen que ver con prevención en todos los factores de riesgo que implica trabajar en Ciudad Limpia. Señaló que, desde el área de seguridad y salud en el trabajo, siempre se ha entregado material de capacitación a los jefes inmediatos para que ellos semanalmente y a principio de cada jornada, desarrollen esos temas de charla de capacitación y generalmente iniciar con el tema de las pausas activas, que es hacer ejercicios de calentamiento y otros temas, ya relacionados con prevención con lesiones.

Manifestó que entre diciembre de 2016 y 2017 debido a sus restricciones el actor fue reubicado en el área de barrido manual con unas funciones muy especiales que cumplían con las restricciones que tenía que era sobre todo el manejo de cargas.

ISAURO MORENO[5], hermano del demandante en su declaración indicó que fue la persona que lo auxilio en los episodios de accidentes laborales, asegurando que el

[4] Audio Archivo 41, audiencia del 25 de julio del 2022, récord: 55:03
[5] Audio Archivo 41, audiencia del 25 de julio del 2022, récord: 1:28:07

demandante siempre se quejó del dolor lumbar y le daban unos ataques que no resistía, los cuales mejoraron después de la cirugía de columna que le realizaron, comentó que su hermano vive con la esposa y que tienen tres hijas que lo visitan constantemente, asegurando que la esposa se enfermaba a raíz de los padecimientos de salud del accionante pues no la dejaba dormir de los dolores que le daban y por ende tanto ella como las hijas se sentían desesperadas de verlo así.

LUZ ANDREA MORALES[6] amiga del accionante por ser vecina de éste en el municipio de Mesitas señaló que hace como 12 o 14 años empezó a notar un deterioro en la salud del actor, señalando que lo ve muy decaído pues la parte baja de la espalda le duele mucho y no puede hacer sus labores, aduciendo que visita a esa familia los fines de semana.

JAIRO SUAREZ SIERRA[7] amigo y vecino del demandante en Mesitas del Colegio, manifestó que fue quien recomendó al demandante para trabajar en Ciudad Limpia, el testigo trabajo allí 5 años aproximadamente en 1998 y se salió a los 5 o 6 años, aduce que ha visto al accionante decaído y con dificultades en la cintura, señalando que el actor fue quien le comentó que levantando una caneca fue que adquirió esos padecimientos. Relató que su laboral (la del testigo) fue recolectar aproximadamente 28 toneladas de basura que debían ser llevadas al botadero Doña Juana y que a él nunca le explicaron como debía ejecutar esa función ni le dieron charlas ni le dieron inducción de algún tipo, aduciendo que no se hacían pausas activas y que dependiendo de la ruta se sabía el peso de la basura que casi siempre era liviana.

En esa dirección y de la valoración de los medios de convicción atrás citados se advierte, brillaron por su ausencia los medios de prueba, tendientes a demostrar la culpa del empleador o su responsabilidad frente a los padecimientos de salud sufridos por el demandante, pues aunque en este caso la patología del accionante se encuentra calificada como de origen laboral, lo cierto es que no se demostró en juicio cual fue la real causa de la misma para identificar el riesgo al que lo expuso su empleador, en tanto si bien en los dictámenes de PCL se señala que existió un accidente de trabajo se desconocen las circunstancias específicas de tiempo,

[6] Audio Archivo 41, audiencia del 25 de julio del 2022, récord: 1:28:07
[7] Audio Archivo 43, audiencia del 19 de septiembre del 2022, récord: 7:52

modo y lugar en que ocurrió el mismo, pues en los documentos incorporados como prueba solo se describió el siniestro, sin hacer mayores especificaciones, aunado a lo anterior téngase en cuenta que la Junta Regional de Calificación de Invalidez adujo en su dictamen en el acápite de Análisis y Conclusiones que "*con relación al origen se considera que el paciente presenta cambios degenerativos de columna lumbar que comprometen todos los niveles de la misma, estos cambios no son de tipo agudo, sino de instauración crónica de larga data, por lo tanto no pueden ser atribuidos a un evento agudo como un accidente de trabajo".*

Precisándose igualmente que las pretensiones ni los argumentos de apelación están relacionadas con el accidente, cuya ocurrencia no fue objeto de discusión en la litis, sino que se duele el extremo accionante es de falta de acompañamiento de la demandada en el desarrollo de las funciones realizadas por el accionante en la zona de trabajo y la presunta falta de capacitación del demandante en las funciones que debía desarrollar, por lo que en este evento la carga de la prueba se invierte y por ende le corresponde al empleador demostrar que sí cumplió con sus deberes de cuidado, prevención y diligencia.

Advirtiéndose por parte de esta Sala de Decisión, en efecto ello si fue acreditado por CIUDAD LIMPIA S.A. pues como se vio de la prueba documental al inicio de este proveído citada, dicha sociedad constantemente realizaba charlas de capacitación a las cuales asistió el demandante pues las planillas de asistencia se encuentran por él firmadas, en donde les explicaban a sus trabajadores los riesgos y las formas de prevenir accidentes específicamente en el cargue de las bolsas de basura, lo cual en manera alguna fue desconocido por el demandante quien confesó en su interrogatorio que en efecto si se hacían esas capacitaciones antes de salir a la zona y les hacían énfasis en que el peso máximo a recoger era de 25 o 30 kilos, pero que él en ningún momento las llevo a la practica asegurando que esos accidentes no se podían evitar, en similares términos el testigo ALFONSO CARRILLO aseguró que en efecto la demandada si hacia capacitaciones sobre el tema del cargue y descargue de las bolsas de basura pero que eso no se llevaba a cabo en la práctica.

De modo que lo que se concluye en esta instancia es que el promotor de la litis no observó debidamente las indicaciones de seguridad impartidas por la demandada para el desarrollo de su labor, en especial en la recolección y/o cargue de las bolsas de basura, lo que pudo desencadenar en él las enfermedades diagnosticas,

pues pese a que asistió a las capacitaciones dadas por su empleador en punto al manejo de las cargas pesadas y aun siendo conocedor de ello no aplicó las medidas preventivas respecto del riesgo que podía generar en su salud sobrepasar esos límites de peso o carga.

Ahora y en cuanto al argumento dirigido a establecer que la demandada debía estar en la zona de trabajo verificando que en efecto el demandante cumpliera con las normas de prevención de accidentes y/o enfermedades laborales, ha de señalarse al apelante que en este especial asunto y dada la forma de operación de la enjuiciada en la recolección de las basuras no era menester que efectuara un acompañamiento presencial durante el recorrido del vehículo que se encargaba de movilizar al trabajador quien fungía como recolector de basuras, ya que el deber de cuidado se encontraba en cabeza del accionante, no siendo razonable exigirle a la sociedad demandada que la actividad consistente en la recolección de basura fuera supervisada de manera individual para cada ayudante inspeccionando posiciones, fuerza y peso en la labor ejecutada, dado que ello es una obligación especial del trabajador conforme lo señalado en el artículo 58[8] del C.S.T. numeral 7, iterando en este caso el actor era conocedor de la forma en que debía realizar su labor quien incluso en el interrogatorio de parte fue enfático en señalar que "*usted no va a empezar a pulsear las bolsas si están livianas o pesadas eso es al zoco*", es decir, pese a las capacitaciones e instrucciones que se le dieron no las aplicó en la ejecución de su labor, sin que tampoco acreditara que de no recoger las bolsas de basura que sobrepasaran el límite de peso se generara alguna consecuencia en la ejecución de su contrato.

Por otro lado, y en relación con el hecho de que solo hasta el año 2017 fue reubicado el señor GONZALO MORENO, se tiene que dentro del expediente no existe prueba que indique cuáles y desde cuándo se generaron las recomendaciones para el demandante, a efectos de verificar algún tipo del incumplimiento en el acatamiento de las mismas por parte del empleador.

---

[8] **ARTICULO 58. OBLIGACIONES ESPECIALES DEL TRABAJADOR.** Son obligaciones especiales del trabajador:

(…)

7a. Observar con suma diligencia y cuidado las instrucciones y órdenes preventivas de accidentes o de enfermedades profesionales.

De tal manera no se encuentra un indicio del que pueda inferirse que existió una negligencia imputable a la empleadora; ni se acreditan las circunstancias de negligencia que puedan endilgarse como culpa exclusiva de la llamada a juicio; pues como ya se anunció fue el demandante quien decidió no aplicar de manera adecuada las capacitaciones que se daban frente a la labor por éste desarrollada.

Conforme a lo anterior, es claro que no hay evidencia dentro del plenario de la cual se pueda inferir que la causa de las enfermedades diagnosticadas al demandante y catalogadas como profesionales hayan sido por alguna conducta desplegada por el empleador o por una omisión a sus obligaciones especiales. Por el contrario, se demostró que la causa hipotética de los padecimientos de salud del señor Gonzalo Moreno lo fue por una falta en el deber de autocuidado durante el desarrollo de sus labores como bien lo considero el Juez de primer grado.

De modo que en este especial asunto la sociedad CIUDAD LIMPIA S.A. ESP sí cumplió con las obligaciones generales de protección y seguridad previstas en el art. 56[9] del C.S.T. y con las obligaciones especiales consagradas en el art. 57[10] numerales 1° y 2º desde el inicio de la relación de trabajo.

De modo que siendo reiterativos, para la Sala el demandante no logró demostrar que sus enfermedades derivaran de la culpa de su empleador, pues al margen de que se trate de un padecimiento calificado de origen laboral, se debe tener plena certeza que éste surge por la culpa de su empleador para dar viabilidad a la indemnización reclamada, lo que no acaeció en el sub examine, pues como se anotó, de las pruebas vertidas no se puede establecer que las actuaciones u

---

[9] **ARTICULO 56. OBLIGACIONES DE LAS PARTES EN GENERAL.** De modo general, incumben al {empleador} obligaciones de protección y de seguridad para con los trabajadores, y a éstos obligaciones de obediencia y fidelidad para con el {empleador}.

[10] **ARTICULO 57. OBLIGACIONES ESPECIALES DEL {EMPLEADOR}.** Son obligaciones especiales del {empleador}:

1. Poner a disposición de los trabajadores, salvo estipulación en contrario, los instrumentos adecuados y las materias primas necesarias para la realización de las labores.

2. Procurar a los trabajadores locales apropiados y elementos adecuados de protección contra los accidentes y enfermedades profesionales en forma que se garanticen razonablemente la seguridad y la salud.

omisiones de CIUDAD LIMPIA fueran la causa de sus enfermedades, quedando tales aspectos en las meras afirmaciones consignadas en el libelo introductor.

Por lo motivado, ante la orfandad probatoria respecto de la existencia del nexo causal entre el daño sufrido por el demandante y la culpa del empleador en las enfermedades del promotor de la litis, no queda otro camino que señalar que el pago de los perjuicios reclamados que se derivarían del mismo resultan improcedentes.

Agotada la competencia de la Sala, habiéndose agotado la competencia de la Sala por el estudio de los puntos de apelación, conforme las motivaciones que preceden, se confirmará la sentencia de primer grado.

COSTAS en esta instancia a cargo del demandante.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, de conformidad con las motivaciones precedentes.

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

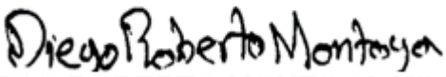
NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

AGENCIAS EN DERECHO: Se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de $1.200.000, 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 JORGE AGUILAR GÓMEZ vs. EMPRESA DE SERVICIOS URBANOS S.A.S. – URBES S.A.S.- (RAD. 16 2020 00487 01).

Bogotá D.C. treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

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

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del grado jurisdiccional de Consulta en favor del demandante, contra la sentencia proferida por el Juez Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 26 de octubre de 2022, en la que se resolvió (*08VideoAudienciaSentencia20221026, récord 01:07:07):*

> *"**PRIMERO**: **ABSOLVER** a la demandada EMPRESA DE SERVICIOS URBANOS S.A.S ESP de todas y cada una de las pretensiones que fueron incoadas en su contra por el señor JORGE AGUILAR GÓMEZ, identificado con cédula de ciudadanía N°14.232.805.*
>
> ***SEGUNDO**: **DECLARAR** probada la excepción de inexistencia de la obligación y por el resultado de la litis, se abstiene juzgado de pronunciamientos sobre las demás pretensiones.*
>
> ***TERCERO**: **CONDENAR** en costas de la instancia a la parte actora, practíquese la liquidación por Secretaría, incluyendo el monto de $300.000 pesos moneda corriente como valor de las agencias en derecho.".*

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante JORGE AGUILAR GÓMEZ en este proceso ordinario las pretensiones relacionadas en el escrito de subsanación de la demanda (Página 05, Archivo 03SubsanacionDemanda.pdf del expediente digital), las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos relatados en las páginas 5 a 6, ibidem, encaminadas a que se declare que la Empresa de Servicios Urbanos S.A.S., incurrió en un despido ilegal y nulo respecto al demandante, quién tiene estabilidad laboral reforzada por ser prepensionado, y como consecuencia, se condene al reintegro sin solución de continuidad desde el 22 de mayo de 2020 junto con el pago de la indemnización por despido sin autorización de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 y costas del proceso. **Obteniendo sentencia de primera instancia totalmente desfavorable a sus aspiraciones**, en tanto se absolvió a la demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra por la actora, condenando en costas a esta última. Para arribar a tal conclusión el juez de primer grado discurrió, que si bien el contrato de trabajo terminó de forma unilateral por parte del empleador se le canceló la correspondiente indemnización por despido sin justa causa. Por otra parte, frente a la condición de pre pensionado indicó que el demandante al contar con más de las 1550 semanas requeridas faltándole entonces como único requisito la edad, no le eran aplicables las sentencias de la Corte Constitucional por cuanto no se encontraba en riesgo la consolidación de la expectativa pensional del mismo, pues era posible acreditar la edad sin la vinculación laboral vigente, de ahí que el derecho pensional del demandante no se viera frustrabo; motivo por el cual, concluyó que a voces de la Corte Constitucional el demandante no cuenta con la estabilidad laboral reforzada, como tampoco acredita la condición de pre pensionado.

Así las cosas, lo primero que debe advertir la Sala es que no es motivo de controversia en esta instancia la vinculación laboral del demandante con la encartada mediante contrato de trabajo a término indefinido del 1º de marzo de 2012 al 22 de mayo de 2020, día en que finalizó por decisión unilateral de la empleadora con el consecuente pago de la indemnización por valor de $9.600.250, tal como quedó definido en la sentencia de primera grado, también fue aceptado por dicha empresa y por el actor al absolver interrogatorio de parte y tampoco fue objeto de reproche.

En esos términos, el problema jurídico a resolver recae en determinar si en efecto al actor al momento de dársele por terminado el contrato, estaba amparado o no por la estabilidad laboral de pre pensionado, por cuanto le faltaban tres años o menos para alcanzar la edad para adquirir la pensión, según se extrae del contenido de los hechos 7 y 8 de la demanda (Archivo 03 expediente digital, páginas 5 y 6).

De las pruebas arrimadas al expediente, se encuentra el REPORTE DE SEMANAS COTIZADAS EN PENSIONES expedido por la AFP PORVENIR el 9 de agosto de 2019 donde se registran **1.525 semanas cotizadas al mes de febrero de 2019** (Archivo 03 expediente digital, páginas 14 a 21). De otra parte, se tiene que, al momento de fenecer el contrato de trabajo, el 22 de mayo de 2020 (pág. 11, ib.), el accionante contaba con 61 años de edad, pues nació el 05 de enero de 1959, tal como se registra en la citada historia laboral.

Ahora bien, conforme a lo expuesto resulta necesario traer a colación la sentencia SU-003 de 2018, donde la Corte Constitucional consagró las reglas a tener en cuenta para amparar el derecho a la Estabilidad Laboral de pre pensionados, precisando:

> *«[…] Para la Sala Plena, con fines de unificación jurisprudencial, **cuando el único requisito faltante para acceder a la pensión de vejez es el de edad, dado que se acredita el cumplimiento del número mínimo de semanas de cotización, no hay lugar a considerar que la persona es beneficiaria del fuero de estabilidad laboral reforzada de prepensionable,** dado que el requisito faltante de edad puede ser cumplido de manera posterior, con o sin vinculación laboral vigente. En estos casos, no se frustra el acceso a la pensión de vejez. Para fundamentar esta segunda regla de unificación jurisprudencial se hace referencia a la jurisprudencia constitucional que ha*

desarrollado la figura y a su finalidad específica, en aras de determinar por qué, en el supuesto de unificación, no se frustra el acceso a la pensión de vejez.

"60. Conforme a los pronunciamientos de las distintas Salas de Revisión de esta Corte, la figura de la "prepensión" es diferente a la del denominado "retén social", figura de origen legal, que opera en el contexto de la renovación, reestructuración o liquidación de entidades públicas. La "prepensión", según la jurisprudencia de unificación de esta Corte, se ha entendido en los siguientes términos:

"[…] en la jurisprudencia constitucional se ha entendido que las personas beneficiarias de la protección especial, es decir los prepensionados, serán aquellos servidores que cumplan con los requisitos para acceder a la pensión de jubilación o de vejez dentro de los tres años siguientes o, en otras palabras, aquellos a los que les falte tres años o menos para cumplir los requisitos que les permitirían acceder a la pensión de jubilación o vejez"[56].

"Así las cosas, en principio, acreditan la condición de "prepensionables" las personas vinculadas laboralmente al sector público o privado, que están próximas (dentro de los 3 años siguientes) a acreditar los dos requisitos necesarios para obtener la pensión de vejez (la edad y el número de semanas -o tiempo de servicio- requerido en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida o el capital necesario en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad) y consolidar así su derecho a la pensión.

"La "prepensión" protege la expectativa del trabajador de obtener su pensión de vejez, ante su posible frustración como consecuencia de una pérdida intempestiva del empleo. Por tanto, ampara la estabilidad en el cargo y la continuidad en la cotización efectiva al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, para consolidar los requisitos que le faltaren para acceder a su pensión de vejez.

"Igualmente, tal como lo ha considerado esta Corte, en especial en relación con los cargos de libre nombramiento y remoción, en aquellos supuestos en los que solo resta el requisito de edad (dado que se acredita el número de semanas de cotización o el tiempo de servicio, en el caso del Régimen de Prima Media con Prestación Definida), no se ha considerado que la persona sea titular de la garantía de "prepensión", en la medida en que la consolidación del derecho pensional no está sujeta a la realización de cotizaciones adicionales al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones[57].

"En consecuencia, cuando el único requisito faltante para acceder a la pensión de vejez es el de la edad, dado que se acredita el cumplimiento del número mínimo de semanas de cotización, en caso de desvinculación, no se frustra el acceso a la pensión de vejez, de allí que no haya lugar a considerar que la persona sea beneficiaria del fuero de estabilidad laboral reforzada de prepensionable, dado que el requisito faltante, relativo a la edad, puede ser cumplido de manera posterior, con o sin vinculación laboral vigente».

Criterio que también puede encontrarse en la Sala de Casación Laboral en sentencias CSJ SL 1462-2021 y CSJ SL 442-2022, considerándose entonces conforme a la sentencia en cita que podrá gozar de la calidad referida quien se encuentre a tres años o menos de alcanzar las semanas mínimas para acreditar el derecho, advirtiéndose que "*cuando el único requisito faltante para acceder a la pensión de vejez es el de edad, dado que se acredita el cumplimiento del número mínimo de semanas de cotización, no hay lugar a considerar que la*

persona es beneficiaria del fuero de estabilidad laboral reforzada de prepensionable" pues dicho presupuesto puede ser cumplido con posterioridad, aun cuando no exista vinculación laboral vigente, que es precisamente lo que acontece en autos, pues de conformidad con el reporte de semanas cotizadas anunciado el demandante contaba con 1.525 semanas de cotización ante PORVENIR y un capital acumulado de $356.399.237, resultando suficiente para acceder a la garantía de pensión mínima, bajo los parámetros del artículo 65 de la Ley 100 de 1993.

Memórese, el Sistema General de Seguridad Social en pensiones introducido con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, previó la coexistencia de dos regímenes solidarios excluyentes, aunque con aspectos en común, a saber: el régimen de prima media con prestación definida -RPM- (sistema de reparto) y el régimen de ahorro individual con solidaridad -RAIS- (sistema de capitalización privado)[1].

[1] Artículo 12 de la Ley 100 de 1993.

Sobre el particular explicó la Corte en sentencia SL4108 de 2020:

"*1. Diferencias de los regímenes pensionales a partir de la Ley 100 de 1993 y objetivos comunes*

De acuerdo con las prescripciones de la Ley 100 de 1993, la satisfacción del derecho constitucional a la seguridad social y la ampliación de su cobertura quedó de manera preferente en manos de dos regímenes pensionales que se distinguen en su estructura, organización y técnica de financiamiento de las pensiones.

Por un lado, el régimen de prima media con prestación definida preservó el esquema de reparto, de corte solidario, en el cual los aportes de los afiliados constituyen un fondo común de naturaleza pública que se distribuye entre sus beneficiarios para cubrir las cargas del sistema. Por el otro, el de ahorro individual con solidaridad está ideado bajo un esquema de capitalización individual en el que los aportes se incorporan en cuentas de ahorro personalizadas, las cuales son patrimonios autónomos de propiedad de cada afiliado -artículo 90 de la Ley 100 de 1993. Esto les permite a las personas crear una reserva propia, que incrementada con los rendimientos recibidos y el bono pensional si hay lugar a él, está destinada a financiar las prestaciones correspondientes.

Ahora, pese a estas diferencias estructurales, la jurisprudencia de la Corte ha destacado que los objetivos y valores que legitiman su arquitectura como subsistemas pensionales son transversales y, por lo tanto, deben tener como fin común la garantía y cobertura progresiva de todas las contingencias que afecten la salud y las condiciones económicas de los habitantes del territorio nacional, sin discriminación alguna -preámbulo, artículos 1 a 3 de la Ley 100 de 1993, CSJ SL929-2018.

Esta premisa se ampara en los principios de universalidad e integralidad, los cuales sirven como pilares para comprender el sistema pues propenden «por la protección de todas las personas, sin discriminación alguna, así como por la cobertura de todas las contingencias que afectan la salud, la capacidad económica y en general las condiciones de vida de toda la población» (CSJ SL4350-2019); lo anterior, «independientemente del mecanismo utilizado, (…) regulándose para ello, un principio de justicia, esto es que cada persona deba contribuir según su capacidad y reciba lo necesario para atender de manera digna aquellas vicisitudes» (CSJ SL929-2018).

En el primero -RPM-, empleadores y trabajadores realizan sus contribuciones a un fondo común del cual se extraen los recursos requeridos para soportar las pensiones que reconozca el sistema y el segundo -RAIS-, por el contrario, tiene una dinámica de financiación basada en la acumulación del capital individual, a partir del cual el propio afiliado financia las prestaciones a las que tiene derecho.

Así, si bien es cierto el conjunto de prestaciones económicas que reconocen los dos regímenes coinciden en su mayoría, en cuanto a su denominación y propósito, también lo es que para su consolidación se prevén requisitos y métodos disimiles.

Lo anterior con el fin de hacer ver al demandante que la pensión de vejez, aunque es una prestación regulada en el sistema general de pensiones, que se concede en ambos regímenes, está sujeta a presupuestos o requisitos distintos en uno y otro, precisándose, la PENSION DE GARANTÍA MÍNIMA está prevista para quienes se encuentran vinculados al RAIS y se causa teniendo en cuenta

---

Estos mandatos de optimización del sistema de pensiones a su vez desarrollan la exigencia constitucional de brindar una garantía mínima y fundamental a la seguridad social -artículo 53 Constitución Política de 1991-, derecho que al tenor del artículo 48 ibidem es irrenunciable y se materializa en un servicio público obligatorio que debe prestarse a toda la ciudadanía con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley. Además, este conjunto normativo local es reafirmado en varios instrumentos internacionales que integran el bloque de constitucionalidad, como los preceptos 22 y 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (C-504-2007 de la Corte Constitucional).

[4: Artículo 22. Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.][5: Artículo 25. 1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad. (...).]

De modo que los regímenes pensionales existentes, aún con sus diferencias, deben articularse de tal modo que la garantía de los referidos objetivos de la seguridad social sea real, eficiente y efectiva. Esta referencia es clara en el artículo 12 de la Ley 100 de 1993, que contempla que los modelos vigentes en Colombia son excluyentes pero coexistentes. Y adviértase que la premisa del principio de unidad establecido en el artículo 2.º ibidem es justamente «la articulación de políticas, instituciones, regímenes, procedimientos y prestaciones para alcanzar los fines de la seguridad social».

En el anterior contexto, la Corte reitera que las diferencias entre los regímenes pensionales no son restricciones a los derechos pensionales de los afiliados, ni de los objetivos y valores que le dan vigencia y utilidad al sistema de pensiones, pues ambos esquemas de administración están convocados a potencializarlos en su mayor medida, siempre y cuando no se transgredan los límites que impone la propia Constitución Política"

los saldos que existen en la cuenta de ahorro individual del afiliado, sus rendimientos, el bono pensional si hay lugar a él y los aportes del Estado a través del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Al respecto se puede consultar la sentencia CSJ SL2512 del 2021.

Desde la expedición de la Ley 100 de 1993 se contempló la garantía estatal de pensión mínima, para aquellos afiliados al RAIS, que llegados a las edades máximas, esto es, 57 años mujeres y 62 años hombres, que hubieren cotizado un número mínimo de semanas de **1150**, sin capital suficiente para financiar una pensión de vejez, tendrían derecho a que con cargo a la Nación, se les completaran los recursos a efectos de acceder a una pensión de vejez de salario mínimo, como una clara y palpable expresión del postulado de solidaridad. No se olvide que la reforma introducida en la Ley 797 de 2003, estatuyó que un porcentaje del aporte de los afiliados al RAIS, se iría a la constitución de recursos, en aras de completar el capital faltante de los beneficiarios del principio solidario.

Entonces, dada la finalidad de proteger a aquellos que a pesar de haber realizado un esfuerzo significativo en densidad de cotizaciones no logran el capital suficiente para su pensión, y vean nugatoria la protección su vejez, se implementó la prerrogativa a través de la garantía del artículo 65 de la Ley 100 de 1993. De tal forma, aterrizando los anteriores presupuestos al caso que ocupa a la Sala, se tiene que el señor **JORGE AGUILAR GÓMEZ** podía ser acreedor de esta prestación, toda vez, tenía más de 1550 acumuladas al mes de febrero de 2019, según la historia incorporada al proceso, como ya se anotó y un capital de $356,399,237, pudiendo sin manera alguna acceder a una pensión de garantía mínima, por lo menos, en tratándose del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al cual estaba afiliado.

En gracia de la discusión, conviene acotar, en sentencia de tutela proferida por el Juzgado 2º Promiscuo Municipal de Armero Guayabal con Función de Conocimiento de Tutelas de fecha 16 de junio de 2020 (páginas 29 a 40, archivo 05), se mencionó que el aquí demandante contaba con 1564 semanas y un capital de $371.614.749, pudiendo destacar que a la fecha de despido el demandante contaba con más semanas y capital que el enunciado en el libelo,

veamos: "*Acorde con lo anterior, cobra suma relevancia que el señor Jorge Aguilar a la fecha se encuentra afiliado al Fondo de Pensiones Porvenir, con* ***1.564 semanas cotizadas, y un capital total acumulado de $371.614,749****, para el 24 de mayo de 2020, según Historia Laboral Consolidada expedida por Porvenir S.A. Fondo de Pensiones; ello, por cuanto según la jurisprudencia actual de la Honorable Corte Constitucional cuando una persona cuenta con la densidad de semanas cotizadas para alcanzar la prestación por vejez aunque le falte la edad, no puede catalogarse como prepensionado.". (Negriila fuera del texto).*

Sumado a lo que antecede, el actor al absolver interrogatorio de parte[2] manifestó, para el mes de febrero de 2019 contaba con más de 356 millones en la cuenta de ahorros y tenía más de 1.554 semanas, por lo que, antes del 18 de mayo de 2020 había gestionado la pensión de vejez, entonces, hoy día al tener más de 62 años goza de la pensión de vejez en un monto superior al salario mínimo legal mensual vigente, lo que corrobora que la decisión unilateral de terminar el contrato de trabajo del demandante en los términos del artículo 64 del C.S.T. no ocasionó detrimento alguno en la prestación económica que hoy disfruta.

Así las cosas, conforme a los postulados jurisprudenciales y legales expuestos, resulta forzoso concluir, al demandante no le asiste el derecho para entender que se encontraba al momento de su despido (22 de mayo de 2020), en la condición de pre pensionado, ya que cuando su vínculo contractual laboral feneció, contaba con un cúmulo de semanas de que superaba las 1150 semanas, en tratándose de régimen de ahorro individual con solidaridad -RAIS-, iterando el hecho de que no haya tenido el requisito de la edad a la terminación del contrato, no frustra el acceso a la pensión toda vez que esta se puede adquirir con o sin vinculación laboral vigente, tal como se precisó en

---

[2] ***Interrogatorio al demandante, récord 19:28***: "*Tengo 63 años, soy casado con Claudia Aponte, tengo estudios en la UNAD en Administración de Empresas, estoy pensionado por Porvenir, recibí la suma de $9.600.250, por concepto de indemnización por despido, para el 2019 contaba con más de 356 millones en la cuenta de ahorros y tenía más de 1.554 semanas, antes del 18 de mayo de 2020 yo había gestionado la pensión pero el inconveniente era la edad, me dijeron que después de cumplir los 62 años, antes de la edad me dijeron que no me recibían papeles, nunca me dijeron que yo podía pensionarme con la garantía de la pensión mínima, tengo una pensión superior al smmlv".*

precedencia. De este modo, debe confirmarse la decisión de primer grado, por arribar a similares conclusiones.

Agotada la competencia de la Sala, habiéndose agotado la competencia de la Sala por el estudio en el grado jurisdiccional de Consulta en favor del demandante, conforme las motivaciones que preceden, se confirmará la sentencia de primer grado.

SIN COSTAS en esta instancia.

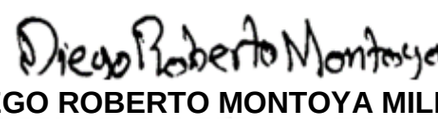
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN



CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR LUIS EDUARDO BELTRAN URREGO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- y PROTECCIÓN S.A. (RAD. 16 2021 00318 01)

Bogotá D.C. treinta y uno (31) de Mayo de dos mil veintitrés (2023)

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

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en su favor, contra la sentencia proferida por el Juez 16 Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 3 de febrero del 2023 *(Audiencia virtual, archivo 28 expediente digital, récord: 1:01:02),* en la que se resolvió:

> *"**PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, que tuviera lugar el día 29 de agosto de 1994 y con efectividad desde el 1° de septiembre del mismo año, por ante el FONDO DE PENSIONES COLMENA hoy AFP PROTECCIÓN S.A. debido a la omisión en el deber de información por parte de la administradora mencionada.*
>
> ***SEGUNDO: CONDENAR** a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A. a trasladar la totalidad de los recursos de la cuenta de ahorro pensional del demandante con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, incluyendo conceptos por capital, réditos, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales si los hubiere y en general todo valor que se haya recibido en el régimen de ahorro individual con solidaridad, con motivo de las cotizaciones efectuadas en favor del demandante.*
>
> ***TERCERO: CONDENAR** a COLPENSIONES a recibir los valores condenados en el numeral que antecede y a reactivar la afiliación del demandante en el régimen solidario de prima media con prestación definida, el cual se declara como el único en el cual de forma válida se encontraba afiliado el demandante, traduciendo en*

semanas de cotización las mismas que se han realizado en el régimen de ahorro individual con solidaridad.

***CUARTO: DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas por el extremo demandado.*

***QUINTO:** Se condena en costas de la instancia a la parte demandada, practíquese la liquidación por secretaría, incluyendo los montos de medio salario mínimo legal mensual vigente y de un cuarto de salario mínimo legal mensual vigente como valor de agencias en derecho a cargo de AFP PROTECCIÓN S.A. y de COLPENSIONES respectivamente."*

Inconforme con la decisión COLPENSIONES presenta recurso de apelación parcial únicamente frente a la condena en costas y agencias en derecho, manifestando que la entidad es un tercero de buena fe y que la única eventual falta que se le endilga es no activar una afiliación bajo unos argumentos legales, por lo que considera no debe condenarse en costas o agencias en derecho por un actuar de manera legal *(Audiencia virtual, archivo 28 expediente digital, récord: 1:03:08[1])*

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda (*Página 1, archivo 1 Expediente digital),* las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (*Páginas 1 a 2 ibidem),* aspirando de manera principal se declare la ineficacia de la afiliación al RAIS, en consecuencia se ordene a PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido por concepto de cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses y rendimientos, así mismo se ordene a Colpensiones a recibirlo como afiliado sin solución de

[1] Gracias su señoría, de acuerdo a las instrucciones de mi representada y siendo la tapa procesal pertinente, me permito interponer recurso de apelación parcial contra la sentencia proferida en primera instancia solamente con respecto a la condena en costas y agencias en derecho a mi representada.

Al respecto hay que indicar que si bien establece el Código General del Proceso que la parte vencida debe ser condenada en costas, hay que indicar que mi representada en estos asuntos es un tercero de buena fe, que la única eventual falta que se le endilga es no activar una afiliación bajo unos argumentos legales, por lo tanto no considera esta apoderada deba condenarse a mi representada en costas o agencias en derecho por actuar de manera legal, ya que solo es un juez quien determina la ineficacia del traslado de la parte demandante, por lo antes expuesto solicito al Honorable Tribunal de Bogotá Sala Laboral revoque en este sentido la sentencia proferida y en tal sentido dejó sentado mi recurso de apelación, muchas gracias.

continuidad en el RPM, costas y agencias en derecho, condenas *ultra y extra petita*. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus aspiraciones,** pues se declaró la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, que tuviera lugar el día 29 de agosto de 1994, ordenando a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A. a trasladar la totalidad de los recursos de la cuenta de ahorro pensional del demandante con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, incluyendo conceptos por capital, réditos, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales si los hubiere y en general todo valor que se haya recibido en el régimen de ahorro individual con solidaridad, con motivo de las cotizaciones efectuadas en favor del demandante, y COLPENSIONES a recibir los valores condenados en el numeral que antecede y a reactivar la afiliación del demandante en el régimen solidario de prima media con prestación definida. Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada PROTECCIÓN no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía con el demandante, al momento del traslado, sin que se acreditara haber explicado las consecuencias de su traslado, aunado a que el formulario no constituye prueba de la información proporcionada.

Pues bien, para resolver la controversia, es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002[2].

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

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 11 de marzo de 1960 *(Página 80, Archivo 1 Expediente Digital)*, por lo que la edad de 62 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2022, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 25 de junio del 2020 y ante PROTECCIÓN el 26 de junio del 2020 *(Páginas 88, 89, 93 y 94, respectivamente, archivo 01 del expediente digital)*, esto es, cuando se encontraba a menos de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1º de abril de 1994 -, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, apenas había cotizado 472.71 semanas (*Historia Laboral valida para bono pensional pág. 80, archivo 09 expediente digital*), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

Ahora, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende 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 agosto de 1994** con fecha de efectividad a partir del **1° de septiembre de 1994** *(Páginas 82 y 84, archivo 9 expediente digital)* por afiliación que hiciera a COLMENA hoy PROTECCION S.A., específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP y en el formulario de afiliación suscrito con esa AFP.

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

En efecto, la jurisprudencia que sobre el particular ha dejado sentada la Corporación de cierre de esta jurisdicción, ha entendido que la expresión *“libre y voluntaria*” contenida en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, supone

necesariamente el conocimiento, lo que sólo es posible alcanzar cuando se saben a conciencia las consecuencias de una decisión de esta envergadura.

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

> *"Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos del tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.*
>
> *Es evidente que cualquier determinación personal de la índole que aquí se discute**, es eficaz**, cuando existe un consentimiento informado; en materia de seguridad social, el juez no puede ignorar que por la trascendencia de los derechos pensionales, la información, en este caso, del traslado de régimen, debe ser de transparencia máxima.*
>
> *Para este tipo de asuntos, se repite, tales asertos no comprenden solo los beneficios que dispense el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.*
>
> *El juez no puede pasar inadvertidas falencias informativas, menos considerar que ello no es de su resorte, pues es claro que cuando quien acude a la jurisdicción reclama que se le respete el régimen de transición, indiscutiblemente, como se anotó, surge la perentoriedad de estudiar los elementos estructurales para que el mismo opere, es decir, debe constatar que el traslado se produjo en términos de eficacia, para luego, determinar las consecuencias propias."*

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

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

---

[3] *Al tema puede consultarse la sentencia SL2877 de 2020 y SL4875 de 2020*

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

> *"(…)*
> *De modo que al no existir una norma explícita que regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico en la legislación civil, acudió al aludido precepto relativo a las consecuencias de la nulidad, el cual consagra las mismas consecuencias de aquella. Dicha disposición establece:*
>
> > *Artículo 1746. La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita (subrayas fuera de texto).*
> >
> > *En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.*
>
> ***Entonces, según la norma precedente, el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición.*** *En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia."*

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

Así, discurrió

> *"**1. La consecuencia de la inobservancia del deber de información: ineficacia del acto jurídico de cambio de régimen***
>
> *Al contestar la demanda, Colpensiones sostuvo que en este asunto no hay lugar a declarar la nulidad del traslado de la actora del régimen público de pensiones al privado, en la medida que no se demostró un vicio del consentimiento en la modalidad de error, fuerza o dolo.*
>
> *Ahora bien, el a quo declaró la nulidad de la afiliación de la demandante, pues, en su sentir, el «acto no existió y no puede causar ningún tipo de consecuencia, incluso desfavorable». En esa línea, condenó a Colfondos S.A. a devolver «todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de (…) LILIANA ANGULO RUIZ como comisiones, costos cobrados por administración, sumas adicionales, bonos pensionales de ser el caso, de conformidad con el art. 1746 que se hubieren generado junto con sus rendimientos», e impuso a Colpensiones la obligación de recibirlos y hacer los ajustes pertinentes en la historia laboral de la actora, sin solución de*

continuidad; esto es, «como si esa afiliación nunca hubiese existido».

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Señalando la Corte, de acuerdo a la doctrina se le han adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un **traslado de la carga de la prueba** del actor al fondo accionado PROTECCIÓN antes COLMENA 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 2011[4], Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y en las

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

"El yerro del Tribunal estuvo entonces, en no haberse percatado de que el documento analizado, muestra que evidentemente al actor no se le suministró la información adecuada, suficiente y cierta para su traslado.
"(…).
"Las administradoras de pensiones lo son de un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados, según lo prescribe el artículo 97 de la Ley 100 de 1993; la Ley radica en ellas el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, y cuyos deberes surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

"No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio

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

> *"(…)* ***Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto.***
>
> *(…)*
>
> *Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*
>
> *(…).*
>
> *Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.*
>
> ***Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras***

---

de manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones", pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña".

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

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

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

> ***por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego.*** *A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (…)"*

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

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por el accionante[5] no acreditan de manera a alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que nunca supo que se había trasladado de régimen y que solo recuerda que sus empleadores le daban formularios y el los firmaba.

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

A efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a COLMENA hoy PROTECCIÓN (*Página 84 Archivo 9 expediente digital),* este no constituye en manera alguna medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por esa AFP demandada (sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019) y, en todo caso, tal documento

[5] Audiencia 3 de febrero del 2023, récord 26:41

no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus,* pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que se advierten ausentes en el plenario.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el fondo de pensiones COLMENA hoy PROTECCIÓN proporcionara al afiliado una suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna información sobre las reales implicaciones de abandonar el régimen de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras. No obstante, esa administradora no logró demostrar, como era su deber, que suministró al convocante una información de tales características, porque, aun cuando en la contestación de la demanda afirmó que proporcionó la adecuada y completa ilustración al actor 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.° del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

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

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

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

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

Como se ve, ya para el año 1994, cuando se produjo el traslado del aquí demandante, la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN estaba en la obligación de informar a su futuro afiliado sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, pero ello en el asunto no ocurrió o, por lo menos, no se acreditó.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada COLMENA hoy PROTECCION, omitió en el momento del traslado de régimen **(29 de agosto de 1994, efectivo el 1 de septiembre de ese año),** el deber de información para con el promotor del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia CSJ SL12136-2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

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

En ese orden, la ineficacia del tránsito de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de PROTECCION, 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, frutos e intereses, como también la activación de su afiliación por parte de COLPENSIONES en el régimen de prima media con prestación definida, de tal manera se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto.

Debe precisarse, atendiendo el grado jurisdiccional de consulta en que se conoce el presente proceso en favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión adicionará el numeral segundo del fallo de primer grado, en cuanto a que PROTECCIÓN S.A. -además de lo ordenado por el Juez *a quo*- deberá retornar los gastos de administración, las comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y

sobrevivencia[6] y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades[7].

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

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

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

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

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

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

[6] Ver al respecto las sentencias SL4964-2018, SL1688-2019, SL2877-2020, SL4811-2020 y SL373-2021.
[7] Conforme lo señala la SL2209-2021 y SL2207-2021

> *En efecto, la indexación se erige como una garantía constitucional (art. 53 CP), que se materializa en el mantenimiento del poder adquisitivo constante de las pensiones, en relación con el índice de precios al consumidor certificado por el DANE. A su vez, el artículo 1626 del Código Civil preceptúa que «el pago efectivo es la prestación de lo que se debe», esto es, que la deuda debe cancelarse de manera total e íntegra a la luz de lo previsto en el artículo 1646 ibídem. De ahí que, si la AFP no paga oportunamente la prestación causada en favor del afiliado, pensionado o beneficiario, tiene la obligación de indexarla como único conducto para cumplir con los mencionados estándares de totalidad e integralidad del pago. Por tal motivo, es incompleto el pago realizado sin el referido ajuste cuando el transcurso del tiempo devaluó el valor del crédito.*
>
> *Ahora, la indexación no implica el incremento del valor de los créditos pensionales, ya que su función consiste únicamente en evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción del patrimonio de quien accede a la administración de justicia, causada por el transcurso del tiempo. Tampoco puede verse como parte de la mesada, puesto que no satisface necesidades sociales del pensionado, y menos como una sanción, ya que lejos de castigar al deudor, garantiza que los créditos pensionales no pierdan su valor real."* (Negrillas de la Sala).

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

> ***"7. Consecuencias de la declaración de ineficacia***
>
> *Por no estar acreditado que PORVENIR S. A. hubiere consignado a COLPENSIONES, los aportes que la demandante tenía en su cuenta individual con sus rendimientos, incluyendo también los valores correspondientes a gastos de administración, los cuales según se expuso en las sentencias CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019, debe asumir con cargo a sus propios recursos,* ***se le ordenará la devolución de esos dineros, debidamente indexados,*** *junto con el valor del bono a COLPENSIONES y a favor del actor."* (Negrillas y subrayas fuera de texto)

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

Advirtiéndose en cuanto al principio de la sostenibilidad financiera la Máxima Corporación ha expresado que las decisiones de declaratoria de ineficacia no

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

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES[8] *(Página 9, archivo 16 expediente digital),*entidad ésta última a favor de quien se surte la consulta*,* basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL-1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por la encartada, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

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

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

[8] Se tuvo por contestada la demanda en auto del 23 de noviembre del 2022, archivo 24 expediente digital.

SIN COSTAS en esta instancia.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: ADICIONAR el numeral **SEGUNDO** del fallo de primer grado, en cuanto a que PROTECCIÓN S.A.-además de lo ordenado por el Juez *a quo*- deberá retornar los gastos de administración, las comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades, todo ello por el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a esa administradora, conforme lo considerado.

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

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

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MERCEDES PINZÓN GUTIÉRREZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- Y COMO VINCULADOS EL MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO Y PORVENIR S.A. (RAD. 17 2018 00644 01).

Bogotá D.C. treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

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

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, en virtud de los recursos de apelación interpuestos por la demandante y Porvenir S.A., así como el grado jurisdiccional de consulta en favor del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, contra la sentencia proferida por la Juez Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 02 de septiembre del 2022 (Audiencia virtual 35VideoAudicencia02Septiembre2022, récord 41:55), en la que se resolvió:

> *"**PRIMERO: DECLARAR** no probadas las excepciones de inexistencia de la obligación de reconocimiento de pensión de vejez y cobro de lo no debido propuestas por la AFP PORVENIR S.A.*
>
> ***SEGUNDO: DECLARAR** que la demandante señora MERCEDES PINZON GUTIERREZ identificada con la cédula de ciudadanía 35.322.930, tiene derecho a la pensión de garantía mínima de vejez en aplicación del artículo 65 de la Ley 100 de 1993.*
>
> ***TERCERO: CONDENAR** a la AFP PORVENIR S.A. a pagar a la demandante señora PINZON GUTIERREZ, la pensión de vejez una vez acredite el retiro del sistema, en cuantía del salario mínimo legal mensual vigente, lo anterior según las consideraciones señaladas.*

***CUARTO: ABSOLVER** a PORVENIR S.A. de las demás pretensiones incoadas en su contra según lo analizado.*

***QUINTO: ABSOLVER** a COLPENSIONES de todas las pretensiones incoadas en su contra, lo que no obsta para advertir a esa entidad que deberá adelantar el trámite administrativo correspondiente para constituir el titulo pensional a favor de la demandante o el bono pensional aclaro.*

***SEXTO: CONDENAR** en costas a PORVENIR S.A., en firme esta sentencia, por Secretaría practíquese la liquidación, incluyendo agencias en derecho a su cargo por valor de $2.500.000 pesos M/Cte.".*

Inconforme con la decisión, la demandante presentó recurso de apelación[1] atacando el reconocimiento pensional a partir de la novedad de retiro, pues en su

[1] ***Apoderada Demandante (récord: 43:30):** "Gracias su señoría, me permito presentar recurso de apelación ante el Honorable Tribunal Sala Laboral para que revoque en parte el fallo proferido en este momento en lo relacionado con los numerales tres y relativos a que el reconocimiento pensional el despacho en esta sentencia se lo reconoce a partir de que acredite la novedad de retiro.*

En este orden de ideas me permito mencionar y reiterar lo dicho en alegatos de conclusión y es precisamente que la demandante o para la demandante era materialmente imposible que hubiera elevado petición ante la AFP Porvenir, teniendo en cuenta que como se ha vislumbrado en el transcurso de este proceso y todo el material probatorio aportado dentro de todo el trámite se ha manifestado que efectivamente la demandante para el año 2008 ella solicitó, estando en Porvenir, solicitó traslado a través del formulario que debidamente reposa dentro del expediente digital a folios 395, fue la demandante y radicó ese formulario de afiliación a Colpensiones en el año 2008, luego entonces ella y su empleador quien es Casa Limpia y ha sido su empleador durante muchos años, asumieron que efectivamente se encontraba afiliada en Colpensiones, tan así que como bien su despacho lo manifestó en una de sus contestaciones de parte de Colpensiones le dijo a la demandante que efectivamente había recibido aportes de Porvenir, en este orden la demandante fue que agotó la vía administrativa o la reclamación administrativa, como lo ordena el artículo 6° del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, cumplió plenamente con ese requisito que le ordena la ley para acudir ante la jurisdicción ordinaria laboral, pues tan así que desde el año 2013 ante esta administradora Colpensiones vino la demandante solicitando su derecho prestacional y pues esta administradora la asumió como su afiliada a través de sus diferentes respuestas, historias laborales y sus diferentes actos administrativos, actos propios de la administración mediante el cual la asumían como su afiliada, negándole el derecho a la pensión de vejez, acogiéndose a los errores administrativos y el desorden en la historia laboral que tenía la demandante, luego entonces era apenas lógico que no pudiera la demandante ir Porvenir a solicitar su pensión en razón a lo dicho anteriormente, pues solo hasta el año 2019, estando dentro de este proceso judicial, la demandante se entera que efectivamente en una ocasión que visitó a Colpensiones, porque ella bien lo manifestó, que frecuentaba Colpensiones para solicitar sus historias laborales, historias laborales que fueron aportadas dentro del proceso y que en sus diferentes documentos en cada una reposa un número de semanas diferentes, luego es allí en el año 2019, donde ella se entera que le dice Colpensiones, no está afiliada aquí y dentro del proceso que nos ocupa se le manifestó el despacho tal situación, tal negligencia, situación que ella no comprendía por qué ella es una afiliada, trabajadora a quien solamente le descuentan sus aportes y trabaja para efectuar pertinentemente su pensión y dentro de este proceso solamente se ha podido comprender qué fue lo que pasó con la demandante y fue precisamente las pruebas que se aportaron con posterioridad tanto a la demanda y la reforma a la demanda, pruebas que se le solicitaron al despacho como sobrevinientes en las que se dio claridad al asunto y fue Colpensiones que solo hasta el año 2021 le informó a la demandante a través de previo a un derecho de petición de ella, le informa que esa solicitud que ella hizo en el año 2008 fue anulada, luego entonces estamos hablando que ella estuvo del año 2008 al 2021 o 2019, podría decirse que plenamente afiliada a Colpensiones ,vuelvo y repito no podía la demandante asumir o pensar en ir al fondo de pensiones Porvenir a cumplir con el requisito que le exige el artículo sexto del Código Procesal del trabajo y de la Seguridad Social, pues era materialmente imposible.

Luego entonces por otro lado, tenemos que no solamente hubo negligencia por parte de Colpensiones, sino también por parte de Porvenir, pues Porvenir en ningún momento de estos años 2008 a 2019 le envió algún reporte de historia laboral o de extracto a la demandante, ello a fin de que la demandante al menos se percatara de que había alguna multi afiliación o en efecto que hubiera podido ir a Porvenir, luego entonces

sentir, era materialmente imposible que hubiera elevado petición ante la AFP Porvenir, teniendo en cuenta que para el año 2008 solicitó el traslado a través del formulario que debidamente reposa dentro del expediente digital, documento que se radicó en Colpensiones, luego entonces junto con el empleador asumieron que efectivamente se encontraba afiliada en Colpensiones.

En este orden consideró, agotó la vía administrativa o la reclamación administrativa, como lo ordena el artículo 6° del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, cumpliendo plenamente con ese requisito que ordena la ley para acudir ante la jurisdicción ordinaria laboral, pues tan así que desde el año 2013 ante Colpensiones ha venido solicitando prestacional y esa administradora la asumió como su afiliada a través de sus diferentes respuestas, historias laborales y sus diferentes actos administrativos, actos propios de la administración mediante el cual la asumían como afiliada, negándo el derecho a la pensión de vejez, acogiéndose a los errores administrativos y el desorden en la historia laboral que tenía, siendo lógico que no pudiera ir Porvenir a solicitar su pensión. Insistió, solo hasta el año 2019, estando dentro de este proceso judicial, la demandante se enteró que efectivamente en una ocasión que visitó a Colpensiones para solicitar sus historias laborales, se entera que no está afiliada al RPM. Expuso, Colpensiones solo hasta el año 2021 le informó a través de un derecho de petición que la solicitud efectuada en el año 2008 fue anulada, por lo que en los años 2008 al 2021 o 2019, podría decirse que estaba plenamente afiliada a Colpensiones, siendo imposible asumir o pensar en ir al fondo de pensiones Porvenir a cumplir con el requisito que le exige el artículo 6º del Código Procesal del trabajo y de la Seguridad Social, pues era materialmente imposible.

Porvenir también incurrió en una negligencia meramente administrativa y omisión a su obligación como administradora de los aportes de la demandante, pues no se percató de que su empleador Casa Limpia no le estaba efectuando aportes durante esos años, porque bien Colpensiones los recibió para esos años.

Luego entonces estas negligencias por parte de estas dos administradoras no las podemos descargar en una afiliada inexperta que simplemente o ella en su conocer básico solo se limita a trabajar donde le descuentan sus aportes para pensión, pues no era conocimiento de ella lo que he venido repitiendo que estaba en Porvenir, luego entonces no podemos castigar aquí a la demandante a no reconocerle la pensión de vejez como se ha venido solicitando, inclusive esta pensión se le debe reconocer a la demandante desde el 2 de junio del año 2016, fecha en que cumplió los 1150 semanas y los 57 años de edad, luego entonces efectivamente no podríamos aplaudirle esta negligencia a ambas administradoras, en primero negarle el retroactivo a la demandante y segundo los intereses moratorios pues estamos hablando de un derecho de orden constitucional, estaríamos obligando entonces a la demandante a renunciar a esos derechos, quién ha venido trabajando insistentemente y confiando en esa buena fe de parte de ella y mala fe por parte de estas administradoras en todos estos actos que he mencionado.

Es por ello que se le solicita al Honorable Tribunal que revoque el fallo proferido en este momento en los aspectos mencionados, gracias su señoría".

Por otro lado, narró, no solamente hubo negligencia por parte de Colpensiones, sino también por parte de Porvenir, pues está AFP en ningún momento envió algún reporte de historia laboral o de extracto a la demandante, ello, a fin de percatarse de que había alguna multi afiliación o en efecto que hubiera podido ir a Porvenir, sumado a que Colpensiones recibió los aportes para esos años.

Adujo, las negligencias por parte de las administradoras no las tiene que asumir la afiliada inexperta, quien solo se limitó a trabajar, pues no era conocimiento que estaba en Porvenir, siendo inviable reconocer la pensión de vejez desde la novedad de retiro, solicitó entonces, se reconozca la prestación a partir del 2 de junio del año 2016, fecha en que cumplió las 1150 semanas y los 57 años de edad.

PORVENIR esgrimió[2], no es la entidad la cual deba reconocer una pensión de vejez mediante la garantía de pensión mínima a la demandante, porque como

---

[2] ***Apoderada Porvenir S.A (52:44):"****Gracias señor juez, manifiesto que interpongo recurso de apelación contra la decisión de primera instancia y el primer aspecto de ellos, solicitó a la sala que se revoque la condena en lo que tiene que ver que Porvenir sea la entidad la cual deba reconocer una pensión de vejez mediante la garantía de pensión mínima a la demandante, porque como se ha visto y a pesar de ello se ha tenido en las pruebas documentales, la afiliación de la demandante dentro de los puntos o del punto principal mejor que se estableció en la fijación del litigio, era determinar precisamente a cual fondo o a cual régimen se encontraba ella afiliado y como bien lo manifestó el despacho no había sido un punto que se hubiese resaltado por parte de la demandante dentro de la demanda inicial o de la reforma, si resultaba completamente necesario para determinar si procedía o no el reconocimiento que en últimas si como pretensión primera siempre ha venido invocando, porque honorables magistrados primero deba decirse que con la petición, es decir con el formulario de traslado que firmó la actora en el año 2008 para regresar al Instituto de Seguros Sociales en ese momento en los sistemas de Porvenir en el registro figuraba que este traslado estaba efectuado a Colpensiones, entonces de allí que como ella misma lo indicó y se puede leer en los hechos de la demanda y de ahí que fuera precisamente como también lo dijo en el interrogatorio que hubiese reclamado la prestación a Colpensiones y esto nos lleva a decir que una petición, es decir que no pasó hace 1 año o 2 años, no, una petición desde el 2018, es decir, de más de 10 años cuando la demandante manifestó que quería regresar al régimen de prima media tenga que ser resuelta por Colpensiones después y mucho tiempo después, donde le indicaban que no había sido efectiva, no puede afectar los derechos que le corresponderían allí. y si bien la pretensión y el monto de la mesada pensional no va a variar, si es importante que todas estas actuaciones que la demandante presentó en su momento para retornar el régimen de prima media, pues sean precisamente como también lo ha dicho la corte, el verdadero sentir de quien presenta la demanda.*

¿Por qué es importante? Porque nosotros podemos ver en el expediente digitalizado, por ejemplo en el folio 21 del PDF, que Colpensiones con fecha anticipada había mencionado a la demandante que había hecho la corrección de su historia laboral, igualmente en el folio 91 hace una actualización de esa historia laboral, una historia laboral de años atrás, después de que ella había solicitado ese traslado, es decir, Colpensiones validaba y también dentro de las consideraciones el Juzgado pensó y demostró con estas documentales que Colpensiones la tenía como su afiliada, así lo indicó que había expedido Colpensiones antes el Seguro esa certificación donde decía que estaba afiliado con ellos desde el año 91, entonces Honorables Magistrados cuando la demandante reclama la pensión a Colpensiones y Colpensiones no hace ninguna manifestación de que ella estaba presuntamente afiliada al RAIS y profieren las resoluciones mediante las cuales le negó la pensión y a pesar de ello las resoluciones que resolvieron los recursos interpuestos en su momento, donde dice que no tiene el mínimo de semanas necesarias para esta pensión quiere decir que sigue validando que esta señora, es decir, la actora tiene vigente su vinculación con Colpensiones y por eso es que también podemos leer en el folio 105 del PDF del expediente digitalizado, como confiesa Colpensiones la corrección

punto de litigio solo tocaba determinar a cual régimen se encontraba afiliada y como bien se manifestó el despacho no había sido un punto que se hubiese resaltado por parte de la demandante dentro de la demanda inicial o de la reforma, si resultaba completamente necesario determinar si procedía o no el reconocimiento que en últimas se ha venido invocando. Precisó, con el formulario de traslado que firmó la actora en el año 2008 para regresar al Instituto de Seguros Sociales en ese momento en los sistemas de Porvenir en el registro figuraba que este traslado estaba efectuado a Colpensiones, entonces de allí que como ella misma lo indicó y se puede leer en los hechos de la demanda y de ahí que fuera precisamente como también lo dijo en el interrogatorio que hubiese

---

laboral y la falta de los cumplimientos de los requisitos legales para el reconocimiento de la pensión de vejez, bajo ese entendido también estas mismas afirmaciones se pueden leer en el escrito de la contestación de demanda, donde en ningún momento la demandada Colpensiones señaló que la vinculación con Porvenir se encontraba activa, sino que procedió a decir dentro de las respuestas a las pretensiones de la demanda tanto en la primera como en la segunda, que no tenía la actora las semanas necesarias que exigía la ley para pensionar y que por eso había negado la prestación.

¿Eso, en qué medida es importante? en que como ya lo indiqué para Porvenir la demandante después de esa solicitud que queda todo registrado en el sistema SIAFP, dónde están las vinculaciones, donde se hacen todas las anotaciones y todas las migraciones de (...) que allí había un trámite que había iniciado el afiliado, es decir, cuando la demandante se había trasladado, había pretendido su regreso al régimen de prima media y esa vinculación se encontraba válida con Colpensiones y por eso todas estas actuaciones que ya se han reseñado en el presente recurso.

Así las cosas, Honorables Magistrados, el régimen al cual la demandante se encuentra válidamente afiliada es el régimen de prima media con prestación definida y no el régimen de ahorro individual con solidaridad representado por Porvenir y en esa medida es que solicito que se revoque la decisión y que en su lugar se declare su vinculación válida con Colpensiones y sea esta entidad la encargada de reconocer la prestación.

Por otro lado, en caso de que no se revoque la decisión, solicitó respetuosamente a la sala que revoque el numeral sexto de la parte resolutiva de la decisión en cuanto condenó en costas a Porvenir por dos razones principales, la primera de ellas es que como los Honorables Magistrados pueden apreciarlo y bien también lo a muchas veces señalado la demandante estaba completamente convencida con todos los actos y los documentos que había firmado y las manifestaciones de Colpensiones que estaba afiliada a Colpensiones y no reclamó la pensión a Porvenir, por lo tanto mi representada no negó en ningún momento ninguna prestación por que jamás recibió la reclamación pensional, como también se indicó sabiamente en el fallo de primera instancia, entonces Porvenir no fue demandada naturalmente, fue demandada Colpensiones y no fue la que dio pie o inició el presente proceso y en segunda medida y concordante con ello Porvenir fue una entidad vinculada mediante la audiencia celebrada el 24 de septiembre del 2019 y con notificación personal que se hizo a Porvenir hasta el 12 de febrero del 2020, es decir, una vinculación del fondo que representó que no da lugar a la imposición de costas, máxime cuando la decisión aquí proferida pues se hizo mediante la facultad extra petita, como también se señaló en el fallo que fue reconocer la pensión de vejez mediante la la modalidad de garantía de pensión mínima y ello pues no permitiría concluir que mi representada pues ha omitido un reconocimiento pensional, un estudio pensional o cualquier otra actuación que hubiese impedido a la demandante acceder en su momento a la prestación de vejez, porque a pesar de que en la actualidad la demandante tenga 64 años, como ya lo han demostrado todas las situaciones que se han presentado, todas las alegaciones que se han dado en el curso del proceso y los documentos que reposan en el expediente, solo presentó la reclamación de pensión desde el año 2014 a Colpensiones y desde esa época hasta la presentación de la demanda que corresponde al año 2008, es que viene discutiendo esa prestación con Colpensiones, más nunca con Porvenir, de allí que solicitó que se revoque la imposición de costas y únicamente se dejen la condena frente al reconocimiento de la pensión en los términos que ha sido señalada por el fallador de instancia y que se pueden leer en la parte resolutiva de la misma, en caso de que no se revoque la decisión como fue el primer punto de apelación interpuesto por la suscrita apoderada, muchas gracias.".

reclamado la prestación a Colpensiones y esto lleva a decir que una petición, que no pasó hace 1 año o 2 años, por el contrario, es una petición desde el 2018, es decir, de más de 10 años cuando la demandante manifestó que quería regresar al régimen de prima media y mucho tiempo después, Colpensiones le indica que no había sido efectiva, no pudiendo afectar los derechos que le corresponderían allí. y si bien la pretensión y el monto de la mesada pensional no va a variar, si es importante que todas estas actuaciones que la demandante presentó en su momento para retornar el régimen de prima media, sean precisamente como también lo ha dicho la corte, el verdadero sentir de quien presenta la demanda.

Relató, en el expediente digitalizado, se extrae que Colpensiones con fecha anticipada había mencionado a la demandante que había hecho la corrección de su historia laboral, igualmente, hizo una actualización de la historia laboral, años atrás, después de que ella había solicitado ese traslado, es decir, Colpensiones validaba y también dentro de las consideraciones el Juzgado pensó y demostró con estas documentales que Colpensiones la tenía como su afiliada, así lo indicó que había expedido Colpensiones antes el Seguro esa certificación donde decía que estaba afiliado con ellos desde el año 1991, entonces, cuando la demandante reclama la pensión a Colpensiones y la entidad no hace ninguna manifestación de que ella estaba presuntamente afiliada al RAIS y profieren las resoluciones mediante las cuales le negó la pensión y a pesar de ello las resoluciones que resolvieron los recursos interpuestos en su momento, donde dice que no tiene el mínimo de semanas necesarias para esta pensión quiere decir que sigue validando que la actora tiene vigente su vinculación con Colpensiones y por eso la corrección laboral y la falta de los cumplimientos de los requisitos legales para el reconocimiento de la pensión de vejez, bajo ese entendido también estas mismas afirmaciones se pueden leer en el escrito de la contestación de demanda.

Así las cosas, pidió, el régimen al cual la demandante se encuentra válidamente afiliada es el régimen de prima media con prestación definida y no el régimen de ahorro individual con solidaridad representado por Porvenir y en esa medida es solicito se revoque la decisión. Contrario a ello, en caso de que no se revoque la decisión, solicitó se revoque el numeral sexto de la parte resolutiva de la decisión en cuanto condenó en costas a Porvenir por dos razones principales, la primera de ellas es que la demandante estaba completamente convencida con todos los actos

y los documentos que había firmado y las manifestaciones de Colpensiones que estaba afiliada a Colpensiones y no reclamó la pensión a Porvenir, por lo tanto la AFP no negó en ningún momento la prestación por que jamás recibió la reclamación pensional y asimismo, Porvenir fue una entidad vinculada mediante la audiencia celebrada el 24 de septiembre del 2019 y con notificación personal que se hizo el 12 de febrero del 2020, es decir, una vinculación del fondo que representó que no da lugar a la imposición de costas, máxime cuando la decisión aquí proferida pues se hizo mediante la facultad extra petita.

Aclaró, solo presentó la reclamación de pensión desde el año 2014 a Colpensiones y desde esa época hasta la presentación de la demanda que corresponde al año 2008, es que viene discutiendo esa prestación con Colpensiones, más nunca con Porvenir, de allí que solicitó que se revoque la imposición de costas y únicamente se dejen la condena frente al reconocimiento de la pensión en los términos que ha sido señalada por el fallador de instancia.

Por último, la vinculada Ministerio de Hacienda y Crédito Público, exteriorizó[3], la autoridad competente para la expedición, emisión y redención de bonos pensionales es la oficina de bonos pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, como se manifestó en el escrito de contestación de demanda, la hoy demandante solo tiene reportadas 128,86 semanas, razón por la cual no cumple con los requisitos del artículo 115 de la Ley 100 del 1993, por lo tanto, no se podía hacer el pago de la garantía de pensión mínima utilizando un bono pensional y mucho menos que sea Colpensiones quien adelante dicho trámite.

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

---

[3] ***Apoderado Ministerio de Hacienda (récord, 1:02:22): "****Su señoría estando dentro de la oportunidad procesal pertinente, presentó recurso de apelación en contra de la decisión que se acaba de adoptar por parte de su despacho, en el sentido de manifestar a los señores magistrados que la autoridad competente para la expedición, emisión y redención de bonos pensionales es la oficina de bonos pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, como se manifestó en el escrito de contestación de demanda, la hoy demandante solo tiene reportadas 128,86 semanas, razón por la cual no cumple con los requisitos del artículo 115 de la Ley 100 del 93, por lo tanto no se podía hacer el pago de la garantía de pensión mínima utilizando un bono pensional y mucho menos que sea Colpensiones quien adelante dicho trámite, razón por la cual dado que no fuimos condenados en costas y no existe ningún otro tipo de condena, pues mi pronunciamiento sobre el recurso de apelación va a ser sobre la situación de la expedición del bono pensional, de esta manera dejó sentado mi recurso, el cual pues me reservo la potestad de ampliarlo en el momento en que el tribunal lo disponga, muchas gracias señor juez.".*

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante MERCEDES PINZÓN GUTIÉRREZ en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda (Archivo 1 expediente digital pág. 7) las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (págs. 4 a 7, ibidem), aspirando:

CONDENAS

1. Condenar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES,** a reconocer el tiempo laborado en la empresa CASALIMPIA, por parte de la demandante Mercedes Pinzón Gutiérrez y que no ha querido computarle.

2. Condenar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES,** que reconozca y pague a favor de la señora Mercedes Pinzón Gutiérrez, la pensión de vejez a partir del 01 de diciembre de 2017.

3. Que se condene a la entidad demandada al pago de intereses moratorios de cada uno de los valores a que fueren condenada hasta que se realice el pago.

4. Subsidiariamente a lo anterior solicito al Señor Juez condene a los demandados a pagar cada uno de los valores debidamente indexados.

5. Condenar en costas y agencias en derecho a la entidad demandada, que se causen en el presente proceso.

A la par, a través de reforma de la demanda solicitó (página 25, archivo 11):

Que las condenas impetradas en la demanda sean también dirigidas en contra de la AFP Porvenir SA, sin embargo de llegar a ser esta AFP responsable del reconocimiento y pago de la pensión se solicita al Despacho que el reconocimiento y pago de la misma sea reconocida a partir del 02 de junio de 2015 fecha en la cual acreditó los 57 años de edad y las 1.150 semanas de conformidad con el Artículo 65 de la Ley 100.

La demandante obtuvo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró que tiene derecho a la pensión de garantía mínima de vejez en aplicación del artículo 65 de la Ley 100 de 1993, se condenó a la AFP PORVENIR S.A. a pagar la pensión de vejez una vez se acredite el retiro del sistema, en cuantía del salario mínimo legal mensual vigente, se absolvió a PORVENIR S.A. de las demás pretensiones y, Colpensiones frente a la totalidad de súplicas y se condenó en costas a la AFP en

cuantía de $2.500.000**. Lo anterior tras considerar**, la demandante se trasladó a Porvenir a partir de octubre de 1994, así como dicha situación la aceptó al absolver interrogatorio. Indicó, si bien en agosto de 2008 la actora solicitó su retorno a Colpensiones a ésta se le informó que el traslado fue anulado, no formulándose ningún reparo frente a la afiliación en el Régimen de Ahorro Individual en la reforma de la demanda y, por ende, no generando discusión alguna, acreditándose a partir del 31 de octubre de 1994 la afiliación, habiendo cotizado del 1º de marzo de 1993 a abril de 2021. Respecto a la pensión de vejez, informó que le asiste derecho a lo normado en el artículo 65 de la Ley 100 de 1993, toda vez que no tiene capital suficiente para financiar la pensión de vejez. En este punto, verificó que la actora cuenta con más de 1.150 semanas accediendo a la pensión de garantía mínima, conforme se acredita con el reporte de semanas y los documentos obrantes en el plenario.

Igualmente, pese que el a quo no fulminó condena alguna en contra del Ministerio de Hacienda y Crédito Público en la parte resolutiva de la sentencia, si mencionó en la parte **considerativa**: *"Cabe aclarar que el artículo 4º del Decreto 836 de 1993, establece que la oficina de bonos pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público tiene a su cargo el reconocimiento de la garantía de pensión mínima, ello corresponde al aporte de los recursos necesarios para que el afiliado complete la parte que le falta, sin que la prestación quede en cabeza de la Nación", en esa circunstancias, revisados los documentos aportados, se establece que la demandante no cuenta con el capital necesario, sin embargo si tiene a su favor un bono pensional que debe ser recaudado por la administradora". (*Récord 30:30, archivo 18).

Más adelante, dispuso: "*En relación a Colpensiones se insiste entonces, la obligación que la asiste a esta entidad, consistiría en constituir el bono pensional a favor de la demandante en los términos previstos en la ley".* (récord 41:07, archivo 18).

Pues bien, la Sala abordará el estudio del recurso de apelación, en los puntos concretos objeto de censura, atendiendo el principio de consonancia (artículo 66A del C.P.T. y de la S.S.), pues recuérdese que es el apelante quien delimita el

ámbito sobre el cual ha de recaer la decisión de segunda instancia (tantum devolutum quantum apellatum).

En estos términos, se resalta, el sistema general de seguridad social en pensiones introducido con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, previó la coexistencia de dos regímenes solidarios excluyentes, aunque con aspectos en común, a saber: el régimen de prima media con prestación definida -RPM- (sistema de reparto) y el régimen de ahorro individual con solidaridad -RAIS- (sistema de capitalización privado)[4].

---

[4] Artículo 12 de la Ley 100 de 1993.

Sobre el particular explicó la Corte en sentencia SL4108 de 2020:

"*1. Diferencias de los regímenes pensionales a partir de la Ley 100 de 1993 y objetivos comunes*

De acuerdo con las prescripciones de la Ley 100 de 1993, la satisfacción del derecho constitucional a la seguridad social y la ampliación de su cobertura quedó de manera preferente en manos de dos regímenes pensionales que se distinguen en su estructura, organización y técnica de financiamiento de las pensiones.

Por un lado, el régimen de prima media con prestación definida preservó el esquema de reparto, de corte solidario, en el cual los aportes de los afiliados constituyen un fondo común de naturaleza pública que se distribuye entre sus beneficiarios para cubrir las cargas del sistema. Por el otro, el de ahorro individual con solidaridad está ideado bajo un esquema de capitalización individual en el que los aportes se incorporan en cuentas de ahorro personalizadas, las cuales son patrimonios autónomos de propiedad de cada afiliado -artículo 90 de la Ley 100 de 1993. Esto les permite a las personas crear una reserva propia, que incrementada con los rendimientos recibidos y el bono pensional si hay lugar a él, está destinada a financiar las prestaciones correspondientes.

Ahora, pese a estas diferencias estructurales, la jurisprudencia de la Corte ha destacado que los objetivos y valores que legitiman su arquitectura como subsistemas pensionales son transversales y, por lo tanto, deben tener como fin común la garantía y cobertura progresiva de todas las contingencias que afecten la salud y las condiciones económicas de los habitantes del territorio nacional, sin discriminación alguna -preámbulo, artículos 1 a 3 de la Ley 100 de 1993, CSJ SL929-2018.

Esta premisa se ampara en los principios de universalidad e integralidad, los cuales sirven como pilares para comprender el sistema pues propenden «por la protección de todas las personas, sin discriminación alguna, así como por la cobertura de todas las contingencias que afectan la salud, la capacidad económica y en general las condiciones de vida de toda la población» (CSJ SL4350-2019); lo anterior, «independientemente del mecanismo utilizado, (…) regulándose para ello, un principio de justicia, esto es que cada persona deba contribuir según su capacidad y reciba lo necesario para atender de manera digna aquellas vicisitudes» (CSJ SL929-2018).

Estos mandatos de optimización del sistema de pensiones a su vez desarrollan la exigencia constitucional de brindar una garantía mínima y fundamental a la seguridad social -artículo 53 Constitución Política de 1991-, derecho que al tenor del artículo 48 ibidem es irrenunciable y se materializa en un servicio público obligatorio que debe prestarse a toda la ciudadanía con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley. Además, este conjunto normativo local es reafirmado en varios instrumentos internacionales que integran el bloque de constitucionalidad, como los preceptos 22 y 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (C-504-2007 de la Corte Constitucional).

[4: Artículo 22. Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.][5: Artículo 25. 1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la

Así las cosas, a fin de verificar el régimen al cual estaba válidamente afiliada la demandante, la Sala se remite a las pruebas obrantes en el proceso, evidenciando:

- Certificación expedida por Colpensiones el 13 de julio de 2018, por medio de la cual se informa que la demandante se encuentra válidamente afiliada a otro régimen -cambio fondo de pensión, traslado aprobado- a partir del 31 de octubre de 1994. (página 16, archivo 02).

- Actualización de datos para corrección de historia laboral, suscrita por Colpensiones, dirigida a la demandante en fecha 09 de mayo de 2013 y 31 de diciembre. (páginas s 18 a 20, archivo 01).

- Formulario de corrección de semanas cotizadas de fecha 07 de junio de 2017 (página 21, archivo 02).

- Respuesta de Colpensiones de fecha 28 de junio de 2017, por medio del cual informó a la actora (página 22, archivo 02):

---

alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad. (...).]

De modo que los regímenes pensionales existentes, aún con sus diferencias, deben articularse de tal modo que la garantía de los referidos objetivos de la seguridad social sea real, eficiente y efectiva. Esta referencia es clara en el artículo 12 de la Ley 100 de 1993, que contempla que los modelos vigentes en Colombia son excluyentes pero coexistentes. Y adviértase que la premisa del principio de unidad establecido en el artículo 2.º ibidem es justamente «la articulación de políticas, instituciones, regímenes, procedimientos y prestaciones para alcanzar los fines de la seguridad social».

En el anterior contexto, la Corte reitera que las diferencias entre los regímenes pensionales no son restricciones a los derechos pensionales de los afiliados, ni de los objetivos y valores que le dan vigencia y utilidad al sistema de pensiones, pues ambos esquemas de administración están convocados a potencializarlos en su mayor medida, siempre y cuando no se transgredan los límites que impone la propia Constitución Política"

Señor (a)
MERCEDES PINZON GUTIERREZ
CRA 116 A # 63-33
BOGOTÁ, D.C.- BOGOTA D.C

Referencia: 2017_5918377 - 2017_5931284
Identificación: CC - 35322930
Tipo de Trámite: RESPUESTA SOLICITUD DE CORRECCIÓN DE HISTORIA LABORAL

Respetado(a) Señor(a):

Reciba un cordial saludo de la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES, en atención su requerimiento de la referencia, nos permitimos informar que:

En respuesta a su solicitud, de manera atenta nos permitimos informar que según los soportes suministrados, Colpensiones ha recibido los aportes y el archivo de la Historia Laboral por parte de la AFP Porvenir, correspondiente a los ciclos cotizados en el Régimen de Ahorro Individual, no obstante el cargue de los mismos se hace mediante procesos automáticos establecidos con las diferentes AFPs, a través de nuestra Gerencia de Aportes y Recaudo, razón por la cual hemos requerido el procesamiento de dicha información a la Gerencia mencionada a fin de normalizar la Historia Laboral, sin embargo es un proceso que demanda un tiempo estimado de 30 días, dados los altos volúmenes de procesos masivos que ejecuta actualmente Colpensiones, por lo que lo invitamos a validar su historia laboral, al término del tiempo mencionado.

No obstante lo anterior, se resalta que en algunos casos los archivos pueden contener errores que impiden el cargue oportuno de los ciclos requeridos, lo cual debe ser conciliado con la respectiva AFP, y que eventualmente puede ocasionar demoras adicionales respecto del tiempo anteriormente indicado.

En caso de requerir información adicional, por favor acercarse a uno de nuestros puntos de atención al ciudadano o comunicarse con la línea de servicio al ciudadano en Bogotá al 4890909, en Medellín al 2836090, con la línea nacional al 018000 41 0909, en donde estaremos dispuestos a brindarle el mejor servicio.

- Reporte de semanas cotizadas a Colpensiones entre el 07 de febrero de 1991 y el 30 de noviembre de 2015 (página 23 a 87, archivo 02).

- Resolución GNR 179704 del 11 de julio de 2013, por medio de la cual Colpensiones negó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez a la actora aduciendo que solo acreditaba 505 semanas (páginas 87 a 89, archivo 02).

- Resolución GNR 17636 del 20 de mayo de 2014, por medio de la cual se negó el reconocimiento de la pensión de vejez a la demandante argumentándose que contaba con 1.037 semanas (páginas 90 a 93, archivo 02).

- Resolución 26500 del 28 de septiembre de 2018, por medio de la cual la entidad informó (páginas 95 a 98, archivo 02):

Que verificado el aplicativo del Sistema de Información de los Afiliados a los Fondos de Pensiones, SIAFP, se observa que la señora **PINZON GUTIERREZ MERCEDES,** presento solicitud de traslado del fondo de ahorro individual al Régimen de Prima Media, solicitada el 28 de agosto de 2018.

Que por medio de requerimiento interno Bz 2018_9985924, se solicito actualización de historia laboral del afiliado.

Que se obtuvo como respuesta: *"nos permitimos informar que la Dirección de Ingresos por Aportes, consultó las bases de datos de la entidad, analizó el caso y lo*

gestiono mediante el procedimiento establecido entre las Administradoras de Fondos de Pensiones - AFP´S privadas y COLPENSIONES a través de la incidencia mantis Nº 0017887_tipo de reclamo 06-Reconocimiento; con el fin de actualizar, cargar, pagar y regenerar archivos según corresponda para actualizar la Historia Laboral del ciudadano."

Que en aras de salvaguardar los derechos del ciudadano, se va a realizar el estudio con las semanas efectivamente cotizadas que se reportan dentro del expediente.

Que conforme lo anterior, el interesado acredita un total de 6,517 días laborados, correspondientes a 931 semanas.

- Certificación expedida por Colpensiones en fecha 24 de septiembre de 2019, en la que informa (páginas 95 a 98, archivo 02).

CERTIFICA QUE

Verificada la base de datos de Afiliados, el Señor (a) **MERCEDES PINZON GUTIERREZ** identificado (a) con **Cédula de Ciudadanía** número **35322930,** estuvo afiliado (a) al Régimen de Prima Media con Prestación Definida - RPM, administrado por la Administradora Colombiana de Pensiones **COLPENSIONES** y su estado es *TRASLADADO A OTRO FONDO.*

INFORMACIÓN HISTÓRICA DE AFILIACIÓN AL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES				
Novedad	Código Entidad	Entidad Definitiva	Fecha	MultivinculaciónDecreto 3995/2008
Traslado Aprobado de COLPENSIONES o a un Fondo de Pensión	3	PORVENIR S.A.	01/11/1994	No Aplica

La presente certificación se expide en Bogotá, el día 24 de septiembre de 2019.

- Historia Laboral Consolidada al 23 de julio de 2019 en PORVENIR, indicándose como semanas cotizadas al extinto ISS 126,08 y al RAIS – PORVENIR 1.296,7. Total 1.423 (páginas 4 a 11 y 6 a17, archivo 06 y 22). Total, acumulado $17.516.355.

- Registro SIAFP aportado por PORVENIR archivo 36 página 1.


asofondos

USUARIO: PVAMORENO807 | ALBA JANNETH MORENO BAQUERO | 17 de Mayo de 2022 | Registrar servicio | Buscar en Wiki SIAFP

A través de la opción eventos especiales que se encuentra en la consulta de Vista Integral e Historial de Novedades, pueden visualizar las modificaciones que los afiliados han tenido por pro

Afiliados | Personas | Aportantes | Pagos | Entrega HL al RPM | Documentación | Usuarios | Administrador de Tareas

Historial de vinculaciones

Hora de la consulta : 3:11:19 PM
Afiliado: CC 35322930 MERCEDES PINZON GUTIERREZ Ver detalle

Afiliado presenta vinculaciones eliminadas

Vinculaciones para : CC 35322930

Tipo de vinculación	Fecha de solicitud	Fecha de proceso	AFP destino	AFP origen	AFP origen antes de reconstrucción	Fecha inicio de afectividad	Fecha fin de afectividad
Traslado regimen	1994-10-31	2004/04/16	PORVENIR COLPENSIONES			1994-11-01	

Un item encontrado.
1

Vinculaciones migradas de Maneiqua para: CC 35322930

Fecha de novedad	Fecha de proceso	Código de novedad	Descripción	AFP	AFP involucrada
1994-10-31	1996-06-13	01	AFILIACION	PORVENIR	

Un item encontrado.
1

Por otra parte, del interrogatorio de parte absuelto por la señora **MERCEDES PINZÒN** se extrae que ésta aceptó[5] que en el año 1994 le pasaron el formulario por parte de PORVENIR para firmarlo, sin que suscribiera más formularios a futuro, por lo que, radicando la solicitud de traslado ante Colpensiones en el año 2018, sin que le respondieran la misma. La actora al ser interrogada por parte de Porvenir indicó, que iba a revisar la historia laboral a Colpensiones pero nunca le dijeron "*si estaba o no*", cuando fue a reclamar la pensión le dijeron que estaba en Porvenir, siempre le salían las semanas en Colpensiones, cuando fue en el 2013 a reclamar la pensión se la negaron y el asesor le dijo que estaba en un fondo privado en Porvenir, ahí fue cuando se enteró, volvió a solicitar la pensión en Porvenir y le informaron que si, que allá estaba y que faltaba unas semanas, fue a Porvenir y le dijeron qué papeles necesitaba, que le faltan unas semanas y que cuando se las pasen ya le dan la pensión, advirtiendo, no ha elevado petición

[5] ***En el interrogatorio de parte absuelto por la demandante en audiencia del 17 de mayo de 2021, archivo 30, expuso (récord 07:36, archivo 30VideoAudiencia17Mayo2022I):*** *"Tengo 63 años y vivió en Engativá, me pasaron en 1994 el formulario, no firmé más formularios, yo pasé la petición en el 2018 para el traslado nuevamente a Colpensiones, pero no me respondieron nada ni porvenir ni Colpensiones, yo pasé la solicitud para devolverme a Colpensiones, pero no me respondieron, no me respondieron nada, yo iba por la historia laboral pero nunca me dijeron nada si estaba o no, solo fue cuando fui a reclamar mi pensión que me dijeron que estaba en Porvenir, yo iba a solicitar la historia laboral, desde que estoy cotizando me ha salido solo Colpensiones, siempre me salían las semanas en Colpensiones, cuando fui en el 2013 a reclamar la pensión me la negaron y el asesor me dijo que estaba en un fondo privado en Porvenir, ahí fue cuando me enteré, yo no he vuelto a solicitar la pensión en Colpensiones, en Porvenir me dijeron que si, que allá estaba y que faltaba unas semanas, yo fui a Porvenir y me dijeron qué papeles necesitaba, a lo último me dijo que a Colpensiones le faltan unas semanas y que cuando se las pasen ya me dan la pensión, no he elevado petición formal a Porvenir para la pensión de vejez, Colpensiones son me ha hablado de multiafiliación, eso es nuevo".*

formal a Porvenir para la pensión de vejez así como Colpensiones no le ha hablado de multiafiliación.

Dicho recuento fáctico permite inferir que la demandante en efecto, suscribió un formulario con destino a la AFP PORVENIR el día 31 de octubre de 1994, con efectividad del 01 de noviembre de 1994, siendo consciente de dicha situación, trasladándose entonces del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS- desde dicha calenda, situación que se corrobora con el certificado SIAFP aportado por PORVENIR, encontrándose válidamente trasladada de régimen.

Se aclara, si bien la demandante y su empleador Casa Limpia siguieron efectuando aportes con destino a COLPENSIONES y esta entidad los recibió, también se debe resaltar que en las certificaciones aportadas por la enjuiciada de fechas 31 de julio de 2018 y 24 de septiembre de 2019, ya relacionadas, se plasmó que existió un traslado de régimen el 31 de octubre de 1994 con destino a PORVENIR, no pudiéndose entonces desconocer esta situación. Además, Colpensiones a través de la Resolución SUB 265500 del 28 de septiembre de 2018, relató que la señora MERCEDES PINZÓN presentó solicitud de traslado del fondo de ahorro individual al Régimen de Prima Media desde el 28 de agosto de 2018.

De otro lado, en el evento de estarse frente a un caso de múltiple vinculación, bueno es definir a cuál de los dos regímenes pensionales previstos en la Ley 100 de 1993 el afiliado pertenece en realidad y de manera válida, dada la imposibilidad de estar vinculado simultáneamente a ambos. El efecto de tal situación, en los términos del artículo 17 del Decreto 692 de 1994[6] "*es la validez de la última efectuada en los términos legales, de manera tal que una vez definido este aspecto, lo que procede es la transferencia de los saldos a la administradora de pensiones cuya afiliación resulte válida, por cuanto a ésta corresponde asumir el reconocimiento y pago de las prestaciones de invalidez, vejez y muerte*"[7].

---

[6] *Artículo 17:* ***Múltiples vinculaciones.*** *Está prohibida la múltiple vinculación. El afiliado sólo podrá trasladarse en los términos de que trata el artículo anterior, sin embargo, cuando el afiliado cambie de régimen o de administradora antes de los términos previstos, será válida la última vinculación efectuada dentro de los términos legales.* ***Las demás vinculaciones no son válidas*** *y se procederá a transferir a la administradora cuya afiliación es válida, la totalidad de saldos, en la forma y plazos previstos por la Superintendencia Bancaria.*

[7] *Sentencia SL4777-2019, reiterada en SL1377 de 2020.*

En ese orden, debe concluirse que la solicitud de vinculación a COLPENSIONES **en agosto de 2018** no surtió efecto alguno, por ello, aunque en los periodos 1994 en adelante se realizaron cotizaciones a esa administradora, estos fueron trasladados a la AFP bajo la observación, semanas reflejadas en la historia laboral de Porvenir (páginas 6 a 17, archivo 23). Aunado a ello, nótese que la actora estuvo vinculada en el ISS entre el **7 de febrero de 1991 al 30 de octubre de 1994** y, a partir del **01 de noviembre de 1994** a la fecha de este fallo, ha estado efectivamente vinculada al RAIS a través de la AFP PORVENIR S.A., aportando el mayor número de semanas al último régimen mencionado (RAIS).

Así pues, como se anunció, como quiera que no surtió efectos la afiliación a Colpensiones, en el examine no se encuentra acreditada la aceptación del traslado de régimen que dijo la demandante realizó en el año 2018 del RAIS al RPM, por lo que debe disponerse que la demandante sigue afiliada a ese régimen -RAIS-.

Valga indicar que esta demanda NO tiene como finalidad la ineficacia del traslado realizado desde el extinto ISS a Porvenir el 31 de octubre de 1994, efectivo el 1º de noviembre de 1994, por lo que, debe arribarse a las mismas conclusiones del a quo, siendo procedente confirmar la decisión emitida. Se aclara, si bien Porvenir en su recurso discute dicha situación, las pruebas permiten inferir que sí hubo un traslado válido y, por tanto, esa AFP debe responder por las obligaciones derivadas del mismo sin que sea viable desconocer la afiliación que efectuó la demandante, sumado a que los aportes que se pudieron hacer a Colpensiones ya fueron trasladados a la AFP, pues están registrados en la historia laboral.

Definido lo anterior, es viable indicar, el artículo 64 de la Ley 100 de 1993, prevé que los afiliados al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, tendrán derecho a una pensión de vejez, a la edad que escojan, siempre y cuando el capital acumulado en su cuenta de ahorro individual les permita obtener una pensión mensual superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente, con los ajustes anuales respectivos. No obstante, puede ocurrir que el asegurado no reúna el capital suficiente para financiar la prestación en los términos de dicha disposición, caso en el cual, por virtud del artículo 65 de ese mismo estatuto

normativo, tendrán derecho a acceder a la garantía de pensión mínima[8] siempre que acrediten 57 años de edad las mujeres y 62 los hombres, y por lo menos 1150 semanas cotizadas al sistema de pensiones. La norma enunciada es del siguiente tenor:

> *"**ARTÍCULO 65. GARANTÍA DE PENSIÓN MÍNIMA DE VEJEZ.** Los afiliados que a los sesenta y dos (62) años de edad si son hombres y cincuenta y siete (57) si son mujeres, no hayan alcanzado a generar la pensión mínima de que trata el artículo 35 de la presente Ley, y hubiesen cotizado por lo menos mil ciento cincuenta semanas (1.150), tendrán derecho a que el Gobierno Nacional, en desarrollo del principio de solidaridad, les complete la parte que haga falta para obtener dicha pensión.*
>
> ***PARÁGRAFO.** Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo se tendrá en cuenta lo previsto en los parágrafos del artículo 33 de la presente Ley.*

En los términos antedichos, es claro que la garantía de pensión mínima es excepcional en el RAIS en el cual el reconocimiento de la pensión de vejez depende principalmente del capital reunido por el asegurado en su cuenta de ahorro individual, pues como se vio, causación y disfrute ocurren una vez confluyen los requisitos de edad y semanas cotizadas a los que se refiere el artículo 65 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 2 el Decreto 832 de 1996. Aquí, a diferencia del régimen de prima media con prestación definida, no se condiciona su pago al retiro del sistema[9].

En sintonía con dicho pronunciamiento, y descendiendo al caso de autos, tenemos que la demandante cumplió los 57 años -02 de junio de 2015 – y a la fecha de este fallo cuenta con más de 1150 semanas (cuenta con 1.423 semanas con corte al 17 de junio de 2021 y un capital que asciende a $17.516.355) (archivo 06, páginas 4 a 11 y archivo 16, página 45), causando el derecho a la pensión de garantía de mínima, además, este reconocimiento NO fue objeto de reproche por las partes en los recursos.

---

[8] En virtud de lo estatuido en el al artículo 83 de la Ley 100 de 1993 –regulado por el artículo 9 del Decreto 832 de 1996 (compilado en el Decreto 1833 de 2016-, corresponderá a las administradoras de pensiones efectuar, a nombre del pensionado, los trámites necesarios a efectos de que se haga efectiva tal garantía de pensión mínima y su reconocimiento, conforme los artículos 4 y 7 del Decreto 832 de 1996, estará a cargo del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

[9] Así lo consideró la Corte Suprema de Justicia en la sentencia con radicación 833998 (SL4531 de 2020)

Con lo anterior, es claro que a la demandante le asiste derecho al reconocimiento y pago de la pensión de garantía mínima, conforme lo concluyó el juzgador de primer grado, analizando la demanda y la reforma de manera conjunta, pues pese a que, en el escrito introductor, inicialmente no se dirigió condena a cargo de la AFP PORVENIR lo cierto es que en la reforma se mencionó que las condenas que se lleguen a imponer se dirijan en contra de la AFP en mención siendo congruente el fallo en tal sentido.

Dejado claro esto, procede la Sala a analizar el recurso interpuesto por el extremo activo, consistente en el disfrute de la pensión toda vez que el juzgador de primer grado supeditó la prestación al retiro del sistema. Pues bien, en punto a la causación del derecho a la pensión de vejez del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), debe advertirse, no hay parámetro fijo o invariable para establecerlo, por las particularidades de ese sistema, pero se ha entendido que desde la fecha en que se reconoce la pensión, se entiende configurado el derecho a cualquier pago relativo a la misma.

Así lo expresó el órgano de cierre de esa especialidad en fallo del 3 de abril de 2019 - SL1168-2019, al señalar:

> *"Por su parte, en el RAIS no puede hablarse de una fecha de causación y disfrute de la pensión, estrictamente fijada, pues, se reitera, salvo en lo que tiene que ver con la garantía de pensión mínima, todo depende de la voluntad libre del afiliado y de los recursos existentes en su cuenta de ahorro individual. En ese sentido, el artículo 64 de la Ley 100 de 1993 dispone diáfanamente que los afiliados "…tendrán derecho a una pensión de vejez, a la edad que escojan, siempre y cuando el capital acumulado en su cuenta de ahorro individual les permita obtener una pensión mensual, superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de expedición de esta Ley…".*

A su turno, el artículo 12 del Decreto 1889 de 1994 dispone que "…para los efectos del literal a) del artículo 74 de la Ley 100 de 1993, en el Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, se entiende que el afiliado cumplió los requisitos para tener derecho a una pensión de vejez cuando efectivamente se pensione por haber cumplido los requisitos establecidos en el artículo 64 de la Ley 100 de 1993".

Ahora bien, aunque en el RAIS no es posible identificar una regla fija e invariable de causación y disfrute de la pensión, lo cierto es que la figura del retroactivo

pensional no es del todo ajena a su naturaleza y reglas, pues, en todo caso, existe una fecha cierta a partir de la cual se empieza a pagar la prestación, en función de la voluntad del afiliado y la acreditación del capital suficiente. En ese sentido, una vez reconocida la pensión desde determinada fecha, es a partir de allí que se puede entender configurado el derecho a cualquier pago relativo a la prestación.

Por consiguiente, en el presente caso se estima, debía tenerse como fecha de reconocimiento de la pensión de vejez **desde la solicitud de la prestación, lo que acontece con la presentación de la demanda** y no desde la novedad del retiro como se plasmó en primer grado, situación que resulta proporcional y razonable en relación a la situación de la demandante, en atención a que nunca elevó solicitud de pensión ante PORVENIR, como lo confesó en el interrogatorio de parte, no siendo entonces atribuible que la AFP PORVENIR asuma la prestación desde el cumplimiento de la edad y las 1150 semanas cuando además, estaba en discusión el régimen al que se encontraba válidamente afiliada, hechos que indudablemente descartan la procedencia del reconocimiento de la pensión desde junio de 2016, como lo anhela la actora.

Entonces, en este caso lo procedente es reconocer la prestación a partir de la solicitud de la prestación de la demandante al RAIS, **modificándose** el fallo de primera instancia en este sentido, acorde a lo dicho.

En otro giro, si bien en la parte resolutiva de la sentencia que ocupa a la Sala no aparece condena alguna en contra del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, del análisis efectuado a dicha providencia, se extrae en el acápite de "*consideraciones*", que se conminó al ministerio para que adelantara las gestiones pertinentes para la obtención del bono pensional, resultando entonces pertinente, estudiar la orden impuesta, recordándose, los Bonos Pensionales constituyen aportes destinados a contribuir a la conformación de un capital necesario para financiar las pensiones de los afiliados del Sistema General de Pensiones tanto en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida como en el Régimen de Ahorro Individual, el tipo A es el que se emite para las personas que se trasladaron al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad y cuya modalidad 2 se expide en favor de trabajadores cuya primera vinculación laboral se inició antes del 1° de julio de 1992, como ocurre en el presente caso, en tanto la señora

MERCEDES PINZÓN inició su vida laboral el **7° de febrero de 1991** de acuerdo al *"RESUMEN DE SEMANAS COTIZADAS POR EMPLEADOR"* obrante a página 23 a 84, archivo 02.

En esta dirección se tiene que de acuerdo al artículo 115 de la Ley 100 de 1993[10] tienen derecho al bono pensional entre otros los afiliados que hubiesen efectuado cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales y que al momento del traslado (31 de octubre de 1991, efectivo el 01 de noviembre de 1994, página 1, archivo 36 –SIAFP-) hubiesen cotizado no menos de ciento cincuenta (150) semanas, en este mismo sentido el Decreto 1748 de 1995, "*Por el cual se dictan normas para la emisión, cálculo, redención y demás condiciones de los bonos pensionales*" en su artículo 3[11] señala que las vinculaciones laborales válidas para el cálculo de los bonos tipo A, son todas aquellas que el trabajador haya tenido con anterioridad a la fecha del traslado de régimen pensional**,** con excepción de las "*vinculaciones con cotización al ISS o a cualesquiera cajas o fondos del sector público, que en total no lleguen a 150 semanas cotizadas, o sea 1.050 días, continuos o*

---

[10]***ARTÍCULO 115. BONOS PENSIONALES.*** *Los bonos pensionales constituyen aportes destinados a contribuir a la conformación del capital necesario para financiar las pensiones de los afiliados al Sistema General de Pensiones.*

Tendrán derecho a bono pensional los afiliados que con anterioridad a su ingreso al régimen de ahorro individual con solidaridad cumplan alguno de los siguientes requisitos:

a) Que hubiesen efectuado cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales *o las cajas o fondos de previsión del sector público;*

b) Que hubiesen estado vinculados al Estado o a sus entidades descentralizadas como servidores públicos;

c) Que estén vinculados mediante contrato de trabajo con empresas que tienen a su cargo el reconocimiento y pago de las pensiones;

d) Que hubiesen estado afiliados a cajas previsionales del sector privado que tuvieren a su cargo exclusivo el reconocimiento y pago de pensiones.

PARÁGRAFO. ***Los afiliados de que trata el literal a) del presente artículo que al momento del traslado hubiesen cotizado menos de ciento cincuenta (150) semanas no tendrán derecho a bono.***

[11] ***Artículo 3º. VINCULACIONES LABORALES VALIDAS.*** *Las Vinculaciones Laborales Válidas para efectos del presente Decreto son:*

1. Para el cálculo de los bonos tipo A, todas las vinculaciones laborales que el trabajador haya tenido con anterioridad a la fecha del traslado de régimen pensional, con excepción de:

a) Las vinculaciones con empleadores del sector privado que tenían a su cargo las pensiones y con los cuales el vínculo laboral no estaba vigente el 23 de diciembre de 1993, ni se inició con posterioridad a dicha fecha.
b) Las vinculaciones con afiliación al ISS en épocas en las que no se cotizó a ese Instituto para los riesgos de Invalidez, Vejez y Muerte -IVM- sea porque el ISS no había asumido aún este riesgo o por mora del empleador.
c) **Las vinculaciones con cotización al ISS o a cualesquiera cajas o fondos del sector público, que en total no lleguen a 150 semanas cotizadas, o sea 1.050 días, continuos o discontinuos.**

discontinuos", de la misma forma se señaló en el Decreto 1833 de 2016 artículo 2.2.16.1.3. "*Por medio del cual se compilan las normas del Sistema General de Pensiones*".

Así las cosas, en el presente asunto se tiene que la señora MERCEDES PINZÓN GUTIÉRREZ de acuerdo con el reporte de semanas cotizados, tan solo cuenta con **128** (comprendidas del 07 de febrero de 1991 al 30 de octubre de 1994) semanas de aportes a COLPENSIONES, acumulando un total de **1423** semanas a PORVENIR (según extracto con corte al 17 de junio de 2021 y un capital de $17.516.355, página 45, archivo 16), por lo que es claro que en este evento no puede proceder el pago del bono pensional tipo A, conforme a las normas ya citadas.

No obstante lo anterior, como quiera que, en efecto, dentro del presente asunto no existe prueba en cuanto al valor que representan esas semanas y se vea reflejado en la cuenta de Ahorro Individual de la AFP PORVENIR a la cual se encuentra afiliada la demandante, resulta viable acudir a lo dispuesto en el Decreto 3995 del 2008 artículo 11 que señala:

> *"(...) en aquellos casos en que proceda el traslado del **RPM al RAIS** y **no haya lugar a la emisión de bono pensional**, la entidad respectiva deberá efectuar el traslado del valor equivalente a las cotizaciones para pensión de vejez que efectuó o hubiere efectuado al Régimen de Invalidez, Vejez y Muerte del ISS, con la rentabilidad acumulada durante el respectivo período de las reservas para pensión de vejez del ISS, o en su defecto la informada por la Superintendencia Financiera para los períodos respectivos."*

De esta manera lo procedente es que las codemandadas hagan el traslado internamente (COLPENSIONES a PORVENIR) del valor equivalente a las cotizaciones para pensión de vejez que efectuó la demandante al entonces ISS, de acuerdo a lo establecido en el Decreto 3995 del 2008, artículo 11, en el evento que no lo hubiera hecho.

Ahora, frente a la orden dada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, resulta necesario recordar el contenido del Decreto 832 de 1996[12], reglamentario de los artículos 65 y 83 de la Ley 100 de 1993, el cual en sus artículos 4° y 9, estipuló:

[12] Modificado por el Decreto Nacional 142 del 2006.

> *"ARTÍCULO 4o. RECONOCIMIENTO DE LA GARANTÍA DE PENSIÓN MÍNIMA. Corresponde a la Oficina de Obligaciones Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el reconocimiento de la garantía de pensión mínima, acto que se expedirá con base en la información que suministre la AFP o la aseguradora, entidades a las cuales, de acuerdo con el artículo 83 de la Ley 100 de 1993, les corresponde adelantar los trámites necesarios para que se hagan efectivas las garantías de pensión mínima."*
>
> *ARTÍCULO 9o. MECANISMOS DE PAGO DE LA PENSIÓN MÍNIMA DE VEJEZ EN EL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL. Modificado por el art. 2, Decreto Nacional 142 de 2006. (...) En desarrollo del artículo 83 de Ley 100 de 1993, cuando la AFP verifique, de acuerdo con los anteriores cálculos, que un afiliado que ha iniciado los trámites necesarios para obtener la pensión de vejez reúne los requisitos para pensionarse contenidos en el artículo 64 de la misma, pero el saldo en su cuenta individual es menor que el Saldo requerido para una Pensión Mínima, incluido el valor del bono y/o título pensional, iniciará los pagos mensuales de la respectiva pensión con cargo a la cuenta de ahorro individual, previo reconocimiento de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público del derecho a la garantía de pensión mínima, reconocimiento que se efectuará en un plazo no superior a cuatro (4) meses contados a partir del recibo de la solicitud. En estos casos, la AFP informará a la OBP cuando el saldo de la cuenta individual indique que se agotará en un plazo de un año, con el fin de que tome oportunamente las medidas tendientes a disponer los recursos necesarios para continuar el pago con cargo a dicha garantía. Este reporte se mantendrá mensualmente hasta el agotamiento del saldo de la cuenta individual, aplicando el siguiente procedimiento (...)"*

Así las cosas, si bien este Decreto estipula que corresponde a la Oficina de Obligaciones Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el reconocimiento de la garantía de pensión mínima, lo cierto es que conforme al artículo 83 de la Ley 100 de 1993, es "*La administradora o la compañía de seguros que tenga a su cargo las pensiones, cualquiera sea la modalidad de pensión, la encargada de efectuar, a nombre del pensionado, los trámites necesarios para que se hagan efectivas las garantías de pensión mínima*.", por ende es claro para esta Sala, que la carga de los trámites necesarios para la garantía de la pensión mínima se encuentra en cabeza de la administradora correspondiente, sin que ello sea óbice para el reconocimiento pensional.

Por las anteriores razones, no puede confundirse la aceptación a cargo del Ministerio de Hacienda cuando se está en presencia de la garantía de la pensión mínima, con el reconocimiento material de la pensión con base en dicha garantía, el cual como ya se estableció **se encuentra a cargo las sociedades administradoras de fondos de pensiones**. Al punto, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia radicada bajo el No. 41993 del 20 de febrero del 2013, reiterada en sentencias SL 1534 – 2019 y 4531-2020.

indicó:

> *"(…) Por lo demás, el que el artículo 4° del Decreto 834(6) de 1996, se refiere a que la Oficina de Obligaciones Pensionales del Ministerio de Hacienda, le corresponde "el reconocimiento de la garantía de pensión mínima", ha de ser entendido en el sentido de que es la aceptación de que en el caso concreto la Nación concurre con el aporte de los recursos, para que el afiliado "complete la parte que haga falta para obtener dicha pensión" que es a lo que se refiere el artículo 65 de la Ley 100 de 1993, más no es el reconocimiento de la prestación misma de vejez, que como se indicó es del resorte de la administradora de pensiones. Lo anterior entre otras razones, porque en el esquema pensional del sistema de seguridad social, implementado por la Ley 100, el Ministerio de Hacienda no funge como administradora de pensiones, y (…) la forma de financiación que implique acudir a recursos públicos no cambia la naturaleza de la prestación que sigue siendo del régimen de ahorro individual".*
>
> ***Esa obligación de reconocimiento de las prestaciones en cabeza de la Administradora cuando se deba acudir a la garantía de pensión mínima, así como la de llevar a cabo las gestiones para el reconocimiento por parte del Ministerio de Hacienda de tal beneficio**, es todavía más clara en la redacción del artículo 21 del Decreto 656 de 1994, por el cual se establece el régimen jurídico y financiero de las sociedades que administren fondos de pensiones, que en la parte pertinente prescribe:*
>
> > *"Art. 21. (…) Del mismo modo, cuando no existan recursos suficientes para atender el pago de una pensión por falta de presentación oportuna de las solicitudes de pago de bonos pensionales, de las solicitudes de pago de las garantías mínimas estatales o de las solicitudes de pago de las diferencias a cargo de las compañías aseguradoras, **por razones imputables a las administradoras, éstas deberán reconocer a los respectivos pensionados pensiones provisionales, con cargo a sus propios recursos**".* (Subrayas y negrillas fuera de texto).

Así las cosas, conforme a lo expuesto en precedencia, en este caso le asiste razón al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en la medida que, pese a que no se relacionó en la parte resolutiva, el Juez de instancia consideró que la demandante tiene derecho a la expedición del bono pensional, no habiéndose causado el mismo, esto, por cuanto la señora PINZÒN GUTIÈRREZ, cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales un total de 128 semanas, incumpliendo la densidad exigida en el artículo 115 de la Ley 100 de 1993[13], en consecuencia se adicionará y precisará en la parte resolutiva este asunto ya que no esta a cargo del ministerio esta obligación.

[13] ***PARÁGRAFO.*** *Los afiliados de que trata el literal a) del presente artículo que al momento del traslado hubiesen cotizado menos de ciento cincuenta (150) semanas no tendrán derecho a bono.*

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

Agotada como se encuentra la competencia de esta instancia por el estudio de los puntos de la apelación y habiéndose surtido el grado jurisdiccional de consulta en favor del Ministerio vinculado, lo que sigue es la adición de la sentencia de primer grado.

SIN COSTAS en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral **TERCERO** de la sentencia proferida en primera instancia para en su lugar, ordenar que la pensión de vejez, reconocida a la señora PINZON GUTIÉRREZ, se reconozca y pague a partir de la solicitud de la prestación, **lo que acontece con la presentación de la demanda,** conforme a las consideraciones señaladas.

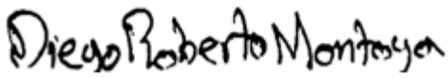
SEGUNDO: ADICIONAR y PRECISAR el fallo en cuanto a que la señora MERCEDES PINZÒN GUTIERRÈZ, no le asiste derecho a la expedición del bono pensional, por cuanto no cumple las semanas previstas en el artículo 115 de la

Ley 100 de 1993. En su lugar, las codemandadas deberán hacer el traslado internamente (COLPENSIONES a PORVENIR) del valor equivalente a las cotizaciones para pensión de vejez que efectuó la demandante al entonces ISS, conforme a las consideraciones expuestas.

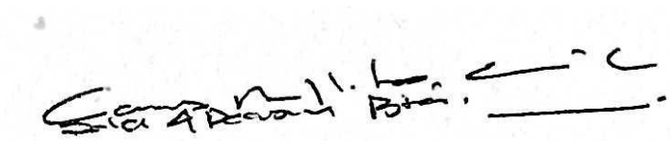
TERCERO: CONFIRMAR en los demás la sentencia proferida por el Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

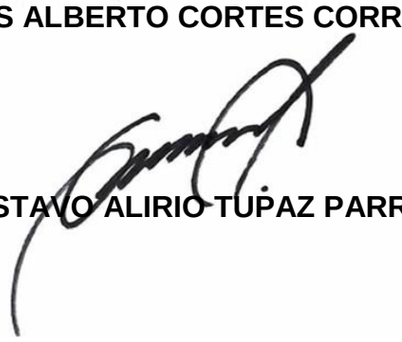
NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN



CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MAGDA GLADYS ARIAS OSPINA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A, PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A., y OLD MUTUAL (RAD. 18 2019 00128 02).

Bogotá D.C. treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

AUTO

Se reconoce personería adjetiva a la abogada GIOMAR ANDREA SIERRA CRISTANCHO como apoderada sustituta de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por MARIA JULIANA MEJIA GIRALDO, en calidad de representante legal suplente de la sociedad MEJIA Y ASOCIADOS ABOGADOS ESPECIALIZADOS S.A.S, apoderada principal



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

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

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por PROTECCIÓN S.A, PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A., OLD MUTUAL y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, contra la sentencia proferida por la Juez 18 Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 22 de junio de 2022 *(Exp.*

Digital: audio archivo AUDIENCIA VIRTUAL 11001310501820190012800-20220622_134835-Meeting, récord: 1:10:35), en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO. - DECLARAR** la INEFICACIA de la afiliación de la señora MAGDA GLADYS ARIAS OSPINA, identificada con C.C. 35.518.295, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por el FONDO DE PENSIONES Y CESANTÌAS PORVENIR S.A. suscrita el 25 de mayo de 1997 con efectividad a partir del 1 de julio de 1997, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de la presente sentencia.*
>
> ***SEGUNDO. - DECLARAR** que para todos los efectos legales la señora MAGDA GLADYS ARIAS OSPINA, identificada con C.C. 35.518.295, nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y en consecuencia siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.*
>
> ***TERCERO. - ORDENAR** a OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora MAGDA GLADYS ARIAS OSPINA identificada con C.C. 35.518.295, obligatoriamente devolver los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con sus rendimientos, así como el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de la pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por lo que, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado de los ciclos, Ingreso Base de Cotización, aportes y demás información relevante que los justifiquen.*
>
> ***CUARTO. - ORDENAR** a las demandadas PORVENIR, PROTECCIÓN y COLFONDOS, a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora MAGDA GLADYS ARIAS OSPINA, obligatoriamente entonces devolver, el porcentaje que corresponde a los gastos de administración, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de la pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos.*
>
> ***QUINTO. – ORDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES reactivar la afiliación de la señora MAGDA GLADYS ARIAS OSPINA identificado con C.C. 35.518.295, y corregir su historia laboral una vez reciba estos dineros de OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.*
>
> ***SEXTO. -DECLARAR** no probada la excepción de prescripción, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia, el Despacho se releva de los demás medios exceptivos propuestos por las demandadas.*
>
> ***SÉPTIMO. - COSTAS** de esta instancia a cargo de las demandadas PORVENIR, PROTECCIÓN, COLFONDOS S.A y OLD MUTUAL en favor de la parte demandante en la suma de $1.500.000 cada una, sin costas para la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, dadas las resultas del proceso.*
>
> ***OCTAVO**. - Con la presente providencia procede el recurso de apelación.".*

Inconforme con la decisión COLPENSIONES presentó recurso manifestando[1], el caso debe analizarse conforme a las reglas genéricas y automáticas que permiten

---

[1] ***Apoderado Demandada (COLPENSIONES) (récord, 1:13:37):*** *"Su señoría me permito presentar recurso de apelación contra la sentencia proferida por el despacho del día de hoy 22 de junio, con el fin de que, los honorables magistrados del Tribunal de la Sala Laboral, revoquen dicha decisión conforme mis siguientes argumentos; analizando el caso en particular con miras de dictar reglas genéricas y automáticas que permiten el traslado de Régimen pensional bajo cualquier circunstancia conforme a la aclaración de voto del magistrado Rigoberto Echeverri Bueno, en la sentencia SL-452 de 2019, en atención a los múltiples pronunciamientos que se han realizado, nuestras altas cortes en los que se han fijado parámetros para el análisis de las pretensiones tendientes a la declaratoria de la ineficacia del traslado del régimen pensional no se puede dejar de lado la particularidad de cada caso, también que ha sido objeto de análisis por parte de los órganos de cierre en el presente asunto, teniendo en cuenta que nos encontramos frente a una persona capaz, consciente y con unas calidades, pues académicas particularmente altas, que permitieron establecer la decisión que tomó durante su afiliación del RAIS y no solo en un fondo, sino en varios fondos, realizando traslados horizontales, teniendo en cuenta que estuvo presidida de la información necesaria para concluir que el traslado realizado era la opción más viable para sus intereses futuros y en ese entendido no puede considerarse que factores como la fluctuación en el mercado de trabajo, evolución de los salarios de la parte actora y otras variables, que representan mayor o menor crédito, sean razón suficientes para considerar que no se le pueden suministrar toda la información necesaria para presidir las consecuencias en su futuro pensional y así lo expresó el magistrado Rigoberto Echeverri en la aclaración de voto.*

Por otro lado, la conveniencia de permanecer de un régimen a otro resulta clara para los casos que han estudiado la Corte Constitucional, cuando una persona perdía la transición o para quienes habían cumplido uno de los dos requisitos dispuestos en la ley para alcanzar la pensión en el régimen de prima media, incluso para quienes tenían una expectativa cercana, acceso a la prestación y en dichas condiciones no se encuentran no se encuentra el demandante.

Por otro lado, el Decreto 692 del 94 en el artículo 11 establece que la selección del régimen pensional implica la aceptación de las condiciones propias de éste para acceder a una prestación de invalidez, vejez o muerte, señala la norma anterior, los requisitos de forma los contiene el formulario que se debe diligenciar para adelantar el proceso de vinculación con la respectiva administradora.
Ahora bien, en caso de que la falta de información se hubiera basado en que los fondos privados como Protección, Porvenir, Old Mutual y Colfondos, no se realizó una proyección pensional, al demandante al momento de su traslado resulta pertinente indicar al despacho que las proyecciones pensionales no son pruebas útiles para mostrar un eventual vicio en el consentimiento al momento en que decidió su afiliación dentro de las opciones que la ley le daba, sumado a ello, la obligación de emitir por parte de las AFP, herramientas financieras o proyecciones pensionales a los potenciales afiliados nacidos del Decreto 2071 del 2015, es decir, con posterioridad al traslado del demandante.

En cuanto a la carga dinámica de la prueba, no puede ser aplicada en forma genérica, sin ninguna ponderación y en desigualdad de las partes involucradas, teniendo en cuenta que de conformidad con el artículo 167 de la Ley 1564 del 2012, es evidente que quien afirma la ocurrencia de un hecho, es quien debe soportar probatoriamente la carga que ello genera tal forma que, la regla general es que corresponde a cada parte probar el supuesto de hecho que exhibe y atendiendo las situaciones particulares del caso, no obstante lo anterior, el Juez puede invertir la carga de la prueba, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentra en una situación más favorable para aportar las evidencias.

La carga dinámica de inversión de la prueba, al interior de un proceso judicial exige la igualdad entre las partes con parámetros de una buena fe y lealtad procesal, bajo estas circunstancias, el principio quien alega debe probar a su lugar, el principio quién puede debe probar, imponer cargas adicionales a las previstas en las leyes de la época se constituye en una situación de carácter imposible, igualmente, si bien existe una intervención de asesoría de la administración de la administradora de pensiones que podría generar un vicio en la voluntad del traslado, ello debe mostrarse, pues de lo contrario no se entiende las conjeturas y suposiciones y no los hechos debidamente demostrados en el proceso en los que intervino directamente el demandante.

Tampoco se puede considerar a todos los afiliados, como una parte débil e indefensa en este proceso, teniendo en cuenta que la misma ley previo distintos deberes en cabeza de los mismos, con el fin de que por intereses propios que se asesoren de la mejor manera y pues sería algo ilógico decir que durante los fondos en el cual hizo parte ninguno, ninguno de estos fondos recibió la asesoría, pues no puede desconocerse las situaciones que rodean cada caso y que de alguna manera permitan al demandante obtener una información mínima durante el paso del tiempo, por lo cual, no puede indicar que no recibió la asesoría necesaria y como se pretende en esta demanda es declarar la nulidad con el fin de obtener una mejor mesada pensional que le resulta más favorable en el régimen de prima media, cuando el mismo no guardó fidelidad en el sistema y

el traslado de régimen pensional bajo cualquier circunstancia conforme a la aclaración de voto del magistrado Rigoberto Echeverri Bueno en la sentencia SL-452 de 2019 y en atención a los múltiples pronunciamientos que se han realizado, ya que, se han fijado parámetros para el análisis de las pretensiones tendientes a la declaratoria de la ineficacia del traslado del régimen pensional y no se puede dejar de lado la particularidad de cada caso, agregó, teniendo en cuenta que nos encontramos frente a una persona capaz, consciente y con unas calidades académicas altas, quién realizó traslados horizontales el mismos es viable para sus intereses futuros y en ese entendido no puede considerarse que factores como la fluctuación en el mercado de trabajo, evolución de los salarios de la parte actora y otras variables, que representan mayor o menor crédito, sean razón suficientes para considerar que no se le pueden suministrar toda la información necesaria para presidir las consecuencias en su futuro pensional y así lo expresó el magistrado Rigoberto Echeverri en la aclaración de voto.

Por otro lado, explicó, la conveniencia de permanecer de un régimen a otro resulta clara para los casos que han estudiado la Corte Constitucional, cuando una persona perdía la transición o para quienes habían cumplido uno de los dos requisitos dispuestos en la ley para alcanzar la pensión en el régimen de prima media. El Decreto 692 de 1994 en el artículo 11 estableció que la selección del régimen pensional implica la aceptación de las condiciones propias de éste para acceder a una prestación de invalidez, vejez o muerte, por ende, los requisitos de forma los contiene el formulario que se debe diligenciar para adelantar el proceso de vinculación con la respectiva administradora. En caso de que la falta de información se hubiera basado en que los fondos privados como Protección, Porvenir, Old Mutual y Colfondos, no se realizó una proyección pensional a la demandante al momento de su traslado, indicó, las proyecciones pensionales no son pruebas útiles para mostrar un eventual vicio en el consentimiento al momento en que decidió su afiliación dentro de las opciones que la ley otorga, sumado a ello, la obligación de emitir por parte de las AFP, herramientas financieras o

---

puede afectar cargas adicionales que no solamente las debe asumir mi representada, sino quienes guardaron fidelidad en el sistema, teniendo en cuenta que aquí no se maneja una cuenta de ahorro individual, por esta razón, pues es también indicar a los Honorables Magistrados que revoque en dicha decisión teniendo en cuenta, que por una ignorancia de la parte demandante no puede indicar que por ignorancia de la ley se justifique por una decisión mal tomada. Así las cosas, pues solicitó a los Honorables Magistrados que revoque en dicha decisión y absuelva todas las pretensiones incoadas contra mi representada de la sentencia aquí emitida por este juzgado.".

proyecciones pensionales a los potenciales afiliados nacidos del Decreto 2071 del 2015, es decir, con posterioridad al traslado de la demandante.

En cuanto a la carga dinámica de la prueba, expuso, no puede ser aplicada en forma genérica, sin ninguna ponderación y en desigualdad de las partes involucradas, de conformidad con el artículo 167 de la Ley 1564 del 2012. La carga dinámica de inversión de la prueba, al interior de un proceso judicial exige la igualdad entre las partes con parámetros de una buena fe y lealtad procesal, bajo el principio quién puede debe probar, igualmente explicó, si bien existe una intervención de asesoría de la administración de la administradora de pensiones que podría generar un vicio en la voluntad del traslado, ello debe mostrarse, pues de lo contrario no se entiende las conjeturas y suposiciones y no los hechos debidamente demostrados en el proceso en los que intervino directamente la demandante.
Relató, tampoco se puede considerar a todos los afiliados, como una parte débil e indefensa en este proceso, teniendo en cuenta que la misma ley previo distintos deberes en cabeza de los mismos, con el fin de que por intereses propios que se asesoren de la mejor manera, no puede desconocerse las situaciones que rodean cada caso y que de alguna manera permitan obtener una información mínima durante el tiempo de traslado, por lo cual, no puede indicarse que no recibió la asesoría necesaria, pretendiéndose en esta demanda declarar la nulidad con el fin de obtener una mesada pensional más favorable en el régimen de prima media. cuando no se guardó fidelidad en el sistema, imponiendo de esta forma cargas adicionales que no solamente las debe asumir mi representada, sino quienes guardaron fidelidad en el sistema.

Por su parte, PORVENIR presentó su inconformidad[2] frente a los gastos de administración, primas de seguros y prima y reaseguros, ya que en su sentir los

[2] ***Apoderada Porvenir – récord 1:20:08: "****Gracias su señoría encontrándome en esta etapa de la diligencia, me permito presentar recurso a en cuanto a la posibilidad de gastos de administración, primas de seguros y prima y reaseguros, fundamentado en los siguiente, es importante resaltar que, como se había expuesto en los alegatos de conclusión y los gastos de administración, son el motivo de los mismos desprende de la ley, es decir, este descuento se realiza conforme a la normativa que se encuentra vigente y corresponde a una decisión netamente legal la cual hace cumplir las administradoras de fondos pensionales, es importante adicional a esto, revisar que en el tiempo en el que estuvo el afiliada con PORVENIR no se presentó ningún detrimento en su cuenta de ahorro individual, sino que, al contrario, se realizó un incremento por concepto de los rendimientos, lo cual es el fruto de la gestión del administrador y es con fundamento en el artículo 1746 del Código Civil, la nulidad pronunciada en sentencias que tiene por ser cosa juzgada las partes del derecho para ser restituida en el mismo estado en el que se deja ver, hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo, teniendo en cuenta lo anterior, entonces, se tendría que hacer el recobro de los rendimientos realizados durante el tiempo en el que el dinero se encontró en las administradoras de fondos pensionales del régimen de ahorro individual.*

mismos se realizan conforme a la normativa que se encuentra vigente y corresponde a una decisión netamente legal la cual hace cumplir las administradoras de fondos pensionales, adicional a esto, expuso, en el tiempo en el que estuvo afiliada la actora con PORVENIR no se presentó ningún detrimento en su cuenta de ahorro individual, sino que, al contrario, se realizó un incremento por concepto de los rendimientos, lo cual es el fruto de la gestión del administrador y es con fundamento en el artículo 1746 del Código Civil, la nulidad pronunciada en sentencias que tiene por ser cosa juzgada las partes del derecho para ser restituida en el mismo estado en el que se deja ver, hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo, entonces, se tendría que hacer el recobro de los rendimientos realizados durante el tiempo en el que el dinero se encontró en las administradoras de fondos pensionales del régimen de ahorro individual.

Resaltó, en caso de que se trasladen los gastos de administración junto con las primas de seguros, se estaría generando detrimento patrimonial, teniendo en cuenta que las primas de seguros de pensión de validez y sobrevivientes ya fueron pagados a las correspondientes aseguradoras con las que se realizaron los contratos para cubrir cualquiera de estas dos eventualidades.

La demandada PROTECCIÓN presentó recurso[3] respecto de la orden de devolución de gastos de administración, fondo de garantía de pensión mínima

---

Es importante resaltar también que, en caso de que se trasladen estos gastos de administración junto con las primas de seguros, se estaría generando detrimento patrimonial, teniendo en cuenta que las primas de seguros de pensión de validez y sobrevivientes ya fueron pagados a las correspondientes aseguradoras con las que se realizaron los contratos para cubrir cualquiera de estas dos eventualidades, por lo tanto, le solicitó al honorable tribunal, sea revocada a la sentencia, en cuanto a la devolución de los mismos, muchas gracias.".

[3] ***Apoderada Demandada (PROTECCIÓN -récord, 1:22:24): "****Gracias su señoría, encontrándome dentro del término procesal pertinente otorgado, me permito presentar recurso de apelación parcial en lo que tiene que ver con el numeral cuarto, respecto de la orden de devolución de gastos de administración, Fondo de Garantía de pensión mínima debidamente indexados a cargo de PROTECCIÓN S.A., y lo hago sustentándolo de la siguiente manera, en este caso se ha declarado la ineficacia de la afiliación y por ende sería procedente los dineros que se encuentran activos en la cuenta de ahorro individual de la demandante, como se mencionó en los alegatos de conclusión en este punto y en este momento PROTECCIÓN S.A, no cuenta con ninguna cuenta de ahorro individual activa a cargo de la demandante.*

Ahora se estableció, que no se devolvieran aportes sino únicamente los gastos de administración en este punto debo mencionar que no es posible, que la jurisprudencia o que las sentencias vayan en contra de la ley, esto teniendo en cuenta que el artículo 20 de la Ley 100 del 93, proporciona, destina y permite que se hagan descuentos de los aportes mensuales a pensión de los afiliados como quiera que el 10% iría a la financiación de la pensión de vejez, dichos montos serán devueltos en este caso por OLD MUTUAL y lo demás, el 3% de garantía, perdón de gastos de administración y el 0.5 de Fondo de Garantía de Pensión Mínima, se han descontado no como un capricho de mi representada, sino como permiso otorgar por parte de la ley, dicho descuento, no puede desconocerse entonces la labor que hizo el legislador al promulgar dicha ley y ordenar entonces en este momento que se haga dicha devolución, debe tenerse en cuenta también que se está ordenando a que no únicamente el último fondo devuelva los gastos de administración y los rendimientos financieros, toda la capitalización de este dinero que tuvo durante los 23 años que duró la demandante en los fondos privados, sino que también se está ordenando a las demás AFPs anteriores a que se regrese estos

debidamente indexados sustentado en que en este caso se ha declarado la ineficacia de la afiliación y por ende sería procedente los dineros que se encuentran activos en la cuenta de ahorro individual de la demandante y en este momento no cuenta con ninguna cuenta de ahorro individual activa. Ahora se estableció, que no se devolvieran aportes sino únicamente los gastos de administración, en este punto mencionó que no es posible, ya que el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, proporciona, destina y permite que se hagan descuentos de los aportes mensuales a pensión de los afiliados como quiera que el 10% iría a la financiación de la pensión de vejez, dichos montos serán devueltos en este caso por OLD MUTUAL y lo demás, el 3% de gastos de administración y el 0.5% de Fondo de Garantía de Pensión Mínima, se han descontado no como un capricho sino como permiso otorgado por parte de la ley, dicho descuento, no puede desconocerse, alegó, tenerse en cuenta también que se está ordenando que el último fondo devuelva los gastos de administración y los rendimientos financieros, es decir, toda la capitalización de este dinero que tuvo durante los 23 años que duró la demandante en los fondos privados, entonces se está constituyendo un enriquecimiento sin causa, toda vez que no solamente está recibiendo lo que ella aportó, sino unos rendimientos adicionales, pero también lo que se le descontó más bien de sus aportes para el propósito de gastos de administración.

La encartada Colfondos, manifestó la informidad[4], con relación a devolver todos los conceptos mencionados de manera indexada, ya que no será posible que se

---

gastos de administración, entonces está constituyendo un enriquecimiento sin causa a favor de la demandante, toda vez que no solamente está recibiendo lo que ella aportó, sino unos rendimientos adicionales, pero también lo que se le descontó más bien de sus aportes para el propósito de gastos de administración, es importante que se tenga en cuenta señores magistrados que en caso de que la demandante hubiese permanecido afiliada con Colpensiones, dichos gastos de administración también hubiesen sido descontados como quiera que es la misma ley quien permite que se hagan dichos descuentos como vuelvo y reitero, no obedece a un capricho de mi representado de las AFPS, sino que es el legislador quien otorga dicha facultad a los fondos privados y también a Colpensiones.

En este orden de ideas, solicitó a los honorables magistrados sirvan revocar el numeral cuarto de la sentencia de primera instancia, como quiera que no es procedente que se ordene la devolución de gastos de administración, máxime cuando mi representada, cumplió a cabalidad con cada uno de los requisitos cuando la demandante se afilió y para dicha edad. Igualmente, señor juez, solicito, a usted se sirva conceder el presente recurso de apelación. Muchísimas gracias.".

[4]Apoderada Colfondos, récord 1:26:0): *"Gracias, señora Juez, siendo esta la oportunidad procesal pertinente, interpongo recurso de apelación parcial de la sentencia respecto a la condena a mi representada a devolver todos los conceptos mencionados por la señora juez de manera indexada, ya que no será posible que se disponga a aplicar la indexación sobre estos conceptos sobre los conceptos que se ordenaron devolver al régimen de prima media con prestación definida, porque con los rendimientos generados por mi representada durante el periodo en que administre los recursos pensionales de la actora, a estos fueron superiores a las que se hubiera podido generar en el régimen de prima media, si la demandante siempre hubiera permanecido en dicho régimen, quedo más que compensado este concepto, además que el mismo no fue solicitada en la demanda y en la contestación por Colpensiones, incluido en la fijación del litigio ni objeto de impugnación, por las partes trabajadas en esta litis, por lo tanto, una condena en ese sentido*

disponga aplicar la indexación sobre los conceptos que se ordenaron devolver al régimen de prima media con prestación definida, porque con los rendimientos generados por la AFP durante el periodo en que administre los recursos pensionales de la actora, estos fueron superiores a las que se hubiera podido generar en el régimen de prima media, si la demandante siempre hubiera permanecido en dicho régimen, quedando más que compensado este concepto, además el mismo no fue solicitado en la demanda y en la contestación por Colpensiones, ni objeto de impugnación por las partes en esta litis, por lo tanto, una condena en ese sentido desconocería el principio de consonancia y congruencia de la sentencia con las pretensiones de la demanda y comportaría violación al derecho de defensa y el debido proceso.

Adicionó, para Colpensiones, implicaría un enriquecimiento sin justa causa, por lo que no es pertinente la indexación de esas sumas, por estar en poder de la AFP, los saldos existentes en la cuenta de ahorro individual y al día de hoy, proceden unos rendimientos mínimos que evitan o compensan la pérdida del poder adquisitivo.

Finalmente, la enjuiciada ODL MUTUAL refutó[5] la devolución del concepto de cuotas o gastos de administración, el porcentaje de garantía mínima debidamente

---

desconocería el principio de consonancia y congruencia de la sentencia con las pretensiones de la demanda y comportaría violación al derecho de defensa y el debido proceso.

Además, para Colpensiones, implicaría un enriquecimiento sin justa causa, por lo que no es pertinente la indexación de esas sumas, por estar en poder de la AFP, los saldos existentes en la cuenta de ahorro individual y al día de hoy, proceden unos rendimientos mínimos que evitan o compensan la pérdida del poder adquisitivo de manera amable, le solicitó a los Magistrados del Honorable Tribunal Superior de de Bogotá revocar la sentencia en este punto, muchas gracias.".

[5] ***Apoderada Old Mutual, récord 1:27:31: "****Gracias señora juez, me permito también de forma respetuosa, interponer y sustentar recurso de apelación de forma parcial, específicamente entonces a la condena a mi representado para devolver el dinero que se le descontó a la demandante, por concepto de cuotas o gastos de administración, el porcentaje de garantía mínima debidamente indexada conforme lo indica el despacho.*

Lo primero entonces que quiero resaltar o reiterar es que los descuentos de los gastos de administración se realizan en cumplimiento de un deber legal, en este caso de la normatividad, la Ley 100 del 93 en el artículo 20, donde tanto en el régimen de prima media con prestación definida, como en el régimen de ahorro individual, se toma el ingreso base de cotización, un porcentaje del cual se va a destinar a financiar unos gastos de administración una prima de reaseguro de FOGAFIN y unas primas de seguros de invalidez y sobrevivientes.

Adicionalmente, con este artículo tenemos el Decreto 692 de 1994 en su artículo 36 que nos habla de la distribución de las cotizaciones, este artículo textualmente indica que las cajas de fondos de entidades de previsión mientras no se ordena la liquidación, deberán de llevar siempre unas cuentas separadas de las reservas para la pensión de vejez y de los gastos de administración. En relación con los riesgos originados en las pensiones de invalidez y sobrevivientes, podrán contraer los seguros respectivos o asumir el riesgo directamente, pero en uno u otro caso deberán de llevar cuentas separadas de las primas que se cancelan o de las reservas que debe constituir si asumen el riesgo según las normas pues que establezca la superintendencia financiera.

Si bien es cierto, las pretensiones de la demanda giraron en torno a la ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS y la Corte Suprema de Justicia ha señalado, pues que la consecuencia directa es el regreso automático de las cosas al estado inicial, también es importante que se debe realizar es saber que se tiene que realizar un estudio, una ponderación objetiva en cuanto a conceptos, cómo restituciones mutuas,

confianza legítima y, sobre todo, buena fe. Respecto de la buena fe y mi representada durante el tiempo que ha sido SKANDIA, la administradora de fondos de pensiones de la demandante ha administrado en forma correcta a la cuenta de ahorro individual de la misma, ahora como su nombre lo indica, está Comisión de Administración, está direccionada que a retribuir todas las actividades, que desarrolla en las instituciones pensionales, pues que conforman el sistema general de pensiones, dentro de las cuales obviamente está SKANDIA es importante tener en cuenta que esta Comisión de Administración primero no es del afiliado, segundo, no está destinada a financiar una pensión de vejez. ¿Por qué? Porque en los dos regímenes pensionales la ley dispone que dicho porcentaje es favor de las administradoras de pensiones, entonces ordenarle a mi representada que devuelva ese dinero Colpensiones sería no solamente generarle un enriquecimiento sin justa causa a Colpensiones, sino también un pago de lo no debido, porque esta entidad estaría recibiendo un dinero del cual no ha realizado ningún tipo de función de administración conforme lo dispone la ley.
También quedó acreditado con las pruebas documentales, pues que se adjuntaron en su debido momento con la contestación de la demanda que mi representada. SKANDIA, cumplió con generar una rentabilidad acordé con unas directrices legales y que emite, pues la Superintendencia Financiera como entidad que la vigila, por lo que no resulta entonces procedente tener que reintegrar esta Comisión de Administración cuando en el ejercicio legítimo de unas obligaciones legales vigentes, mi representada cumplió o ha cumplido con ellas. Esta comisión de Administración también ordena este reintegro es incurrir en un desconocimiento del principio constitucional de buena fe, confianza legítima, pero sobre todo también del debido proceso, porque se está ordenando judicialmente devolver una suma que ya tiene un titular definido ilegalmente SKANDIA. llevó a cabo la administración de los recursos, así como todas las labores que exige la ley respecto, pues de los dineros que conforman la cuenta ahorro individual de la demandante, por ende, entonces no es viable tener que devolver estas sumas a Colpensiones más aún cuando estos dineros ya generaron unos rendimientos que han beneficiado o benefician directamente a la demandante.

Respecto de las primas de seguro de invalidez y sobrevivencia también es importante tener en cuenta que mi representada SKANDIA, no debe de asumirlas en tanto, la causa de aseguramiento, en este caso invalidez y sobrevivencia, pues son permanentes y la demandante ha gozado y, de hecho, goza todavía de cobertura durante toda la vinculación que ha tenido, pues al fondo de pensiones SKANDIA, obviamente, conforme a eso mi representada. ¿Qué ha hecho? Ha tomado o ha pagado un porcentaje a una aseguradora para cubrir estos riesgos de invalidez y muerte y este dinero no se encuentra en el patrimonio o en arcas de mi representada desordenar que devuelva esto sería entonces, si generarle un perjuicio económico a mi representada, porque obviamente la aseguradora no se vinculó al proceso en calidad llamado garantía ni el litisconsorte demandado y tiene que tomar entonces dinero de su propio patrimonio para cumplir con una orden judicial que reiteró nuevamente se realiza o se paga mes a mes a una aseguradora, pero ni siquiera es como a capricho de mi representada, sino que nuevamente es conforme a la a la exigencia de la ley, que es el artículo 20 de la Ley 100 del 93.
Ya respecto de la consecuencia, o digamos, de la especificación que estas sumas de dinero se deben devolver de forma indexada, es importante entonces tener en cuenta a traer a colación la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, la sentencia 00161 del 13 de mayo del 2010, donde actuó como magistrado ponente Dr. Edgardo Villamil Portilla y definió la indexación la define de la siguiente manera, la actualización monetaria, cuya aplicación deja por fuera aspectos subjetivos, pretende mantener en el tiempo el valor adquisitivo de la moneda oficial que se envilece periódicamente las economías caracterizadas por la inflación, todo bajo la idea de que el pago, sea cual fuere el origen de la prestación, puede ser íntegro conforme a decantada jurisprudencia en materia de obligaciones indemnizatorias.

Ahora correlativamente o en consonancia con este artículo en esta sentencia tenemos el artículo 101 de la Ley 100 del 93 que nos habla de una rentabilidad mínima, este artículo específicamente indica que la totalidad de los rendimientos obtenidos en el manejo de los fondos de pensiones, una vez se le aplique en las comisiones por el mejor desempeño, será abonada en las cuentas de ahorro individual de los afiliados a prorrata de las sumas acumuladas a cada una de ellas y de la permanencia, pues en el respectivo período. A su vez, indica que las administradoras de fondos de pensiones siempre deben de garantizar una rentabilidad mínima los afiliados, la cual obviamente se determina con el gobierno nacional, en ese orden de ideas, entonces es importante tener en cuenta que si mi representada cumplió o ha cumplido con las obligaciones que es garantizar una rentabilidad mínima en la cuenta de ahorro individual, en este caso de la demandante resulta incompatible tener que devolver u ordenar una indexación sobre ese dinero, pues porque estos recursos de la cuenta de ahorro individual no se han visto afectados, por la inflación y, por el contrario, han generado unos rendimientos que conforme se observó en el estado de cuenta que se adjuntó con la contestación, han venido, pues benefician a la demandante y son el resultado de la administración o de la efectiva gestión y administración de mi representada respecto del manejo de la cuenta de ahorro individual, es en este punto concreto o en este aspecto entonces donde yo dejo sustentado mi recurso de apelación. Gracias, señora juez.".

indexado. Lo primero que resaltó, es que los descuentos de los gastos de administración se realizan en cumplimiento de un deber legal, en este caso de la normatividad, la Ley 100 del 93 en el artículo 20, donde tanto en el régimen de prima media con prestación definida, como en el régimen de ahorro individual, se toma el ingreso base de cotización, un porcentaje del cual se va a destinar a financiar unos gastos de administración una prima de reaseguro de FOGAFIN y unas primas de seguros de invalidez y sobrevivientes.

Adicionalmente, con este artículo se tiene el Decreto 692 de 1994 en su artículo 36 que habla de la distribución de las cotizaciones, este artículo textualmente indica que las cajas de fondos de entidades de previsión mientras no se ordena la liquidación, deberán de llevar siempre unas cuentas separadas de las reservas para la pensión de vejez y de los gastos de administración. En relación con los riesgos originados en las pensiones de invalidez y sobrevivientes, podrán contraer los seguros respectivos o asumir el riesgo directamente, pero en uno u otro caso deberán de llevar cuentas separadas de las primas que se cancelan o de las reservas que debe constituir si asumen el riesgo según las normas pues que establezca la Superintendencia Financiera.

Si bien es cierto, las pretensiones de la demanda giraron en torno a la ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS y la Corte Suprema de Justicia ha señalado, que la consecuencia directa es el regreso automático de las cosas al estado inicial, también es importante saber que se tiene que realizar un estudio, una ponderación objetiva en cuanto a conceptos, cómo restituciones mutuas, confianza legítima y, sobre todo, buena fe. Respecto de la buena fe durante el tiempo que ha sido SKANDIA la administradora de fondos de pensiones de la demandante ha administrado en forma correcta a la cuenta de ahorro individual de la misma, ahora esta Comisión de Administración, está direccionada a retribuir todas las actividades que desarrolla en las instituciones pensionales, pues que conforman el sistema general de pensiones, dentro de las cuales está SKANDIA.

Añadió, es importante tener en cuenta que esta Comisión de Administración no es del afiliado, no está destinada a financiar una pensión de vejez, porque en los dos regímenes pensionales la ley dispone que dicho porcentaje es favor de las administradoras de pensiones, entonces ordenar la devolución de ese dinero a

Colpensiones sería no solamente generar un enriquecimiento sin justa causa a Colpensiones, sino también un pago de lo no debido, porque esta entidad estaría recibiendo un dinero del cual no ha realizado ningún tipo de función de administración conforme lo dispone la ley.

También quedó acreditado con las pruebas documentales, que. SKANDIA, cumplió con generar una rentabilidad acordé con unas directrices legales y que emite la Superintendencia Financiera, por lo que no resulta entonces procedente tener que reintegrar esta comisión por administración cuando en el ejercicio legítimo de unas obligaciones legales vigentes la AFP cumplió.

Respecto de las primas de seguro de invalidez y sobrevivencia igualmente manifestó la improcedencia de devolverlas, en tanto, la causa de aseguramiento, en este caso invalidez y sobrevivencia, son permanentes y la demandante ha gozado y, de hecho, goza todavía de cobertura durante toda la vinculación que ha tenido, pues al fondo de pensiones SKANDIA, ha pagado un porcentaje a una aseguradora para cubrir estos riesgos de invalidez y muerte y este dinero no se encuentra en el patrimonio, generando un perjuicio económico porque la aseguradora no se vinculó al proceso en calidad de llamado garantía ni el litisconsorte teniendo que responder con su propio patrimonio para cumplir con una orden judicial.

Frente a la indexación dijo, es importante traer a colación la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, No. 00161 del 13 de mayo del 2010, donde actuó como magistrado ponente Dr. Edgardo Villamil Portilla y definió la indexación como la actualización monetaria, cuya aplicación deja por fuera aspectos subjetivos, pretendiendo mantener en el tiempo el valor adquisitivo de la moneda oficial que se envilece periódicamente las economías caracterizadas por la inflación, todo bajo la idea de que el pago, sea cual fuere el origen de la prestación, puede ser íntegro conforme a decantada jurisprudencia en materia de obligaciones indemnizatorias Añadió, correlativamente o en consonancia el artículo 101 de la Ley 100 del 93 habla de una rentabilidad mínima, específicamente, indica que la totalidad de los rendimientos obtenidos en el manejo de los fondos de pensiones, una vez se le aplique las comisiones por el mejor desempeño, será abonada en las cuentas de ahorro individual de los afiliados a prorrata de las sumas acumuladas a cada una de ellas y de la permanencia, en el respectivo período.

A su vez, indicó que las administradoras de fondos de pensiones siempre deben garantizar una rentabilidad mínima a los afiliados, la cual obviamente se determina con el Gobierno Nacional, en ese orden de ideas, es importante tener en cuenta que si la AFP cumplió con las obligaciones de garantizar una rentabilidad mínima en la cuenta de ahorro individual, resultando incompatible tener que devolver u ordenar una indexación sobre ese dinero, porque esos recursos de la cuenta de ahorro individual no se han visto afectados, por la inflación y, por el contrario, han generado unos rendimientos que conforme se observó en el estado de cuenta que se adjuntó con la contestación, benefician a la demandante y son el resultado de la administración o de la efectiva gestión y administración respecto del manejo de la cuenta de ahorro individual.

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda (*Páginas 5 y 6, del archivo 02 expediente digital),* las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (*Páginas 6 a 10, ibidem),* aspirando de manera principal se declare la nulidad del traslado del RPM al RAIS realizado inicialmente del extinto ISS a PORVENIR, posteriormente a PROTECCIÓN, COLFONDOS y OLD MUTUAL en su mismo orden, declarando para todos los efectos legales que se encuentra válidamente afiliada a COLPENSIONES, que consecuente con lo anterior se condene a las demandadas PORVENIR, posteriormente a PROTECCIÓN, COLFONDOS y OLD MUTUAL a trasladar el valor total de los aportes realizados junto con todos los rendimientos causados, bonos pensionales, y sumas adicionales con los respectivos intereses, se condene a COLPENSIOENS a recibir los aportes entregados y acumular la totalidad de las semanas en la historia laboral, se haga uso de las facultades extra y ultra petita y se condene en costas y agencias en derecho. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró la ineficacia de la afiliación de la señora MAGDA GLADYS ARIAS OSPINA, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por el

FONDO DE PENSIONES Y CESANTÌAS PORVENIR S.A. suscrita el 25 de mayo de 1997 con efectividad a partir del 1 de julio de 1997, teniendo para todos los efectos legales que la actora nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y en consecuencia siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida, igualmente, se ordenó a OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., a trasladar a COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, obligatoriamente a devolver los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con sus rendimientos, porcentaje correspondiente a los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, porcentaje destinado al fondo de garantía de la pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, conceptos que deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado de los ciclos, Ingreso base de cotización, aportes y demás información relevante que los justifiquen, ordenó a las demandadas PORVENIR, PROTECCIÓN y COLFONDOS, a trasladar a COLPENSIONES los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, obligatoriamente a devolver, el porcentaje que corresponde a los gastos de administración y el porcentaje destinado al fondo de garantía de la pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, ordenó a COLPENSIONES reactivar la afiliación y corregir su historia laboral una vez reciba los dineros de OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. 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 2002[6].

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

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía de la demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 29 de marzo de 1963 *(Página 34, Archivo 02 expediente digital)*, por lo que la edad de 57 años, la cumpliría el mismo día y mes del año 2020, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES y OLD MUTUAL el 10 de octubre de 2018 y el 02 de febrero de 2018, *(Páginas 35, 64 a 66, y 146 a 164, Archivo 02 expediente digital)*, esto es, cuando se encontraba a menos de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -**1º de abril de 1994** -, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, apenas había cotizado al sistema 436,01 semanas (*CD folio 81, anexos Colpensiones expediente digital*), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

Ver Imagen.

[1]Identificación Aportante	[2]Nombre o Razón Social	[3]Desde	[4]Hasta	[5]Último Salario	[6]Semanas	[7]Lic	[8]Sim	[9]Total
1206114465	TIA LTDA	01/10/1979	20/11/1979	$3.300	7,29	2,43	0,00	4,86
1006108524	ALMACENES TAMPICO LT	21/02/1983	14/09/1985	$17.790	133,86	3,29	0,00	130,57
1002900846	PROALPET LTDA	23/09/1985	23/05/1986	$21.420	34,71	0,00	0,00	34,71
1006125230	COMERCIAL DE MATERIA	18/12/1986	09/03/1988	$25.530	64,00	0,00	0,00	64,00
1002405832	AYOVIC LTDA	14/02/1990	30/08/1990	$47.370	28,29	0,00	0,00	28,29
1002408057	HERKALA LTDA	30/10/1990	19/04/1991	$54.630	24,57	0,00	0,00	24,57
1002900504	EXPONOVA S.A.	03/05/1991	10/12/1993	$197.910	136,14	0,00	0,00	136,14
1008220841	C.I.BROCABRI-EXPONOV	16/12/1993	31/12/1994	$270.000	54,43	0,00	0,00	54,43
860078265	C I BROCABRI EXPONOV	01/03/1995	31/03/1995	$274.000	4,29	0,00	0,00	4,29
830001972	VIDEO COLOMBIA S A	01/05/1995	31/12/1995	$320.000	34,29	0,00	0,00	34,29
830001972	VIDEO COLOMBIA S A	01/01/1996	31/05/1996	$380.000	21,43	0,00	0,00	21,43
830001972	VIDEO COLOMBIA S A	01/06/1996	30/06/1996	$405.000	4,29	0,00	0,00	4,29
830001972	VIDEO COLOMBIA S A	01/07/1996	31/10/1996	$430.000	17,14	0,00	0,00	17,14
830001972	VIDEO COLOMBIA S A	01/11/1996	30/11/1996	$473.000	4,29	0,00	0,00	4,29
830001972	VIDEO COLOMBIA S A	01/12/1996	31/12/1996	$487.000	4,29	0,00	0,00	4,29
830001972	VIDEO COLOMBIA S A	01/01/1997	31/05/1997	$469.000	21,14	0,00	0,00	21,14
830001972	VIDEO COLOMBIA S A	01/06/1997	30/06/1997	$0	0,00	0,00	0,00	0,00
					[10] TOTAL SEMANAS COTIZADAS: 588,71			
					[11] SEMANAS COTIZADAS CON TARIFA DE ALTO RIESGO(INCLUIDAS EN EL CAMPO 10 * "TOTAL SEMANAS COTIZADAS"): 0,00			

2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: "Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez", y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002".

Ahora, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el **25 de mayo de 1997** con fecha de efectividad a partir del **1º de julio de 1997** *(Páginas 291 y 292, Archivo 02, expediente digital)* por afiliación que hiciera a PORVENIR, específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP y en el formulario de afiliación suscrito con esa AFP.

Ver imagen:



Hora de la consulta : 2:35:21 PM
Afiliado: CC 35518925 MAGDA GLADYS ARIAS OSPINA

Vinculaciones para : CC 35518925

Tipo de vinculacion	Fecha de solicitud	Fecha de proceso	AFP destino	AFP origen	AFP origen antes de reconstruccion	Fecha inicio de efectividad	Fecha fin de efectividad
Traslado regimen	1997-05-28	2004/04/16	PORVENIR	COLPENSIONES		1997-07-01	2001-04-30
Traslado de AFP	2001-03-13	2004/04/16	ING	PORVENIR		2001-05-01	2006-07-31

2 registros encontrados, visualizando todos registros.
1

Vinculaciones migradas de Maxigua para: CC 35518925

Fecha de novedad	Fecha de proceso	Código de novedad	Descripción	AFP	AFP involucrada
1997-05-28	1997-08-09	01	AFILIACION	PORVENIR	
2001-03-13	2001-04-10	79	TRASLADO AUTOMATICO	ING	PORVENIR

2 registros encontrados, visualizando todos registros.
1

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[7], en los términos del artículo 1746 del Código Civil, ante la inexistencia de una norma distinta que de manera explícita regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico.

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

> *«(…)*

[7] *Al tema puede consultarse la sentencia SL2877 de 2020 y SL4875 de 2020*

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

> *Artículo 1746. La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita (subrayas fuera de texto).*
>
> *En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.*

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

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

> *«**1. La consecuencia de la inobservancia del deber de información: ineficacia del acto jurídico de cambio de régimen***
>
> *Al contestar la demanda, Colpensiones sostuvo que en este asunto no hay lugar a declarar la nulidad del traslado de la actora del régimen público de pensiones al privado, en la medida que no se demostró un vicio del consentimiento en la modalidad de error, fuerza o dolo.*
>
> *Ahora bien, el a quo declaró la nulidad de la afiliación de la demandante, pues, en su sentir, el «acto no existió y no puede causar ningún tipo de consecuencia, incluso desfavorable». En esa línea, condenó a Colfondos S.A. a devolver «todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de (…) LILIANA ANGULO RUIZ como comisiones, costos cobrados por administración, sumas adicionales, bonos pensionales de ser el caso, de conformidad con el art. 1746 que se hubieren generado junto con sus rendimientos», e impuso a Colpensiones la obligación de recibirlos y hacer los ajustes pertinentes en la historia laboral de la actora, sin solución de continuidad; esto es, «como si esa afiliación nunca hubiese existido».*
>
> *De ahí que le corresponda a la Sala precisar si la vía correcta es la nulidad o la ineficacia en sentido estricto.*
>
> *Pues bien, esta Corporación es del criterio que la reacción del ordenamiento jurídico*

> *a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por consiguiente, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC).*
>
> *[2: La ineficacia del acto posee las mismas consecuencias prácticas de la nulidad. Al respecto, la Sala Civil de esta Corporación ha sostenido que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, de suerte que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (SC3201-2018).]*
>
> *Lo anterior, debido a que en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el legislador consagró de manera expresa en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia. En efecto, el citado precepto refiere que cuando «el empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral […] la afiliación respectiva quedará sin efecto».*
>
> *Si esto es claro, resulta equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues el legislador expresamente consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL3464-2019, y especialmente la CSJ SL4360-2019)*.

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

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

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

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

Señalando la Corte, de acuerdo a la doctrina se le han adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un **traslado de la carga de la prueba** de la demandante 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 2011[8], Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y en las sentencias SL 1421 de 2019, SL 1452 de 3 de abril de 2019, SL 1689 de 8 de

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

"El yerro del Tribunal estuvo entonces, en no haberse percatado de que el documento analizado, muestra que evidentemente al actor no se le suministró la información adecuada, suficiente y cierta para su traslado.
"(...).
"Las administradoras de pensiones lo son de un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados, según lo prescribe el artículo 97 de la Ley 100 de 1993; la Ley radica en ellas el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, y cuyos deberes surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

> *"(…)* ***Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto.***
>
> *(…)*
>
> *Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*
>
> *(…).*
>
> *Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede 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 (…)"*

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

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

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

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen la demandante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, 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 accionante[9] no acreditan de manera alguna que conociera las

---

[9]***Interrogatorio de Parte, récord 36:00, archivo 04 audiencia 14 de agosto de 2020:*** *"Soy profesional, soy Abogada, me dedico como Gerente de nómina en una compañía de Outsourcing de nómina, en el año 1997 en la empresa donde laboraba nos dieron la instrucción por Gerencia que todos debíamos pasarnos a Porvenir, entonces habían unas asesoras y solo firmábamos los formularios, la instrucción que nos daba la Gerencia era pasarse o pasarse, entonces todos firmamos los formularios, yo en la empresa era Auxiliar del área de Gerencia, la verdad uno no tenía claro el impacto, solo se asumía que era una dir4ectris que dio la gerencia, entonces uno no preguntaba ni nada solo en el 2006 pregunté porque ya entendía más del tema, en ese año el área de recursos humanos, eso llegaban todos los fondos, incluso llegaron hasta 3 personas que nos hicieron firmar, llego una profesional de relaciones industriales y dijo que uno se podía trasladar que no había problema, que no pasaba nada, la directriz era que nos pasáramos porque ellos decían que no íbamos a tener ningún inconveniente por eso firmamos, siempre llegaban muchos asesores y se realizó el traslado a Santander, en el 2006 comencé a indagar sobre la asesoría, esa me la dio la funcionaria Yolanda Porras y yo le pregunte qué impacto tenía que uno estuviera en fondo privado y dijo que ninguno, solo dijo que la cuota mensual se le sumaban los rendimientos, dijo que Colpensiones se iba acabar y que era mejor el fondo, recibí algunos extractos si, decían los valores que consignaba la empresa, en el año 2010 me trasladé a Old Mutual, en ese momento llegó la misma asesora y dijo que los rendimientos eran mejores en ese Fondo, dijo que Colpensiones se iba acabar y que era mejor pasarnos, solo hablo de rendimientos que eran como interés que es como una cuenta bancaria pero no explicó el impacto ni cómo se calculaban los rendimientos, recibí en el 2018 como respuesta a un derecho de petición y me informaron la proyección dela pensión con la AFP y con Colpensiones, los extractos no los he recibido, recibí una vez uno y nadie me explicó, yo asumía que era igual para todo el mundo y que no pasaba nada, extractos de Skandia no, no se recibió asesoría de Porvenir porque fue una asesoría de Porvenir, no nos explicaron nada, con Old Mutual nos dijeron que no había diferencia alguna con Colpensiones, ya que con la AFP si había rendimientos y con Colpensiones no, la asesoría fue grupal en ese momento, éramos varias personas, después de esa asesoría iba otra asesor a captar más afiliados pero no volvimos hablar, yo le dije a la asesora luego que por qué nos había dicho mentiras y nos sostuvo que no había desmejora alguna, después de trabajar tantos años que uno no reciba ni un mínimo es triste, la afiliación se hizo engañada porque no fueron claros y dijeron cuando iba a recibir, la forma cómo se liquida la base en cada régimen, no explicaron eso, omitir es engañar, la proyección se hizo en el 2018 cuando pasé la petición, no fue al momento de la afiliación, yo me afilie a Protección por ahorrar y bajar la retención en la fuente a pensiones voluntarias, la realidad es que tomamos las pensiones voluntarias por el tema de la retención en la fuente y el ahorro era para bajar la base de la retención y que no tuviera el mismo impacto, ellos decían que uno podía incrementar la mesada con el ahorro que tuviese, cuando me afilié a ING yo era la jefe de nómina, debía hacer aportes, cuando hice el traslado era bachiller, cuando me pase a Porvenir yo era Auxiliar del área de la gerencia de producción, yo manejaba nómina y i jefe era la gerente de relaciones industriales, siempre nos informaban que se ganaba más estando en el fondo, solo fue rendimientos, por eso nos trasladamos, los fondos seguían manteniendo que el ISS iba a desaparecer, decían que la pensión no se iba a perder, no explicaron cómo se calculaba la pensión, solo que el ISS se acabaría, dijeron que la pensión en El ISS era común en cambio en la AFP es individual, solo hablaron de rendimientos porque por el monto decían que no había problema, me trasladé a Colfondos fue porque en ese momento se estaba cerrando muchos fondos y los estaban uniendo, en ese momento fue porque la asesora fue, a Colfondos no realice aportes voluntarios, en ese año no nos dieron asesoría, solo fue en el 2006 que empecé a indagar y partir de la buena fe de la asesora que decía que la mesada pensional en un fondo y otro era caso igual que solo la diferencia era por los rendimientos, yo fui coordinadora de nómina, empecé a ser jefe de nómina en 1996 o 96 pero la persona que manejaba los fondos y todo era la gerente de recursos humanos, mi función era más operativa de esta encargada de los datos y liquidación y certificaciones".*

implicaciones de su traslado de régimen pues advirtió que el traslado de régimen lo efectuó por la directriz impartida por la Gerencia de la empresa donde trabajaba, lineamiento que fue comunicado a todos los trabajadores del área y que por tanto, procedieron a firmar el formulario suministrando los datos a la asesora en su momento, precisando que no le explicaron de forma clara las consecuencias del traslado en ese momento.

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

A efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR (*Página 291, Archivo 2 expediente digital),* este no constituye en manera alguna medio probatorio que permita inferir que la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la AFP demandada (sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019) y, en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus,* pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que se advierten ausentes en el plenario.

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

proporcionó la adecuada y completa ilustración a la demandante al momento de trasladarse, el medio de convicción en que soportó su defensa fue el formulario de afiliación al que se hizo mención, porque allí se deja constancia expresa en el sentido de su decisión de vincularse a esa AFP de manera totalmente libre, voluntaria y espontánea.

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

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

> ***«1. El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones: Un deber exigible desde su creación***
>
> ***1.1 Primera etapa: Fundación de las AFP. Deber de suministrar información necesaria y transparente.***
> *El sistema general de seguridad social en pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del otorgamiento de diferentes tipos de prestaciones. Con este fin, la Ley 100 de 1993 diseñó un sistema complejo de protección pensional dual, en el cual, bajo las reglas de libre competencia, coexisten dos regímenes: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (AFP).*
>
> *De acuerdo con el literal b) del artículo 13 de la citada ley, los trabajadores tienen la opción de elegir «libre y voluntariamente» aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, previniendo que si esa libertad es obstruida por el empleador, este puede ser objeto de sanciones. Es así como paralelamente el artículo 271 precisa que las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, son susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.*
>
> *Ahora bien, para la Sala la incursión en el sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS y, por tanto, de la prestación de un servicio público esencial, estuvo, desde un principio, sujeto a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba.*
> *…*
> *En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.° del*

artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

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

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

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

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

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

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR, omitió en el momento del traslado de régimen **(25 de mayo de 1997, efectivo el 1º de julio de 1997),** el deber de información para con el promotor del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para

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

Por otro lado, es menester precisar, no tiene incidencia alguna que la demandante 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, siendo un punto de apelación de Colpensiones, en tanto ello no conlleva a que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en el RAIS, máxime si se tiene en cuenta que si bien se trató de traslados los mismos fueron dentro del mismo régimen de ahorro individual, según se observa en el historial de vinculación, ibidem.

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

> *«Precisamente en este punto la Corte advierte que la opositora Old Mutual S.A. sugiere que la afiliación entre regímenes privados es un acto de relacionamiento que implica su voluntad de permanecer al RAIS. Si bien el Tribunal no acudió expresamente a este argumento, lo cierto es que destacó que el afiliado tuvo la oportunidad de trasladarse en el periodo de gracia que estableció la Ley 797 de 2003 para retornar a Colpensiones y no lo hizo, lo que a su juicio ratificaba su voluntad de continuar en el RAIS.*
>
> *Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.*

> *De modo que no es dable siquiera sugerir que los posteriores traslados entre administradoras pueden configurar un acto de relacionamiento capaz de ratificar la voluntad de permanencia en ellas, como se infiere de las decisiones de la Sala de Descongestión de esta Corte CSJ SL249-2022 y SL259-2022. Nótese que, conforme la perspectiva explicada, esa voluntad de permanencia en el RAIS es inane dado que no desvirtúa el incumplimiento del deber de información y además ubica la discusión en actuaciones que estarían respaldadas en un acto jurídico ineficaz, esto es, el del traslado inicial.*
>
> *Justamente lo anterior explica que la acción para demandar estos asuntos no sea la de nulidad -como también lo sugieren de forma equivocada aquellas providencias- sino la de ineficacia, en la cual, se reitera, lo relevante es determinar, sin más agregados, si la persona al momento de suscribir el acto de traslado de régimen pensional ha sido debidamente informada sobre las ventajas, desventajas y consecuencias de su traslado y permanencia en el RAIS.*
>
> *Por tanto, nuevamente se enfatiza que este es el precedente vigente y en vigor de la Sala de Casación Laboral de esta Corte, y recoge cualquier otro que le sea contrario, en especial el condensado en aquellas providencias».*

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

> *«De otra parte, hay que resaltar que* ***los cambios de administradoras de pensiones y la permanencia en el RAIS no contribuyen a esclarecer si la demandante contó con la debida ilustración al momento de trasladarse al RAIS****. De hecho, en sentencias CSJ SL5686-2021 y CSJ SL5688-2021, reiterada en la CSJ SL1055-2022, esta Sala explicó que «argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión».*
>
> *En este sentido, se indicó que «los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente* ***porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz****, el cual no puede sanearse como la nulidad»* (Negrillas y subrayas de la Sala).

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

En ese orden, la ineficacia del tránsito de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de OLD MUTUAL, como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliada la demandante del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, así como el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de la pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios

recursos, por lo que, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado de los ciclos, Ingreso Base de Cotización, aportes y demás información relevante que los justifiquen. Igualmente, las AFP PORVENIR, PROTECCIÓN y COLFONDOS deberán trasladar los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación de la actora, obligatoriamente entonces devolver, el porcentaje que corresponde a los gastos de administración, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de la pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por lo que se confirmará en tal sentido el fallo de primer grado.

Debe precisarse en este punto, y en virtud de la apelación de COLPENSIONES y en el grado jurisdiccional de Consulta en su favor, se adicionará el numeral tercero y cuarto del fallo de primer grado, en cuanto a que además de lo anterior, COLFONDOS, PROTECCIÓN y PORVENIR, también deben devolver a COLPENSIONES, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia[10] y las comisiones debidamente **indexadas** con cargo a sus propias utilidades, por el tiempo en que la demandante estuvo aparentemente afiliada a esas administradoras. Respecto a OLD MUTUAL, deberá reintegrar las comisiones debidamente **indexadas.**

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****».*

Frente al punto de indexación, conforme al recurso interpuesto por COLFONDOS, PROTECCIÓN y OLD MUTUAL, es importante señalar que para la calenda en la que se trasladen esos recursos, habrá transcurrido un tiempo considerable durante el cual dicho valor habrá perdido poder adquisitivo, de allí que sea procedente su indexación, ya que su función consiste únicamente en evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción del

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

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

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

> ***«Es cierto que dicho ajuste no hizo parte de las pretensiones de la demanda, pero también lo es que, pese a ello, su imposición oficiosa es perfectamente viable porque la indexación no comporta una condena adicional a la solicitada.***
>
> *En efecto, la indexación se erige como una garantía constitucional (art. 53 CP), que se materializa en el mantenimiento del poder adquisitivo constante de las pensiones, en relación con el índice de precios al consumidor certificado por el DANE. A su vez, el artículo 1626 del Código Civil preceptúa que «el pago efectivo es la prestación de lo que se debe», esto es, que la deuda debe cancelarse de manera total e íntegra a la luz de lo previsto en el artículo 1646 ibídem. De ahí que, si la AFP no paga oportunamente la prestación causada en favor del afiliado, pensionado o beneficiario, tiene la obligación de indexarla como único conducto para cumplir con los mencionados estándares de totalidad e integralidad del pago. Por tal motivo, es incompleto el pago realizado sin el referido ajuste cuando el transcurso del tiempo devaluó el valor del crédito.*
>
> *Ahora, la indexación no implica el incremento del valor de los créditos pensionales, ya que su función consiste únicamente en evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción del patrimonio de quien accede a la administración de justicia, causada por el transcurso del tiempo. Tampoco puede verse como parte de la mesada, puesto que no satisface necesidades sociales del pensionado, y menos como una sanción, ya que lejos de castigar al deudor, garantiza que los créditos pensionales no pierdan su valor real»* (Negrillas de la Sala).

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

> ***«7. Consecuencias de la declaración de ineficacia***
>
> *Por no estar acreditado que PORVENIR S. A. hubiere consignado a COLPENSIONES, los aportes que la demandante tenía en su cuenta individual con sus rendimientos, incluyendo también los valores correspondientes a gastos de administración, los cuales según se expuso en las sentencias CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019, debe asumir con cargo a sus propios recursos,* ***se le ordenará la devolución de esos dineros, debidamente indexados,*** *junto con el valor del bono a COLPENSIONES y a favor del actor»*. (Negrillas y subrayas fuera de texto)

Por otro lado, conviene anotar, en autos no tiene relevancia lo atinente a la financiación del sistema, o que 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.

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES[11] *(Página 126 Archivo 02 expediente digital)*, entidad ésta última a favor de quien se surte la consulta*,* basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL-1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por la encartada, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

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

SIN COSTAS en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral **TERCERO** del fallo de primer grado, para ordenar a OLD MUTUAL, devolver a COLPENSIONES, las comisiones debidamente **indexadas** con cargo a sus propias utilidades, por el tiempo en que la demandante estuvo aparentemente afiliada a esas administradoras, conforme lo considerado.

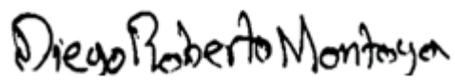
[11] Se tuvo por contestada la demanda en auto del 28 de febrero de 2020, archivo 02 expediente digital.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral **CUARTO** del fallo de primer grado, para ordenar a COLFONDOS, PROTECCIÓN y PORVENIR, devolver a COLPENSIONES, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y las comisiones debidamente **indexadas** con cargo a sus propias utilidades, por el tiempo en que la demandante estuvo aparentemente afiliada a esas administradoras, conforme lo considerado.

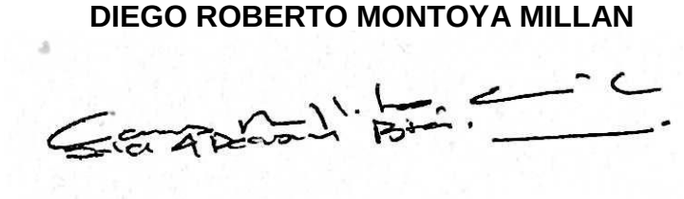
TERCERO: CONFIRMAR en lo demás, la sentencia de primera instancia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN



CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR EULISES MALDONADO ÀREVALO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. (RAD. 18 2019 00640 01).

Bogotá D.C. treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

AUTO

Se reconoce personería adjetiva a la abogada GIOMAR ANDREA SIERRA CRISTANCHO como apoderada sustituta de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por MARIA JULIANA MEJIA GIRALDO, en calidad de representante legal suplente de la sociedad MEJIA Y ASOCIADOS ABOGADOS ESPECIALIZADOS S.A.S, apoderada principal



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

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

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por las demandadas PORVENIR y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, contra la sentencia proferida por el Juez 41 Laboral del Circuito de Bogotá

el pasado 25 de octubre de 2022 *(Audiencia virtual, archivo 31GrabacionAudiencia del expediente digital, récord: 50:17),* en la que se resolvió:

> *"**PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia del traslado realizado por **EULISES MALDONADO ARÉVALO** del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.*
>
> ***SEGUNDO: ORDENAR** a la **AFP PORVENIR S.A**. a trasladar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones, debidamente indexados al momento de realizarse la transferencia.*
>
> ***TERCERO: ORDENAR** a **COLPENSIONES** a recibir los dineros provenientes de la **AFP PORVENIR S.A.** y efectuar los ajustes en la historia pensional del actor.*
>
> ***CUARTO: DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.*
> ***QUINTO: CONDENAR** en costas, incluidas las agencias en derecho, a cada una de las demandadas PORVENIR S.A., PROTECCION S.A. y COLPENSIONES; y a favor del demandante, en la suma de $1.000.000 de pesos.*
>
> ***SEXTO: REMITIR** copia de esta providencia a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, conforme lo normado en el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021.*
>
> ***SÉPTIMO**: En caso de no ser apelada la sentencia, se ordena remitir el proceso a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá en grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.".*

Inconforme con la decisión, COLPENSIONES solicitó se revoque la sentencia de primera instancia, señalando[1], la sentencia C-596 de 1997 prevé los requisitos de

---

[1] ***Apoderado Colpensiones (récord, 57:38): "**Gracias su señoría por medio del presente me permito presentar recurso de apelación para que el Tribunal Superior de la Sala Laboral de Bogotá revoque la sentencia dictada el día de hoy de manera integral, conforme los siguientes términos:*

Para el caso que nos ocupa valgo indicar que según lo señalado en la sentencia C-596 de 1997, cuando en vigencia la ley que señale tales requisitos, estos llegarán a cumplirse, se habla de un derecho adquirido en materia de Seguridad Social, cuando por el contrario, durante el término de vigencia la ley que prescribe tales condiciones, la persona que aspira a la titularidad de ellos está en vías de cumplirlas, se habla de una expectativa de derecho, por lo cual su señoría en el asunto de referencia estamos frente a derechos adquiridos, por lo que debe recordarse que las figuras señaladas tienen consecuencias jurídicas bien distintas, los derechos adquiridos al tenor del artículo 58 de la Carta Política ya estaba dentro de la prohibición de la que habla el artículo de la Ley 797 de 2003 y mi representada pues estaba inmerso a aceptar dicho traslado, teniendo en cuenta que ya se estaba dentro de los más de 10 años para adquirir la edad de pensión, por lo cual pues no debe asumir estas condenas y como lo indicó este despacho asumir cargas adicionales cómo fue la condena en costas, teniendo en cuenta que no fuimos partícipes de este proceso y dos pues por simple costumbre como lo están haciendo los despachos, pues nos condenan en costas sin tener conocimiento o el mayor cuidado de que mi representada pues está asumiendo cargas que en el cuál le pueden afectar a quienes di guardaron fidelidad en el sistema.

También su señoría, el Honorable Magistrado debe tener en cuenta que no debe desconocer que el vínculo contractual generado a partir de la selección y afiliación de uno a otro régimen pensional genera obligaciones recíprocas tal y como lo establece el artículo 1495 del Código Civil, de esta manera pues no debe desconocerse que el afiliado también tiene obligaciones para con la administradora de pensiones que elija tal y como lo ha terminado el Decreto 2241 del 2010 en su artículo 4° donde enuncia los deberes de los consumidores financieros al sistema de pensiones, dentro de los cuales se resaltan.

traslado, los cuales de cumplirse, se habla de un derecho adquirido en materia de Seguridad Social, cuando por el contrario, durante el término de vigencia la ley que prescribe tales condiciones, la persona que aspira a la titularidad de ellos está en vías de cumplirlas, se habla de una expectativa de derecho, por lo cual en el asunto de referencia se está frente a derechos adquiridos, figuras que tienen consecuencias jurídicas distintas, al tenor del artículo 58 de la Carta Política y Ley 797 de 2003, no siendo dable asumir condenas ni cargas adicionales como las costas, teniendo en cuenta que la entidad no participó en el proceso y por simple costumbre se está impartiendo condena sin tener conocimiento o el mayor cuidado de que mi representada pues está asumiendo cargas que en el cuál le pueden afectar a quienes si guardaron fidelidad en el sistema.

Agregó, no debe desconocerse que el vínculo contractual generado a partir de la selección y afiliación de uno a otro régimen pensional genera obligaciones recíprocas tal y como lo establece el artículo 1495 del Código Civil, de esta manera no debe desconocerse que el afiliado también tiene obligaciones para con la administradora de pensiones que elija tal y como lo ha terminado el Decreto 2241 del 2010 en su artículo 4° donde enuncia los deberes de los consumidores financieros al sistema de pensiones. Añadió, en atención a los múltiples pronunciamientos que se han realizado en las altas cortes en los que se han fijado parámetros para el análisis de las pretensiones tendientes a declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional, no se puede dejar a un lado la particularidad de

---

También su señoría en atención a los múltiples pronunciamientos que se han realizado en nuestras altas cortes en los que se han fijado parámetros para el análisis de las pretensiones tendientes a declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional, no se puede dejar a un lado la particularidad de cada caso y más en este, teniendo en cuenta que el objeto de análisis por parte de los órganos de cierre en el presente asunto nos encontramos frente a una persona capaz, consciente y con unas calidades académicas y profesionalmente particularmente altas, teniendo en cuenta que la decisión que tomó para pertenecer al RAIS y que estuvo presidida de la información necesaria para concluir que el traslado realizado era su opción más viable, teniendo en cuenta que sus intereses futuros en ese entendido no pueden considerarse que factores como la fluctuación en el mercado de trabajo, evolución de los salarios de la parte actora y otras variables que representan mayor o menor réditos, sean las razones suficientes para considerar que no se le suministró toda la información necesaria para preceder de las consecuencias en su futuro pensional.

Ahora bien, en el caso de que la falta de información se hubiera basado en que las AFP no realizaron una proyección pensional al momento de su traslado, resulta indicar al despacho que las proyecciones pensionales no son pruebas útiles para demostrar un eventual vicio en el consentimiento al momento que decidió realizar su afiliación.

También su señoría, conforme a esto, pues también quiero indicar que no es dable alegar la ignorancia de la ley para justificar que una decisión tomada más de 20 años sean las razones suficientes para determinar que no se le explicaron las ventajas o desventajas de permanecer al régimen de ahorro individual para indicar que hubo una omisión en su traslado de régimen.
Así las cosas, pues dejó sustentado mi recurso de apelación para que el Honorable Magistrado revoque dicha decisión y se absuelva de todas las pretensiones de la demanda, así como que se revoque la condena en costas por lo aquí manifestado".

cada caso y más en este, teniendo en cuenta que el objeto de análisis por parte de los órganos de cierre en el presente asunto ya que nos encontramos frente a una persona capaz, consciente y con unas calidades académicas y profesionalmente altas, teniendo en cuenta que la decisión que tomó para pertenecer al RAIS y que estuvo presidida de la información necesaria para concluir que el traslado realizado era su opción más viable, teniendo en cuenta que sus intereses futuros en ese entendido no pueden considerarse que factores como la fluctuación en el mercado de trabajo, evolución de los salarios de la parte actora y otras variables que representan mayor o menor réditos, sean las razones suficientes para considerar que no se le suministró toda la información necesaria para preceder de las consecuencias en su futuro pensional.

En el caso de que la falta de información se hubiera basado en que las AFP no realizaron una proyección pensional al momento de su traslado, indicó que las proyecciones pensionales no son pruebas útiles para demostrar un eventual vicio en el consentimiento al momento en que el actor decidió realizar su afiliación, no siendo dable alegar la ignorancia de la ley para justificar que una decisión tomada más de 20 años, razones suficientes para determinar que no se le explicaron las ventajas o desventajas de permanecer al régimen de ahorro individual y que hubo una omisión en el traslado de régimen.

Por su parte, la demandada PORVENIR manifestó[2], que si bien ya existe una amplia y pacífica línea jurisprudencial planteada por parte de nuestra Honorable

---

[2]***Apoderada Porvenir (récord, 51:50**): "Gracias su señoría, de manera muy respetuosa me permito interponer recurso de apelación en contra de la decisión proferida por este despacho solicitando así al Honorable Tribunal Superior de Bogotá - Sala Laboral revocar en su integridad la misma y en ese sentido se sirva absolver a mi representada de todas y cada una de las condenas que fueron contra ella impuestas, ello de conformidad con las siguientes consideraciones:*

En primer lugar, Honorables Magistrados, sea oportuno señalar que si bien ya existe una amplia y pacífica línea jurisprudencial planteada por parte de nuestra Honorable Corte Suprema de Justicia, lo cierto es que esta corporación ha indicado o ha señalado en varias oportunidades que la misma no se podrá aplicar de manera homogénea en todos aquellos procesos en donde se solicite bien la nulidad o la ineficacia de la afiliación por incumplimiento de ese deber de información que recaía en cabeza de los fondos privados, pues claramente debe haber una similitud de las condiciones fácticas de cada caso, situación que pues para mi representada no se da en el asunto que ahora nos ocupa, toda vez que el traslado de régimen pensional efectuado por el aquí demandante a través de la AFP Porvenir en el año de 1998, es válido en la medida en que ese estuvo presidido pues de la debida asesoría, además de que él mismo se realizó de manera libre y consciente, sin que en momento alguno hubiere mediado algún tipo de presión o apremio por parte de mi representada.

Así pues, teniendo en cuenta de que no se vulneraron los derechos que le asisten al aquí demandante, mucho menos su derecho a la libre elección en los términos señalados por el artículo 13 de la Ley 100 del 93, se advierte que su afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad reviste de completa pues validez.
Por otro lado, Honorables Magistrados sea preciso señalar que no puede entenderse que la firma del formulario de afiliación suscrito por el actor con mi representada únicamente implica la aceptación de las condiciones del régimen y que él mismo pues no denote de manera irrefutable el conocimiento que el mismo tenía, no solamente sobre los beneficios, sino también las consecuencias que acarreaba su traslado de régimen pensional o además que este documento no sea considerado como medio probatorio suficiente para

Corte Suprema de Justicia, lo cierto es que esta corporación ha señalado en varias oportunidades que la misma no se podrá aplicar de manera homogénea en todos aquellos procesos en donde se solicite bien la nulidad o la ineficacia de la afiliación por incumplimiento de ese deber de información que recaía en cabeza de los fondos privados, pues claramente debe haber una similitud de las condiciones fácticas de cada caso, situación que pues para mi representada no se da en el

---

poder acreditar la existencia de un consentimiento informado, por cuánto fue precisamente conforme a esas normas legales vigentes para la fecha del traslado por expresa disposición legal era a través de dichos formularios, perdón y las leyendas que se encontraban allí señaladas que los fondos privados cumplían o acreditaban el cumplimiento de esos deberes que sobre ellos recaían.

Por otro lado, en lo que respecta a la condena que fue impuesta a mi representada a tener que trasladar a Colpensiones los respectivos gastos de administración, mi representada deberá apartarse respetuosamente de la misma, pues resulta inequitativo con este fondo, ya que lo está despojando de unas sumas que fueron pues debidamente causadas por su actividad administradora durante el tiempo en que la accionante pues estuvo afiliado a este fondo de pensiones y cuya diligencia fue precisamente el origen de los rendimientos de los aportes que hoy reposa en su cuenta de ahorro individual.

Asimismo, se advierte que como quiera que ha sido la misma Ley 100 del 93, la que le ha concedido la posibilidad a los fondos de pensiones de destinar del total del monto de los aportes realizados al sistema ese 3% para cubrir los gastos de administración y por ser precisamente estas sumas la remuneración que estos fondos reciben, no puede entonces ordenarse el reintegro de las mismas, ya que al admitirse tal posibilidad, sin que exista algún tipo de compensación para mi representada estaría verdaderamente avalando un enriquecimiento sin justa causa en favor de Colpensiones, quien es el que pues se ve beneficiado.

Gracias su señoría, retomando mi recurso de apelación, estaba manifestando que el hecho de que se ordenara a mi representada trasladar los gastos de administración constituiría verdaderamente un enriquecimiento sin justa causa en favor de Colpensiones, entidad que pues se verá beneficiada con tal situación, ya que además de mi representada tener que trasladar los respectivos rendimientos financieros generados en la cuenta del aquí demandante, también se ve obligada a tener que retornar incluso con su propio patrimonio los gastos de administración, dineros o sumas que como se advirtió anteriormente, fueron debidamente invertidas por esta sociedad para poder garantizar la rentabilidad de los aportes que realizó el afiliado durante el lapso en que estuvo vinculado a mi representada y es que además no tiene ningún sentido y tampoco corresponde con las normas legales que gobiernan las restituciones mutuas que la persona a la cual se le ordene restituir o devolver un bien también se vea obligada a tener que devolver las sumas que invirtió para poder mantenerlo, incluso para poder incrementarlo en cumplimiento pues de mandatos legales que se encontraba obligada a acatar, es claro entonces que las sumas que fueron destinadas a cubrir los gastos de administración ya se agotaron o se extinguieron por haber sido destinadas al cumplimiento de su objetivo, que no era nada más que manejar el fondo y la cuenta del aquí demandante.

Finalmente y pues en caso de que se llegue a confirmar la presente decisión en el sentido de declarar la ineficacia del traslado efectuado por el actor, de manera muy respetuosa se le solicita a los honorables magistrados revocar la decisión de instancia relativa a la indexación de los valores que fueron objeto de condena a mi representada, en la medida en que igualmente también se dispuso la devolución de los rendimientos del capital que se encuentran en su cuenta de ahorro individual y es que ello es así pues como ya bien lo han venido señalando tanto la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, así como también la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, esta última perdón concretamente en sentencias 018 2019 473 han señalado o determinado que no es viable ordenar la indexación, toda vez que con el traslado de los rendimientos financieros ya se compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda, en ese sentido Honorables Magistrados en caso de confirmar la decisión de instancia, teniendo en cuenta la sentencia anteriormente señalada y en ese sentido revoquen la decisión de instancia en lo que respecta pues a la orden de trasladar los valores de manera indexada.

Es por todo lo anterior, que nuevamente de manera muy respetuosa solicito así a los Honorables Magistrados del Tribunal Superior de Bogotá - Sala Laboral revocar en su integridad la presente decisión y en ese sentido se sirvan absolver a mi representada de todas y de cada una de las condenas que fueron contra ella impuestas.".

.

asunto, toda vez que el traslado de régimen pensional efectuado por el aquí demandante a través de la AFP Porvenir en el año de 1998, es válido en la medida en que estuvo presidido de la debida asesoría, además de que él mismo se realizó de manera libre y consciente, sin que en momento alguno hubiere mediado algún tipo de presión o apremio por parte de la AFP. Teniendo en cuenta de que no se vulneraron los derechos que le asisten al aquí demandante, mucho menos su derecho a la libre elección en los términos señalados por el artículo 13 de la Ley 100 del 1993, se advierte, la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad reviste de completa validez.

Por otro lado, precisó, no puede entenderse que la firma del formulario de afiliación suscrito por el actor únicamente implica la aceptación de las condiciones del régimen y que él mismo no denote de manera irrefutable el conocimiento que el mismo tenía, no solamente sobre los beneficios, sino también las consecuencias que acarreaba su traslado de régimen pensional o además que este documento no sea considerado como medio probatorio suficiente para poder acreditar la existencia de un consentimiento informado, por cuánto fue precisamente conforme a esas normas legales vigentes para la fecha del traslado por expresa disposición legal era a través de dichos formularios y las leyendas que se encontraban allí señaladas que los fondos privados cumplían o acreditaban el cumplimiento de esos deberes que sobre ellos recaían.

Por otro lado, en lo que respecta al traslado de los respectivos gastos de administración, resulta inequitativo, ya que se está despojando de unas sumas que fueron pues debidamente causadas por la actividad administradora durante el tiempo en que el accionante estuvo afiliado y cuya diligencia fue precisamente el origen de los rendimientos de los aportes que hoy reposa en la cuenta de ahorro individual.

Asimismo, advirtió, la misma Ley 100 de 1993 ha concedido la posibilidad a los fondos de pensiones de destinar del total del monto de los aportes realizados al sistema ese 3% para cubrir los gastos de administración y por ser precisamente estas sumas la remuneración que estos fondos reciben, no puede entonces ordenarse el reintegro de las mismas, ya que al admitirse tal posibilidad, sin que exista algún tipo de compensación para el fondo estaría verdaderamente avalando un enriquecimiento sin justa causa en favor de Colpensiones, quien es el que se ve beneficiado, además, también se ve obligado el fondo a tener que retornar

incluso con su propio patrimonio los gastos de administración, dineros o sumas que como se advirtió anteriormente, fueron debidamente invertidos para garantizar la rentabilidad de los aportes que realizó el afiliado durante el lapso en que estuvo vinculado, tampoco corresponde con las normas legales que gobiernan las restituciones mutuas que la persona a la cual se le ordene restituir o devolver un bien también se vea obligada a tener que devolver las sumas que invirtió para poder mantenerlo, incluso para poder incrementarlo en cumplimiento de mandatos legales que se encontraba obligada a acatar, es claro entonces que las sumas que fueron destinadas a cubrir los gastos de administración ya se agotaron o se extinguieron por haber sido destinadas al cumplimiento de su objetivo, que no era nada más que manejar el fondo y la cuenta del aquí demandante.

Finalmente y pues en caso de que se llegue a confirmar la presente decisión en el sentido de declarar la ineficacia del traslado efectuado por el actor, solicitó revocar la decisión de instancia relativa a la indexación de los valores que fueron objeto de condena, en la medida en que igualmente se dispuso la devolución de los rendimientos del capital que se encuentran en la cuenta de ahorro individual y este punto ha sido objeto de pronunciamiento por parte de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, así como también la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, concretamente en sentencias 018 2019 473, determinando, no es viable ordenar la indexación, toda vez que con el traslado de los rendimientos financieros ya se compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda.

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda (*Página 1, archivo 03 Expediente Digitalizado),* las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (*Páginas 1 y 2, ibidem),* aspirando de manera principal se declare la nulidad o ineficacia del traslado de régimen efectuado el 30 de diciembre de 1998 a PORVENIR y posteriormente, PROTECCIÓN, consecuente con esto, se condene a trasladar la totalidad de los dineros depositados en la cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos

financieros y bonos pensionales, igualmente, se ordene a Colpensiones, anular el traslado de régimen efectuado el 30 de diciembre de 1998 y recibir en esa administradora sin solución de continuidad al demandante y se condene al pago de costas y gastos del proceso. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado realizado por EULISES MALDONADO ARÉVALO del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, se ordenó a la AFP PORVENIR S.A. a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones, debidamente indexados al momento de realizarse la transferencia, se ordenó a COLPENSIONES a recibir los dineros provenientes de la AFP PORVENIR S.A. y efectuar los ajustes en la historia pensional del actor y se declararon no probadas las excepciones propuestas. Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada PORVENIR no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía con el demandante al momento del traslado, precisando no le explicó las consecuencias de su traslado ni le brindó asesoría oportuna.

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 2002[3].

Así las cosas, se tiene como fecha de nacimiento del actor el 1º de marzo de 1957 *(Conforme se registra en la cédula de ciudadanía Página 10, Archivo 03 Expediente Digitalizado),* por lo que la edad de 62 años, la cumplió el mismo día y

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

mes del año 2019, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES, PORVENIR y PROTECCIÓN el 30 de julio de 2019, 31 de julio de 2019 y 1º de agosto de 2019, respectivamente *(páginas 21, 22, 24 y 25, expediente administrativo, archivo 03)*, esto es, cuando ya había cumplido la edad requerida para adquirir el derecho pensional, y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1º de abril de 1994 -, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con **569,57** semanas cotizadas al sistema que *(Historia Laboral Archivo 03, página 42, expediente digital),* por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

Ver Imagen:



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

SUBTOTALES

HISTORIA HASTA 31/03/1994

3987	569.57	0	0.00	0	0.00	5016	716.57	0	0.00	317	45.29

HISTORIA TOTAL

TOTALES : LABORADOS-LICENCIAS-SIMULTANEOS

	3987		569.57		4699		671.29

TOTALES : LABORADOS-LICENCIAS-SIMULTANEOS

El número de semanas se calculó con días calendario

VER DETALLE

No obstante lo anterior, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende el actor a efectos de continuar válidamente vinculado al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS- el **30 de diciembre de 1998**, el cual según las documentales obrantes en el proceso, tuvo como fecha de efectividad **1º de febrero de 1999** (*Ver Páginas 26, archivo 15.1 del expediente digital)* por afiliación que hiciera a AFP PORVENIR, según se desprende del formulario de afiliación y reporte SIAFP, imponiéndosele entonces a la AFP la obligación de acreditar el consentimiento informado y en esa medida, resulta procedente el estudio de la viabilidad o no de la declaración de ineficacia.

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

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

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

> *"Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos del tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.*
>
> *Es evidente que cualquier determinación personal de la índole que aquí se discute**, es eficaz**, cuando existe un consentimiento informado; en materia de seguridad social, el juez no puede ignorar que, por la trascendencia de los derechos pensionales, la información, en este caso, del traslado de régimen, debe ser de transparencia máxima.*
>
> *Para este tipo de asuntos, se repite, tales asertos no comprenden solo los beneficios que dispense el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.*
>
> *El juez no puede pasar inadvertidas falencias informativas, menos considerar que ello no es de su resorte, pues es claro que cuando quien acude a la jurisdicción reclama que se le respete el régimen de transición, indiscutiblemente, como se anotó, surge la perentoriedad de estudiar los elementos estructurales para que el mismo opere, es decir, debe constatar que el traslado se produjo en términos de eficacia, para luego, determinar las consecuencias propias."*

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En ese orden, no se trata de analizar la presencia de vicios que conlleven a la nulidad del negocio jurídico, sino de establecer el cumplimiento del deber de información como condición de eficacia del traslado de régimen pensional, razón

por la cual, no se requiere la acreditación en este juicio de la presencia de vicios que invaliden el consentimiento.

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

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

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

mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un **traslado de la carga de la prueba** 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 2011[5], Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y en las

---

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

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

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

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

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

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

"Aquí falta la administradora a su deber de proporcionar una información completa, pues se incumple de manera grave si se plantea el valor de una eventual pensión a los sesenta años, sin advertir, que se trataba de una persona que ya tenía el derecho causado a los 55 años de edad, y que de todas maneras la posibilidad de tener una pensión en el fondo privado a los 60 años debía ser descartada de entrada para

quien como el actor, en su posición de potencial vinculado al Régimen de Ahorro Individual, su capital para gozar la pensión, era el de un bono pensional causado por sus servicios y cotizaciones por veinte o más años de trabajo, redimible a los sesenta y dos años, y el cual era el capital principalísimo, frente al que podía acumular mediante cotizaciones y rendimientos en los tres años que le faltaban para llegar a esa edad.

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

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

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

"El yerro del Tribunal estuvo entonces, en no haberse percatado de que el documento analizado, muestra que evidentemente al actor no se le suministró la información adecuada, suficiente y cierta para su traslado.
"(…).
"Las administradoras de pensiones lo son de un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados, según lo prescribe el artículo 97 de la Ley 100 de 1993; la Ley radica en ellas el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, y cuyos deberes surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora.

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

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

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

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

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

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

"Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al

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*

---

proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

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

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

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

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

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

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

(…).

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

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

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

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por el accionante[6], no acreditan de manera a alguna que conociera las

[6] ***Interrogatorio Demandante, récord 07:49****: "Para 1998 realicé mi traslado y ya era Administrador de Empresas, no tenía otra especialización, yo comencé a laborar como Docente e la Universidad Autónoma y como ya pasaba a docente de planta tenía que mirar un Fondo de Pensiones yo me presente al ISS y s eme informó que no aparecía mi historia laboral, yo había laborado mucho tiempo y me dijeron que tenía que arreglar la situación, en ese momento estaba la niña de Porvenir y me dijo que podía solucionar mi problema pero que me tenía que afiliar al fondo para poderme buscar la historia laboral, el formulario lo lleno la niña, yo solo lo firme adicionalmente por la premura de entregar los documentos no podía hacer eso, yo no tenía conocimiento de cómo me pensionaba en IFF ni en otro fondo, no me explicaron los requisitos para pensionarme, la asesora del Fondo no me dijo nada, no me explicó, yo no tengo conocimiento de qué es la renta vitalicia ni retiro programado, la asesora no me informó nada, solo me dijo lo del comité para la Historia laboral, no más, no me indicaron sobre interés o ganancias y menos pérdidas, solo he visto lo que s eme descuenta por nómina pero no he vistos nada más, no me explicaron qué pasaría con mis aportes, no me dijeron que podía pasarme al ISS ni del derecho de retracto, yo laboro en la Universidad Nacional de Colombia, hago aportes a Porvenir, yo trabajaba como docente y estaba por periodo académico, ósea cada tiempo tenía que hacer una afiliación en el 2002 tenía que hacer de nuevo la afiliación y no estaba la de Porvenir pero el Director de la parte administrativa me dijo que estaba la chica de Protección y que me podía afiliar que era igual que el otro fondo, entonces viendo la premura, firmé y adjunte la afiliación para mi contratación, tampoco se me informó nada, así como inicialmente se hizo, no hubo tiempo para nada más, era apremiante el tiempo para hacer estas contrataciones, no he solicitado la pensión, hasta hace unos años me llegaban unos extractos que no revisaba pero últimamente no me ha llegado, eso es hace como 2 o 3 años,*

implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que suscribió el formulario por la "premura" en la contratación en la Universidad, puesto que tenia que llevar los papeles y ese día estaba una asesora de Porvenir, quién le comunicó, que le ayudaría en la agilidad del trámite para la obtención de las semanas cotizadas siempre que se afiliara a dicho fondo, pero de manera alguna le indicaron sobre las modalidades pensionales en el RAIS, requisitos para pensionarse anticipadamente, entre otros aspectos, situación que en manera alguna da a entender que el actor conocía dicho régimen pensional y menos aún, las implicaciones de su traslado.

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

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR (*Página 29, Archivo 03 expediente digital),* éste no constituye en manera alguna medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada PORVENIR S.A. (sentencias SL12136 de 2014 y SL 1689 de 2019) y, en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus,* pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que se advierten ausentes en el plenario.

---

estando en la Universidad Nacional ya soy de planta y en 2019 me acerqué a Porvenir para averiguar acerca de mi pensión y me dijeron que era menos de 1 salario mínimo, me sentí estafado en m buena fe porque no tenía ni idea cómo había sido esto, no fui presionado, se me recomendó y yo de buena fe firme, por el tipo de contratación para entregar papales fue que lo hice, con las asesoras estuve como 10 minutos, no más, yo suministré la información y ellos lo llenaban, canales de comunicación con el Fondo fue en el 2019 cuando pedí mi cita y el asesor de Porvenir me informó el estado de mi pensión esa fue la única oportunidad para conocer el estado real de mi pensión, yo no he realizado actualización de datos".

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

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

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.° del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

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

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

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

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

Como se ve, ya para el año **1998**, cuando se produjo el traslado del aquí demandante a la AFP PORVENIR estaba en la obligación de informar a su futuro afiliado sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, pero ello en el asunto no ocurrió o, por lo menos, no se acreditó.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR, omitió en el momento del traslado de régimen **(solicitud efectuada el 30 de diciembre de 1998, efectiva 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.

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

En ese orden, debe precisarse en este punto, y en virtud del grado jurisdiccional de Consulta en favor de Colpensiones, la ineficacia del tránsito de régimen es

procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de la AFP PROTECCIÓN, 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, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, gastos de administración, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades y comisiones por virtud del restablecimiento de las cosas a su estado inicial, conceptos que deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, de tal manera se adicionará el numeral segundo del fallo de primer grado en este aspecto al no haber sido objeto de pronunciamiento esta AFP por la a quo.[7].

En igual sentido, debe precisarse, ésta Sala de Decisión adicionará el numeral segundo del fallo de primer grado, en cuanto a que además de lo anterior, PORVENIR S.A. deberá retornar las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia[8], y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades[9], por el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a esa administradora, por virtud del restablecimiento de las cosas a su estado inicial, conceptos que deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

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

---

[7] El demandante efectuó un traslado a la AFP PROTECCIÓN S.A. antes ING, efectivo el 1º de abril de 2002, conforme se extrae del certificado SIAFP (página 26, archivo 15.1, contestación Protección S.A.).
[8] Ver al respecto las sentencias SL4964-2018, SL1688-2019, SL2877-2020, SL4811-2020 y SL373-2021.
[9] Conforme lo señala la SL2209-2021 y SL2207-2021

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

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

> *"**Es cierto que dicho ajuste no hizo parte de las pretensiones de la demanda, pero también lo es que, pese a ello, su imposición oficiosa es perfectamente viable porque la indexación no comporta una condena adicional a la solicitada.***
>
> *En efecto, la indexación se erige como una garantía constitucional (art. 53 CP), que se materializa en el mantenimiento del poder adquisitivo constante de las pensiones, en relación con el índice de precios al consumidor certificado por el DANE. A su vez, el artículo 1626 del Código Civil preceptúa que «el pago efectivo es la prestación de lo que se debe», esto es, que la deuda debe cancelarse de manera total e íntegra a la luz de lo previsto en el artículo 1646 ibídem. De ahí que, si la AFP no paga oportunamente la prestación causada en favor del afiliado, pensionado o beneficiario, tiene la obligación de indexarla como único conducto para cumplir con los mencionados estándares de totalidad e integralidad del pago. Por tal motivo, es incompleto el pago realizado sin el referido ajuste cuando el transcurso del tiempo devaluó el valor del crédito.*
>
> *Ahora, la indexación no implica el incremento del valor de los créditos pensionales, ya que su función consiste únicamente en evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción del patrimonio de quien accede a la administración de justicia, causada por el transcurso del tiempo. Tampoco puede verse como parte de la mesada, puesto que no satisface necesidades sociales del pensionado, y menos como una sanción, ya que lejos de castigar al deudor, garantiza que los créditos pensionales no pierdan su valor real."* (Negrillas de la Sala).

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

> ***"7. Consecuencias de la declaración de ineficacia***
>
> *Por no estar acreditado que PORVENIR S. A. hubiere consignado a COLPENSIONES, los aportes que la demandante tenía en su cuenta individual con sus rendimientos, incluyendo también los valores correspondientes a gastos de administración, los cuales según se expuso en las sentencias CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019, debe asumir con cargo a sus propios recursos,* ***se le ordenará la devolución de esos dineros, debidamente indexados,*** *junto con el valor del bono a COLPENSIONES y a favor del actor."* (Negrillas y subrayas fuera de texto)

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

> *«Las consecuencias de la nulidad de la vinculación respecto a las prestaciones acaecidas no es plenamente retroactiva como lo determina la normatividad del derecho privado, la que no tienen cabida enteramente en el derecho social, de manera que a diferencia de propender por el retorno al estado original, al momento en que se formalizó el acto anulado, mediante la restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubieren dado o recibido, ha de valer el carácter tutelar y preservar situaciones consolidadas ya en el ámbito del derecho laboral ora en el de la seguridad social; en la doctrina es indiscutido que la nulidad del contrato de trabajo, no priva al trabajador del derecho a su remuneración; o que en materia de seguridad social, en el laboral administrativo, según el mandato expreso del artículo 136 del C.C.A. el trabajador o el afiliado de buena fe, tiene el derecho a conservar, sin deber de restituir las prestaciones que le hubieren sido pagadas.*
>
> *[…]*
>
> *La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C.,* ***esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.***
>
> *Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual,* ***ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la***

> ***Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.***
>
> *Las consecuencias de la nulidad no pueden ser extendidos a terceros, en este caso, a la administradora del régimen de prima media en el que se hallaba el actor antes de producirse la vinculación cuya nulidad se declara, de modo que no debe asumir por el sistema de pensiones sanciones derivadas de la mora en el pago íntegro del derecho pensional, obligaciones por las que sólo ha de responder a partir de cuándo le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada."*

Igualmente, en la sentencia CSJ SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, se expuso:

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

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

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES[10] *(Página 105 y 106 del expediente digital),* entidad ésta última a favor de quien se surte la consulta*,* basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL-1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por la encartada, acogiendo esta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

---

[10] Se tuvo por contestada la reforma a la demanda en auto del 22 de junio de 2021, archivo 23, expediente digital.

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 éstas demandadas, lo atinente a derecho es que sean condenadas en costas, iterando, la única valoración a tener en cuenta en este aspecto, es las resultas del proceso, por lo que se confirma la sentencia de primer grado en cuanto a que se condena el pago de las mismas a cargo de ésta demandada.

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

SIN COSTAS en esta instancia.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: ADICIONAR el numeral **SEGUNDO** del fallo de primer grado, para ordenar a PORVENIR retornar las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, **debidamente indexados** con cargo a sus propias utilidades, por el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a esa administradora, conforme lo considerado.

Igualmente, se ordena a PROTECCIÓN S.A., como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliado el actor, retornar a COLPENSIONES el

saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, gastos de administración, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades y comisiones por virtud del restablecimiento de las cosas a su estado inicial, conceptos que deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, conforme a lo expuesto.

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

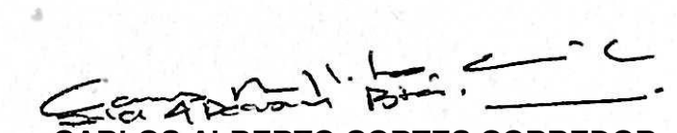
TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado de primer grado, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

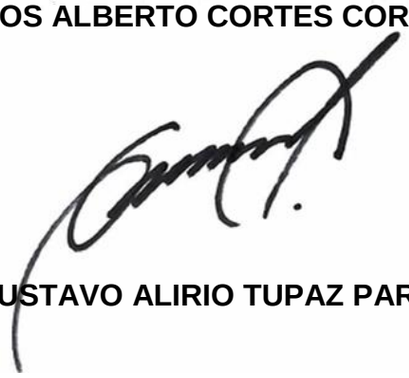
NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN



CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL

BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL.

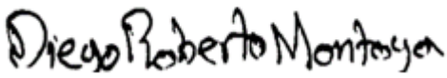
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR GERARDO GÓNZALEZ SANTAMARIA CONTRA BIOENZIMAS GROUP S.A. (RAD. 19 2019 00028 01).

AUTO

Frente al memorial arrimado por el apoderado del demandante (*carpeta 2da instancia archivo 06)*, debe advertirse que el mismo se torna improcedente, ya que mediante auto de fecha 03 de febrero de 2023 (*archivo 03, ibidem*), se dispuso correr traslado a las partes para que alegaran por escrito, conforme lo prevé el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022[1], sin que la omisión a este traslado de lugar al rechazo del recurso de apelación.

Se aclara, el recurso de apelación que entrará a resolver la Sala fue interpuesto en su oportunidad procesal legal cumpliendo lo estipulado en el articulo 66 del C.P.L. esto es, la sustentación oral estrictamente necesaria[2].



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÀN

---

[1] *"Articulo 13. APELACIÓN EN MATERIA LABORAL. El recurso de apelación contra las sentencias y autos dictados en materia laboral se tramitará así:*

1. Ejecutoriado el auto que admite la apelación o la consulta, si no se decretan pruebas, se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días cada una, iniciando con la apelante. Surtidos los traslados correspondientes, se proferirá sentencia escrita.

Si se decretan pruebas, se fijará la fecha de la audiencia para practicar las pruebas a que se refiere el artículo 83 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. En ella se oirán las alegaciones de las partes y se resolverá la apelación.

2. Cuando se trate de apelación de un auto se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días y se resolverá el recurso por escrito.".

[2] *Artículo 66. Apelación de las sentencias de primera instancia*

Serán apelables las sentencias de primera instancia, en el efecto suspensivo, en el acto de la notificación mediante la sustentación oral estrictamente necesaria; interpuesto el recurso el juez lo concederá o denegará inmediatamente.

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

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

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la sociedad demandada contra la sentencia proferida por la Juez Diecinueve (19) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 09 de septiembre de 2022 (13AudienciaFallo*"* récord 17:24), en la que se resolvió:

PRIMERO: DECLARAR que entre **GERARDO GONZALEZ SANTAMARIA** identificado con C.C N° 79.553.013 y **BIOENZIMAS GROUP S.A.** identificada con NIT 900.169.440-9 existió una relación laboral entre el **01 de abril de 2007 al 31 de diciembre del año 2015**, y devengando como último salario la suma de **UN SMLMV**, conforme a lo motivado.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada **BIOENZIMAS GROUP S.A.** identificada con NIT 900.169.440-9 a pagar a favor del demandante **GERARDO GONZALEZ SANTAMARIA** identificado con C.C N° 79.553.013 las sumas de:

- **CINCO MILLONES SEISCIENTOS TREINTA Y OCHO MIL SESENTA Y TRES PESOS ($5.638.063),** por concepto de Auxilio de cesantías de toda la relación laboral.

- **QUINIENTOS SESENTA Y TRES MIL OCHOCIENTOS SEIS PESOS ($563.806),** por concepto de vacaciones de los años 2014 y 2015.

- **VEINTISIETE MILLONES QUINIENTOS VEINTISEIS MIL TRECIENTOS CUARENTA Y SIETE PESOS ($27.526.347),** por concepto de descuentos indebidos por parte de la empleadora.

- **SEIS MILLONES SETENCIENTOS CUARENTA Y DOS MIL DOSCIENTOS PESOSO ($6.742.200),** por concepto de auxilio de transporte durante toda la relación laboral.

Por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

TERCERO: CONDENAR a **BIOENZIMAS GROUP S.A.** identificada con NIT 900.169.440-9, a pagar a favor del señor **GERARDO GONZALEZ SANTAMARIA** identificado con C.C N° 79.553.013, por concepto de indemnización del art. 64 del CST por despido sin justa causa, la suma de de **TRES MILLONES NOVECIENTOS SETENTA Y TRES MIL CUATROCIENTOS NOVENTA Y DOS PESOS ($3.973.492).**

CUARTO: CONDENAR a **BIOENZIMAS GROUP S.A.** identificada con NIT 900.169.440-9, a pagar a favor del señor **GERARDO GONZALEZ SANTAMARIA** identificado con C.C N° 79.553.013, por concepto de indemnización del art. 65 del CST, la suma de de **VEINTIUN MIL CUATROCIENTOS SETENTA Y OCHO PESOS** ($21.478) diarios desde el 01 de enero de 2016 hasta por 24 meses, fecha en la cual se empezarán a pagar los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superfinanciera Bancaria y hasta la fecha en la que el demandado pague esta obligación.

QUINTO: DECLARAR probada parcialmente la excepción de prescripción y no probadas las demás, conforme a la parte considerativa de este proveído.

SEXTO: ABSOLVER a la demandada **BIOENZIMAS GROUP S.A.,** de las demás pretensiones incoadas en su contra por parte del señor **GERARDO GONZALEZ SANTAMARIA.**

SEPTIMO: CONDENAR a la demandada **BIOENZIMAS GROUP S.A.,** en Costas del proceso. Liquídense por secretaría.

Inconforme con la decisión, la demandada presentó recurso de apelación[3], argumentando, si bien es cierto, no se planteó una tacha de falsedad frente a la

[3]

Recurso Demandada, Récord 32:10*: "Su Señoría, nosotros interponemos recurso de apelación y en contra de la sentencia que el despacho acaba de proferir, teniendo en cuenta las consideraciones del despacho, la parte demandada no se encuentra conforme con las consideraciones planteadas, toda vez que, si bien es cierto, no se plantea una tacha de falsedad del documento que hizo parte como prueba documental dentro de la demanda si bien es cierto, con la demanda se pretende el reconocimiento de una existencia de relación laboral, consecuentemente con sus derechos esto se presta para mucha confusión respecto a que, como en los mismos interrogatorio, el señor demandante manifestó ser socio de la empresa, por ende, no se podría tener como un empleado y sus consecuentes derechos que él reclama, donde por un lado existe una supuesta relación, se intenta elaborar unos derechos de un socio, haciéndolos ver como que obtiene beneficios propios, como un trabajador particular y no como un socio, como efectivamente lo refirió en el interrogatorio. Y como también se observó en pruebas aportadas como fueron los mensajes de texto, donde a él se le citó en varias oportunidades, fue como socio y no como trabajador. En cuanto a lo que se manifestó como excepción, la mala fe. Tiene razón de que el señor quiso aprovechar una familiaridad para aprovechar y obtener así una certificación laboral que lo que se desdibujara la figura real, que era el de socio, además, porque dicha prueba también como se puede observar en el expediente, tiene una fecha donde ni siquiera es la empresa como tal, Bio Enzimas aparece fundada, pues en su matrícula mercantil es del 29 de agosto de 2007, lo cual demuestra que no para esa fecha era imposible que existiera una relación laboral con el aquí demandante.*

certificación aportada en la demanda, al pretenderse el reconocimiento de una existencia de la relación laboral junto con sus consecuentes derechos, se presta para confusión este hecho, ya que el demandante manifestó ser socio de la empresa y no podría ser un empleado como lo reclama, ya que, por un lado existe una supuesta relación y se intenta elaborar unos derechos en calidad de socio y por otro, pretende obtener beneficios propios como trabajador particular, como efectivamente lo refirió en el interrogatorio. Agregó, se observó en las pruebas aportadas como fueron los mensajes de texto, que el demandante fue citado en varias oportunidades como socio y no como trabajador, queriendo aprovechar una familiaridad para obtener una certificación laboral desdibujando la figura real de socio, además, porque dicha prueba también como se puede observar en el expediente, tiene una fecha donde no existía la empresa Bio Enzimas, pues la matrícula mercantil es del 29 de agosto de 2007, lo cual demuestra que para esa fecha era imposible que existiera una relación laboral con el aquí demandante.

Además, el demandante dejó ver en su interrogatorio que recibía órdenes, pero en condición de socio dadas las circunstancias en las que "laboraba" para la fecha y las condiciones económicas de la empresa, lo que implicaba que los socios debían aportar su trabajo, por ende, no podía manifestarse que existía una subordinación, como lo pretendió demostrar.

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 GERARDO GONZÁLEZ SANTAMARIA en este ordinario, las pretensiones relacionadas a páginas 8 a 10 del archivo 03 del expediente digital, las cuales encuentran fundamento en los hechos consignados a páginas 5 a 8 ibidem, aspirando se declare, existió un contrato de trabajo el cual terminó por causal imputable al empleador,

---

Además, él mismo dejó ver en su interrogatorio que él recibía el recibía órdenes, pero era en condición de socio dadas las circunstancias en las que se laboraba para la fecha, las condiciones económicas de la empresa, lo que implicaba que los socios debían aportar su trabajo, por ende, no podía manifestarse que existía una subordinación, como lo pretendió demostrar. En esos términos, dejó sentado, la sustentación del recurso de apelación, gracias.".

con violación del derecho fundamental al debido proceso. Consecuente con esto, se ordene el pago de cesantías, vacaciones, prima de servicios, indemnización, como consecuencia de la terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa, auxilio de transporte, la suma de ($27.526.347.oo) por concepto de descuento realizado a la liquidación de salaries y prestaciones sociales de fecha 31 de diciembre de 2018, intereses moratorios, indemnización moratoria contemplada en el art. 65 del C.S.T., modificado por el artículo 29 de la Ley 789 de 2002 y costas del proceso. **Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus aspiraciones**, por cuanto se declaró la existencia del contrato de trabajo entre el 1º de abril de 2007 al 31 de diciembre de 2015 y se condenó a la demandada pagar al demandante las cesantías, vacaciones, descuento efectuado en la liquidación, auxilio de transporte, indemnización por despido e indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T. **Lo anterior, tras considerar la a quo**, se encontró probada la prestación personal del servicio del actor a favor de la convocada a juicio, por lo que en aplicación de la presunción contenida en el artículo 24 del C.S.T., no la encontró desvirtuada, concluyendo que la relación que ató a las partes tenía carácter laboral, pese a que el demandante tenía a su vez la condición de socio fundador.

Establecido 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 apellatum).

Precisado lo anterior y con el ánimo de dar desarrollo a los puntos esgrimidos en la alzada por la sociedad demandada, debe señalarse inicialmente, en los juicios del trabajo es primordial para el Juez establecer si existe o no contrato de trabajo, que resulta ser la fuente o causa de los derechos laborales y, acreditados los extremos, resultaría factible efectuar las liquidaciones a que hubiere lugar.

En autos, la existencia o no de un contrato de trabajo resulta ser justamente el distanciamiento principal entre las partes, en tanto su declaración judicial constituye la pretensión principal del demandante, mientras que la traída a juicio BIOENZIMAS GROUP S.A. se opone al afirmar que se trató de un contrato de índole comercial al tener el actor la calidad de socio únicamente, razón por la cual

precisa la Sala, no tiene importancia la denominación que al mismo le asignen las partes, ni que se halle regido por estipulaciones especiales, pues lo que configura el contrato de trabajo es la forma como se ejecuta la prestación, es decir, debe hacerse primar la realidad sobre la apariencia formal, de acuerdo con el artículo 53 Constitucional y el entendimiento jurisprudencial y doctrinal en torno al tema.

Así pues, para continuarse con el estudio que se propone ante ésta Corporación, debe advertirse, la Juez a quo encontró acreditada la prestación personal del servicio por parte del accionante y en favor de BIOENZIMAS GROUP S.A. como uno de los elementos esenciales de todo contrato de trabajo; en esa dirección, dada la ventaja probatoria consagrada en el artículo 24 del C. S. del T. se podría presumir la existencia de un contrato de trabajo entre las partes aquí en contienda, correspondiendo por tanto al citado demandado desvirtuar su existencia. Al respecto, puede consultarse la sentencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, CSJ SL2480-2018 de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia[4].

De modo que, atendiendo a los argumentos de dicho accionado en su alzada, procede la Sala con el estudio del acervo probatorio vertido autos, a efectos de determinar si se corrobora en la relación vivida entre las partes la mediación de la subordinación en virtud de la presunción citada o si por lo contrario se desvanece, demostrándose que las actividades fueron desarrolladas con total autonomía por parte del accionante.

En este orden, se aportaron como pruebas documentales relevantes (archivo 03, página 14 y s.s):

- Certificado de Cámara y Comercio de la sociedad BIOENZIMAS GROUP S.A. de fecha 15 de noviembre de 2018.

---

[4] *«Sea lo primero recordar que tal y como lo ha reiterado esta Sala, para la configuración del contrato de trabajo se requiere que esté demostrada la actividad personal del trabajador a favor del demandado, y en lo que respecta a la continuada subordinación jurídica –que es el elemento característico y diferenciador de toda relación de carácter laboral-, no es menester su acreditación cuando la primera se hace manifiesta, pues en tal evento, lo pertinente es hacer uso de la prerrogativa legal prevista en el artículo 24 del Código Sustantivo de Trabajo modificado por el artículo 2.º de la Ley 50 de 1990, según el cual «se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo».*

*De acuerdo con lo anterior, al actor le basta **con probar en el curso de la litis su actividad personal, para que se presuma en su favor el vínculo laboral, y es al empleador a quien le corresponde desvirtuar dicha presunción, evidenciando que la relación fue independiente y no subordinada**.".*

- Certificación suscrita por el Gerente de la demandada en fecha 16 de octubre de 2012.

- Carta de terminación del contrato de trabajo de fecha 31 de diciembre de 2015, suscrita por el gerente de la demandada.

- Notificación depósito judicial de fecha 6 de diciembre de 2016, suscrita por el Gerente de la demandada.

- Copias de correos electrónicos sostenidos entre el demandante y el Gerente de la sociedad demandada en fechas 10 de diciembre de 2014, 28 de septiembre de 2015, 05, 06 y 07 de octubre de 2015, 17 de diciembre de 2015.

- Planilla manuscrita de productos de aseo con fechas 19 de diciembre de 2013 y enero a abril de 2015.

- Acta del 25 de agosto de 2007 por medio de la cual se constituye la sociedad aquí demandada BIOENZIMAS GROUP S.A., suscrita por el demandante entre otras personas

- Actas de socios de fechas 15 de julio de 2008, 18 de julio de 2008, 19 de febrero de 2009, 31 de diciembre de 2016, 28 de abril de 2017.

Igualmente, rindió **interrogatorio de parte el representante legal de la demandada**[5], en calidad de Gerente de Enzimas Group y socio, quién afirmó, el

[5] ***Interrogatorio Demandada, récord 07:04: "****Soy de Santiago de Chile, soy casado, soy el Gerente de Enzimas Group, socio desde el 15 de julio de 2008, el demandante era socio fundador desde el 29 de agosto de 2007, lo conozco porque es el hermano de mi esposa hace como 24 o 25 años, él fue socio, se retiró de la empresa en el 2017 más o menos, como socio fundador y los 2 primeros años los desconozco, posteriormente ayudaba con actividades para la empresa, no había empleados porque no existía dinero, la terminación del contrato fue por correo electrónico, la certificación laboral del 2012 fue firmada por mí, la firma es mía, las utilidades de la empresa mientras estuvo Gerardo no dio utilidades, solo pérdidas, se le iban hacer unos pagos como socio en diferentes maneras, Gerardo pidió un pago en tema parafiscal, la situación de la empresa fue compleja, los empleados de la empresa han estado por temporales, en el caso de Gerardo se le daba un dinero por las actividades de la empresa, el correo del 28 de septiembre de 2015 lo envié porque el señor desaparecía y no iba a la reunión de socios, sacaba disculpas, los acuerdos a los que llegaron era socio fundador y a partir del 2009 era presidente de la Junta, se hacía reuniones ordinarias y extraordinarias, él era socio mayoritario y tenía mayor poder de decisión, teniendo en cuenta la relación de familiaridad y cuñado, él me pedía el favor que le firmara los documentos, uno de esos fue el certificado, ese contenido es falso porque hace referencia a una fecha de la empresa cuando no existe jurídicamente, la*

demandante era socio fundador desde el 29 de agosto de 2007, lo conoce porque es el hermano de la esposa desde hace 24 o 25 años, se retiró de la empresa en el 2017 más o menos, ayudaba con actividades para la empresa, no había empleados porque no existía dinero, la terminación del contrato fue por correo electrónico, la certificación laboral del 2012 fue firmada por el deponente, aceptó que la firma es de él, la empresa no dio utilidades, solo pérdidas, se le iban hacer unos pagos como socio en diferentes maneras, Gerardo pidió un pago en tema parafiscal, la situación de la empresa fue compleja, los empleados de la empresa han estado por temporales, en el caso de Gerardo se le daba un dinero por las actividades de la empresa, el correo del 28 de septiembre de 2015 lo envié porque el señor desaparecía y no iba a la reunión de socios, sacaba disculpas, los acuerdos a los que llegaron era socio fundador y a partir del 2009 era presidente de la Junta, se hacía reuniones ordinarias y extraordinarias, él era socio mayoritario y tenía mayor poder de decisión, teniendo en cuenta la relación de familiaridad y cuñado, él me pedía el favor que le firmara los documentos, uno de esos fue el certificado, ese contenido es falso porque hace referencia a una fecha de la empresa cuando no existía jurídicamente, la terminación se dio por hechos no propios de un socio, sacaba productos, se le decía que asistiera a las reuniones, se hizo un control de productos y él los sacó, se hizo la reunión y se tomó la decisión de no continuar, se mandó una comunicación y él no las respondía y se retiraba, en la reunión de socios como no había dividendos se acordó que el pago se hiciera en prestaciones sociales, hice el cruce de los dineros ya que por tema de familiaridad no fue posible denuncia penal, eso dañaría la relación, hizo el descuento porque cruzó lo que dejó de recibir la compañía, el señor Gerardo debía devolver esos dineros, él llevaba clientes y sacaba productos para montar su propio negocio, nosotros entregábamos el dinero para que hiciera los aportes, se hacían los aportes en salud y pensión, la

---

terminación se dio por hechos no propio de un socio, sacaba productos, s ele decía que asistiera a las reuniones, se hizo un control de productos y él lo sacó, se hizo la reunión y se tomó la decisión de no continuar, se mandó una comunicación él no las respondía y se retiraba, en la reunión de socios como no había dividendos se acordó que el pago se hiciera en prestaciones sociales, hice el cruce de los dineros ya que por tema de familiaridad no fue posible denuncia penal, eso dañaría la relación con mi esposa, hice el descuento porque crucé lo que dejó de recibir la compañía, el señor Gerardo debía devolver esos dineros, él llevaba clientes y sacaba productos para montar su propio negocio, nosotros entregábamos el dinero para que hiciera los aportes, se hacían los aportes en salud y pensión, la finalización fue el 15 de diciembre, no recuerdo bien la fecha, en el cruce de cuentas se estaba reconociendo las cesantías, no había control de ventas, él tomaba las decisiones y hacia lo que quería, se iba de las reuniones, no se podía hacer nada con él, él nunca admitió que había retirado dinero aun cuando habían pruebas, por eso se descontó, Gerardo no iba 15 o 20 días, por eso fue el problema con él".

finalización fue el 15 de diciembre, en el cruce de cuentas se estaba reconociendo las cesantías, no había control de ventas, él tomaba las decisiones y hacia lo que quería, se iba de las reuniones, no se podía hacer nada con él, él nunca admitió que había retirado dinero aun cuando habían pruebas, por eso se descontó, Gerardo no iba 15 o 20 días.

Asimismo, se recepcionó el **interrogatorio de parte al demandante**, quién adujo[6], empezó a laborar en abril de 2007, era socio pero también tenía contrato, cumplía órdenes del jefe, percibía el mínimo, y entraba a las 8 a.m. y salía a las 5 p.m. de lunes a viernes, en algunas ocasiones recibía el regaño del jefe como representante legal en cuanto a la relación laboral, la empresa comenzó a funcionar en abril de 2007, en agosto de 2007 se hizo el acta, siempre se diferenció de socio y trabajador, estaba en la Junta cuando se creó la empresa y seguía recomendaciones laborales, seguía el trabajo y acataba órdenes, en la junta estaba como segundo representante, seguía la orientación del jefe, generaba cotizaciones, visitaba clientes, llamaba, y si había una que otra visita miraba la agenda y cuadraba con los clientes, el jefe directo era Pedro Rivera, los estados financieros los manejaba Pedro y el Contador, no recibía reportes como empleado, solo percibía el salario mínimo, desde la creación de la empresa se dijo que tenia que hacer apertura del negocio, cumplir horario, llegaba a las 9 o 9:30 a.m., no

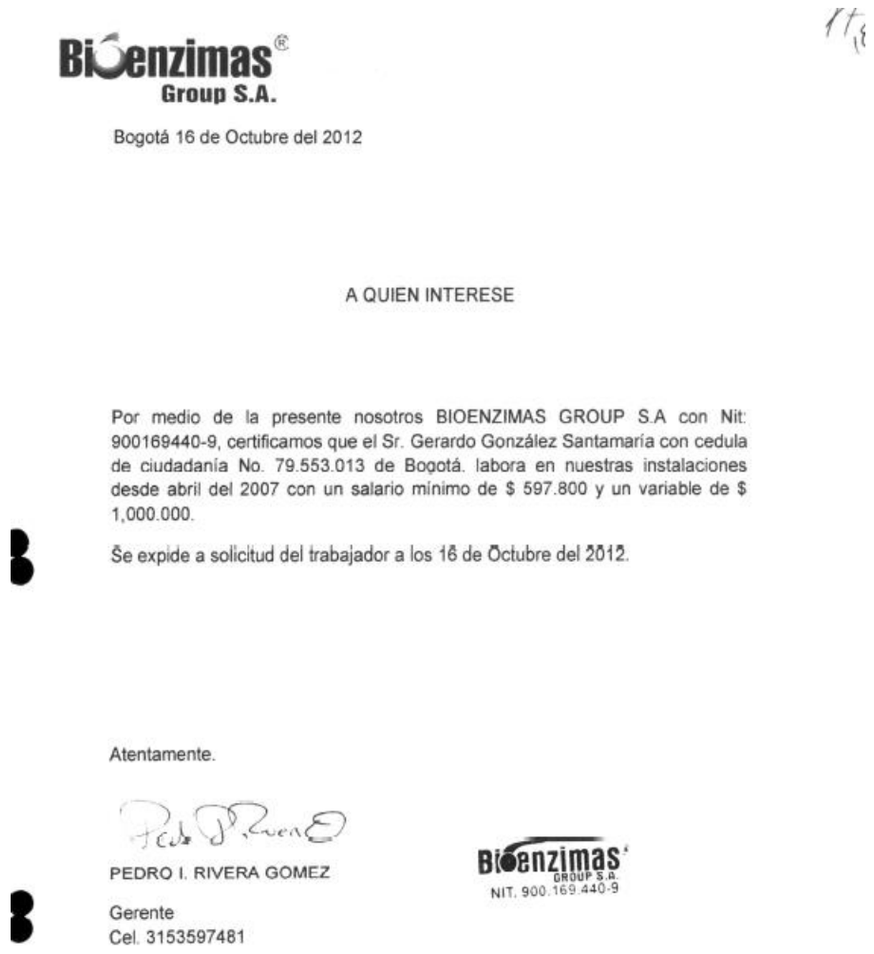
[6] ***Interrogatorio Demandante, récord 46:30: "****Tengo 50 años, unión marital de hecho, soy Zootecnista, desempleado, empecé a laborar en abril de 2007 y empecé el contrato laboral, era socio pero también tenía contrato, yo cumplía órdenes de mi jefe, percibía el mínimo, y entraba a las 8 am y salía a las 5 pm, en algunas ocasiones recibía el regaño de mi jefe como representante legal en cuanto a la relación laboral, la empresa comenzó a funcionar en abril de 2007, en agosto de 200'7 se hizo el acta, siempre se diferenció de socio a trabajador y hacia caso a lo que me decía mi jefe directo, yo estaba en la Junta cuando se creó la empresa y seguía recomendaciones laborales, seguía el trabajo y acataba ordenes, en la Junta estaba como segundo representante, yo seguía una orientación de mi jefe y ampliaba el mercado, generaba cotizaciones, visitaba clientes, llamaba, y si había una que otra visita miraba la agenda y cuadraba con lis clientes, el jefe directo era Pedro Rivera, siempre fue Pedro Rivera, los estados financieros los manejaba Pedro y el Contador, yo no recibí reportes como empleado, solo percibía el salario mínimo, desde la creación de la empresa se dijo que tenía que hacer apertura del negocio, cumplir horario, todo está en el contrato, dentro de mis labores yo llegaba a las 9 o 9:30 a.m. y mi jefe me regañaba, mi jefe me hizo esas observaciones, no mezclaba la calidad de socio, cuando nació la empresa éramos 5 personas, todos dijimos que pagaríamos 1 mínimo en el contrato, cada uno hacia sus labores y visitaban clientes, facturas, cada uno, Pedro era socio, todos nos pagábamos el mínimo, nosotros en abril de 2007 nos sentamos a mirar lo de la empresa e hicimos un contrato verbal yo cumplía las labores y acataba las ordenes de mi jefe directo, las funciones era llegar a la s8 am y hacer las labores, todos los días tenía que hacer eso de lunes a viernes, pagaban 1 mínimo y había un variable en el desarrollo de la compañía, se pagaba por el buen desempeño, el mínimo lo recibí frecuentemente, me afiliaron en salud en Aliansalud y pensión en Colpensiones, en una reunión el Gerente me dijo que no era la persona viable para seguir con el cargo adicional a que había sacado unos productos que no sabía cuáles eran y que mi contrato terminaba, cuando salía, al momento de la terminación hicieron una liquidación de la cual me descontaron unos valores y pagan unas prestaciones que no sé bien, el descuento me dicen que es por los valores que saque de la empresa pero no saqué nada, yo ya no soy socio, no me pagaron dividendos, nos reunimos los socios y le gerente argumenta que la empresa esta quebrada y que las accione son valen nada, me sacaron como socio y me sacaron a partir del diciembre de 2015, la empresa nunca medio dotación, en los descargos desconocía lo que me estaba preguntando, no saqué nada".*

mezclaba la calidad de socio, cuando nació la empresa eran 5 personas, quedaron en que pagarían 1 salario mínimo y había un variable en el desarrollo de la compañía, se pagaba por el buen desempeño, el mínimo lo recibió frecuentemente, lo afiliaron en salud en Aliansalud y pensión a Colpensiones, al momento de la terminación le hicieron una liquidación de la cual le descontaron unos valores y lo sacaron a partir del diciembre de 2015.

Así las cosas, analizado en su integridad el acervo probatorio acopiado en autos, se puede evidenciar que en efecto el actor prestó sus servicios personales a la empresa **BIOENZIMAS GROUP S.A**., no encontrando la Sala elementos que, en suma, conlleven a desvirtuar la referida presunción de que trata el artículo 24 del C.S.T., particularmente, factores que permitan concluir que la actividad realizada por el demandante era autónoma. Esto por cuanto, en primer lugar, no se discute que el señor Gerardo González Santamaria hubiese tenido la calidad de socio de la empresa demandada y desplegara actuaciones como tal, empero, debe resaltarse, este hecho no impide que se pueda configurar un verdadero contrato de trabajo con la sociedad enjuiciada, tal como aquí se ejecutó y se describirá a continuación.

Pues bien, de las pruebas documentales, se extrae una certificación laboral calendada del 16 de octubre de 2012, suscrita por el Gerente Pedro Rivera, quien absolvió interrogatorio en esta litis como representante legal de la demandada, reconociendo que sí suscribió dicho documento, justificándose en que fue un favor que le solicitó el actor, sin que se acreditara tal versión.

Ver imagen.



Bioenzimas®
Group S.A.

Bogotá 16 de Octubre del 2012

A QUIEN INTERESE

Por medio de la presente nosotros BIOENZIMAS GROUP S.A con Nit: 900169440-9, certificamos que el Sr. Gerardo González Santamaría con cedula de ciudadanía No. 79.553.013 de Bogotá. labora en nuestras instalaciones desde abril del 2007 con un salario mínimo de $ 597.800 y un variable de $ 1,000.000.

Se expide a solicitud del trabajador a los 16 de Octubre del 2012.

Atentamente.

PEDRO I. RIVERA GOMEZ
Gerente
Cel. 3153597481

Bioenzimas GROUP S.A.
NIT. 900.169.440-9

De tal forma, al tratarse de una certificación plenamente reconocida y que no fue tachada por la demandada, como lo ratifica este extremo en el recurso de apelación, debe impartirle esta Corporación el valor probatorio que estos documentos exigen. Al respecto, es necesario citar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia SL14426 del 8 de octubre de 2014, radicación No. 41.948, M.P. Dr. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, que indicó:

> *"**Sobre el valor probatorio de los certificados laborales, esta Sala de Casación en sentencia CSJ SL, 8 mar. 1996, rad. 8360, reiterada en CSJ SL, 23 sept. 2009, rad. 36748, CSJ SL, 24 ago. 2010, rad. 34393, CSJ SL, 30 abr. 2013, rad. 38666, señaló:***
>
> *El juez laboral debe tener como un hecho cierto el contenido de lo que se exprese en cualquier constancia que expida el empleador sobre temas relacionados con el contrato de trabajo, ya sea, como en este caso, sobre el tiempo de servicios y el salario, o sobre otro tema, pues no es usual que una persona falte a la verdad y dé razón documental de la existencia de aspectos tan importantes que comprometen su responsabilidad patrimonial o que el juez cohoneste este tipo de conductas eventualmente fraudulentas. Por esa razón, la carga de probar en contra de lo que certifique el propio empleador corre por su cuenta y debe ser de tal contundencia que no deje sombra de duda, de manera que, para destruir el hecho admitido documentalmente, el juez debiera acentuar el rigor de su juicio valorativo de la prueba en contrario y no atenerse a la referencia genérica que haga cualquier testigo sobre constancias falsas de tiempo de servicios y salario o sobre cualquier otro tema de la relación laboral".*

Aunado a lo anterior, esta Sala valoró los demás medios probatorios recaudados, encontrando que la sociedad BIOENZIMAS GROUP S.A. efectuó conductas de empleador hacia el demandante, pues le inició un proceso disciplinario, según lo advirtió el representante legal en el interrogatorio de parte, siendo una facultad disciplinaria que tiene un empleador para sancionar a los trabajadores ante el incumplimiento de sus obligaciones contractuales y no es propio de una persona que solo se desempeña como socio de la empresa. En este punto, debe advertirse, la calidad de socio es inherente al ámbito comercial y en nada se asemeja al laboral, ya que, no es propio, que la empresa cite a descargos a un socio por presuntos incumplimientos en sus funciones, pues de existir los mismos, lo adecuado es que la junta de la sociedad intervenga por medio de una Asamblea ordinaria o extraordinaria, circunstancias que no se evidencian en este asunto.

Aunado a lo anterior, llama la atención de la Sala, que la sociedad demandada hubiese entregado al actor una carta de terminación del contrato de trabajo de fecha 31 de diciembre de 2015, en los siguientes términos:

Bogotá D.C. 31 de diciembre de 2015

Señor
Gerardo González Santamaría
Ciudad

Ref: Terminación de Contrato Laboral

Por medio de la presente se le comunica formalmente la terminación del contrato de trabajo que tiene con la Empresa Bioenzimas Group S.A. La fecha de terminación del contrato laboral es el 31 de Diciembre de 2015.

Una vez revisada y analizada el acta del proceso de descargos que se le siguió con fecha 17 de Agosto se toma la presente determinación de retiro con Justa Causa por cometer faltas graves de acuerdo al contrato de Trabajo y al reglamento interno de trabajo de Bioenzimas Group S.A. en cuanto que los comportamientos que llevaron a dichas faltas no fueron debidamente justificados y soportados con pruebas en el proceso de Descargos del 17 de Agosto.

Por favor, proceder a retirar su Liquidación el día 12 de Enero de 2015.

La presente notificación se realiza a su correo personal y a la dirección de notificación indicada por usted en su contrato de trabajo.

Atentamente

Con lo anterior, es claro que la intención de la empresa fue comunicar al demandante que terminaba ***EL CONTRATO LABORAL***, sin que se vea inmiscuido en el contenido del escrito, la calidad de ***SOCIO***, pues haciendo una lectura integral de la carta, se extrae que dicha determinación se tomó luego de realizar la diligencia de descargos del 17 de agosto de 2015, siendo un trato propio del ámbito laboral y no comercial.

Sobre estas calidades ha entendido la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, que es posible la concurrencia de un contrato de trabajo con uno o varios contratos de orden civil o comercial, sin que ello signifique necesariamente que el primero pierda la calidad de tal, ni que los segundos la adquieran (sentencia SL1445 de 2022, radicado No. 85.311). Aunado a ello, expuso la alta corporación, para que se declare a favor de uno de los socios, la existencia de un contrato de trabajo, es menester **que confluya una prestación personal del servicio en favor del ente moral, una continuada subordinación o dependencia por parte del pretenso trabajador respecto a este y el pago de una remuneración como contraprestación** de sus servicios, la cual, en principio, debe diferenciarse de los efectos económicos que se derivan de su participación en la sociedad.

Así discurrió la sentencia en cita:

> *"Para que se declare a favor de uno de los socios, la existencia de un contrato de trabajo, es menester que confluya una prestación personal del servicio en favor del ente moral, una continuada subordinación o dependencia por parte del pretenso trabajador respecto a este y el pago de una remuneración como contraprestación de sus servicios, la cual, en principio, debe diferenciarse de los efectos económicos que se derivan de su participación en la sociedad.*
>
> *Lo anterior significa que un socio de una persona jurídica, puede, a su vez, tener la condición de trabajador, siempre que en él concurran los elementos del artículo 23 del CST, lo que implica que de manera paralela y concomitante desarrollen papeles independientes que, aunque por regla general, deben ser tratados de forma autónoma, según el régimen normativo aplicable a cada uno de los vínculos, por excepción, pueden impactar y/o repercutir el uno en el otro.*
>
> *En otras palabras, para que se declare a favor de uno de los socios, la existencia de un contrato de trabajo, es menester que confluya una prestación personal del servicio en favor del ente moral, una continuada subordinación o dependencia por parte del pretenso trabajador respecto a este y el pago de una remuneración como contraprestación de sus servicios, la cual, en principio, debe diferenciarse de los efectos económicos que se derivan de su participación en la sociedad.*
>
> *En tales eventos es aplicable la presunción del artículo 24 del CST, según la cual, acreditado el primer presupuesto, esto es, conforme al artículo 23 del CST, la*

> *realización de la actividad por sí mismo, se entenderá que ésta derivó de una relación de trabajo subordinado, por lo que corresponderá al dador del empleo desvirtuarla.”.*

En suma, vale la pena reseñar la liquidación de acreencias laborales que efectuó la empresa demandada, es decir, la sociedad tenía pleno conocimiento de las obligaciones que le asistían para con el demandante, no siendo un acto propio con los socios de una empresa; liquidación que además fue consignada a través del Banco Agrario y puesta a disposición del Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme le fue comunicado al actor mediante escrito del 06 de diciembre de 2016, así:

Bogotá, 6 de Diciembre de 2016

Señor:
Gerardo González Santamaría
Ciudad

Asunto: Notificación de Depósito Judicial.

Por la presente se le notifica formalmente que en el Juzgado 22 Laboral se encuentra el depósito Judicial con Título No: 6307877 por el valor de $658,932 como ajuste de su liquidación laboral, para su correspondiente retiro. A continuación se encuentra la liquidación correspondiente:

CONCEPTO	DEVENGOS	DEDUCCIONES
Salarios	$ 19.516.200	
Deducciónes Aportes Pensión Salud		$ 1.398.576
2013 Mera Liberalidad Sep-Oct-Nov-Dic 2013	$ 6.450.636	
Intereses Salarios	$ 5.294.296	
Primas	$ 1.555.100	
Intereses Primas	$ 365.996	
Cesantias 2015	$ 644.350	
Intereses Cesantias 2015	$ 77.322	
Deducciones por retiro Producto sin legalizar		$ 21.194.818
Intereses por retiro de Producto sin legalizar		$ 6.331.529
SUBTOTAL	$ 33.903.900	$ 28.924.923

Subtotal	$ 4.978.977
Valor ya Aportado Mediante TITULO DE DEPOSITO 6275324 en Juzgado 32 Laboral	$ (4.320.045)
TOTAL A PAGAR	$ 658.932

En ese orden de ideas, se itera, al estar determinada la prestación personal del servicio la parte actora cuenta con la ventaja probatoria que presume los demás

elementos del contrato de trabajo, sumado a que como fue confesado por representante legal de la demandada en su interrogatorio **existen indicios** que dan cuenta de una relación laboral **subordinada (descargos, carta de terminación, liquidación de prestaciones sociales y deposito judicial efectuado en el Banco Agrario)**, que como lo tiene definido la reciente jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral, algunos de ellos se encuentran enunciados, en el artículo 23 del CST, en armonía con lo indicado la Recomendación No. 198 de la OIT y que fueron recordados en la sentencia CSJ SL1439-2021, así:

> *«La Sala Laboral ha identificado algunos indicios relacionados en la Recomendación n.° 198 de la OIT que, sin olvidar su carácter relativo o circunstancial, no exhaustivo y dinámico, pueden ser útiles para descifrar una relación de trabajo subordinada. De esta forma, ha considerado como tales la prestación del servicio según el control y supervisión de otra persona (CSJ SL4479-2020); la exclusividad (CSJ SL460-2021); la disponibilidad del trabajador (CSJ SL2585-2019); la concesión de vacaciones (CSJ SL6621-2017); la aplicación de sanciones disciplinarias (CSJ SL2555-2015); cierta continuidad del trabajo (CSJ SL981-2019); el cumplimiento de una jornada u horario de trabajo (CSJ SL981-2019); realización del trabajo en los locales o lugares definidos por el del beneficiario del servicio (CSJ SL4344-2020); el suministro de herramientas y materiales (CSJ SL981-2019); el hecho de que exista un solo beneficiario de los servicios (CSJ SL4479-2020); el desempeño de un cargo en la estructura empresarial (SL, 24 ag. 2010, rad. 34393); la terminación libre del contrato (CSJ SL6621-2017) y la integración del trabajador en la organización de la empresa (CSJ SL4479-2020 y CSJ SL5042-2020)[7]».*

De tales indicios para determinar la subordinación, en el caso de marras, se evidencian **notoriamente**, aparte de prestar el servicio personal, el hecho de percibir un salario mínimo, la facultad disciplinaria que ejerció la empresa sobre el demandante, la carta de terminación del contrato de trabajo y la consecuente liquidación de prestaciones sociales, hechos que no son alejados de un verdadero contrato de trabajo, siendo dable de este modo concluir, la subordinación del actor

---

[7] En general, podría afirmarse que los indicios construidos por la Sala Laboral coinciden con los descritos en la Recomendación n. 198 de la OIT, instrumento que reseña los siguientes:

(a) el hecho de que el trabajo: se realiza según las instrucciones y bajo el control de otra persona; que el mismo implica la integración del trabajador en la organización de la empresa; que es efectuado única o principalmente en beneficio de otra persona; que debe ser ejecutado personalmente por el trabajador, dentro de un horario determinado, o en el lugar indicado o aceptado por quien solicita el trabajo; que el trabajo es de cierta duración y tiene cierta continuidad, o requiere la disponibilidad del trabajador, que implica el suministro de herramientas, materiales y maquinarias por parte de la persona que requiere el trabajo, y
(b) el hecho de que se paga una remuneración periódica al trabajador; de que dicha remuneración constituye la única o la principal fuente de ingresos del trabajador; de que incluye pagos en especie tales como alimentación, vivienda, transporte, u otros; de que se reconocen derechos como el descanso semanal y las vacaciones anuales; de que la parte que solicita el trabajo paga los viajes que ha de emprender el trabajador para ejecutar su trabajo; el hecho de que no existen riesgos financieros para el trabajador.

respecto del beneficiario de sus servicios personales, lo cual como se ha venido indicando no fue desvirtuada y, por lo tanto, no puede colegirse cosa distinta a que entre el actor y la llamada a juicio BIOENZIMAS GROUP S.A. existió una verdadera relación de trabajo, y bajo ese entendido, habrá de confirmarse la sentencia de primer grado.

Adviértase, la demandada fundamentó su defensa indicando que la liquidación de prestaciones la efectuó teniendo en cuenta que no reconoció ni liquidó dividendos al demandante al tener la calidad de socio en la empresa; situación que así se denomine de manera impropia, lo cierto es que, en este caso, no se demostró que los socios de la empresa enjuiciada colectivamente hubieren autorizado estos pagos como distribución de ganancias y contraprestación de los servicios en el marco del contrato de la sociedad, por lo que esta Corporación advierte razonable y ajustado a las reglas de la experiencia y la sana crítica, inferir que existió un contrato de carácter laboral.

Ahora bien, establecida la existencia del vínculo, se procede a verificar si en efecto se probó el extremo inicial de la relación laboral vivida entre las partes, dado que es otro de los puntos objeto de reproche por el recurrente accionado, la a quo declaró en el numeral 1º de la sentencia, que el contrato inició el 1º de abril de 2007 al 31 de diciembre de 2015, comienzo que creyó demostrado con la certificación laboral expedida por la demandada en fecha 16 de octubre de 2012 (ya citada), no obstante, pese a que dicha certificación no fue desconocida por la demandada, se debe valorar el contenido del documento junto con la realidad fáctica de las demás pruebas del proceso, encontrándose, que en efecto, el demandante al fungir como socio de BIOENZIMAS GROUP S.A.. comenzó a reunirse con los futuros socios de la empresa desde el mes de abril de 2007 para acordar todos los aspectos relevantes en que se conformaría la sociedad, tal como lo confesaron las partes en respectivo interrogatorio de parte, es decir, desde esta data comenzaron a estructurar cómo se crearía la sociedad sin que naciera a la vida jurídica. Puntualmente, se trae a colación la matrícula de la sociedad en Cámara y Comercio al ser este el ente que lleva dicho registro societario (constitución, matrícula e inscripción del registro mercantil), encontrando, BIOENZIMAS GROUP S.A. fue matriculada el **29 de agosto de 2007,** según acta del 25 del mismo mes y año, documento que fue aportado por la demandada en la

contestación y que permite corroborar dicha situación (archivo 03, páginas 76 a 78).

Sobre esta situación desde vieja data la CSJ en sentencia 9629 del 24 de julio de 1984, dispuso: "*La constitución, existencia y representación de una sociedad sólo se prueba con el certificado expedido por la Cámara de Comercio, según el entendimiento del artículo 117 del Código de Comercio";* figura jurídica que no ha sido excluida del ordenamiento mercantil[8], entonces, en el caso que ocupa a la Sala, resulta pertinente tener como extremo inicial de la relación laboral el **29 de agosto de 2007** y **NO** el 1º de abril de 2007, como lo declaró la *a quo,* acogiéndose en este punto de manera favorable el punto de apelación. En consecuencia, se modificará el numeral primero de la sentencia en tal sentido.

Valga indicar, pese a que no existió controversia frente al extremo final, el contrato de trabajo se ejecutó hasta el 31 de diciembre de 2015, conforme se constata con la carta de terminación del contrato, suscrita por el representante legal de la demandada, la cual no fue desconocida.

Conforme a lo anterior y como quiera que el **extremo inicial de la relación laboral declarada en primera instancia** (1º de abril de 2007) cambió al **29 de agosto de 2007**, resulta necesario reliquidar las condenas impuestas en el numeral **SEGUNDO** que involucraron el extremo inicial declarado por la a quo. En ese orden, esta Sala solo reliquidará los conceptos de **cesantías, auxilio de transporte e indemnización por despido sin justa causa,** dejando incólume las demás condenas, precisándose los valores dispuestos por la Juez no fueron objeto de apelación.

En esa medida la reliquidación de los anteriores conceptos es la siguiente:

---

[8] *"**artículo 117. Prueba de la existencia, cláusulas del contrato y representación de la sociedad.** La existencia de la sociedad y las cláusulas del contrato se probarán con certificación de la cámara de comercio del domicilio principal, en la que constará el número, fecha y notaría de la escritura de constitución y de las reformas del contrato, si las hubiere; el certificado expresará, además, la fecha y el número de la providencia por la cual se le concedió permiso de funcionamiento y, en todo caso, la constancia de que la sociedad no se halla disuelta.*

Para probar la representación de una sociedad bastará la certificación de la cámara respectiva, con indicación del nombre de los representantes, de las facultades conferidas a cada uno de ellos en el contrato y de las limitaciones acordadas a dichas facultades, en su caso.".

- **CESANTIAS** en la suma de $5.113.442.[9]
- **AUXILIO DE TRANSPORTE** en la suma de $6.497.760.[10]
- **INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO (Art 64 C.S.T.)** en la suma de $3.795.222.[11]

AUXILIO DE TRANSPORTE	TIEMPO EN MESES	AÑO	SALARIO MINIMO	CESANTIAS
$74.000	360	2015	$644.350	$ 718.350
$72.000	360	2014	$616.000	$ 688.000
$70.500	360	2013	$589.500	$ 660.000
$67.800	360	2012	$566.700	$ 634.500
$63.600	360	2011	$535.600	$ 599.200
$61.500	360	2010	$515.000	$ 576.500
$59.300	360	2009	$496.900	$ 556.200
$55.000	360	2008	$461.500	$ 516.500
$50.800	122	2007	$433.700	$ 164.192
				$ 5.113.442

[9]

TIEMPO EN MESES	AÑO	AUXILIO DE TRANSPORTE	RECONOCIDO SEGÚN TIEMPO LABORADO
12	2015	$74.000	$888.000
12	2014	$72.000	$864.000
12	2013	$70.500	$846.000
12	2012	$67.800	$813.600
12	2011	$63.600	$763.200
12	2010	$61.500	$738.000
12	2009	$59.300	$711.600
12	2008	$55.000	$660.000
4,2	2007	$50.800	$213.360
		TOTAL	**$6.497.760**

[10]

INICIO	FINAL	TIEMPO	DIAS A RECONOCER	RELIQUIDACIÓN	SUMA LIQUIDADA PRIMERA INSTANCIA
29/08/2007	28/08/2008	360	30	$ 644.350	N/A
29/08/2008	28/08/2009	360	20	$ 429.567	N/A
29/08/2009	28/08/2010	360	20	$ 429.567	N/A
29/08/2010	28/08/2011	360	20	$ 429.567	N/A
29/08/2011	28/08/2012	360	20	$ 429.567	N/A
29/08/2012	28/08/2013	360	20	$ 429.567	N/A
29/08/2013	28/08/2014	360	20	$ 429.567	N/A
29/08/2014	28/08/2015	360	20	$ 429.567	N/A
29/08/2015	31/12/2015	122	6,7	$ 143.905	N/A
		3002	**176,7**	**$ 3.795.222**	**$ 3.973.492**

[11]

Agotada como se encuentra la competencia de esta instancia por el estudio de los puntos objeto de apelación, lo que sigue es la modificación de los numerales 1, 2 (parcial), y 3 (parcial) de la sentencia de primera instancia, conforme a lo motivado.

SIN COSTAS en esta instancia.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: MODIFICAR el numeral **PRIMERO** de la sentencia del Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá, para establecer que el contrato de trabajo del señor **GERARDO GONZÁLEZ SANTAMARIA con BIOENZIMAS GROUP S.A.** se desarrolló desde el **29 de agosto de 2007** al 31 de diciembre de 2015, conforme a lo considerado.

SEGUNDO: MODIFICAR PARCIALMENTE el numeral **SEGUNDO** del fallo de primer grado en cuanto a que se **CONDENA** a la demandada **BIOENZIMAS GROUP S.A**., al pago de las siguientes acreencias:

1. **CESANTIAS** en la suma de $5.113.442.[12]

2. **AUXILIO DE TRANSPORTE** en la suma de $6.497.760.[13]

[12]

AUXILIO DE TRANSPORTE	TIEMPO EN MESES	AÑO	SALARIO MINIMO	CESANTIAS
$74.000	360	2015	$644.350	$ 718.350
$72.000	360	2014	$616.000	$ 688.000
$70.500	360	2013	$589.500	$ 660.000
$67.800	360	2012	$566.700	$ 634.500
$63.600	360	2011	$535.600	$ 599.200
$61.500	360	2010	$515.000	$ 576.500
$59.300	360	2009	$496.900	$ 556.200
$55.000	360	2008	$461.500	$ 516.500
$50.800	122	2007	$433.700	$ 164.192
				$ 5.113.442

Se **CONFIRMA** la condena por vacaciones y descuentos indebidos.

TERCERO: **MODIFICAR PARCIALMENTE** el numeral **TERCERO** del fallo de primer grado en cuanto a que se **CONDENA** a la demandada BIOENZIMAS GROUP S.A., al pago de la **INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO** en la suma de $3.795.222.[14].

CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia, de acuerdo a lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

TIEMPO EN MESES	AÑO	AUXILIO DE TRANSPORTE	RECONOCIDO SEGÚN TIEMPO LABORADO
12	2015	$74.000	$888.000
12	2014	$72.000	$864.000
12	2013	$70.500	$846.000
12	2012	$67.800	$813.600
12	2011	$63.600	$763.200
12	2010	$61.500	$738.000
12	2009	$59.300	$711.600
12	2008	$55.000	$660.000
4,2	2007	$50.800	$213.360
		TOTAL	**$6.497.760**

[13]

INICIO	FINAL	TIEMPO	DIAS A RECONOCER	RELIQUIDACIÓN	SUMA LIQUIDADA PRIMERA INSTANCIA
29/08/2007	28/08/2008	360	30	$ 644.350	N/A
29/08/2008	28/08/2009	360	20	$ 429.567	N/A
29/08/2009	28/08/2010	360	20	$ 429.567	N/A
29/08/2010	28/08/2011	360	20	$ 429.567	N/A
29/08/2011	28/08/2012	360	20	$ 429.567	N/A
29/08/2012	28/08/2013	360	20	$ 429.567	N/A
29/08/2013	28/08/2014	360	20	$ 429.567	N/A
29/08/2014	28/08/2015	360	20	$ 429.567	N/A
29/08/2015	31/12/2015	122	6,7	$ 143.905	N/A
		3002	**176,7**	**$ 3.795.222**	**$ 3.973.492**

[14]

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL

BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR JUAN PABLO BARRERA NARVAEZ contra SOCIEDAD ROSMI S.A.S. (RAD. 20 2021 00540 01).

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

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

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida por el Juez Veinte Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 13 de diciembre del 2022 (archivo 16, expediente digital, récord 1:39:10), en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO: ABSOLVER** a la sociedad ROSMI S.A.S de todas las pretensiones incoadas en su contra por el señor JUAN PABLO BARRERA NARVÁEZ, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta providencia.*
>
> ***SEGUNDO: DECLARAR** probada la excepción de COSA JUZGADA y respecto a las demás excepciones se abstiene el despacho de hacer pronunciamiento.*
>
> ***TERCERO: CONDENAR** en costas al demandante, inclúyase en la liquidación la suma de un salario mínimo legal mensual vigente, valor en que se estiman las agencias en derecho.*
>
> ***CUARTO:** De no ser apelada la presente decisión remítase en su integridad al Tribunal Superior de Bogotá para que sea revisada totalmente a través del grado jurisdiccional de consulta, lo anterior porque fue completamente adversa a las pretensiones o intereses del trabajador demandante."*

Inconforme con la decisión, la parte demandante recurrió la decisión, señalando que deben primar los derechos constitucionales de la primacía de la realidad en la contratación sin que sobre los mismos se encuentren otras leyes, precisando del

material probatorio obrante en el expediente se puede evidenciar la existencia del contrato laboral, la existencia de la subordinación y la prestación personal del servicio, como también que había un horario, todo ello independiente de la existencia de un contrato de transacción y aunque no se logro probar que el actor efectivamente fue obligado, adujo que como se estaba en época de pandemia la única opción que tuvo fue firmar dicho acuerdo o sino se quedaría sin dinero después de haber trabajado 10 años en una empresa.

Reitera, la existencia de correos electrónicos donde se percibe la existencia de la subordinación y donde explícitamente le daban órdenes directas, como también se encuentra probado que su cargo estaba dentro de la estructura organizacional de la compañía, de modo que no podía ser una prestación de servicios dentro de una estructura de la compañía donde tenía personal a cargo, advirtiendo que si bien se está frente a un proceso donde se configura la cosa juzgada por el contrato de transacción, reitera por encima de ese contrato de transacción está la ley, la Constitución, los derechos laborales y sobre todo la irrenunciabilidad de los derechos laborales que existen, solicitando por ende la revocatoria del fallo de primer grado. (archivo 16, expediente digital, récord 1:40:36)[1]

[1] *"***APODERADO DEMANDANTE (Récord: 1:40:36):** Su señoría gracias, interpongo el recurso de apelación ante la decisión que acaba de emitir por las siguientes razones:

Primero están por encima los derechos constitucionales y para eso pues tenemos los artículos 48, 53 y 25, el 53 que nos da la luz sobre la primacía de la realidad en la contratación, y sobre esos derechos constitucionales, por encima de esos derechos constitucionales no pueden estar otras leyes, así las cosas su señoría la sentencia 492 del 2009 y mucha jurisprudencia de la Corte Constitucional, ha dicho también que los derechos laborales no son irrenunciables, por lo tanto su señoría en todo el material probatorio que se aportó dentro de todo lo que vimos aquí dentro del proceso, pues existió el contrato laboral, se logró probar que efectivamente había, existía la subordinación, se logró probar también de que había la prestación del servicio y se logró probar también de que había un horario, independientemente de que se haya realizado un contrato de transacción y aunque como lo dijo usted no se logró probar efectivamente si fue obligatorio o no su señoría, obligado, pues uno en pandemia qué más tiene que hacer, en plena pandemia estábamos a agosto 31 del 2020 y la única opción que dio la demandada fue firme o firme y yo que tenía que hacer pues aceptarlo porque no había otra opción, así fuera su señoría irme hasta la notaría a aceptarlo y era lo que él dijera, ósea le doy esto o si no pues sería quedarme yo sin un peso, salir 10 años trabajando en una empresa, casi 10 años trabajando sin prestaciones sociales e irme a prácticamente a morir sin un peso en plena pandemia.

Realmente pues todo el material probatorio existe, hay subordinación, hay contratos, existen correos electrónicos donde prácticamente ahí está toda la subordinación que recibía de parte del señor Alejandro, de parte del señor Isaac, donde explícitamente me daban órdenes directas, hay también y fue probado también que estaba dentro de la estructura organizacional de la compañía, ósea cómo puede haber un prestador de servicios dentro de una estructura de la compañía como prestador de servicios, tenía personal a cargo su señoría, están todos y cada uno de los correos que existen ahí dentro de todas las pruebas, entonces pues estamos frente a un proceso que aunque como lo dijo usted la cosa juzgada se configura dentro del contrato de transacción, pero por encima de ese contrato de transacción está la ley, está la Constitución, están los derechos laborales y sobre todo la irrenunciabilidad de los derechos laborales que hay ahí, ahí tocaba era acepta o acepta y nada más, por ese motivo su señoría la parte demandada o la empresa pues siempre ejerce ese control sobre los empleados y es lo que la empresa diga, entonces como le digo ya y como le he dicho y le puedo decir también a la Honorable Corte, Al Tribunal Superior, pues que estudie el caso no, porque como le vuelvo y le reiteró los derechos

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 JUAN PABLO BARRERA NARVAEZ en este ordinario, las pretensiones relacionadas en la demanda (archivo 01 Expediente Digital páginas 2 a 3), las cuales encuentran fundamento en los hechos consignados a folios 3 a 5 ibídem, aspirando principalmente se declare en aplicación del principio de la primacía de la realidad la existencia de un contrato de trabajo a termino indefinido sin solución de continuidad desde el 1° de abril del 2011 hasta el 31 de agosto del 2020, el cual termino sin justa causa y de forma unilateral por el empleador, igualmente solicita se declare la responsabilidad solidaria con los señora Isaac Rosemberg Baun, Civia Rosemberg Baun, Michael Rosemberg Rosembaum y Betty Baun de Rosemberg, en su calidad de accionistas de la sociedad ROSMI S.A.S., conforme al artículo 36 del C.S.T., en consecuencia se condene al pago de la indemnización por despido sin justa causa de que trata el artículo 64 del C.S.T., perjuicios por daño moral (48 smmlv), cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, prima de servicios, aportes a seguridad social en pensiones, EPS y ARL del 16 de mayo del 2014 al 31 de agosto del 2020, indemnización moratoria, costas del proceso, derechos ultra y extra petita, en subsidio de no ser procedente la condena por indemnización moratoria se condene a la indexación de las acreencias laborales adeudadas. **Obteniendo sentencia de primera instancia totalmente desfavorable a sus aspiraciones**, por cuanto se absolvió a la demandada de todas las pretensiones tras considerar, que conforme al acuerdo de transacción suscrito por las partes, cualquier discusión relacionada con el vínculo jurídico que sostuvieron del 16 de mayo del 2014 al 31 de agosto del 2020 quedo zanjada con la suscripción de dicho acuerdo, el cual es completamente válido y constituye cosa juzgada, considerando el Juez de primer grado que ante dicho fenómeno no puede analizarse a través del ordinario la existencia de un contrato realidad, en tanto ello ya quedo resuelto con la transacción válidamente suscrita por las partes.

---

laborales son irrenunciables y no pueden estar por encima de la Constitución su señoría, en ese orden de ideas su señoría ya (…)*"*

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

De manera preliminar se advierte, no fue objeto de censura la existencia de varios vínculos contractuales así:

-Contrato de trabajo a término indefinido entre las partes suscrito del 1° de abril del 2011 al 15 de mayo del 2014 y

-Contrato de prestación de servicios profesionales del 16 de mayo del 2014 al 31 de agosto del 2020.

Aspectos que se encuentran acreditados dentro del expediente con la documental aportada (Archivo 1 expediente digital págs. 28 a 31 y 46 a 48) y con la aceptación de los mismos por parte de la accionada en su escrito de contestación (Archivo 8 expediente digital)

Ahora bien, la inconformidad de la parte demandante consiste en considerar que, pese a la suscripción del acuerdo transaccional, se debe tener en cuenta la primacía de la realidad en el desarrollo de su prestación del servicio a favor de la demandada, por lo que en su sentir lo procedente es que a instancias de este proceso ordinario se condene a la sociedad demandada al pago de los conceptos incorporados en el acápite de pretensiones del libelo, sin tener en cuenta dicho acuerdo transaccional.

En este orden de ideas, conviene recordar los elementos de la transacción contenidos en el Código Civil en su artículo 2469 y siguientes[2]:

a) La existencia actual o futura de discrepancias entre las partes, acerca de un derecho.

b) La intención de las partes de poner fin a sus diferencias, sin la intervención de la justicia del Estado.

c) La reciprocidad de concesiones que con tal fin se hacen.

[2] *ARTICULO 2469. DEFINICION DE LA TRANSACCION. La transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual.*

Significando esta Corporación que reunidos estos requisitos en un acuerdo, carece de objeto el proceso, porque ya no hay materia para una decisión de fondo, pues lo que se persigue con el proceso y la sentencia ya se consiguió, lo que implica que ninguna de las partes puede reclamar a la otra obligaciones ya dirimidas por la transacción; téngase en cuenta que el art. 15 del C.S.T.[3], dispone que en materia laboral la transacción es válida, salvo que se trate de derechos ciertos e indiscutibles, en virtud de lo cual no tiene valor la transacción que implique renuncia o menoscabo de aquellos derechos del trabajador sobre los cuales no pueda existir ninguna duda por haberlos contemplado la ley expresamente, debiendo en principio el promotor del juicio solicitar su nulidad.

Pues bien, bajo las premisas anteriores, procede la Sala con la revisión de la documental aportada con la demanda **(archivo 01 Expediente Digital páginas 46 a 48),** consistente en el acuerdo de transacción suscrito por las partes el 28 de agosto del 2020 así:

ACTA DE TERMINACIÓN DE CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES POR MUTUO ACUERDO

CONTRATANTE: ROSMI S. A. S.

CONTRATISTA: JUAN PABLO BARRERA NARVÁEZ.

En Bogotá, a los veintiocho (28) días del mes de Agosto de dos mil veinte (2020), el señor JUAN PABLO BARRERA NARVÁEZ, mayor de edad, domiciliado en Bogotá D. C. e identificado con la cédula de ciudadanía No. 83.231.981 expedida en Timaná (Huila), de una parte y en su calidad de CONTRATISTA, y el señor ALEJANDRO ANGARITA CONTRERAS, mayor de edad, domiciliado en Bogotá D. C. e identificado con la cédula de ciudadanía No. 19.494.867 expedida en Bogotá D. C., actuando en nombre y representación de la sociedad ROSMI S. A. S., domiciliada en Cota (Cundinamarca) e identificada con el NIT No. 830133722-1, en su calidad de CONTRATANTE, hemos convenido por la presente acta y a partir de la fecha de su suscripción en la TERMINACIÓN del contrato de prestación de servicios profesionales suscrito entre LAS PARTES el dieciséis (16) de Mayo de dos mil catorce (2014), previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

PRIMERA. Que la sociedad ROSMI S. A. S. celebró con el señor JUAN PABLO BARRERA NARVÁEZ contrato de prestación de servicios profesionales desde el día dieciséis (16) de Mayo de dos mil catorce (2014), conviniéndose el servicio de asesoría contable, financiera y tributaria.

SEGUNDA. Que la sociedad ROSMI S. A. S. expresó al señor JUAN PABLO BARRERA NARVÁEZ su interés en concluir la ejecución del contrato de prestación de servicios profesionales suscrito el día dieciséis (16) de Mayo de dos mil catorce (2014).

TERCERA. Que, en la misma oportunidad, el señor JUAN PABLO BARRERA NARVÁEZ expresó igualmente su intención de cesar en la prestación de sus servicios de asesoría contable, financiera y tributaria a la sociedad ROSMI S. A. S.

[3] *ARTICULO 15. VALIDEZ DE LA TRANSACCION. Es válida la transacción en los asuntos del trabajo, salvo cuando se trate de derechos ciertos e indiscutibles.*

CUARTA. Que, a la fecha de suscripción del presente acuerdo, LAS PARTES se manifestaron mutuamente su intención de cesar en la ejecución del contrato de prestación de servicios profesionales suscrito el día dieciséis (16) de Mayo de dos mil catorce (2014), existiendo así mutua anuencia para formalizar la terminación del vínculo contractual a partir del día treinta y uno (31) de Agosto de dos mil veinte (2020).

QUINTA. Que a la fecha LAS PARTES se encuentran a paz y salvo en la ejecución de las obligaciones que en virtud del contrato de prestación de servicios profesionales suscrito el día dieciséis (16) de Mayo de dos mil catorce (2014) les han correspondido.

Con fundamento en lo anterior, LAS PARTES

ACUERDAN

PRIMERO. Declarar terminado el contrato de prestación de servicios profesionales celebrado el día dieciséis (16) de Mayo de dos mil catorce (2014), a partir del día treinta y uno (31) de Agosto de dos mil veinte (2020), en virtud de la mutua voluntad que en tal sentido ha sido expresada tanto por el señor JUAN PABLO BARRERA NARVÁEZ como por la sociedad ROSMI S. A. S.

SEGUNDO. Como quiera que LAS PARTES discutieron los hechos, circunstancias y razones que dieron origen a la terminación del contrato de prestación de servicios profesionales celebrado el día dieciséis (16) de Mayo de dos mil catorce (2014), sin que implique el reconocimiento de derecho alguno en cabeza del señor JUAN PABLO BARRERA NARVÁEZ, y con el ánimo de transar cualquier diferencia al respecto así como toda pretensión que pudiese derivar de la relación de prestación de servicios profesionales que existió entre LAS PARTES, han acordado expresamente mediante el presente documento, que la sociedad ROSMI S. A. S. paga al señor JUAN PABLO BARRERA NARVÁEZ una suma transaccional cuya cuantía, forma de pago, imputación y efectos se determinan en los numerales tercero, cuarto y quinto del presente documento.

TERCERO. La sociedad ROSMI S. A. S. se obliga a pagar al señor JUAN PABLO BARRERA NARVÁEZ la suma de CIENTO VEINTE MILLONES DE PESOS M/L ($120.000.000,00) en virtud del acuerdo detallado en el presente documento, tratándose de un pago con carácter extraordinario, total, único y definitivo, pagadero por una única vez.

CUARTO. La suma transaccional convenida se pagará mediante transferencia electrónica que será realizada por la sociedad ROSMI S. A. S. a la cuenta de ahorros No. 004582002832 de la entidad financiera ScotiaBank Colpatria S. A. que se encuentra a nombre del señor JUAN PABLO BARRERA NARVÁEZ, en las fechas y por las cuantías que se indican a continuación:

1. Primera cuota: El día lunes treinta y uno (31) de Agosto de dos mil veinte (2020), por valor de OCHENTA Y CINCO MILLONES DE PESOS M/L ($85.000.000,00).
2. Segunda cuota: El día viernes veintinueve (29) de Enero de dos mil veintiuno (2021), por valor de TREINTA Y CINCO MILLONES DE PESOS M/L ($35.000.000,00).

QUINTO. El señor JUAN PABLO BARRERA NARVÁEZ manifiesta estar de acuerdo con todos los términos, planteamientos, conceptos, cuantías y pagos aquí estipulados declarando a PAZ Y SALVO a la sociedad ROSMI S. A. S., no sólo por los conceptos aquí mencionados sino por cualquier otro emanado del contrato de prestación de servicios profesionales finalizado a partir del día treinta y uno (31) de Agosto de dos mil veinte (2020), toda vez que es deseo evidente de LAS PARTES celebrar un arreglo total y definitivo con el cual se transige toda eventual diferencia que pudiera existir entre LAS PARTES por reclamos, controversias, derechos inciertos y discutibles, reliquidaciones, reajustes e indemnizaciones de cualquier naturaleza, incluidas las discrepancias sobre la finalidad de la contratación celebrada o la naturaleza de la misma, así como rubros de naturaleza laboral, tales como salarios, comisiones, bonos, trabajo suplementario, recargos nocturnos o dominicales, descansos remunerados, prestaciones sociales legales o extralegales, descansos remunerados incluidas las vacaciones, determinación del ingreso base de cotización de los aportes obligatorios al sistema de protección social, medios de

transporte, viáticos habituales o accidentales, auxilios, bonificaciones, beneficios o pagos extralegales en dinero o en especie, que llegaren a pretenderse desde el día dieciséis (16) de Mayo de dos mil catorce (2014) y hasta la fecha en que se suscribe el presente acuerdo.

SEXTO. Como quiera que con el acuerdo suscrito por LAS PARTES no se lesionan derechos ciertos e indiscutibles del señor JUAN PABLO BARRERA NARVÁEZ, LAS PARTES acuerdan expresamente otorgar al presente documento los efectos de cosa juzgada frente a toda acción y/o reclamación judicial, extrajudicial, administrativa y/o de repetición a terceros, inclusive las que se encontraren en curso a la fecha de celebración del presente acuerdo y que tengan como causa o que se deriven del vínculo de prestación de servicios que existió entre LAS PARTES.

SÉPTIMO. LAS PARTES acuerdan expresamente renunciar a presentar cualquier acción y/o reclamación judicial, extrajudicial, administrativa y/o de repetición a terceros que tenga como causa o que se deriven del vínculo contractual que existió entre LAS PARTES.

OCTAVO. LAS PARTES convienen otorgar al presente acuerdo los efectos de cosa juzgada material y mérito ejecutivo por todas y cada una de las obligaciones adquiridas, precisando además que renuncian a cualquier requerimiento para constitución en mora.

NOVENO. El señor JUAN PABLO BARRERA NARVÁEZ y la sociedad ROSMI S. A. S., ACUERDAN celebrar el presente acuerdo de manera libre, espontánea y sin que haya existido coacción, en vista de que versa sobre derechos inciertos y discutibles susceptibles de transacción.

DÉCIMO. LAS PARTES dejan constancia que el presente acuerdo es celebrado en forma libre y espontánea, sin que existan vicios que afecten su consentimiento y sin estar sujetas a coacción o apremio de una a la otra, o de terceros.

Para constancia se firma y suscribe por las intervinientes.

Como se ve la naturaleza del vínculo contractual que sostuvieron las partes del 16 de mayo del 2014 al 31 de agosto del 2020 y respecto del cual se solicita en esta demanda se declare correspondió a una contrato laboral, fue parte integral del acuerdo, reconociéndose una suma de $120.000.000 tendiente a transigir cualquier diferencia derivada del vínculo contractual que ato a las partes, así como a las discrepancias sobre la naturaleza jurídica del mismo, apreciándose las partes libre y voluntariamente acordaron zanjar dicha circunstancia, sin que por ello se violen derechos ciertos e indiscutibles del demandante.

Al tema, es necesario señalar, en el escrito de demanda no se puso en discusión la validez del acuerdo transaccional en comento (frente a la mediación de la voluntad de las partes para su suscripción), no solo porque en el libelo introductor no se hace referencia a vicios del consentimiento, sino porque dicha circunstancia no fue objeto de reproche en la alzada, lo que impide a la Sala abordar su examen para desquiciar lo allí asentado.

Así las cosas, la Sala advierte las pretensiones de la demanda relativas a la existencia de un contrato de trabajo y pago de acreencias laborales del 16 de mayo del 2014 al 31 de agosto del 2020, hicieron parte del acuerdo transaccional a que llegaron las partes, puesto que fueron claros en señalar que "*con el ánimo de transar cualquier diferencia al respecto así como toda pretensión que pudiese derivar de la relación de prestación de servicios profesionales que existió entre LAS PARTES, han acordado expresamente mediante el presente documento, que la sociedad ROSMI S.A.S. paga al señor JUAN PABLO BARRERA NARVÁEZ una suma transaccional…",* dejándose plasmado igualmente que de manera y clara y concisa en el numeral quinto lo siguiente:

QUINTO. El señor JUAN PABLO BARRERA NARVÁEZ manifiesta estar de acuerdo con todos los términos, planteamientos, conceptos, cuantías y pagos aquí estipulados declarando a PAZ Y SALVO a la sociedad ROSMI S. A. S., no sólo por los conceptos aquí mencionados sino por cualquier otro emanado del contrato de prestación de servicios profesionales finalizado a partir del día treinta y uno (31) de Agosto de dos mil veinte (2020), toda vez que es deseo evidente de LAS PARTES celebrar un arreglo total y definitivo con el cual se transige toda eventual diferencia que pudiera existir entre LAS PARTES por reclamos, controversias, derechos inciertos y discutibles, reliquidaciones, reajustes e indemnizaciones de cualquier naturaleza, incluidas las discrepancias sobre la finalidad de la contratación celebrada o la naturaleza de la misma, así como rubros de naturaleza laboral, tales como salarios, comisiones, bonos, trabajo suplementario, recargos nocturnos o dominicales, descansos remunerados, prestaciones sociales legales o extralegales, descansos remunerados incluidas las vacaciones, determinación del ingreso base de cotización de los aportes obligatorios al sistema de protección social, medios de transporte, viáticos habituales o accidentales, auxilios, bonificaciones, beneficios o pagos extralegales en dinero o en especie, que llegaren a pretenderse desde el día dieciséis (16) de Mayo de dos mil catorce (2014) y hasta la fecha en que se suscribe el presente acuerdo.

De este modo se itera es claro que lo pretendido a través de este proceso ordinario -la declaratoria de existencia de un contrato realidad del 16 de mayo del 2014 al 31 de agosto del 2020- quedo cobijada con el acuerdo transaccional, transacción que es válida, y tiene efectos de cosa juzgada al tenor de lo previsto en el artículo 2483 del Código Civil.

Sobre este aspecto la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral señaló en sentencia SL253-2023 Rad. 88245 del 14 de febrero del 2023, citando la SL5032-2020 sobre el contrato de transacción lo siguiente:

> "Sea lo primero señalar que el artículo 2469 del CC define la transacción como «*un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual*» *y* dispone que «*no es transacción el acto que sólo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa*».

> En dicho sentido, tal y como lo ha expuesto la Corte, la transacción es un mecanismo legítimo para precaver o finalizar un conflicto entre las partes, que hace tránsito a cosa juzgada y surte plenos efectos, la cual resulta válida, conforme se dijo en decisión AL3608-2017, cuando: *i)* exista un litigio pendiente o eventual (artículo 2469 CC), *ii)* no se trate de derechos ciertos e indiscutibles (artículo 15 CST), *iii)* la manifestación expresa de la voluntad de los contratantes esté exenta de vicios, y si se pacta mediante representante judicial, este debe estar facultado para transigir el litigio pendiente o eventual y, *iv)* que hayan concesiones mutuas o recíprocas.
>
> De ahí que, ese tipo de acuerdo es un mecanismo legítimo que se celebra con la finalidad de acabar un litigio o precaver uno futuro, cuyas características se sustentan en que las partes renuncian a los derechos en disputa y, en su lugar, ceden en sus aspiraciones, siendo, por lo tanto, un mecanismo alternativo de solución de conflictos, que hace tránsito a cosa juzgada y surte plenos efectos, siempre y cuando no esté afectada por algún vicio en el consentimiento, su objeto y causa sean lícitos, y no desconozca derechos mínimos, ciertos e indiscutibles.
>
> Sobre los efectos de la transacción, la Sala de Casación Civil estableció que son: *i)* el cambio de una relación jurídica incierta, en otra que se caracteriza por la perfecta definición de los elementos que la conforman y de sus alcances, y *ii)* la terminación de un proceso judicial, o si no se ha dado el mismo, la imposibilidad de los contratantes, de llevar al órgano jurisdiccional su desacuerdo. En sentencia CSJ SC, 29 jun. 2007, rad. 6428, se estimó:
>
> 4. Pertinente es señalar, además, que en la transacción es dable distinguir un doble cometido y, por ende, que sus efectos se irradian también en dos sentidos o direcciones: por una parte, no hay duda que el referido negocio, recta vía, atañe al derecho sustancial de quienes lo celebran, pues como lo resaltó la Corte en la sentencia anteriormente reproducida, mediante él se muda o cambia una relación jurídica dudosa o incierta en otra, distinta o diversa, que se caracteriza por la perfecta definición de los elementos que la conforman y de sus alcances, desapareciendo así la controversia que, precisamente, mediante la transacción se deja solucionada; de otra parte, la aludida negociación jurídica abarca también la actividad litigiosa de sus partícipes, sea que entre ellos ya exista un proceso judicial o que aún no se haya dado inicio al mismo. En el primer supuesto, la transacción ocasionará la terminación de la correspondiente desavenencia, en la forma que regula el artículo 340 del Código de Procedimiento Civil; en el segundo, impedirá a los contratantes, en línea de principio, llevar al órgano jurisdiccional su desacuerdo"

En ese orden, resulta entonces acertada la decisión de declarar probada la excepción de cosa juzgada frente a las pretensiones dirigida a la sociedad ROSMI S.A.S.., pues como ya se indició cualquier litigio derivado del contrato de prestación de servicios celebrado entre las partes quedo cobijado con el acuerdo de transacción, siguiéndose en consecuencia la confirmación de la sentencia apelada.

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte actora.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juez 20 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de conformidad con las motivaciones que preceden.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

AGENCIAS EN DERECHO: Se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de $1.200.000, la cual deberá ser incluida en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL

BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR NUBIA NEIRA DE ÁLVAREZ CONTRA HUMUS DE LOMBRIZ SAN RAFAEL LTDA (RAD. 21 2018 00021 01).

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

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

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida por la Juez Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 13 de diciembre del 2022 (23ActaAudiencia20221213.pdf, récord 23:05) en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO: ABSOLVER** a la sociedad demandada HUMUS DE LOMBRIZ SAN RAFAEL LTDA de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por la señora NUBIA NEIRA DE ÁLVAREZ, conforme las razones expuestas en la parte motivan de esta providencia.*
>
> ***SEGUNDO: DECLARAR PROBADA** la excepción de inexistencia de la obligación formulada por HUMUS DE LOMBRIZ SAN RAFAEL LTDA, a través de curadora ad litem.*
>
> ***TERCERO: CONDENAR** en costas de esta instancia a la parte demandante. Liquídense por Secretaría incluyendo como agencias en derecho la suma de $500.000.*
>
> ***CUARTO: SURTIR** el grado jurisdiccional de consulta en favor de los intereses de la demandante para ante la Sala Laboral del H. Tribunal Superior de Bogotá, en caso de no ser apelada oportunamente.".*

Inconforme con la decisión la apoderada de la parte actora recurrió la decisión señalando[1], sí existió contrato laboral y se logró probar los elementos que constituyen el mismo, como fue la prestación personal del servicio, la continua subordinación y la retribución o remuneración del servicio. Resaltó, hay una carta que no fue tachada, que es auténtica y fue expedida por el señor Rafael Leal Rodríguez, como gerente de fecha 19 de agosto de 2006, sujeto que constituyó la empresa en el 2003 dándole el mismo nombre, así mismo, en la demanda se dice que se demanda a San Rafael Limitada, representada legalmente por el señor Rafael Leal Rodríguez, que es la misma persona que está expidiendo la carta y desde el año 1995 al 2006 ya llevaba 11 años laborando.

Añadió, siendo claro que los testigos expresaron dicha situación, quienes también trabajaron en la empresa, siendo una costumbre ilegal y de mala fe de esta demandada, contratar a las personas y no pagarle sus prestaciones sociales ni pagarles sus salarios oportunamente, pues siempre contrataba de una manera ilegal, entonces, a su juicio, no se puede decir que no hubo contrato laboral, soportándose en la certificación y en los testimonios.

Recalcó, los testimonios fueron muy claros al decir que sí les constaba cuáles eran las actividades que desarrolló la actora Nubia Neira en la empresa consistente en la tecnificación de lombriz, ósea de extracción de abono, faltando entonces, valoración probatoria por parte de la juez de primer grado.

---

[1] ***Recurso parte actora, récord 24:05****: "Presentó el recurso de reposición en subsidio apelación, puesto que reiteró los alegatos de conclusión presentados el día de ayer. y reafirmó que sí existió contrato laboral y se logró probar los elementos que constituyen el contrato laboral, como fue la prestación personal del servicio, la continua subordinación y la retribución o remuneración del servicio. Hay una carta que no fue tachada, que es auténtica y fue expedida por el señor Rafael Leal Rodríguez, como gerente en agosto 19 de 2006. Si bien es cierto, legalmente él constituye la empresa en el 2003 le da el mismo nombre y en la demanda se dice que se demanda a San Rafael Limitada, representada legalmente por el señor Rafael Leal Rodríguez, que es la misma persona que está expidiendo la carta y desde el año 1995 al 2006 ya llevaba 11 años laborando y como fue muy claro en los testigos, lo que expresaron los testigos que también trabajaron allá, era costumbre ilegal y de mala fe de esta empresa, contratar a las personas y no pagarle sus prestaciones sociales ni pagarles sus salarios oportunamente, siempre contrataba de una manera ilegal, entonces, en ese en ese sentido no se puede decir que no hubo contrato laboral, están probadas a través de esta carta y también de los testimonios. Los testimonios fueron muy claros al decir que sí les consta, que eran las actividades que desarrollaron, señora juez, en una de las preguntas que usted hizo y que yo también hice, quedó muy claro las actividades que decía que desarrollaba la señora Nubia Neira en la empresa que era en la tecnificación de lombriz, o sea de extracción de abono quedó muy claro en su conjunto faltó valoración de todas las pruebas allí.*

También a la empresa le corresponde desvirtuar la carga de la prueba, lo que se está demandando y la empresa no lo hizo ni de forma personal, ni tampoco a través de su Curador, debió presentar los documentos que se solicitaron para que se desvirtuaran realmente que no había relación laboral como fueron los libros o minutas de registro de los pagos o los aportes a la Seguridad Social correspondiente a la demandante, los pagos parafiscales, salarios y acreencias laborales, no presentó absolutamente ninguna prueba que con que se esté controvirtiendo realmente que no hubo una existencia de un contrato laboral. En tal sentido, presento mi recurso de reposición en subsidio apelación. Gracias, señora juez".

Terminó argumentando, a la enjuiciada le correspondía desvirtuar la carga de la prueba, y no lo hizo de forma personal, ni tampoco a través de su Curador, ya que, debió presentar los documentos que se solicitaron para desvirtuar realmente que no había relación laboral como fueron los libros o minutas de registro de los pagos o los aportes a la Seguridad Social correspondiente a la demandante, los pagos parafiscales, salarios y acreencias laborales.

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante, señora NUBIA NEIRA DE ÁLVAREZ, las pretensiones relacionadas a páginas 9 a 10 del archivo 01, las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos expuestos en las páginas 6 a 10, ibidem, encaminadas a que se declare la "solución de no continuidad", o "sin solución de continuidad de la relación laboral entre la Empresa HUMUS DE LOMBRIZ SAN RAFAEL LTDA y consecuente con ello, se condene a la empresa al reintegro y/o reinstalación de la actora NUBIA NEIRA BARBOSA, a un cargo de acuerdo a su capacidad laboral, al pago de salarios indexados, dejados de percibir desde el mes de agosto de 2014, hasta la fecha de ejecución de la sentencia, cesantías, causadas desde el día 15 de febrero de 1995, intereses a las cesantías, vacaciones, prima de servicios, aportes a seguridad social (salud, pensión y riesgos laborales), sanción moratoria contemplada en la Ley 50 de 1990, artículo 99, facultades *extra y ultra* petita y costas del presente proceso. **Obtuvo sentencia de primera instancia desfavorable** por cuanto se absolvió a la sociedad demandada HUMUS DE LOMBRIZ SAN RAFAEL LTDA de todas y cada una de las pretensiones incoadas, se declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación y se condenó en costas a la demandante.

Lo anterior tras considerar la *a quo*, del material probatorio es fácil colegir que la promotora de esta actuación no satisfizo el presupuesto mínimo e indispensable de prestación de servicios a favor de la sociedad demandada para que operara en su favor la presunción prevista en el artículo 24 del Código Sustantivo de Trabajo, así mismo, dio por no acreditada la carga probatoria prevista en el artículo 167 del Código General del Proceso, citando al efecto, la decisión de la CSJ con radicado No. 36540 del 9 de agosto de 2009 y ponencia del Magistrado Doctor Luis Javier

López Osorio, donde señaló: "*Esta resolución no significa que el demandante queda relevado de otras cargas probatorias, le atañe acreditar otros relevantes dentro de esta reclamación de derechos, como por ejemplo, el extremo temporal de la relación, el monto de salario, su jornada laboral, el trabajo en tiempo suplementario, el hecho del despido cuando se demanda la indemnización de la terminación del vínculo, entre otros".*

Pues bien, para resolver la alzada ha de indicarse en los juicios del trabajo es primordial para el operador judicial establecer si existe o no contrato de trabajo, que resulta ser la fuente o causa de los derechos laborales y, acreditados los extremos temporales de la relación y el salario devengado, resultaría factible efectuar las liquidaciones a que hubiere lugar.

De conformidad con lo anterior, la controversia que se trae a los estrados apunta a determinar si entre la señora NUBIA NEIRA DE ÁLVAREZ y la sociedad enjuciada HUMUS DE LOMBRIZ SAN RAFAEL LTDA, existió un contrato de trabajo entre el 15 de febrero de 1995 al 2 de febrero de 2015, advirtiéndose, la juez de primera instancia no encontró demostrada la existencia del vínculo laboral entre las partes al no encontrar probada la prestación del servicio por la demandante en las fechas incoadas en el libelo, mismas que no son claras ya que solo se enuncian en los hechos 1 y 11, sin invocarse en las pretensiones, no obstante, haciendo una adecuada interpretación integral del libelo introductorio se extraen las fechas del pretendido contrato..

Por lo anterior, precisa la Sala, no tiene importancia la denominación que le asignen las partes a la actividad desarrollada, ni que esté regida por estipulaciones especiales, pues lo que configura el contrato de trabajo es la forma como se ejecuta la prestación, es decir, debe hacerse primar la realidad sobre la apariencia formal, de acuerdo con el artículo 53 Constitucional y el entendimiento jurisprudencial y doctrinal en torno al tema.

Pues bien, inicialmente debe precisarse, al estar representada la sociedad demandada por Curadora Ad Litem, según designación efectuada en auto del 15 de octubre de 2021, archivo 04 y como quiera que no le consta a esta profesional los hechos plasmados en el libelo, entre ellos el referido a la prestación personal del servicio en los términos aducidos por el extremo demandante, aunado a que también se señala en la apelación la existencia de tal prestación de servicio a

favor de la sociedad accionada, corresponde en primer lugar a la Sala definir si en autos reposa prueba de la misma y, de ser así, dada la ventaja probatoria consagrada en el artículo 24 del C. S. del T., se podría presumir la existencia de un contrato de trabajo entre la señora NUBIA NEIRA DE ÁLVAREZ y la enjuiciada, correspondiendo por tanto a ésta última desvirtuar su existencia. Al respecto, puede consultarse la sentencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, dictada dentro del radicado 32701[2]. Igualmente, se puede acudir al contenido de la sentencia CSJ SL547-2023, donde expresó: "*Acreditada la prestación personal del servicio, se presume la existencia de la subordinación laboral, por tanto, corresponde al empleador desvirtuarla demostrando que el trabajo se realizó de manera autónoma e independiente.".*

Sobre este mismo punto, en sentencia CSJ SL652-2023, se reiteró: "*Quien pretenda la declaratoria de un contrato de trabajo, debe acreditar, por lo menos la prestación personal del servicio y los extremos temporales en los cuales afirma se desarrolló la labor, para dar aplicación a la presunción contenida en el artículo 24 del C.S.T.".*

Acatando lo anterior, procede la Sala con el análisis del acervo probatorio vertido en autos del cual se destacan los siguientes documentales (archivo 01, página 16 y s.s.):

a) Certificado existencia y representación legal empresa HUMUS DE LOMBRIZ SAN RAFAEL LTDA, expedido en fecha 18 de diciembre de 2017.

b) Declaración juramentada - acta No. 2497 de la Notaria 1ra del Círculo de Fusagasugá suscrita por la aquí demandante y su compañero permanente, señor Víctor Manuel Mahecha Vásquez, por medio de la cual declaran una convivencia de 40 años.

---

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

A juicio de la Sala, la anterior interpretación del artículo 24 que hizo el ad quem, no ofrece reparo alguno, pues esa es la intelección genuina que se desprende del texto legal, cuya finalidad no es otra que aliviar la carga probatoria que normalmente pesaría sobre el trabajador de demostrar los elementos que configuran el contrato de trabajo, esto como medida protectora de la parte débil en la relación laboral."

c) Certificación Laboral expedida en fecha 19 de agosto de 2006, suscrita por el señor Rafael Leal Rodríguez en calidad de representante legal de la empresa HUMUS DE LOMBRIZ SAN RAFAEL LTDA.

d) Historia Clínica VICTOR MANUEL MAHECHA VÀSQUEZ de la Clínica Belén de Fusagasugá Ltda.

e) Historia Clínica Fundación Cardio-infantil- Instituto de Cardiología, relacionada con el señor VICTOR MANUEL MAHECHA VÀSQUEZ.

Asimismo, se recaudaron las declaraciones de las señoras **SANDRA PATRICIA ÁLVAREZ** y **ALBA NUBIA ÁLVAREZ,** quienes relataron:

SANDRA PATRICIA ÁLVAREZ[3]**,** mi mamá entró a trabajar el 15 de febrero de 1995 en oficios varios, tenía que sacar lombriz, revolver abono, ella dejó de trabajar el 3 de agosto de 2014 cuando se enfermó mi padre por un infarto y lo trasladaron a la Cardio Infantil, pero volvió, ella regresó el 2 de febrero de 2015 y le dijeron que no había más trabajo. Añadió, el contrato fue verbal porque yo vivía con ellos, mis papás me comentaron que les dieron trabajo, el horario era de lunes a viernes de 7 a.m. a 5 p.m. y sábados de 7 a.m. a 12:30 m., recordó que le

[3]***SANDRA PATRICIA ÁLVAREZ, récord 58:10: "****Mi mamá es Nubia Neira, estoy para testiguar que mi mamá trabajó en San Rafael, mi mama entro a trabar el 15 de febrero de 1995 en oficios varios, sacar lombriz, revolver abono, ella dejó de trabajar el 3 de agosto de 2014 que se enfermó mi padre por un infarto y lo trasladaron a al Cario Infantil pero volvió el 2 de febrero de 2015 y le dijeron que no había más trabajo, yo me hice cargo de mis papás porque no pudieron entrar a la finca , el contrato fue verbal porque yo vivía con ellos, mis papas me comentaron que le dieron trabajo, el horario era de lunes a viernes de 7 a m a 5 pm y sábados de 7 a 12:30, yo trabaje del 1996 al 2003, yo empacaba lombrices, yo viví con ellos hasta el 2000, me acuerdo que pagaban el mínimo en efectivo los sábados a medio día, lo hacían en ,a misma empresa, a veces pagaba a los 8 o 15 días, ella tuvo vacaciones como 2 o 3 veces, ellos pagana arriendo para poder vivir ahí y pagaba servicios, mis papás los fines de semanas trabajaban de 7 a 12 m, mi mamá salía y se iba a mercar o hacia los oficios de la casa, mi mama no estaba asegurada en el SISBEN y no cotizaba, no le pagaron nada, no recibió pagos, antes le quedaron debiendo un suelo cuando mi papá se enfermó, mi mamá se fue a acompañar a mi papá a la Clínica luego no le quisieron dar trabajo en febrero de 2015, don Rafel le dio permiso y le dijo a mi mamá que le colaboraba en esos momento, lo sé porque mi mamá me comenté el día que llegó a la Clínica, la Finca queda en al Vereda Cucharla bajo en Fusagasugá, la casa de mis papás quedaba al lado de Don Rafel y luego estaba al oficina, lo único que los separaba era una piscina, Don Rafel solo iba los fines de semanas y luego a los años vivía en la empresa, me consta porque los viernes a las 5 pm yo comenzaba oficios en la casa, cuando no estaba doña Alba había un señor, en la casa de mis papas vivían mis papás, mi hermano y un sobrino y con el tiempo salieron, eso fue como en el 1995 o 1996, don Rafel sabia porque se le pedía permiso, de la familia estábamos como unos 6, en total eran como 100 o 200 trabajadores, los únicos que vivían en la empresa eran mis papas, de noche mi papá cuidaba la empresa, mi papá si los fines de semana salía a visitar a los hijos, mi mamá hacia las tareas, yo estudiaba en la mañana y luego ayudaba en la empresa a Don Rafel y los sábados nos daba cualquier cosa y nos daba algo como tal, pero comencé al ser mayor de edad, antes de 1996 yo vivía con mis papás, antes vivíamos en la Finca de una hermana, el arriendo lo pagaban, mis papás tiene los recibos y también pagaban servicios, como gas, agua y luz, no me acuerdo bien pero creo que llegamos los 4 a vivir en la casa".*

pagaban el mínimo en efectivo los días sábados a medio día, en la misma empresa, a veces pagaban a los 8 o 15 días, aseguró, ella tuvo vacaciones como 2 o 3 veces, así como pagaban arriendo para poder vivir ahí y pagaban servicios, tenía que trabajar los fines de semanas de 7 a.m. a 12 m, mi mamá estaba asegurada en el SISBEN y no cotizaba, no le pagaron nada, no recibió pagos, antes le quedaron debiendo un sueldo cuando mi papá se enfermó, mi mamá se fue a acompañar a mi papá a la Clínica luego no le quisieron dar trabajo en febrero de 2015, don Rafael le dio permiso y le dijo a mi mamá que le colaboraba en esos momentos, lo sé porque mi mamá me comentó el día que llegó a la Clínica, la finca se ubica en la Vereda Cucharal abajo de Fusagasugá, la casa de mis papás quedaba al lado de Don Rafael y luego estaba la oficina, lo único que los separaba era una piscina, Don Rafael solo iba los fines de semanas y después de algunos años vivía en la empresa, los únicos que vivían en la empresa eran mis papás, de noche mi papá cuidaba la empresa, mi papá los fines de semana salía a visitar a los hijos, mi mamá hacia las tareas, mis papás tiene los recibos de los arriendos y también pagaban servicios, como gas, agua y luz.

ALBA NUBIA ÁLVAREZ[4], al ser la nieta de la demandante relató, mi abuelita trabajó en la finca San Rafael, conociendo dicha situación porque vivió con ella en esa fecha, la finca está ubicada en Fusagasugá en el Cucharal, residió desde 1995, mi abuelita ingresó primero, yo estaba en diferente casa, yo tenía como 11

[4] ***ALBA NUBIA ÁLVAREZ, récord 12:14: "****Soy la nieta de la demandante, estoy de testigo porque mi abuelita trabajo en al Finca San Rafel, lo sé porque yo viví en esa fecha, la Finca está ubicada en Fusagasugá en Cucharal, residí como 13 años en 1995, yo ingresé allá, mi abuelita ingresó primero, yo estaba en diferente casa, yo tenía como 11 años, mi padrastro trabajaban en la Finca , yo me fui a vivir con mi abuela por problema familiares en 1997 y ella seguía trabajando en la Finca , yo cumplí una cierta edad y a los 17 años ellos me dieron trabajo por 2 años y medio, yo me fui de la Finca y luego se enfermó mi abuelito y lo trajimos a Bogotá y mi abuelita tuvo que estar siempre con él en la Clínica, don Rafel le dijo a mi abuelita que no se preocupara que los esperaba en la Finca cuando se alentara, ellos se fueron a la Finca cuando mi abuelo mejoró y la hija de don Rafel dijo que no había más trabajo, ellos ya no tenían las cosas, se las sacaron de la Finca , yo fui a la Finca y me dijo la hija de don Rafael que sacaron las cosas, yo vivo en Bogotá, yo laboré en la Finca como hasta el 2010 aproximadamente, no tengo bien en cuenta la fecha, yo iba allá a visitar a mis abuelos, yo iba cada 8 o 15 días, fines de semana o entre semana, yo me dedicaba a vender muebles y miscelánea, iba cada vez que me daban permiso, yo he trabajado por días, en la Finca iba bien temprano y volvía por la noche, mi abuela sacaba las lombrices, las escogía y el bono, y hacia oficios varios y cuidaban la finca porque estaba ahí, hasta donde yo supe no pagaban arriendo, a lo último como 2 años después de yo salir de la finca les dijeron que tenían que pagar arriendo, no he hablado con mi abuela de eso, mi abuela comenzó en 1995, lo sé porque yo llegué allá ese mismo año como a los 4 o 5 meses, en el 2015 fue cuando les dijeron a ellos que no había más trabajo, hasta donde yo sé a ella le pagaban el suelo mínimo, quincenal, la secretaria la pagaba porque recibía las órdenes para los pagos, allá se trabajaba de 7 am a 5pm y los sábados de 7 a 12;30 m, las ordenes las daba Rafael Leal, siempre mis abuelos han sido atendidos por el Sisbén, el contrato fue verbal, unca nos hacían firmar algo, el contrato terminó porque ella fue a cuidar a i abuelo, fue injustificado, en el 2015 terminó que fue cuando ellos regresaron que mi abuelo estaba mejor, eso fue febrero de 2015, mis dos abuelos se hicieron cargo de mí, había un encargado que entregaba las herramientas, se llama Ruperto, le entregaba a los trabajadores las herramientas, las cosas que sacaron eran de mis abuelos, el día domingo salía mi abuela y hacia mercado, mi abuelo estaba pendiente de la piscina y cuidaba los perros, no pedía permiso para salir porque quedábamos solitos en la Finca ".*

años, yo me fui a vivir con mi abuela por problema familiares en 1997 y ella seguía trabajando en la finca, yo cumplí una cierta edad y a los 17 años ellos me dieron trabajo por 2 años y medio, yo me fui de la finca y luego se enfermó mi abuelito y lo trajimos a Bogotá y mi abuelita tuvo que estar siempre con él en la Clínica, don Rafael le dijo a mi abuelita que no se preocupara que los esperaba en la finca cuando se alentara, ellos se fueron a la finca cuando mi abuelo mejoró y la hija de don Rafael dijo que no había más trabajo, ellos ya no tenían las cosas en la finca, se las sacaron, yo fui a la finca y me dijo la hija de don Rafael que sacaron las cosas, yo laboré allá como hasta el 2010 aproximadamente, yo iba allá a visitar a mis abuelos, yo iba cada 8 o 15 días, fines de semanas o entre semana, mi abuela sacaba las lombrices, las revolvía junto con el abono y hacia oficios varios y cuidaban la finca porque estaban ahí, hasta donde supo, no pagaban arriendo, a lo último como 2 años después de salir de la finca les dijeron que tenían que pagar arriendo, no habló con la abuela de eso, la abuela comenzó en 1995, en el 2015 fue cuando les dijeron a ellos que no había más trabajo, les pagaban el salario mínimo, quincenal, la secretaria pagaba porque recibía las órdenes para los pagos, allá se trabajaba de 7 a.m. a 5 p.m. y los sábados de 7 a.m. a 12;30 m, las órdenes las daba Rafael Leal, siempre los abuelos fueron atendidos por el Sisbén, el contrato fue verbal, nunca los hacían firmar algo, el contrato terminó porque se fue a cuidar a mi abuelo, fue un despido injustificado en el 2015, había un encargado que entregaba las herramientas, se llama Ruperto, entregaba a los trabajadores las herramientas, las cosas que sacaron eran de mis abuelos, el día domingo salía mi abuela y hacia mercado, mi abuelo estaba pendiente de la piscina y cuidaba los perros, no pedía permiso para salir porque quedábamos solos en la finca.

Así las cosas, del análisis de los medios de convicción recaudados valorados bajo las reglas de la sana critica, pues recuérdese que la decisión se funda en la libre formación del convencimiento del fallador *(artículo 61 del C.P.L.),* sin que existan tarifas probatorias o pruebas irrefutables, advierte esta Sala de decisión, las mismas resultan precarias para acreditar la prestación del servicio por parte de la señora NUBIA NEIRA DE ÁLVAREZ en favor de la sociedad demandada en el periodo comprendido del **15 de febrero de 1995 al 2 de febrero de 2015**, pues no se aportó un medio de convicción diferente que apoye la versión dada por la demandante; pues si bien en los hechos de la demanda adujo que laboró para la enjuciada de manera continua e ininterrumpida, lo cierto es que no se acreditó que

la señora NUBIA NEIRA DE ÁLVAREZ prestara los servicios en las fechas reseñadas.

A fin de resolver el problema jurídico planteado, advierte la Sala, en primer lugar, obra a páginas 16 a 21 del archivo 01 y 1 a 5 del archivo 14, el certificado de Cámara y Comercio de Bogotá perteneciente a la sociedad HUMUS DE LOMBRIZ SAN RAFAEL LTDA - EN LIQUIDACIÒN, identificada con NIT. 830123044-03, del cual se extrae que el representante legal era el señor LEAL RODRIGUEZ RAFAEL (q.e.p.d.) para el momento de la constitución, siendo matriculada la sociedad el **27 de junio de 2003** bajo el No. 01285070, es decir, la aquí demandada nació a la vida jurídica desde dicho momento y solo desde allí puede analizarse la existencia de un contrato de trabajo con la promotora del litigio al ser viable contraer obligaciones de cualquier índole a partir de la creación de la persona jurídica. Esto, por cuanto la demanda va dirigida a la declaratoria de un contrato de trabajo desde el **15 de febrero de 1995,** no pudiéndose entonces analizar desde este extremo una eventual prestación del servicio al no existir la persona jurídica demandada sino a partir del 27 de junio de 2003.

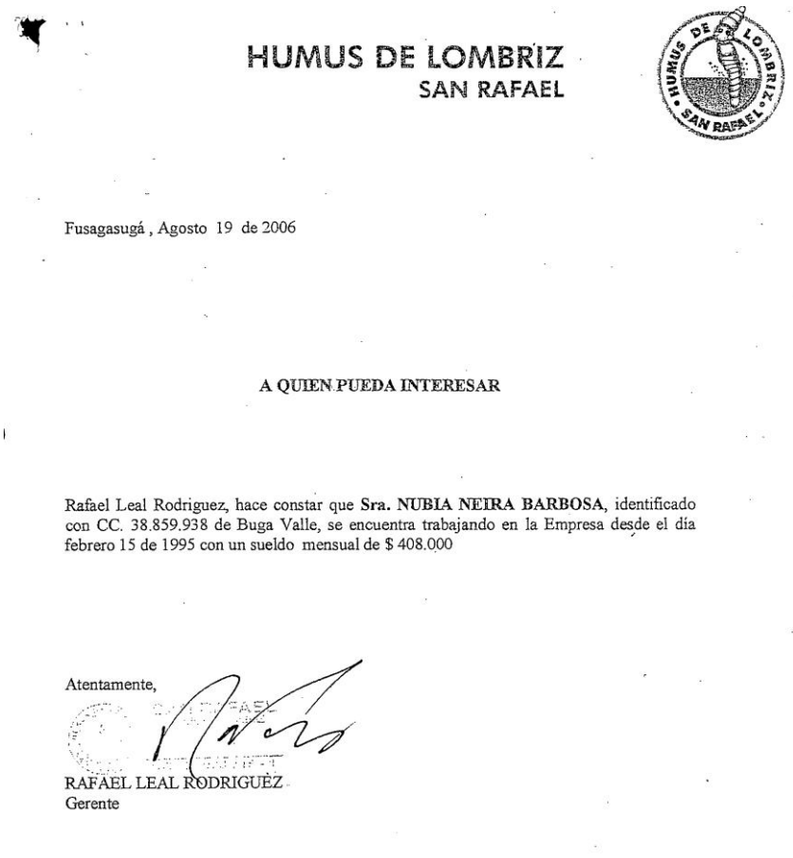
En punto al recurso de apelación debe advertirse a la recurrente, el poder y la demanda van dirigidos únicamente a la persona jurídica **HUMUS DE LOMBRIZ SAN RAFAEL LTDA EN LIQUIDACIÓN** y así fue admitida mediante providencia calendada 08 de marzo de 2018 (archivo 01, página 224), por lo que, consecuente con esto, el litigio se ciñe solo a verificar la existencia del contrato con la persona jurídica, desde su creación, inscripción o nacimiento a la vida jurídica.

Precisado lo anterior, procede esta Corporación al análisis de los medios probatorios recaudados, concluyendo frente a las pruebas documentales, éstas son escasas para llevar a la convicción de una efectiva prestación del servicio a favor de la sociedad enjuiciada, pues la parte actora arrimó la historia clínica de su compañero permanente en la cual se puede verificar los padecimientos de salud que éste enfrentó en las fechas 05 de septiembre de 2014[5] al 19 de enero de 2017, lo que podría respaldar eventualmente una calamidad que tuvo que ser asistida por la actora al ausentarse de su "*lugar de trabajo*" para desplazarse a la ciudad de Bogotá con el fin de cuidar de su pareja. No obstante, esta situación, nada ayuda a probar una prestación del servicio a favor de la demandada, tal como lo concluyó la a quo.

[5] *Páginas 25 a 222 del archivo 01 del expediente digital.*

Se precisa, se da por sentado que la señora NUBIA NEIRA DE ÀLVAREZ y el señor VICTOR MANUEL MAHECHA VÀSQUEZ sostienen una unión marital de hecho desde hace más de 40 años, aproximadamente, conforme a la declaración juramentada No. 2497 del 23 de noviembre de 2017 (página 23, archivo 01), sin que sea esta situación de mayor trascendencia para resolver la litis, pues se hace mención de estos hechos únicamente para verificar la posible procedencia de la calamidad familiar que tuvo que afrontar la demandante en el año 2014.

Continuando con la valoración de las pruebas documentales se tiene a página 24 del archivo 01 la certificación expedida por el señor RAFAEL LEAL RODRIGUEZ de fecha 19 de agosto de 2006, al siguiente tenor:



HUMUS DE LOMBRIZ
SAN RAFAEL

Fusagasugá , Agosto 19 de 2006

A QUIEN PUEDA INTERESAR

Rafael Leal Rodriguez, hace constar que **Sra. NUBIA NEIRA BARBOSA**, identificado con CC. 38.859.938 de Buga Valle, se encuentra trabajando en la Empresa desde el día febrero 15 de 1995 con un sueldo mensual de $ 408.000

Atentamente,

RAFAEL LEAL RODRIGUEZ
Gerente

De la misma, se extrae que la empresa HUMUS DE LOMBRIZ SAN RAFAEL certificó que la demandante prestaba los servicios desde el 15 de febrero de 1995 **para dicha sociedad**, situación que jurídicamente no pudo acontecer, ya que, como se dijo anteriormente, la empresa demandada se creó el 27 de junio de 2003, por otro lado, tampoco podría darse por cierto o llegar a establecer, que la

demandante prestó los servicios para el señor RAFAEL LEAL RODRIGUEZ como **persona natural** con anterioridad al mes de junio de 2003 al no ser resorte de este proceso, pues se itera, solo se demandó a la persona jurídica HUMUS DE LOMBRIZ SAN RAFAEL, representada por el señor RAFAEL LEAL RODRIGUEZ, por tanto, lo allí consignado a lo sumo, obligaba al mencionado señor y no a la sociedad enjuiciada.

De tal modo, de la aludida certificación no puede inferirse que la actora efectivamente prestara sus servicios en favor de la accionada en los términos indicados en la demanda.

Si bien es cierto, esta Corporación no desconoce el valor probatorio que se le debe dar a las certificaciones, conforme se dispuso en sentencia CSJ SL14426-2014, **el juez puede restar credibilidad a un certificado laboral, cuando resulta abiertamente contrario a la evidencia real** (CSJ SL, 24 feb. 2010, rad. 32322, CSJ SL4735-2017).

Así discurrió la Alta Corporación:

> *"Frente a la posibilidad de restar credibilidad a la certificación de la demandada esta Sala de la Corte, en decisión CSJ SCL 24, feb, 2010, rad. 32322 consideró:*
>
> > *Recientemente, la Sala consideró que a una certificación emitida por un empleador* ***no podía dársele credibilidad, por ser contraria a la realidad de los hechos, con lo que se reitera que sí es posible, bajo ciertas circunstancias, apartarse de lo consignado en constancias o certificaciones emitidas por el empleador.*** *Así se dijo en la sentencia del 25 de agosto de 2009, radicación 35910:*
> >
> > ***"Por consiguiente y no obstante que en la certificación de diciembre de 2004, cuando ya se había iniciado el segundo contrato, se hubiera hecho constar que la demandante se encontraba vinculada desde febrero de 2002, la realidad probada es otra, por lo que tal certificación al ser contraria a la verdad real y procesal, no se constituye un medio probatorio*** *con aptitud para desvirtuar las otras pruebas que sí son coincidentes con la realidad de los hechos demostrados y confesados por las partes dentro del proceso." (Negrilla fuera del texto).*

Por otra parte, respecto a las dos testigos recepcionadas, debe indicarse, no se logró probar una prestación del servicio a partir del **27 de junio de 2003**, pues si bien, las deponentes tienen la calidad de hija y nieta de la demandante al haber

convivido con ésta en la finca donde funcionaba la empresa demandada, se puede extraer que NO dieron cuenta de las condiciones de la actividad personal del servicio que pudo ejecutarse a favor de la sociedad demandada, pues las declarantes de manera general indicaron que la señora NUBIA NEIRA realizaba actividades atinentes a sacar lombrices y revolver abono así como hacia las "demás actividades de oficios varios", por lo dicho, tales declaraciones no fueron suficientes para que esta Sala llegara al convencimiento de una prestación del servicio.

Puntualmente, la señora SANDRA PATRICIA ÀLVAREZ informó, la demandante pagaba arriendo y servicios como agua, luz y teléfono, contando con todos los recibos pertinentes; pruebas que valga indicar, no fueron arrimadas al proceso. También, se limitó a exponer que la actora vivía en la finca donde funcionaba la empresa desde el año 1995 al 2014, ultima data para la cual se enfermó el compañero, no pudiéndose entonces establecer o tener certeza de las condiciones en que las partes pactaron un posible servicio personal, pues no obra prueba alguna de la ejecución de las actividades propias de la demandada, salvo los dichos de las deponentes que fueron contradictorias entre sí. Al efecto, se resalta, contrario a lo afirmado por la testigo ya citada, la señora ALBA NUBIA ÀLVAREZ reveló, que la demandante no pagaba suma alguna por concepto de arriendo, salvo los 2 últimos años, que "creía" si le cobraba el empleador, desconociendo el monto.

Conviene acotar, la parte actora aporta una certificación y dos declaraciones con el fin de obtener la declaratoria de un contrato desde el año 1995 al 2015, sin embargo, no obra prueba sobre su dicho, pues las 2 declarantes insistieron en la jornada laboral, cargo de oficios varios y lugar (finca de Fusagasugá), pero obsérvese, ninguna dio detalles sobre situaciones concretas de tiempo, modo y lugar en que se pudo prestar el servicio pues las dos declarantes convivieron con la actora y explícitamente pudieron exponer situaciones concretas sobre ello, incluso, relacionadas con monto del salario, si conocieron cuáles fueron las condiciones pactadas entre las partes, etc., aunado a que indicaron que en la finca solo habitaba la señora y su compañero, luego, informaron que los fines de semana iba el señor Rafael Leal y posteriormente, se fue a vivir a la finca, sin indicar fecha exacta o exponer por qué el conocimiento de estos hechos, se recalca, si bien las 2 deponentes convivieron con la actora, las mismas se fueron en el transcurso del tiempo y no estuvieron presentes en el 2014 en la finca.

Así las cosas, frente a la existencia de un contrato de trabajo entre la señora NUBIA NEIRA con la accionada, como ya se explicó, no fue respaldada por ningún medio probatorio, ni tan siquiera indiciario, advirtiendo, tal aseveración, por sí sola, no resulta suficiente para fulminar condena contra HUMUS DE LOMBRIZ SAN RAFAEL LTDA, tal y como lo ha enseñado la Sala de Casación Laboral de la C.S.J. en sentencia SL20683 – 2017, donde dispuso: "***No se crea que quien se presenta a alegar judicialmente el contrato laboral como fuente de derechos o causa de obligaciones a su favor nada tiene que probar y le basta afirmar la prestación de un servicio para que se le considere amparado por la presunción de que trata el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo****. Esta presunción como las demás de su estirpe, parten de la base de la existencia de un hecho cierto, indicador, sin el cual no se podría llegar al presumido o indicado.* ***Este hecho es "la relación de trabajo personal", de que habla el mismo texto y que consiste, como es sabido, en la prestación o ejecución de un servicio personal, material o inmaterial continuado, dependiente y remunerado***". (Negrilla y subrayado fuera del texto).[6]

De tal forma, en respuesta a uno de los puntos de apelación de la demandante, se informa que ésta debía probar la prestación del servicio a efectos de dar aplicación a la presunción legal establecida en el art. 24 del C.S.T. y no la empresa demandada, siendo oportuno precisar, que en los términos del artículo 167 del C.G.P., es carga de quien alega un hecho acreditar sus afirmaciones y en el caso bajo estudio, quien tiene interés jurídico en que resulten probadas sus afirmaciones es la parte demandante, la cual quedó expuesta a lo que Carnelutti llama *"EL RIESGO DE FALTA DE LA PRUEBA"*, sufriendo entonces, la consecuencia desfavorable.

En este sentido, debe recordarse al apelante, conforme a las normas laborales únicamente le correspondía probar la actividad personal en favor de la pasiva, lo cual no se dio en autos.

Agotada como se encuentra la competencia en esta instancia por el estudio del recurso de apelación en favor de la demandante, se confirmará la sentencia de primera instancia conforme a las consideraciones expuestas.

---

[6] *Criterio expuesto desde la sentencia del 31 de mayo de 1955 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.*

COSTAS en esta instancia a cargo del extremo demandante.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones aquí expuestas.

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

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

AGENCIAS EN DERECHO: Se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de $1.160.000, la cual deberá ser incluida en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL

BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR ECCEHOMO APONTE AMAYA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- (RAD. 24 2021 00470 01).

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

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

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta en su favor, contra la sentencia proferida por la Juez Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 2 de febrero del 2022 (Audiencia virtual, 21AudioAudiencia02022023, récord 01:10:59), en la que se resolvió:

> *"**PRIMERO: CONDENAR** a la demandada Administradora Colombiana de Pensiones **COLPENSIONES** a reconocer y pagar a favor de la señora **MARINA GUEVARA** la pensión de vejez de que trata el Acuerdo 049 aprobado por el Decreto 758 de 1990, a partir del 28 de enero de 2009 en cuantía del 48% del IBL que obtenga **COLPENSIONES** de conformidad con lo señalado con artículos 21 y 36 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990 que en ningún caso podrá ser inferior a un salario mínimo legal. Que deberá pagarse en 14 mesadas al año y con los incrementos de ley de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.*
>
> ***SEGUNDO: DECLARAR** que el señor **ECCEHOMO** tiene derecho que se le restituya la pensión que fuera reconocida la señora **MARINA GUEVARA**, a partir de la fecha del fallecimiento de aquella.*
>
> ***TERCERO: DECLARAR** probada la excepción de prescripción frente a las mesadas causadas con anterioridad el 6 de agosto de 2017 conforme a expuesto en la parte motiva de la decisión.*
>
> ***CUARTO: CONDENAR** a la demandada Administradora Colombiana de Pensiones **COLPENSIONES** a reconocer de manera indexada a favor del señor **ECCEHOMO APONTE** el retroactivo pensional que se cause con ocasión a la pensión de vejez POST-*

*MORTEM que aquí se reconoce a favor de la señora **MARINA GUEVARA** por el lapso comprendido entre el 6 de agosto de 2017 y el 9 de abril de 2019 conforme a lo motiva.*

***QUINTO: CONDENAR** a la administradora colombiana de pensiones **COLPENSIONES** a reconocer de manera indexada a favor del señor **ECCEHOMO APONTE AMAYA** el retroactivo pensional que se cause con ocasión al reconocimiento de pensión de sobrevivientes, a partir de 10 de abril de 2019 hasta cuando se incluya en nómina de pensionado y a continuar pagando la pensión de sobreviviente al demandante conforme a lo motivado.*

***SEXTO:** Autorizar a la administradora Colombia de pensiones **COLPENSIONES** efectuar los descuentos a salud sobre las mesadas pensionales reconocidas en la presente decisión conforme a lo establece el artículo 204 de la Ley 100 de 1993.*

***SÈPTIMO: ABSOLVER** a la administradora colombiana de pensiones **COLPENSIONES** de las demás pretensiones incoadas por la parte demandante de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva.*

***OCTAVO: COSTAS** en instancia a cargo de la demandada Administradora Colombiana de Pensiones **COLPENSIONES** a favor del demandante. Liquídense por secretaria, incluyendo como agencias en derecho la suma de $1.000.000.*

***NOVENO:** Consultar la presente decisión ante la sala laboral del tribunal superior del distrito judicial de Bogotá a favor de la demandada Administradora Colombiana de Pensiones **COLPENSIONES**, en el evento que no interponga recurso de apelación contra la presente sentencia.".*

Inconforme con la decisión, la demandada COLPENSIONES interpuso recurso de apelación[1] manifestando, la entidad efectuó el estudio de la prestación reclamada por el demandante en el que se analizó las semanas que fueron efectivamente cotizadas, pese a tener un total de 598, según todos los documentos que fueron aportados, concluyendo que la causante no es beneficiaria del régimen de transición siendo de manera principal el hecho de que al Instituto de Seguro Social no se efectuó ningún tipo de aporte con

[1] ***Recurso Colpensiones, 1:14:36:** "Interpongo recurso de apelación para que ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial Laboral, se revoque el mismo atendiendo los argumentos que paso a exponer y reiterar y que fueron señalados en alegatos de conclusión., y es que COLPENSIONES efectúa un estudio de la prestación o de la actual prestación señalada por el demandante en el que conforme a las semanas que fueron efectivamente cotizadas corresponde a 598 según todos los documentos que fueron aportados, encuentra que la causante no es beneficiaria del régimen de transición siendo de manera principal el hecho de que al Instituto de Seguro Social no se efectuó ningún tipo de aporte con antelación al 1º de abril del 1994 que como bien lo señaló la doctora la honorable juez el día de hoy en el fallo, pues si bien iniciaron los aportes desde 1990 estos no fueron efectuados al Instituto de Seguros Sociales., Así entonces pues no es posible a juicio de esta apoderada que se efectué un reconocimiento pensional POST-MORTEM atendiendo a lo dispuesto, en el régimen de transición como quiera que no se cumple con este requisito.*

Razón a ello le solicito respetuosamente al Tribunal se revoque en todas y en cada una de sus partes el fallo y en su lugar se absuelva a mi representada, en atención como bien se señaló, pues la demandante no dejó causado un derecho pensional a favor del señor ECCEHOMO APONTE la causante MARINA GUEVARA en atención a que no contaba con 50 semanas anteriores a la fecha de su fallecimiento cotizadas al sistema, como se puede leer en el expediente tampoco es beneficiaria del régimen de transición y no le son aplicables, pues tampoco ninguna de las disposiciones que sustenta el reconocimiento pensional, pues COLPENSIONES efectúa un estudio conforme a la Ley 100 del 1993, conforme al Acuerdo 049, conforme a la Ley 71, no encontrando que en efecto se encuentra sustentada la procedencia del reconocimiento pensional POST-MORTEN. Por lo que reitero muy respetuosa la solicitud de que se revoque la decisión en su lugar se absuelva a COLPENSIONES de todas y cada una de las condenas que fueron impuestas en esta instancia. Gracias".

antelación al 30 de junio de 1995, pues si bien se iniciaron los aportes desde 1990 estos no fueron efectuados al Instituto de Seguros Sociales, no siendo viable el reconocimiento pensional Post-Mortem atendiendo a lo dispuesto en el régimen de transición.

Razón a ello, la entidad solicitó revocar en todas y en cada una de sus partes el fallo de primer grado, ya que, la señora Marina Guevara (q.e.p.d.) no dejó causado el derecho pensional a favor del señor **ECCEHOMO APONTE** al no contar con 50 semanas anteriores a la fecha de su fallecimiento cotizadas al sistema, así como tampoco es beneficiaria del régimen de transición y no le son aplicables ninguna de las disposiciones que sustenta el reconocimiento pensional, conforme a la Ley 100 del 1993, Acuerdo 049 y Ley 71 de 1988.

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 ECCEHOMO APONTE AMAYA las pretensiones relacionadas en la demanda (págs. 11 a 1, archivo 01 expediente digital), las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos relatados en las páginas 8 a 11 del mismo archivo, aspirando de manera principal se declare que a la señora MARINA GUEVARA (q.e.p.d.) se encontraba amparada por el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, Acuerdo 049 de 1990, reglamentado por el Decreto 758 de 1990 al contar con más de 35 años de edad, que al demandante le asiste derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes de que trata el articulo 12 del Acuerdo 049 de 1990, reglamentado por el Decreto 758 de 1990, consecuente con ello, se condene al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a partir de enero de 2009 junto con las mesadas ordinarias y adicionales, indexación, reajustes, intereses moratorios del articulo 141 de la Ley 100 de 1993 y facultades *extra y ultra petita.* **Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable** a sus aspiraciones en donde se accedió al reconocimiento pensional a favor de MARINA GUEVARA (q.e.p.d.), en aplicación al Acuerdo 049 aprobado por el Decreto 758 de 1990, a partir del 28 de enero de 2009 en cuantía del 48% del IBL que obtenga COLPENSIONES

de conformidad con lo señalado con artículos 21 y 36 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990 que en ningún caso podrá ser inferior a un salario mínimo legal, en 14 mesadas al año y con los incrementos de ley. Igualmente, declaró que el actor tiene derecho que se le restituya la pensión que fuera reconocida la señora MARINA GUEVARA (q.e.p.d.), a partir de la fecha del fallecimiento de aquella, declarando probada la excepción de prescripción frente a las mesadas causadas con anterioridad el 6 de agosto de 2017, condenando a Colpensiones a reconocer de manera indexada el retroactivo pensional que se cause con ocasión a la pensión de vejez POST-MORTEM, por el lapso comprendido entre el 6 de agosto de 2017 y el 9 de abril de 2019 y el retroactivo pensional que se cause con ocasión al reconocimiento de pensión de sobrevivientes a partir de 10 de abril de 2019 hasta cuando se incluya en nómina de pensionado y a continuar pagando la pensión de sobreviviente al demandante, asimismo, se autorizó a COLPENSIONES efectuar los descuentos a salud sobre las mesadas pensionales reconocidas en la presente decisión conforme a lo establece el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, se absolvió a la entidad de las demás pretensiones y se condenó en costas en cuantía de $1.000.000. **Lo anterior, tras considerar la a quo**, que la señora Marina Guevara (q.e.p.d.) cotizó en toda su vida laboral un total de 598 semanas, siendo beneficiaria del régimen de transición, acreditando el cumplimiento de la edad al contar con 35 años al 1º de abril de 1994 y al nacer el 28 de enero de 1954. Posteriormente, entró a analizar si la de cujus causó antes del 31 de julio de 2010 los requisitos para acceder a la pensión de vejez, remitiéndose al contenido del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, finiquitando que la causante cumplió con la edad y las semanas, realizando su última cotización en febrero de 2002 como independiente, observándose un total de semanas cotizadas para los riesgos de IVM de 598, aportando al extinto ISS entre enero de 1996 al 28 de febrero de 2002 y a la Caja de Previsión del Distrito del 25 de abril de 1990 al 31 de diciembre de 1995, según certificaciones aportadas al proceso, concluyendo que la señora Marina Guevara (q.e.p.d.), cumplía con los requisitos antes del 31 de julio de 2010, límite temporal impuesto por el AL 01 de 2005. Rememoró que los aportes antes de 1993 tenían diferencias entre trabajadores públicos y privados, no obstante, hoy día es viable computar los aportes para la cristalización del derecho, resaltando, la CSJ consideró la acumulación de tiempos de servicios públicos y privados (SL1947-2020). Frente al reconocimiento y pago de la

pensión de la sustitución pensional advirtió, el demandante acreditó la convivencia prevista en los artículos 46 y 57 de la Ley 100 de 1993, modificados por la Ley 797 de 2003, asistiéndole derecho a la pensión al probarse convivencia por lo menos, los últimos 5 años anteriores al deceso de la señora Marina Guevara (q.e.p.d.), al ser el cónyuge conforme al registro civil de matrimonio contraído el 28 de julio de 1975.

En este orden de ideas, procede la Sala a resolver la presente Litis Advirtiendo lo pretendido de manera principal por el demandante consiste en analizar el reconocimiento de la pensión post mortem conforme a lo establecido en el Acuerdo 049 de 1990.

De manera preliminar y para dar solución al presente asunto sea del caso señalar, respecto del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, debe recordarse este beneficio de acuerdo con la modificación introducida al artículo 48 de la Constitución Política, por medio del parágrafo transitorio 4º del Acto Legislativo 01 de 2005[2], tiene dos límites temporales, el primero de ellos, el 31 de julio de 2010, término para que los beneficiarios del citado régimen acreditaran el cumplimiento de los requisitos de edad y semanas de cotización o tiempo de servicios con miras a que tales supuestos y el monto de la pensión de vejez, fueran los establecidos en el régimen anterior al cual se encontraban afiliados; y el segundo, en el evento de acreditar 750 semanas de cotizaciones acumuladas a la fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo -29 de julio de 2005- el beneficiario del régimen de transición continuaría cobijado por el mismo hasta el año 2014.

Conforme a lo anterior, reposa copia de la cédula de ciudadanía de la causante Maria Guevara (*Archivo 1, pág. 28 expediente digital*) que da cuenta de su fecha de nacimiento el **28 de enero de 1954**, ello permite concluir que a la fecha de

---

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

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

entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es, al 30 de junio de 1995[3] contaba con 40 años de edad, por tanto, en principio sería beneficiaria del régimen de transición, debiendo procederse entonces a la verificación del régimen que le sería aplicable a efecto de establecer sus requisitos y la acreditación de los mismos en el plenario.

En ese orden, como ya se dijo se debe establecer cuál era el régimen anterior aplicable a la situación pensional de la señora Marina Guevara (q.e.p.d.) a efectos de determinar si cumplía los requisitos necesarios para acceder al reconocimiento del derecho antes del primer límite establecido para el régimen de transición, esto es, al 31 de julio de 2010, advirtiendo la Sala la primera cotización efectuada por la señora Marina Guevara (q.e.p.d.) al Sistema General de Pensiones lo fue para el periodo de **enero de 1996**, es decir, en vigencia de la Ley 100 de 1993, conforme se constata en el certificado de información laboral del 12 de octubre de 2011, obrante a página 40 a 46 del archivo 01, razón por la cual se ha de señalar desde ya **NO** hay lugar a la aplicación Acuerdo 049 de 1990 en virtud del régimen de transición, por cuanto la fallecida Maria Guevara no se encontraba afiliada a éste régimen con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, como erróneamente lo concluyó la a quo. Esto, por cuanto para que una persona pueda ser beneficiaria del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, **rigurosamente debe haber estado afiliada al sistema precedente con el que pretende pensionarse**, que genere una expectativa legítima susceptible de protección legal, que es por demás la garantía de remisión, preservación y aplicación de regímenes pensionales anteriores que subyace a esa figura legal y para el caso que nos ocupa, si bien la señora Marina Guevara (q.e.p.d.) contaba con más de 35 años de edad, como se analizó en precedencia al 30 de junio de 1995, asistiéndole derecho a aplicar el régimen de transición, lo cierto es que debió efectuar cotizaciones antes de la fecha ya referida al extinto ISS hoy Colpensiones.

---

*[3] Al estar vinculada al Hospital Tunjuelito II Nivel, entró a regir el régimen el Sistema General de Pensión hasta el **30 de junio de 1995**, conforme se certifica en el formato No. 01, expedido por el hospital el 12 de octubre de 2011 (páginas 40 a 48, archivo 01).*

"Artículo 151 de la Ley 100 de 1993. Vigencia del Sistema General de Pensiones. El Sistema General de Pensiones previsto en la presente Ley, regirá a partir del 1o. de abril de 1994. No obstante, el Gobierno podrá autorizar el funcionamiento de las administradoras de los fondos de pensiones y de cesantía con sujeción a las disposiciones contempladas en la presente Ley, a partir de la vigencia de la misma.

PARÁGRAFO. El Sistema General de Pensiones para los servidores públicos del nivel departamental, municipal y distrital, entrara a regir a más tardar el 30 de junio de 1995, en la fecha que así lo determine la respectiva autoridad gubernamental". (negrilla y subrayado fuera del texto).

Al respecto, es oportuno traer a colación el pronunciamiento que ha hecho la Honorable Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL 1109-2022 Rad. 75497 del 29 de marzo del 2022 donde se señaló:

> *"No puede olvidarse que el régimen de transición en materia de pensiones, introducido con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es un mecanismo que atenúa el rigor del principio de la aplicación general e inmediata de la ley. Es un beneficio para los trabajadores antiguos que, para la fecha de la entrada en vigencia de la ley nueva, no han accedido aún al derecho que se trata. Consiste en aplicar la legislación anterior, lo que de suyo es algo excepcional, y por lo mismo, de rigurosa aplicación restringida. (CSJ SL, rad. 17768 del 21 de marzo de 2002, reiterada por CSJ SL, rad. 33442 del 3 de octubre de 2008).*
>
> *En esa medida, si el demandante no venía inscrito al régimen del Seguro Social, no le era posible aplicar, en particular, el sistema pensional previsto en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, por lo que tampoco podía aspirar «a mantenerlo».*
>
> *Es más, la propia Corte Constitucional en sentencia CC C597-1997, al declarar exequible la expresión «al cual se encuentren afiliados» del parágrafo segundo del artículo 36 precedentemente copiado, precisó sobre el particular:*
>
> > En efecto, como arriba se dijo, quienes a la fecha de entrada en vigencia de la ley se encontraban trabajando y adscritos a un determinado régimen pensional, no tenían propiamente un derecho adquirido a pensionarse según los requisitos establecidos por ese régimen; tan solo tenían una expectativa de derecho frente a tales condiciones o exigencias. No obstante, la nueva ley de seguridad social les concedió el beneficio antes explicado, consistente en la posibilidad de obtener la pensión según tales requisitos. Obviamente, la Ley 100, justamente en la expresión demandada, exigió que los acreedores a tal beneficio estuvieran afiliados a algún régimen pensional. No podía ser de otra forma, porque de lo contrario, se pregunta la Corte: ¿Cuáles serían los requisitos o condiciones más favorables que se harían prevalecer frente a las exigencias de la nueva ley? Si la persona no estaba vinculada a ningún régimen pensional, no existía ni siquiera la expectativa de derecho a pensionarse según determinados requisitos, que por simple sustracción de materia eran imposibles de precisar.
> >
> > Luego, por elementales razones de lógica jurídica, era necesario establecer el condicionamiento de estar afiliado a algún régimen pensional para efectos de ser acreedor al beneficio derivado del régimen de transición, consistente en poder pensionarse de conformidad con los requisitos y condiciones previstos para el régimen anterior.
> >
> > Y en cuanto a si los trabajadores no afiliados a un determinado sistema de pensiones al momento de la entrada en vigencia del nuevo régimen se ven discriminados frente a los que, si lo estaban, son también pertinentes los siguientes criterios sentados por la jurisprudencia de esta Corporación, según los cuales no se vulnera el principio de igualdad, por cuanto no es la misma situación jurídica la de quienes tenían una expectativa de derecho, que la de quienes ni aún tal expectativa tenían.
>
> *De lo anterior, la Sala encuentra que el Tribunal no erró en su decisión, en la medida en que, aunque el accionante es beneficiario del régimen de transición, no podía ampararse en el Acuerdo 049 de 1990 pues no estructuró en él una expectativa legítima, por cuanto fue un hecho indiscutido que empezó a cotizar a este solo después de la fecha en que entró en vigor el sistema general de pensiones creado por la Ley 100 de 1993.*
>
> *Así las cosas, antes de la Ley 100 de 1993, el demandante podía pensionarse bajo los parámetros de la Ley 33 de 1985 y la Ley 71 de 1988, pues había prestado su*

servicio al sector público y realizado aportes a Cajanal (1º de agosto de 1972 hasta el 3 de julio de 1974), pero no podía recurrir a los reglamentos del ISS, donde no estuvo afiliado, sino hasta 1997.

En ese sentido, la Sala ha dicho que para que una persona beneficiaria del régimen de transición pueda ampararse en el régimen previsto en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, debe tener una expectativa legítima, la cual no se presenta si se afilia al sistema con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, como ocurre en este asunto, pues como ya se indicó el actor se afilió al ISS en 1997."

(…)

Con fundamento en lo anterior, ***para que al accionante se le aplicara un régimen pensional por vía de transición, en este caso, régimen del Acuerdo 049 de 1990, era necesario estar afiliado al mismo durante su ordinaria vigencia, pues para acceder al derecho pensional bajo esta normatividad, debía tener la calidad de afiliado a dicho régimen, ello por cuanto no es dable derivar un derecho de una condición que nunca tuvo. En tanto que, se insiste, el que le favorecía, de acuerdo con los tiempos públicos cotizados a Cajanal y los sufragados al ISS, era el establecido en la Ley 71 de 1988, sistema pensional al que se encontraba afiliado, y el cual, permite la sumatoria de dichos periodos***.

Así, mismo en sentencia de la misma Corporación SL4392 del 2020 se dijo:

"Sobre el tema objeto de escrutinio la Sala, en sentencia CSJ SL1981-2020, modificó la tesis existente de la improcedencia de la sumatoria de tiempos públicos y privados para acceder a la pensión de vejez de conformidad a lo consagrado el Acuerdo 049 de 1990 y acogió por mayoría que los beneficiarios del régimen de transición a los que les sea aplicable el mencionado acuerdo, la procedencia de la acumulación de las semanas prestadas en el sector público con independencia si fueron o no cotizadas al ISS hoy Colpensiones, con las efectivamente aportadas a dicha entidad.

[….]

El criterio precedente fue reiterado entre otras en las sentencias CSJ SL2557-2020, CSJ SL2523-2020, CSJ SL2659-2020, CSJ SL3220-2020 y CSJ SL3354-2020, de tal suerte, que los beneficiarios del régimen de transición hacen parte del sistema general de seguridad social en pensiones y, por consiguiente, salvo en lo que respecta a la edad, tiempo y monto de la pensión, las directrices, principios y reglas de la Ley 100 de 1993 les aplica en su integridad, lo que incluye la posibilidad de sumar todas las semanas prestadas en el sector público, sin importar si fueron o no cotizadas al ISS hoy Colpensiones.

De conformidad al criterio jurisprudencial esbozado, es dable concluir que el tribunal se equivocó al considerar que no eran procedente acumular tiempos públicos y privados para acceder a la pensión de vejez regulada por el Acuerdo 049 de 1990.

Ahora, si bien es cierto, los cargos son fundados, también lo es, que al convertirse la Sala en tribunal de instancia se llegaría a la misma conclusión de improcedencia del derecho reclamado por las razones que se expresan a continuación:

[….]

De conformidad a las pruebas reseñada se tienen los siguientes supuestos

fácticos: (i) que el actor nació el 5 de mayo de 1944; (ii) que al ABRIL de 1994 contaba con más de 40 años de edad; (iii) que según la historia laboral el demandante en calidad de servidor público realizó a aportes a Cajanal y Fondo Territorial de Pensiones del Departamento de Sucre (04-04-83 a 14-05-96); (iv) que ingresó al sistema de pensiones por primera vez administrado por el ISS el 1 de mayo de 2006, esto es con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993; (v) que su primer aporte al ISS, fue realizado con posterioridad al cumplimiento de los 60 años de edad.

De lo expuesto, conforme a lo regulado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el demandante es beneficiario del régimen de transición al haber prestado sus servicios al sector público y realizado aportes a las cajas de previsión antes de la entrada en vigencia de la normatividad señalada, lo que le permitiría acceder a su derecho pensional a la luz de la Ley 33 de 1985 o en su defecto la Ley 71 de 1988.

Como puede verse, aunque el accionante es beneficiario del régimen de transición, no podía ampararse en el Acuerdo 049 de 1990 por cuanto no estructuró en él una expectativa legítima, en tanto empezó a cotizar solo tras la vigencia del sistema general de pensiones creado por la Ley 100 de 1993, así pues, hasta el advenimiento de esta ley, el actor únicamente tenía cierta confianza de que podía pensionarse con apego a la Ley 33 de 1985 y la Ley 71 de 1988, pero jamás con los reglamentos del ISS, donde nunca estuvo afiliado.

En armonía con lo expuesto, la Sala en la sentencia CSJ SL2129-2014, reiterada en las decisiones SL13154-2016, SL21790-2017, ha expresado para que una persona pueda ser beneficiaria del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, rigurosamente debe haber estado afiliada al sistema precedente con el que pretende pensionarse, que genere una expectativa legítima susceptible de protección legal, que es por demás la garantía de remisión, preservación y aplicación de regímenes pensionales anteriores que subyace a esa figura legal. (subraya la Sala).

[….]

Puestas en esa dimensión las cosas, para que el accionante se apropie de la titularidad de un régimen pensional por vía de transición impone, como mínimo, que se haya estado afiliado al mismo durante su ordinaria vigencia (Acuerdo 049 de 1990), pues sólo puede accederse al derecho pensional si se cumplen los supuestos de hecho que la particular norma que lo regula exige, el primero de los cuales es, obviamente, que se hubiese consolidado éste con la calidad de afiliado al mismo, ello por cuanto no es dable derivar un derecho de una condición que nunca se tuvo.

Por consiguiente, si bien es cierto, no se desconoce la calidad de beneficiario de la transición del demandante de las Leyes 33 de 1985 y 71 de 1988, también lo es, que el actor no estuvo afiliado antes de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 al ISS, no es procedente analizar su derecho pensional a la luz de Acuerdo 049 de 1990, en consecuencia, se llegaría a la misma conclusión del tribunal, pero por las razones aquí expuestas. (Subraya la Sala).

Y en la del radicado No. 49148 del 13 noviembre del 2013 se expuso:

"Puestas así las cosas, bien debe concluirse que el juez de la alzada no incurrió en desafuero alguno al entender que la titularidad a un régimen pensional por vía de transición impone, como mínimo, que se haya estado afiliado al mismo durante su ordinaria vigencia, pues sólo puede accederse al derecho pensional si

> *se cumplen los supuestos de hecho que la particular norma que lo regula exige, el primero de los cuales es, obviamente,* ***que se hubiere tenido la condición de afiliado al mismo, ello por cuanto no es dable derivar un derecho de una condición que nunca se tuvo."***

Ahora y como quiera que se observa que la promotora del litigio durante su vida laboral efectuó cotizaciones a la **CAJA DE PREVISIÓN DISTRITAL** del **25 de abril de 1990 al 30 de diciembre de 1995** y al extinto Instituto de Seguros Sociales hoy COLPENSIONES entre el **1º de enero de 1996 al 30 de abril de 2001** (páginas 40 a 47 y página 66 a 67, archivo 01), siendo la entidad empleadora el Hospital Tunjuelito II Nivel ESE en el cargo de Enfermera, así como existen cotizaciones como independiente entre el **1º de junio de 2001 al 30 de marzo de 2002**, para un total de **598 semanas - 4.187 días**, se puede concluir, el régimen aplicable a la situación pensional de la fallecida afiliada lo sería el establecido en el artículo 7º de la **Ley 71 de 1988**, el cual exige como requisitos para acceder a la pensión de jubilación, acreditar veinte (20) años de aportes sufragados en cualquier tiempo y acumulados en una o varias de las entidades de previsión social que hagan sus veces, del orden nacional, departamental, municipal, intendencial, comisarial o distrital y en el Instituto de los Seguros Sociales hoy Colpensiones, y el cumplimiento de la edad de cincuenta y cinco (55) años o más si es mujer.

En relación con el requisito de edad, encuentra la Sala que la señora MARINA GUEVARA (q.e.p.d.) alcanzó los 55 años de edad el 28 de enero del 2009, es decir, en fecha anterior al primer límite establecido en el Acto Legislativo 01 de 2005, 31 de julio de 2010. Empero, como la misma acreditó haber realizado las cotizaciones a la **CAJA DE PREVISIÓN DISTRITAL** del **25 de abril de 1990 al 30 de diciembre de 1995** y al extinto Instituto de Seguros Sociales hoy COLPENSIONES entre **el 1º de enero de 1996 al 30 de abril de 2001** (páginas 40 a 47 y página 66 a 67, archivo 01) y cotizaciones como independiente entre **el 1º de junio de 2001 al 30 de marzo de 2002**, para un total de **598 semanas - 4.187 días**, se tiene entonces que la fallecida no cotizó o alcanzó a reunir los 20 años de servicios exigidos por la Ley 71 de 1988 que equivalen a 7200 días de aportes o 1028,57 semanas, esto es, no acreditó los requisitos para ser acreedora de tal normativa.

Dilucidado lo anterior, es claro que no puede tener éxito el reconocimiento de la pensión de vejez que se reclama en aplicación del régimen de transición, pues se repite, no se cumplió con las semanas requeridas para aplicarle tal normativa.

Ahora, frente a la pensión de sobrevivientes solicitada por el demandante 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 sobrevivientes[4], razón por la cual, para el presente caso la normatividad aplicable sería la vigente al momento del fallecimiento de la señora MARINA GUEVARA, ocurrido el 09 de abril de 2019 (página 29, archivo 01), esto es, la Ley 797 de 2003[5], la cual exige para el reconocimiento de la pensión aquí solicitada, que el afiliado causante cuente con una densidad de 50 semanas de cotización dentro de los tres años anteriores a la fecha del fallecimiento. Reiterándose, examinado su derecho a la luz de la Ley 797 de 2003, no se reúnen los requisitos establecidos en la misma, en atención a que la fallecida no cotizó 50 semanas anteriores a la muerte (páginas 66 a 67, archivo 01, reporte de semanas cotizadas en pensiones al extinto ISS)., pues como ya se anotó la última cotización al sistema lo fue el 30 de marzo de 2002 como independiente.

Así las cosas, no se cumplen los presupuestos para la procedencia del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes pos morten, y en ese orden se debe proceder a la revocatoria de la sentencia para en su lugar **ABSOLVER** a la demandada COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

---

[4] *Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Sentencia 24421 del 25 de mayo de 2005.*

[5] "*Artículo 12: Requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes. Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:*

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

Sin **COSTAS** en esta instancia. las de primera se revocan y se imponen a cargo de la parte demandante.

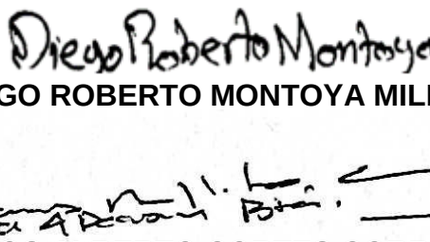
En mérito de lo expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., SALA LABORAL**, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida en primera instancia para en su lugar **ABSOLVER** a **COLPENSIONES,** de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el señor **ECCEHOMO APONTE AMAYA**, de acuerdo a las consideraciones expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera correrán a cargo de del demandante.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR ANA MILENA ARBELAEZ JIMENEZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- Y PORVENIR S.A. (RAD. 27 2020 00366 01)

27 2020 00366 01

Bogotá D.C. treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

AUTO

Se reconoce personería adjetiva al abogado DIEGO FERNANDO LONDOÑO CABRERA como apoderado de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido a la sociedad CAL & NAF ABOGADOS S.A.S



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

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

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en su favor, de la sentencia proferida por la Juez 27 Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 29 de marzo del 2023 (Exp. Digital: *«Audio Archivo 19»,* récord: 57:30), en la que se resolvió:

> ***«PRIMERO: DECLARAR*** *la ineficacia del traslado de la señora* ***ANA MILENA ARBELAEZ JIMÉNEZ****, del régimen de prima media con prestación definida administrado por la* ***ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES*** *–*

> ***COLPENSIONES*** *al de ahorro individual con solidaridad administrado por la* ***SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A,*** *efectuado el 01 de junio de 1999, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*
>
> ***SEGUNDO: CONDENAR*** *a la* ***SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.*** *a devolver a la* ***ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES*** *todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora* ***ANA MILENA ARBELAEZ JIMÉNEZ*** *como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses generados en su cuenta de ahorro individual, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, ni primas de seguros previsionales, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*
> ***TERCERO: ORDENAR*** *a la* ***ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES*** *afiliar nuevamente a la señora* ***ANA MILENA ARBELAEZ JIMÉNEZ*** *al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y recibir las cotizaciones provenientes de la* ***SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.,*** *conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*
>
> ***CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS*** *las excepciones formuladas por las demandadas, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*
>
> ***QUINTO: CONDENAR*** *a la* ***SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.****, al pago de las costas del proceso en la suma de $2'000.000 como agencias en derecho».*

Inconforme con la decisión, COLPENSIONES solicita se revoque la sentencia de primera instancia toda vez que en el transcurso del proceso no se logra demostrar el supuesto engaño sufrido por la accionante y recibido por la AFP, así como también la falta de información al momento de la asesoría, al ser este un asunto probatorio donde COLPENSIONES no tiene documentos o conoció en su momento de la referida asesoría recibida por la demandante, la cual queda sujeta aquello que la AFP del RAIS logre demostrar en relación con su gestión, esto acorde al Estatuto del Consumidor, leyes y Decretos que regulen la afiliación de los particulares al Sistema Régimen De Ahorro Individual con Solidaridad.

Indica que, al revisar el formulario de afiliación y traslados firmado por la demandante, suscrito bajo la gravedad del juramento, en el mismo se encuentra la manifestación expresa que lo hizo libre de apremios y por su propia voluntad. Por tanto, en su sentir la afiliación de la parte actora al RAIS se realizó con el lleno de los requisitos legales y en dichas oportunidades no manifestó su deseo retractarse de la misma, razón por la cual no puede tener un regreso automático del régimen de prima media con prestación definida, advirtiendo no obra prueba alguna de que efectivamente a la accionante se le hubiere hecho incurrir en error, falta al deber

de la información por parte de la AFP o que se está en presencia de algún vicio del consentimiento como el error, fuerza o dolo.

Finalmente señala que la parte actora nunca comunicó su deseo de retractarse de la afiliación al RAIS, por lo debe asumir las consecuencias legales de tales decisiones, de modo que no es procedente alegar después de tanto tiempo -más de 23 años-, que fue engañada. (récord: 1:00:55, ibidem[1]).

---

[1] **APODERADA PARTE DEMANDADA (COLPENSIONES):** Muchas gracias, señora juez, teniendo en cuenta la sentencia de carácter condenatoria que acaba de dictar el despacho me permito interponer y sustentar recurso de apelación contra la misma.

Tenemos que el honorable Juzgado 27 laboral en la anterior providencia ordenó declarar la ineficacia de la afiliación al Régimen de la parte actora para en su lugar tener a la accionante como afiliada al régimen de prima media, junto con el traslado por parte de la AFP PORVENIR de todos los aportes, cotizaciones, frutos, rendimientos, entre otros conceptos causados en la cuenta ahorro individual del accionante, al respecto me permito manifestar que COLPENSIONES no comparte tal decisión, toda vez que, como se indicó, tanto en la contestación de la demanda como en los alegatos de conclusión, nunca en el transcurso del proceso se logra demostrar el supuesto engaño sufrido por la accionante y recibido por la AFP, así como también la falta de información al momento de la asesoría, al ser este un asunto probatorio donde COLPENSIONES, no tiene documentos o conoció en su momento de la referida asesoría recibida por la demandante, queda sujeta aquello que la AFP del RAIS, logre demostrar en relación con su gestión, esto acorde al Estatuto del Consumidor, leyes y Decretos que regulen la afiliación de los particulares al Sistema Régimen De Ahorro Individual con Solidaridad. No obstante, lo anterior, al revisar el formulario de afiliación y traslados firmado por la demandante, suscrito bajo la gravedad del juramento, en el mismo se encuentra la manifestación expresa y que lo hizo libre de apremios y por su propia voluntad. Por tanto, la afiliación de la parte actora al RAIS se realizó con el lleno de los requisitos legales y en dichas oportunidades no manifestó, nunca su deseo retractarse de las mismas, razón por la cual no puede tener un regreso automático del régimen de prima media con prestación definida.

Asimismo, dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente a la accionante se le hubiere hecho incurrir en error, falta al deber de la información por parte de la AFP o que se está en presencia de algún vicio del consentimiento como el error, fuerza o dolo. Asimismo, no se evidencia dentro del formulario de afiliación, nota de protesto, anotación alguna que permiten inferir con probabilidad de certeza, que hubo una inconformidad por parte de la demandante, al contrario, se observa entre las documentales encuentran sujetos a derecho y que se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas. Vistos los hechos de la demanda es fácil concluir que, en el presente asunto no se da el vicio del consentimiento alegado por error, toda vez que él mismo no tiene la fuerza legal para repercutir sobre la eficacia jurídica del acto jurídico celebrado entre al accionante y la AFP PORVENIR S.A., por no tratarse de un error dirimente o error de nulidad que se aplique por esencia la parte, afecta a la validez del acto y lo condena a su anulación o recisión judicial. De lo anterior se deduce que si en esta decisión libre y voluntaria, sus expresiones en las oportunidades legales, la parte actora nunca comunico su deseo de retractarse de la afiliación al RAIS, esto trae al aposte que debe asumir las consecuencias legales de tales decisiones que no fueron otros que, revistas por las normas, procedimientos y requisitos establecidos para el régimen de ahorro individual con solidaridad por más de 23 años, de modo que no es procedente alegar después de tanto tiempo que fue engañada solo por el hecho de observar sus expectativas fallidas, de lo que significa que la vinculación a la administradora del RAIS se abusó de Ley o se (no se entiende) total validez. Luego entonces al haber Juzgado a la parte actora su petición en el hecho de haber sido engañada por el asesor de la AFP, al cual estaba afiliada, de conformidad con lo expuesto en el artículo 1516 del Código Civil y 167 del código general del proceso que correspondía a la carga de la prueba de toda dicha afirmación, lo que brilla por su ausencia en el presente caso, centrándonos en los hechos y las pretensiones del accionante, se tiene que esta no estaba llamada a prosperar por cuanto carecían de la reunión total de las exigencias y rigurosidades que establece la ley para retornar del RAIS al RPM.

Finalmente se resalta que la actuar de Colpensiones siempre ha estado sujeto a lineamientos jurisprudenciales, plasmados en sentencias como la C- 789 de 2012, SU 062 de 2010, series 24 de 2004 SU- 130 de 2011, T-160 de 2012, SL 17595 de 2017, entre otras que han tratado a fondo este asunto de la ineficacia y/o nulidad del traslado y por ende, se puede afirmar que la señora ANA MILENA ARVELAEZ JIMENEZ, no tiene

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de subsanación de la demanda (Exp. Digital*: Archivo 07* páginas 5 a 8), las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (páginas 8 y 9, ibidem), aspirando se declare de manera principal la ineficacia o en subsidio la nulidad de la afiliación al RAIS administrador por PORVENIR, en consecuencia se condene a Colpensiones a recibirla como su afiliada y a PORVENIR se le ordene remitir a Colpensiones la totalidad de los recursos por cotizaciones efectuadas, rendimientos, y demás conceptos, señala que si durante el trámite del proceso le es reconocida la pensión de vejez, invalidez o sobrevivencia se condene a Porvenir a remitir a Colpensiones la totalidad de los recursos por cotizaciones y demás conceptos relacionados con pensiones obligatorias que se hallen en su poder y se condene a Colpensiones a proceder con el reconocimiento y pago de la prestación económica respectiva, costas y gastos del proceso. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por la actora y se condenó a PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación de la señora ARBELAEZ JIMENEZ como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses, generados en su cuenta de ahorro individual, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, ni primas de seguros previsionales. Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada PORVENIR S.A. no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía con la demandante, al momento del traslado, precisando no le explicó

---

derecho a regresar al RPM administrado por COLPENSIONES, así como tampoco el consecuencial traslado, pues de todos sus aportes, frutos, rendimientos, entre otros conceptos causados en su cuenta ahora individual.

Teniendo en cuenta lo anterior, se solicita muy respetuosamente al Honorable Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral que revoque en su integridad la sentencia proferida en primera instancia y en su lugar se absuelva a COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones.

las consecuencias de su traslado, aunado a que el formulario no constituye prueba de la información proporcionada.

Pues bien, para resolver la controversia, es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002[2].

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 22 de julio de 1959 (Archivo 7 expediente digital página 56), por lo que la edad de 57 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2016, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 2 de diciembre del 2019 (página 31 ibidem), esto es, cuando ya había alcanzado la edad para adquirir el derecho pensional-tenía 57 años-; de otra parte, se tiene, la actora no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -01 de abril de 1994[3], pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con 435.71[4] semanas cotizadas al sistema (Página 85, «*Archivo 13*

---

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

[3] Era trabajadora de la DIAN –Sector público del orden Nacional- conforme lo indica el Formulario de Afiliación a Porvenir.

[4]

SUBTOTALES

HISTORIA HASTA 31/03/1994						HISTORIA TOTAL					
LABORADOS		LICENCIAS / MORAS		SIMULTANEOS		LABORADOS		LICENCIAS / MORAS		SIMULTANEOS	
Días	Semanas	Días	Semanas	Días	Semanas	Días	Semanas	Días	Semanas	Días	Semanas
3050	435.71	0	0.00	0	0.00	4510	644.29	0	0.00	0	0.00

TOTALES : LABORADOS-LICENCIAS-SIMULTANEOS				TOTALES : LABORADOS-LICENCIAS-SIMULTANEOS			
DIAS:	3050	SEMANAS:	435.71	DIAS:	4510	SEMANAS:	644.29

expediente digital»), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante lo anterior, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende la actora a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el **27 de abril de 1999** con fecha de efectividad a partir del **1° de junio de 1999** (págs. 82, Archivo 13 expediente digital y Archivo 7 pág. 28), por afiliación que hiciera a la AFP PORVENIR S.A., específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP y en el formulario de afiliación suscrito con esa AFP.

Conforme lo anterior, y previo a continuar con el estudio correspondiente, teniendo en cuenta que se encontró acreditada la calidad de servidora pública de la demandante, dada su vinculación actual a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES– DIAN, aunado a que conforme a la historia laboral de Porvenir desde el año 1999 y hasta diciembre del 2022 (páginas 90 a 112 Archivo 13 expediente digital) los aportes a pensión fueron efectuados por tal entidad, es menester precisar, en atención a que lo pretendido en autos es la ineficacia de un acto jurídico, como es el traslado de Régimen pensional al RAIS mediante la afiliación a una AFP de carácter privado, esta jurisdicción es competente para resolver la controversia, empero, ante una eventual reclamación de reconocimiento del derecho pensional, la demandante, de así considerarlo, deberá acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

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

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

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

> *«Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos del tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.*
>
> *Es evidente que cualquier determinación personal de la índole que aquí se discute**, es eficaz**, cuando existe un consentimiento informado; en materia de seguridad social, el juez no puede ignorar que por la trascendencia de los derechos pensionales, la información, en este caso, del traslado de régimen, debe ser de transparencia máxima*.
>
> *Para este tipo de asuntos, se repite, tales asertos no comprenden solo los beneficios que dispense el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.*
>
> *El juez no puede pasar inadvertidas falencias informativas, menos considerar que ello no es de su resorte, pues es claro que cuando quien acude a la jurisdicción reclama que se le respete el régimen de transición, indiscutiblemente, como se anotó, surge la perentoriedad de estudiar los elementos estructurales para que el mismo opere, es decir, debe constatar que el traslado se produjo en términos de eficacia, para luego, determinar las consecuencias propias»*.

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

En consecuencia, no solo es menester demostrar la existencia del traslado, sino que impone verificarse que este acto se produjo bajo el presupuesto de la libertad informada, pues de no cumplirse con dicho presupuesto, se incurriría en un vicio que invalidaría dicho acto jurídico, lo que trae como consecuencia o efecto, retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, con ineficacia *ex tunc*[5], en los términos del artículo 1746 del Código

[5] *Al tema puede consultarse la sentencia CSJ SL2877 de 2020 y CSJ SL4875 de 2020*

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

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

> *«(…)*
> *De modo que al no existir una norma explícita que regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico en la legislación civil, acudió al aludido precepto relativo a las consecuencias de la nulidad, el cual consagra las mismas consecuencias de aquella. Dicha disposición establece:*
>
> *Artículo 1746. La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita (subrayas fuera de texto).*
>
> *En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.*
>
> ***Entonces, según la norma precedente, el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición.*** *En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia».*

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

> *«**1. La consecuencia de la inobservancia del deber de información: ineficacia del acto jurídico de cambio de régimen***
>
> *Al contestar la demanda, Colpensiones sostuvo que en este asunto no hay lugar a declarar la nulidad del traslado de la actora del régimen público de pensiones al privado, en la medida que no se demostró un vicio del consentimiento en la modalidad de error, fuerza o dolo.*
>
> *Ahora bien, el a quo declaró la nulidad de la afiliación de la demandante, pues, en su sentir, el «acto no existió y no puede causar ningún tipo de consecuencia, incluso desfavorable». En esa línea, condenó a Colfondos S.A. a devolver «todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de (…) LILIANA ANGULO RUIZ como comisiones, costos cobrados por administración, sumas adicionales, bonos pensionales de ser el caso, de conformidad con el art. 1746 que se hubieren generado junto con sus rendimientos», e impuso a Colpensiones la obligación de recibirlos y hacer los ajustes pertinentes en la historia laboral de la actora, sin*

solución de continuidad; esto es, «como si esa afiliación nunca hubiese existido».

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Señalando la Corte, de acuerdo a la doctrina se le han adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un **traslado de la carga de la prueba** de la parte actora al fondo accionado 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 2011[6], Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y en las sentencias SL

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

"El yerro del Tribunal estuvo entonces, en no haberse percatado de que el documento analizado, muestra que evidentemente al actor no se le suministró la información adecuada, suficiente y cierta para su traslado.
"(…).
"Las administradoras de pensiones lo son de un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados, según lo prescribe el artículo 97 de la Ley 100 de 1993; la Ley radica en ellas el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, y cuyos deberes surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora.

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

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

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*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la demandante[7] no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado al momento de la suscripción del formulario de afiliación, en tanto solo refirió que el asesor de PORVENIR le dijo que el ISS, entidad a la que se encontraba afiliada se acabaría y que lo mejor sería que se afiliara al fondo privado, porque podían hacer aportes voluntarios y su pensión sería mayor a lo que devengaba de salario.

Nótese, de lo relatado por la demandante no es posible colegir de forma alguna que haya confesado la recepción de una información, clara, oportuna y certera y muchos menos que la AFP PORVENIR, haya cumplido con su obligación de buen consejo.

[7] Audiencia del 29 de marzo del 2023, récord 11:30.

Ahora en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR (página 28 Archivo 7 expediente digital) señalado por Colpensiones en su apelación, este no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada (Sentencias CSJ SL12136-2014 y CSJ SL1689-2019) y en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus,* pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que brillan por su ausencia en el plenario.

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

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

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

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

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

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

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

Ahora bien, para la Sala la incursión en el sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS y, por tanto, de la prestación de un servicio público esencial, estuvo, desde un principio, sujeto a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba.
…
En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.° del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

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

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

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

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

Como se ve, ya para el año 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 **(27 de abril de 1999, efectivo el 1° de junio de ese año),** el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia CSJ SL12136-2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

Por otro lado, con relación al hecho de permanecer la demandante en el RAIS por mucho tiempo -23 años-, a la que se ha hecho referencia por COLPENSIONES en su apelación, esta Sala de decisión se permite señalar a la impugnante, que como ya se refirió a lo largo de ésta providencia la información que se le debía suministrar al demandante al momento de su traslado no fue acreditada por la AFP COLFONDOS, razón por la cual no se puede entender como una ratificación de la voluntad de permanecer en el RAIS, como lo sugiere en la alzada.

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

En ese orden, la ineficacia del traslado de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de PORVENIR del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, gastos de administración, comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia[8], los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, por el tiempo en que la demandante estuvo aparentemente afiliada a esa administradora, por virtud del restablecimiento de las cosas a su estado inicial, todo ello con cargo a sus propias utilidades[9], como también la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, de tal manera se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto.

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

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

Debe precisarse, atendiendo el grado jurisdiccional de consulta en que se conoce el presente proceso en favor de Colpensiones, que se adicionará el ordinal segundo de la decisión, ordenándose disponer el pago debidamente **indexado**, como quiera que, para la calenda en la que se trasladen esos recursos, habrá transcurrido un tiempo considerable durante el cual dicho valor habrá perdido

[8] Ver al respecto las sentencias SL4964-2018, SL1688-2019, SL2877-2020, SL4811-2020 y SL373-2021.
[9] *Conforme lo señala la SL2209-2021 y SL2207-2021*

poder adquisitivo, de allí que sea procedente su indexación, ya que su función consiste únicamente en evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción del patrimonio de quien accede a la administración de justicia, causada por el transcurso del tiempo, y su imposición procede de forma oficiosa, sin que ello represente una condena adicional ni vulnere la congruencia entre la demanda y la sentencia judicial, pues lo que se busca garantizar es el pago completo e íntegro de la prestación cuando el transcurso del tiempo la devalúa.

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

> *«**Es cierto que dicho ajuste no hizo parte de las pretensiones de la demanda, pero también lo es que, pese a ello, su imposición oficiosa es perfectamente viable porque la indexación no comporta una condena adicional a la solicitada.***
>
> *En efecto, la indexación se erige como una garantía constitucional (art. 53 CP), que se materializa en el mantenimiento del poder adquisitivo constante de las pensiones, en relación con el índice de precios al consumidor certificado por el DANE. A su vez, el artículo 1626 del Código Civil preceptúa que «el pago efectivo es la prestación de lo que se debe», esto es, que la deuda debe cancelarse de manera total e íntegra a la luz de lo previsto en el artículo 1646 ibídem. De ahí que, si la AFP no paga oportunamente la prestación causada en favor del afiliado, pensionado o beneficiario, tiene la obligación de indexarla como único conducto para cumplir con los mencionados estándares de totalidad e integralidad del pago. Por tal motivo, es incompleto el pago realizado sin el referido ajuste cuando el transcurso del tiempo devaluó el valor del crédito.*
>
> *Ahora, la indexación no implica el incremento del valor de los créditos pensionales, ya que su función consiste únicamente en evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción del patrimonio de quien accede a la administración de justicia, causada por el transcurso del tiempo. Tampoco puede verse como parte de la mesada, puesto que no satisface necesidades sociales del pensionado, y menos como una sanción, ya que lejos de castigar al deudor, garantiza que los créditos pensionales no pierdan su valor real»* (Negrillas de la Sala).

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

> ***«7. Consecuencias de la declaración de ineficacia***
> *Por no estar acreditado que PORVENIR S. A. hubiere consignado a COLPENSIONES, los aportes que la demandante tenía en su cuenta individual con sus rendimientos, incluyendo también los valores correspondientes a gastos de administración, los cuales según se expuso en las sentencias CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019, debe asumir con cargo a sus propios recursos, **se le ordenará la devolución de esos dineros, debidamente indexados,** junto con el valor del bono a COLPENSIONES y a favor del actor»* (Negrillas y subrayas fuera de texto).

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

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

En lo que atañe a la excepción de prescripción interpuesta por COLPENSIONES[10], a favor de quien se surte la consulta (páginas 34 y 35, *«Archivo 12 expediente digital»*), basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia CSJ SL1689-2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que, además, está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por las encartadas, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

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

SIN COSTAS en esta instancia.

[10] Se estudia la excepción solo a favor de COLPENSIONES en virtud de la consulta, por haber sido oportunamente propuesta al contestar la demanda, la cual se tuvo por contestada mediante auto del 05 de septiembre de 2022 (*«10TienePorContestadaYFijaFecha2019771.pdf»*).

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

R E S U E L V E

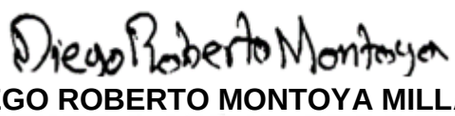
PRIMERO: ADICIONAR el numeral **SEGUNDO** del fallo de primer grado, en el sentido disponer el pago debidamente **indexado**, de los valores objeto de devolución allí indicados, conforme lo considerado.

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

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

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN



CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL.

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR REYNEL SANTOS SOLANO CONTRA BANCO AGRARIO COLOMBIA S.A. (RAD. 29 2020 00117 02).

Bogotá D.C. treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

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

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida por la Juez Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 22 de marzo del 2023, en la que se resolvió (*Audio archivo 16, récord: 42:26):*

> *"**PRIMERO: DECLARAR** que entre el demandante REYNEL SANTOS SOLANO y la demanda **BANCO AGRARIO DE COLOMBIA**, existió un contrato de trabajo a término indefinido vigente desde el 20 de diciembre de 2004.*
>
> ***SEGUNDO: ABSOLVER** a la demandada **BANCO AGRARIO DE COLOMBIA SA** de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante **REYNEL SANTOS SOLANO** por lo expuesto en la parte considerativa de esta sentencia.*
>
> ***TERCERO:** Sin condena en costas.*
>
> ***CUARTO:** en caso de no ser apelado el fallo por parte del señor demandante, enviarse en **CONSULTA** ante el Honorable Tribunal Superior de Bogotá.".*

Inconforme con la decisión, la apoderada judicial de la parte actora interpuso recurso de apelación solicitando su revocatoria. En sustento de ello refirió[1] se debe tener en cuenta que el ingreso que recibe el demandante es en virtud del vínculo laboral que sostiene con el Banco Agrario, el cual le garantiza el cumplimiento de sus necesidades básicas y el sostenimiento de su familia, reiterando es el único ingreso que posee, por lo que de anular el reintegro se estaría ignorando uno de los hechos establecidos en la demandada relacionados con la enfermedad que padece el accionante "*diabetes mellitus"* considerada como una enfermedad crónica y de alto costo, por lo que de desvincularse al actor se le estarían generando condiciones precarias para su sostenimiento, no podría seguir pagando los tratamientos y los medicamentos para tratar de forma adecuada su condición médica, causándole así un perjuicio irremediable en la salud.

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 REYNEL SANTOS SOLANO en este proceso ordinario las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda (Páginas 41 a 44 Archivo 1 expediente digital), las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos relatados en las páginas 40 y 41, ibidem, encaminadas a que se declare que entre las partes se suscribió un

[1] "Su Señoría, para interponer el recurso de apelación, bajo los siguientes argumentos, bueno, si bien usted aduce su Señoría, que el trabajador no gozaba al momento de la terminación del contrato de trabajo del fuero de pre pensionados, hay que tener en cuenta sobre el caso del señor Reynel Santos, que el ingreso que él recibe por virtud de su vínculo laboral con el Banco Agrario, es el único sustento que tiene, el único sustento para garantizar el cumplimiento o la satisfacción de sus necesidades básicas y también para cubrir las necesidades del sostenimiento de su familia, es el único ingreso igualmente que tiene para el pago de sus obligaciones y el hecho de que se le anule ese reintegro, se despida al señor Reynel lo dejaría, digamos que en una situación precaria donde inclusive también se ignoraría uno de los hechos establecidos en la demanda acerca de que él señor, padece la enfermedad de diabetes mellitus.

Reiteró su Señoría y pongo a consideración del Honorable Tribunal de que el señor, vuelvo y reitero el señor Reynel Santos, padece de diabetes Mellitus y es considerada, según la Corte Constitucional, una enfermedad crónica y de alto costo. En ese sentido sí se desvincula al trabajador, haciendo obviamente caso a la sentencia que usted acaba de proferir, se le estaría generando también, además de dándole a él condiciones precarias para su sostenimiento. No podría, inclusive, seguir pagando los tratamientos y los medicamentos para poder, digamos que tratar de forma adecuada su condición médica, teniendo en cuenta que lo que son los medicamentos como la Metformina y la insulina son de alto costo, lo que en ultimas vuelvo y reitero, se estaría causando un perjuicio irremediable a la salud del trabajador porque no tendría los ingresos suficientes para costear de forma particular, todos los tratamientos y medicamentos que haya lugar para garantizarle a él una vida digna."

contrato de trabajo a término indefinido desde el 30 de junio del 2011, como también que fue despedido de manera ilegal el 25 de junio del 2019 a pesar de que el mismo se encontraba en estabilidad laboral reforzada por encontrarse en reten social de pre pensionado, en consecuencia se condene a la demandada a reintegrarlo en forma definitiva en un cargo igual o de mayor jerarquía, junto con el pago de los salarios dejados de percibir del 25 de junio al 25 de agosto de 2019 que es el tiempo durante el cual estuvo desvinculado, cesantías, prima de servicios, intereses a las cesantías, vacaciones, indemnización de la ley 361 de 1997, derechos *ultra y extra petita* y costas del proceso. **Obteniendo sentencia de primera instancia desfavorable a sus aspiraciones**, en tanto se absolvió a la demandada de la pretensión relacionada con el derecho a la Estabilidad Laboral de pre pensionados sin que si hiciera alusión alguna a la pretensión de indemnización contemplada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997. Para arribar a tal conclusión la juez de primer grado discurrió, frente a la condición de pre pensionado que el demandante para el momento de la finalización del contrato ya contaba con las semanas y el capital requerido para adquirir una pensión en el RAIS faltándole menos de 3 años para cumplir los 62 años de edad, aduciendo no le eran aplicables las sentencias de la Corte Constitucional por cuanto no se encontraba en riesgo la consolidación de la expectativa pensional del mismo, pues era posible acreditar la edad sin la vinculación laboral vigente, de ahí que el derecho pensional del demandante no se viera frustrado; motivo por el cual, concluyó que a voces de la Corte Constitucional (SU-003 del 2018) el demandante no es beneficiario del fuero de estabilidad laboral reforzada de prepensionable.

Establecido lo anterior se abordará el estudio del recurso de apelación interpuesto en el punto concreto objeto de censura, atendiendo el principio de consonancia (artículo 66A del C.P.T. y de la S.S.), pues recuérdese que es el apelante quien delimita el ámbito sobre el cual ha de recaer la decisión de segunda instancia (*tantum devolutum quantum apellatum*).

Así las cosas, lo primero que debe advertir la Sala es que, en los términos de la apelación propuesta, que, si bien no resulta un modelo a seguir, realizando en exhausta labor de interpretación, considera la Sala que se contrae a exponer vagamente una presunta estabilidad laboral reforzada por fuero de salud, precisando esta Corporación la parte actora en el acápite de pretensiones como atrás se anotó solicitó entre otras (pág. 6 Archivo 01 expediente digital):

> **SEXTA:** Que se condene a la demandada BANCO AGRARIO DE COLOMBIA a el pago de la indemnización que establece el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 modificado por el artículo 137 del Decreto 19 de 2012, esto es la indemnización de 180 días de salario.

Advirtiéndose tal anhelo no fue objeto de pronunciamiento por parte de la Juez de primer grado ya que ninguna consideración efectuó en relación con esa pretensión, razón por la cual esta instancia procederá a complementar la sentencia de la *a quo* frente a tal aspecto, pues el recurso de apelación presentado por la parte actora se contrae a obtener el pago de la citada indemnización, lo anterior en virtud de lo dispuesto por el artículo 287 del C.G.P. el cual dispone:

> **ARTÍCULO 287. ADICIÓN.** Cuando la sentencia omita resolver sobre cualquiera de los extremos de la litis o sobre cualquier otro punto que de conformidad con la ley debía ser objeto de pronunciamiento, deberá adicionarse por medio de sentencia complementaria, dentro de la ejecutoria, de oficio o a solicitud de parte presentada en la misma oportunidad.
>
> **El juez de segunda instancia deberá complementar la sentencia del inferior siempre que la parte perjudicada con la omisión haya apelado**; pero si dejó de resolver la demanda de reconvención o la de un proceso acumulado, le devolverá el expediente para que dicte sentencia complementaria.

Precisándose, aun cuando en el recurso de apelación la parte actora solicita el reintegro por su condición de salud, lo cierto es que ello no fue objeto de debate pues la pretensión señalada en la demanda y no resuelta por la Juez *a quo* se dirige única y exclusivamente a obtener el pago de la indemnización de 180 días de salario contemplada en la Ley 361 de 1997, razón por la cual será respecto de ésta que se centrará el estudio ante esta Corporación, en tanto el reintegro se solicitó fue alegando una "*estabilidad laboral reforzada por encontrarse en reten social de PREPENSIONADO"* frente a lo cual resolvió la Juez de primer grado absolviendo de ello cuya decisión no fue objeto de reproche por el demandante.

Aclarado lo anterior, se tiene entonces que no es motivo de controversia en esta instancia la vinculación laboral del demandante con la encartada desde el día 20 de diciembre de 2004 a través de contrato de trabajo a término fijo de seis (06) meses, el cual posteriormente fue modificado de mutuo acuerdo entre las partes, de término fijo a término indefinido con plazo presuntivo el día 30 de junio de 2011, el cual se ejecutó hasta el 30 de junio de 2019, pero en virtud de sentencia de tutela de fecha 20 de agosto de 2019 proferida por el Juzgado Cuarto (04) Penal Municipal de esta ciudad, fue reintegrado a su cargo el 25 de agosto de 2019 de

manera transitoria, tal como quedó definido en la sentencia de primer grado, lo cual fue aceptado por dicha empresa y por el actor al absolver interrogatorio de parte y tampoco fue objeto de reproche por las partes (Archivo 4 expediente digital, págs. 32 a 35 y 52).

Así las cosas, se entra entonces analizar lo relativo a la invocada estabilidad laboral reforzada por salud, pues el accionante funda sus aspiraciones en la Ley 361 de 1997 *"Por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas con limitación y se dictan otras disposiciones"*, disposición que en su artículo 26, señala: *"Ninguna* ***persona limitada*** *puede ser* ***despedida*** *o su contrato terminado* ***por razón de su limitación****, salvo que medie autorización del Ministerio del Trabajo",* conducta que conforme al inciso 2º de la citada norma, es sancionada con el pago de una indemnización equivalente a 180 días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren, esto conforme a lo señalado en la sentencia C-531 de 2000.

Ahora, bajo los criterios jurídicos que sobre el particular han elaborado las jurisdicciones ordinaria y constitucional, para lograr la condena al pago de la indemnización que es lo pretendido en el presente asunto, en el transcurso del debate procesal la parte demandante debe demostrar su limitación, mientras que a la parte demandada le corresponde eventualmente acreditar la autorización del Ministerio del Trabajo, o la justa causa del despido en el evento de invocarlo como motivo de terminación. Es importante precisar que para que opere esta garantía foral, no se trata de demostrar cualquier limitación o discapacidad, sino que aquella resulta *relevante,* esto es, que la misma reduce sustancialmente las posibilidades de obtener y conservar un empleo o progresar en este.

Así lo dejó sentando la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL2841 de 2020, en la cual determinó:

> *"La Sala tiene explicado pacíficamente que e****l artículo 26 de la Ley 361 de 1997 protege a las personas «en condición de discapacidad»****, es decir que «solo aplica a quienes tengan una [discapacidad] física, psíquica o sensorial en los términos previstos en dicha normativa», **pero no, respecto de cualquier limitación o discapacidad, sino ante aquella que se considera relevante por reducir sustancialmente las posibilidades de obtener y conservar un empleo adecuado y de progresar en este**, siguiendo el contenido del art. 1 del C159 de la OIT (ver*

> *sentencia CSJ SL17945-2017). Por esta razón, en un principio, el ordenamiento jurídico optó por fijar los niveles de limitación moderada, severa y profunda (artículo 5 reglamentado por el artículo 7 del D. 2463 de 2001 vigente para la época del despido del actor), a partir del 15% de la pérdida de la capacidad laboral, con el fin de justificar la acción afirmativa en cuestión, a quienes clasifiquen en dichos niveles.*
>
> *Aquí,* ***la Sala aclara que prefiere usar el término discapacidad relevante para identificar al sujeto de la protección a la estabilidad laboral del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 y no, el de invalidez que traen el C159 y las R. 99 y 168 de la OIT, para diferenciarlo del sujeto beneficiario de la pensión de invalidez que regula la normatividad de la seguridad social de origen interno.***
>
> *(….)*
>
> *Lo anterior implica que la protección de la estabilidad en el trabajo del artículo 26 de la Ley 361 de 1997* ***está dirigida a la persona que tiene condiciones de salud reducidas para prestar el servicio personalmente, es decir, a aquella que tiene una discapacidad relevante y puede prestar el servicio en condiciones distintas del resto de la sociedad.*** *Dicho de otro modo, el precepto en cuestión busca proteger a las personas que, por la condición de discapacidad relevante, pueden encontrar barreras para acceder, permanecer o ascender en el empleo y que tales barreras pueden ser superadas por el empleador haciendo ajustes razonables. Según el art. 5 de la Ley 361 de 1997, reglamentado por el artículo 7 del D. 2463 de 2001, vigente para la época del despido del actor (se itera), esa discapacidad relevante se considera a partir del 15% de la pérdida de la capacidad laboral.*
>
> *(...)*
>
> *Conforme a lo anterior,* ***no le asiste razón al tribunal en cuanto sostiene que es suficiente la sola presencia de una debilidad manifiesta por motivos de salud****, para merecer la especial protección de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997. Con la interpretación del juez colegiado se rompe la justificación de tal medida excepcional, pues, con la ampliación indeterminada del grupo poblacional para el cual el legislador creó la acción afirmativa de la estabilidad laboral reforzada se afecta la proporcionalidad de la medida, con la vulneración de otros derechos fundamentales como el de libertad.*
>
> *En la sentencia CSJ SL 12998-2017, se recalcó en qué consiste la protección a la estabilidad y cuál es su justificación, para que no se desdibuje el propósito de la norma en comento al ser aplicada. El fin de la estabilidad laboral reforzada es asegurar la no discriminación en el empleo de quien puede prestar el servicio a pesar de su condición de discapacidad relevante y garantizar la adaptación y readaptación laboral de la persona. No se puede desviar su uso a fines distintos a los previstos en ella, como sucede cuando, a través de una interpretación sin rigor jurídico, se generaliza el campo de aplicación de la regla de estabilidad laboral reforzada como medio para satisfacer necesidades de protección propias de la seguridad social, cuya garantía ha de hacerse a través de otros mecanismos que sí sean idóneos, necesarios y proporcionados para ese fin, y que desarrollen los principios de la seguridad social como son la universalidad, la eficiencia, la progresividad, la solidaridad y sostenibilidad financiera, entre otros."*

Por su parte, la Corte Constitucional en sentencia SU 380 de 2021, precisó que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 ordena su aplicación no solo a las personas con una pérdida de capacidad laboral calificada como *moderada, severa o profunda,* por una autoridad competente, sino que se extiende a toda persona en condición

de salud que impide o dificulta el normal ejercicio de sus funciones. En tal escenario, dice esa Corte, para definir la manera en que la situación de salud impacta el desempeño de las actividades laborales de la persona afectada, deben tenerse en cuenta aspectos como *"i) el examen médico de retiro; ii) las incapacidades médicas vigentes o previas al momento de terminación de la relación laboral, iii) los diagnósticos y tratamientos médicos ordenaros a la persona afectada y iv) accidentes de trabajo como causa de incapacidades médicas o dictámenes de calificación de la pérdida de la capacidad laboral (PCL)".*

Asimismo, en esa misma providencia consideró posible que el desempeño se dificulte por afectaciones de carácter psicológico o psiquiátrico, entre otros, cuando: "(*i) se acredita la presencia de estrés laboral; (ii) la existencia de tratamiento médico, incapacidades o recomendaciones laborales, al momento de la terminación del vínculo; (ii) que el accionante haya informado al empleador que enfrenta un bajo rendimiento por razones de salud; (iv) que la enfermedad persiste después de la terminación del vínculo; o (v) que la persona cuenta con un grado de pérdida de la capacidad laboral (aunque no sea moderada, severa o profunda)".*

En esa orientación habrá de ser el empleador quien corra con la carga de demostrar que el despido estuvo fundado en razones distintas a la situación de salud del trabajador, y si este se produjo sin autorización de la oficina del trabajo, debe presumirse que la decisión se motivó en las condiciones de salud del trabajador, presunción que puede verse confirmada por la existencia de síntomas notorios de la enfermedad, el trámite de incapacidades médicas, permisos para asistir a citas o recomendaciones médicas por medicina laboral, o que el trabajador haya sido despedido durante un periodo de incapacidad laboral, entre muchos otros (SU380 de 2021).

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 6850 de 2016, discurrió:

> *"…En efecto, la censura parece diferenciar entre las causas justas y las razones que pueden acompañar a una decisión de despido. Por eso mismo, a pesar de que reconoce que en este caso no medio una justa causa, dice que la razón del despido fue la escisión de la entidad y no la condición de discapacidad del trabajador. Con fundamento en ello, en últimas, arguye que en el evento en que se propicie un despido unilateral y sin justa causa, en todo caso, el trabajador*

> *debe demostrar que la decisión se dio por razón de su discapacidad y no por otros motivos, para que opere la especial garantía de estabilidad.*
>
> *Una interpretación de esas características no puede ser avalada por la Corte, por las razones que pasan a exponerse:*
>
> ***La interpretación que propone la censura torna totalmente nugatoria la garantía de estabilidad y le resta todo efecto útil a la disposición, pues pone en manos del empleador la facultad de despedir al trabajador discapacitado, libremente, con la sola condición de no motivar su decisión en función de la especial condición de discapacidad.***
>
> *(…)*
>
> *Dicha interpretación también insta al trabajador a que, en el marco de un despido sin justa causa, demuestre que* ***la razón real de la decisión estuvo dada en su condición de discapacidad, lo que resulta del todo desproporcionado e inaceptable para la Corte****…"* (Resaltado por la Sala)

Adicionalmente, en sentir de ese Alto Tribunal, con lo previsto en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 no se prohíbe el despido del trabajador en situación de discapacidad, sino que lo que se sanciona es que dicho acto esté precedido de un acto discriminatorio. Bajo tal entendido, si el motivo no es su estado biológico, fisiológico o psíquico, el resguardo no opera, de allí que la invocación de una justa causa al momento de poner fin al vínculo laboral excluya de suyo que la ruptura estuvo basada en el prejuicio de la discapacidad del trabajador y, en este escenario, se hace innecesario acudir al inspector del trabajo para obtener la autorización, porque el finiquito se soporta en una causal objetiva (Sentencia SL1360 del 11 de abril de 2018)[2]. Esta misma conclusión es compartida por la Corte Constitucional quien, en la plurimencionada sentencia de unificación determinó que "*la parte accionada desvirtuaría la presunción si acredita en sede judicial la existencia de una causa justa para terminar la relación".*

---

[2] *(…) Lo que atrás se afirma deriva del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, pues, claramente,* ***en ese precepto no se prohíbe el despido del trabajador en situación de discapacidad, lo que se sanciona es que tal acto esté precedido de un criterio discriminatorio.*** *Nótese que allí se dispone que «ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado* ***por razón de su limitación****», lo que, contrario sensu,* ***quiere decir que si el motivo no es su estado biológico, fisiológico o psíquico, el resguardo no opera."***

Lo anterior significa que la invocación de una justa causa legal excluye, de suyo, que la ruptura del vínculo laboral esté basada en el prejuicio de la discapacidad del trabajador. Aquí, a criterio de la Sala no es obligatorio acudir al inspector del trabajo, pues, se repite, quien alega una justa causa de despido enerva la presunción discriminatoria; es decir, se soporta en una razón objetiva." *(negrilla fuera del texto).*

En esa dirección, a tono con la postura jurisprudencial sobre esta materia, mientras al demandante le corresponde probar el estado de debilidad manifiesta, a la demandada BANCO AGRARIO DE COLOMBIA le atañe probar que la terminación operó por una justa causa o una causa legal -, desvirtuando de esta forma la mentada presunción.

En ese orden de ideas, se tiene que de los medios de prueba obrantes en el expediente que en lo que aquí interesa se contraen únicamente a una certificación de antigüedad a Colmedica Medicina Prepagada (pág. 18 Archivo 01 expediente digital), a juicio de esta Sala no se logra establecer que para la fecha de terminación del vínculo laboral (25 de junio del 2019) que acaeció por la expiración del plazo presuntivo (ver pág. 52 Archivo 4 expediente digital) el demandante se encontraba cobijado por la estabilidad laboral reforzada solicitada por fuero de salud, pues no se logra acreditar de manera alguna que para dicha calenda se encontraba en un estado de **disminución de sus facultades producida por sus padecimientos de salud que lo colocaran en condición de discapacidad relevante** y aunque no se desconoce que posee un diagnostico por *Diabetes Mellitus* (*conforme se extrae del fallo de tutela que dio la orden de tutela transitoria Pág. 127 Archivo 1 expediente digital*), no se acreditó que el mismo hubiese generado una imposibilidad o limitación para la ejecución de las actividades contratadas por el BANCO AGRARIO. Al punto, no existen recomendaciones, restricciones o incapacidades extendidas a lo largo del tiempo de las que se pueda inferir que no era posible realizar sus actividades bajo ciertas condiciones. Se reafirma "*el fin de la estabilidad laboral reforzada es asegurar la no discriminación en el empleo de quien puede prestar el servicio a pesar de su condición de discapacidad relevante y garantizar la adaptación y readaptación laboral de la persona*"[3].

Enfatiza la Sala, ninguno de los medios de prueba de los incorporados al plenario acreditan que el señor REYNEL SANTOS SOLANO tenía una afectación de salud, a la fecha de terminación del contrato de trabajo, que le impedía o dificultaba sustancialmente el desempeño de sus labores en "*condiciones regulares*"[4], ante la inexistencia se itera de elementos que den cuenta de tratamientos, incapacidades,

[3] SL 12998-2017.
[4] Corte Constitucional T-041 de 2019.

recomendaciones, un grado de pérdida de capacidad laboral o afectación psicológica, entre otros, que obstaculizaran la ejecución de su labor.

Tales circunstancias derivan en la inaplicabilidad de la mencionada Ley 361 de 1997. Y es que la protección de dicha normatividad, esto es, la presunción de que el despido o terminación de la relación laboral surge por el estado de la salud del extrabajador, estaría desvirtuada en el caso de marras porque como quedó analizado, para ese momento (25/06/2019) el demandante no se encontraba en un estado de **debilidad manifiesta** o en una **disminución suficiente en su salud** que le impidiera o dificultara desempeñar su trabajo.

Lo anterior, atendiendo el contenido de la sentencia proferida por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, SL 572 de 2021, en donde expuso:

> *"Ahora bien, es evidente que el trabajador padece una patología en su hombro derecho, que se encuentra documentada, pero, como quedó dicho en párrafos anteriores,* ***no es la patología lo que activa la protección de la estabilidad laboral reforzada, sino la limitación que ella produce en la salud del trabajador para desarrollar su labor, lo que no se encuentra demostrado en el proceso, pues además de no estar calificada la pérdida de la capacidad laboral, al momento del despido no presentaba ninguna situación grave de salud, que fuera notoria y evidente****, por el contrario, se encontraba desarrollando sus actividades de manera normal, lo que demuestra que la patología del hombro no ocasionaba ninguna limitación en el trabajador que fuera incapacitante, con la magnitud de poder activar la protección establecida en el artículo 26 de la ley 361 de 1997.*
>
> *Por último, con relación al conocimiento que pudo tener el empleador de la patología del trabajador, ello no cambiaría en nada las circunstancias exigidas para la protección, pues lo relevante es que no aparece demostrada ninguna limitación para considerar que trabajado estuviera en situación de discapacidad.". (Negrilla fuera del texto).*

Además de lo anterior, como se anunció al inicio de este proveído (pág. 4), se tiene que por voluntad expresa de las partes, el contrato de trabajo del actor inicialmente pactado a término fijo mutó el día 30 de junio del 2011 a la modalidad de término indefinido con plazo presuntivo (pág. 35 Archivo 4 expediente digital), por lo que frente a este aspecto debe recordarse el contenido del Decreto 2127 de 1945 en los siguientes artículos:

> *"**ARTICULO 40**. El contrato celebrado por tiempo indefinido o sin fijación de término alguno, se entenderá pactado por seis meses, a menos que se trate de contrato de aprendizaje o a prueba, cuya duración se rige por normas especiales.*
>
> ***ARTICULO 47.** El contrato de trabajo termina:*

a. Por expiración del plazo pactado o presuntivo"

En este orden se tiene, de conformidad con la modificación que efectuaron las partes aquí en contienda del contrato de trabajo de término fijo a TERMINO INDEFINIDO CON PLAZO PRESUNTIVO, el 30 de junio del 2011, es claro que a partir del 1° de julio de ese año el contrato se pactó por seis meses, así el primer plazo venció el 31 de diciembre del 2011, el segundo el 30 de junio del 2012 y el último cuando el empleador dispuso terminarlo el 30 de junio del 2019. Nótese que dicha decisión no se torna caprichosa o arbitraria por el contrario el Banco Agrario dio aplicación a lo dispuesto en el literal a) del artículo 47 del Decreto 2127 de 1945 atrás citado, por lo que de manera alguna ha de entenderse que la finalización del vínculo contractual del actor con la sociedad demandada fue sin justa causa, sino por el contrario fue con base en una causa legalmente establecida.

Sobre este punto, la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 16381 del 11 de octubre del 2017, radicado No. 51799 señaló:

> *"El plazo presuntivo es el imperio de la ley en favor del Estado cuando funge como empleador y por ende de la sociedad sobre la voluntad de las partes. La ley presume que en todo contrato laboral concertado por aquél, la ausencia de una estipulación sobre la duración del contrato implica, aunque parezca contradictorio, la fijación de un plazo de vigencia del contrato de seis meses según el Decreto 2127 de 1945. La presunción es legal, y por eso tanto en la contratación individual como en la colectiva, las partes pueden acordar lo contrario y apartarse del plazo presumido por el legislador. Y aquí, como ocurre con el régimen de los contratos a término fijo, con los cuales la identidad es manifiesta, en los gobernados por el plazo presuntivo la intención que exprese una de las partes de no prorrogar el contrato solamente es unilateral en apariencia, porque el imperio de la ley impone un contexto contractual en el cual se asume que las partes convinieron la fijación de un plazo semestral.*
>
> ***De acuerdo con lo anterior, cuando una parte se acoge al plazo presuntivo semestral o cuando lo hace valer, no hay despido y por lo mismo no hay lugar a indemnización alguna**. (Sentencia CSJ SL 23957, 21 feb. 2005)*
>
> *(...)*
>
> *Se deduce entonces que no existió despido sin justa causa: (i) porque el Decreto 2127 de 1945 establece que los contratos celebrados sin fijación de termino, se regirán por el plazo presuntivo y se entenderán prorrogados de seis meses en seis meses (ii) que dicha figura puede ser excluida a través de la negociación colectiva o individual de las condiciones laborales, pero se requiere cláusula clara y expresa. (iii) y, en esa dirección, **el empleador estatal puede acudir válidamente a la forma de terminación de la relación laboral establecida en el precitado Decreto, pues se está en presencia de un modo legal para la extinción del vínculo jurídico**."* (Negrillas y subrayas fuera de texto)

De esta manera y atendiendo las consideraciones expuestas por la Máxima Corporación, en este especial asunto encuentra la Sala, frente a la terminación del vínculo que ató a las partes, que el mismo en efecto **feneció por una causa legal** establecida en el artículo 47 del Decreto 2127 de 1945 y en ese orden, al tenor de la disposición normativa citada en precedencia, la encartada no requería autorización administrativa para la terminación del contrato, habida cuenta, que no se trata de una decisión unilateral, sino que desde el inicio del vínculo se estableció su duración, esto es "*pactado por seis meses".*

De modo que las razones expuestas permiten concluir dentro del presente asunto la finalización del vínculo laboral se produjo fue en razón de un modo legal de terminación y no en razón de los padecimientos de salud del señor SANTOS SOLANO y en esa medida, la protección de la referida Ley 361 de 1997, esto es, la presunción de que el despido o terminación de la relación laboral surge por el estado de la salud del ex trabajador, estaría desvanecida por cuanto se itera la demandada logró acreditar que el fenecimiento de la relación laboral **obedeció a la configuración de una causal objetiva,** recuérdese el contenido de la sentencia SL 1360 del 11 de abril de 2018 cuando expresa: "…***si el motivo no es su estado biológico, fisiológico o psíquico, el resguardo no opera*** *(…)."* y también lo considerado en la SL 711 del 24 de febrero del 2021 cuando indica:

> *"En ese orden, le corresponde al actor acreditar la circunstancia de discapacidad en cualquiera de los grados ya mencionados, para que se active la presunción,* ***y al empleador le incumbe entonces, demostrar que no fue por tal razón sino por una causa objetiva, que decidió finalizar el vínculo.*** *Esto como quiera que la prohibición contenida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, es la de despedir al trabajador por razón de su discapacidad, por lo que, al contrario, las decisiones motivadas en una razón objetiva no requieren ser autorizadas por la autoridad administrativa laboral…"*

Por lo anterior, no puede concluirse que el fenecimiento de la relación laboral del demandante corresponde a un acto discriminatorio por el estado de salud del actor, con lo cual se resuelve la petición dirigida al pago de la sanción prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, al no encontrarse vulneración alguna que merezca un estado de protección.

De esta manera se agota la competencia de la Sala, por el estudio de los motivos de apelación y conforme las motivaciones precedentes, se complementará la

sentencia de primera instancia, en cuanto a que se absuelve a la demandada de la pretensión de la indemnización de 180 días de salario establecida en Ley 361 de 1997.

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte actora.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: COMPLEMENTAR la sentencia de primera instancia para **ABSOLVER** a la demandada de la pretensión de indemnización de 180 días de salario establecida en Ley 361 de 1997, incoada por el accionante.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás el fallo de primer grado.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo del demandante.

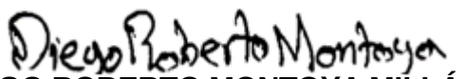
NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

AGENCIAS EN DERECHO: Se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de $1.200.000 la cual deberá ser incluida en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL

BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL.

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR CAROLINA MUÑOZ HERNÁNDEZ CONTRA BANCO DAVIVIENDA S.A. (RAD. 29 2022 00103 01).

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

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

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandante contra la sentencia proferida por la Juez Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 1º de marzo de 2022 *(expediente digital, archivo 10, récord. 40:54),* en la que se resolvió:

> *"**PRIMERO: ABSOLVER** a la demandada BANCO DAVIVIENDA S.A de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por la señora CAROLINA MUÑOZ HERNANDEZ.*
>
> ***SEGUNDO**: Condenar en costas a la parte actora, incluyendo como agencias en derecho la suma de $100.000*
>
> ***TERCERO: CONSULTAR** el presente fallo ante el Honorable Tribunal Superior de Bogotá-Sala Laboral".*

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante CAROLINA MUÑOZ HERNÁNDEZ, las pretensiones relacionadas en la demanda *(expediente digital, archivo 01 páginas 3 a 4)*, las cuales se soportaron en los supuestos fácticos descritos a páginas 1 a 3, ibidem, encaminadas a que se declare, que el despido fue ilegal e injusto por cuanto fue violatorio de los preceptos contenidos en el artículo 25 del Decreto 2351 de 1.965, por ausencia de justa causa para el mismo. Como consecuencia de lo anterior, se declare que el acto carece de eficacia jurídica, debiendo ordenarse el reintegro. Igualmente, solicitó se condene a la demandada, a reconocer y pagar en favor de la demandante, los salarios, prestaciones sociales y aportes a seguridad social, que causados a partir del 21 de noviembre de 2021 junto con las costas del proceso. De manera subsidiaria, pidió el reconocimiento y pago de la indemnización por despido injusto debidamente indexada.

Obtuvo sentencia de primera instancia desfavorable por cuanto se absolvió a la sociedad demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra y se condenó en costas a la demandante. **Lo anterior tras considerar la *a quo*,** no se desconoce que, la demandante, en principio, ostentaba un fuero circunstancial por la afiliación que hiciera al Sindicato Asociación Colombiana de Empleados Bancarios “ACEB” en vigencia del conflicto colectivo suscitado entre las partes para la fecha de los hechos. No obstante, al analizar la justa causa invocada por la empresa demandada, estableció, en efecto, la actora fue conocedora sobre la reversión del otorgamiento de las vacaciones mucho antes de iniciar el disfrute, teniendo la obligación de asistir a laborar y prestar los servicios en los términos pactados al inicio del contrato, insistió, la actora tenía pleno conocimiento sobre la decisión de la empresa de no conceder las vacaciones, pese a que el 25 de octubre de 2021 le habían sido autorizadas, aun así, decidió no prestar los servicios. Añadió, a la demandaste se le garantizó el debido proceso al ser citada y oída en diligencia de descargos donde pudo aportar las pruebas que a bien tuviera e indicar por qué no laboró del 2 al 5 de noviembre de 2021, sumado a que la empresa constató que la señora CAROLINA MUÑOZ HERNÁNDEZ estos días se desplazó a realizar actividades de índole personal participando en una actividad deportiva organizada en la ciudad de Boyacá, encontrándose así convalidada la justa causa invocada en su momento por BANCO DAVIVIENDA S.A.

Con el fin de resolver el problema jurídico sometido a consideración de la Sala, se recuerda, mediante esta demanda la promotora de la litis pretende se declare que al momento de su despido gozaba de fuero circunstancial, atendiendo que, para ese momento, la organización sindical Asociación Colombiana de Empleados Bancarios "ACEB" había presentado pliego de peticiones a la sociedad BANCO DAVIVIENDA S.A.

En primer lugar, es absolutamente claro para la Sala, que el mínimo requisito que debe cumplir, quien pretenda el mentado amparo foral, consiste precisamente en ostentar la calidad de trabajador de la sociedad ante la cual se presentó el pliego de peticiones y que se encuentra en conflicto colectivo, aspecto éste sobre el cual no existe controversia, en la medida que la enjuiciada BANCO DAVIVIENDA S.A. al dar respuesta al hecho 1º de la demanda admitió: "***existió un contrato de trabajo entre el 17 de marzo de 2014 y el 24 de noviembre de 2021".*** Igualmente, al dar respuesta al hecho 2º aceptó que la demandante ejercía el cargo de "ASESOR GRUPOS HOMOGÈNEOS", devengando como salario básico la suma de $1.823.000. (archivo 07, páginas 2 y 3 de la contestación), aunado a la certificación, contrato de trabajo y otrosí que aportó la encartada a página 54 del archivo 07, donde hace constar extremos del contrato, salario y cargo, siendo claro que la existencia de un contrato de trabajo no está en discusión y, por tanto, la señora CAROLINA MUÑOZ HERNÁNDEZ ostentaba la calidad de trabajadora. Aunado a ello, se destaca, la demandada dio por terminado el contrato de trabajo a través de misiva que obra a páginas 39 a 41 del archivo 01 y páginas 103 a 105 del archivo 07.

Por otra parte, en autos se encuentra acreditada la existencia de la organización sindical Asociación Colombiana de Empleados Bancarios "ACEB", identificada con personería jurídica No. 01828 del 11 de diciembre de 1958 así como la existencia de un conflicto colectivo invocada por la referida Organización Sindical y la empresa BANCO DAVIVIENDA S.A., pues con las documentales aportadas al plenario se extrae que se denunció parcialmente la Convención Colectiva de Trabajo firmada el 03 de diciembre de 2018, mediante escrito de fecha 10 de mayo de 2021, iniciando negociación el 3 de septiembre de 2021 hasta el 30 de septiembre de 2021, convocándose a Tribunal de Arbitramento el 19 de octubre de 2021, conforme da cuenta las pruebas que reposan en las páginas 11 a 38 del archivo 01.

En este mismo sentido, la señora CAROLINA MUÑOZ HERNÁNDEZ se encontraba afiliada a la Organización Sindical “ACEB” desde el 28 de octubre de 2021, tal como lo certificó el sindicato en los siguientes términos (página 43, archivo 01):



Asociación Colombiana de Empleados Bancarios
- A. C. E. B. -

Por la Unidad de los Trabajadores Bancarios y El Sindicato de Industria

DIRECCIÓN NACIONAL
Filial de la C.T.C. y UNI Global Union
Nit.860011228-1

Personería Jurídica
001828 del 11-12-58

CERTIFICACIÓN

El suscrito presidente nacional de la Asociación Colombiana de Empleados Bancarios - ACEB-, con personería jurídica 001828 del 11-12-58,

CERTIFICA:

Que **CAROLINA MUÑOZ HERNANDEZ,** identificada con la cédula de ciudadanía No. 42.162.997 extrabajadora del Banco Davivienda S.A. y que una vez revisados nuestros archivos se verificó que la trabajadora estuvo afiliada a nuestra organización sindical la Asociación Colombiana de Empleados Bancarios – ACEB – desde el 28 de octubre hasta el 24 de noviembre de 2021 fecha de terminación de su contrato.

Dada en Bogotá, D.C., a los cuatro (04) días del mes de enero de 2022.

ACEB - JUNTA DIRECTIVA NACIONAL

Lo anterior conduce a esta Sala a concluir, en efecto, **al momento de producirse el despido** de la demandante, la sociedad BANCO DAVIVIENDA S.A. se encontraba en pleno proceso de negociación colectiva con el sindicato Asociación Colombiana de Empleados Bancarios “ACEB”, iniciando la misma el 03 de septiembre de 2021, según dicho de la actora, no siendo controvertido por la demandada en su contestación.

Ahora bien, teniendo en cuenta que las pretensiones de la parte actora derivan de la declaración dirigida a que la demandante para la fecha del despido se encontraba cobijada por el amparo de fuero circunstancial, es menester traer a colación lo dispuesto en el artículo 25 del Decreto 2351 de 1965 que reza:

> *“ARTICULO 25. Protección en conflictos colectivos. Los trabajadores que hubieren presentado al patrón un pliego de peticiones no podrán ser despedidos sin justa*

> *causa comprobada, desde la fecha de la presentación del pliego y durante los términos legales de las etapas establecidas para el arreglo del conflicto."*

En ese mismo sentido, el Decreto Único Reglamentario 1072 del 2015 en su artículo 2.2.2.1.9 recopiló lo establecido en el Decreto 2351 de 1965 y en el Decreto 1373 de 1966 consagrando: "*La protección a que se refiere el artículo 25 del Decreto 2351 de 1965, comprende a los trabajadores afiliados al sindicato o a los no sindicalizados que hayan presentado un pliego de peticiones, desde el momento de su presentación al empleador hasta que se haya solucionado el conflicto colectivo mediante la firma de la convención o del pacto, o quede ejecutoriado el laudo arbitral, si fuere el caso."* (Subrayado fuera de texto)

Al tenor de la disposición normativa en cita, el llamado fuero circunstancial constituye una protección laboral a los trabajadores que presentan el pliego de peticiones, para que no se les despida sin justa causa comprobada, a partir del momento en que se inicia el conflicto colectivo con la respectiva presentación del pliego de peticiones, garantía de la cual gozan trabajadores sindicalizados o no sindicalizados como lo dispone el inciso 3º del artículo 36 del Decreto 1469[1], la cual se extiende desde la iniciación del conflicto, durante toda la negociación colectiva, hasta la solución del mismo, momento hasta el que rige la prohibición de despedir, siendo ineficaz el despido que ocurra en ese lapso. Esto, contrario a lo afirmado por la demandada BANCO DAVIVIENDA S.A. en su contestación, al replicar en varios apartes del acápite de hechos:

> *"**el fuero circunstancial únicamente protege a los trabajadores sindicalizados o no sindicalizados que hubieren participado en la presentación del pliego de peticiones al empleador**.*
>
> *En efecto, no existe prueba que acredite que el demandante hubiese estado afiliado a la organización sindical que menciona, al momento de la presentación del pliego de peticiones, ni que haya participado de alguna forma en la presentación de un pliego de peticiones que diera inicio al conflicto colectivo (...)". (Negrilla texto original).*

Sobre este tema puntual, la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral se ha pronunciado, señalando que el fuero circunstancial **subsiste mientras duren las etapas del conflicto colectivo,** siendo lógico concluir que no solo cobija a los trabajadores que estuvieran afiliados al Sindicato al momento de

[1] *"La protección a que se refiere el artículo 25 del Decreto 2351 de 1965, comprende a los trabajadores afiliados a un sindicato o a los no sindicalizados que hayan presentado un pliego de peticiones, desde el momento de su presentación al empleador hasta cuando se haya solucionado el conflicto colectivo mediante la firma de la convención o del pacto, o hasta que quede ejecutoriado el laudo arbitral, si fuere el caso"*

presentarse el pliego de peticiones ante el empleador sino con posterioridad, situación que ocurrió en esta litis ya que la señora CAROLINA MUÑOZ se afilió el 28 de octubre de 2021 a la Organización Sindical "ACEB" y el pliego se presentó el 14 de mayo de 2021, conforme se constata en correo electrónico y archivos adjuntos, que militan a páginas 16 a 38 del archivo 01.

Para mayor ilustración, la Sala se remite al contenido de la providencia SL 415-2021, que en su parte pertinente enseñó:

> *"El artículo 25 del Decreto 2351 de 1965 contempla una garantía especial para el derecho a la negociación colectiva, en el sentido que los trabajadores que hubieren presentado al empleador un pliego de peticiones* ***no podrán ser despedidos sin justa causa comprobada, desde la fecha de la presentación del pliego de peticiones y durante los términos legales de las etapas establecidas para el arreglo del conflicto*** *colectivo.*
>
> *(…).*
>
> *En tal dirección, la Corte ha establecido que el fuero circunstancial surge con la* ***sola presentación del pliego de peticiones por parte de la organización sindical interesada y comprende todas las etapas del conflicto colectivo hasta su resolución definitiva (CSJ SL4142-2019). En la providencia anteriormente citada, la Sala explicó:***
>
> > *Pues bien, conviene recordar que el diferendo colectivo nace con la presentación del pliego de peticiones al empleador, bien sea por parte de la organización sindical o por los trabajadores no sindicalizados, hecho que trae consigo una serie de obligaciones para los actores de la relación laboral. De un lado, para el empleador, la de dar inicio a la etapa de arreglo directo y recibir a los representantes del sindicato o grupo de trabajadores en los plazos estipulados en el artículo 433 del Estatuto Laboral; por el otro, para estos últimos, la de realizar todas las gestiones administrativas –artículo 433, numeral 2.º ibidem- y judiciales que estén a su alcance con el fin de promover el inicio de las conversaciones de arreglo directo e impulsar el proceso de negociación.*

Sentado lo anterior, procede esta Corporación a verificar si la demandada transgredió lo previsto en el artículo 25 del Decreto 2351 de 1965, esto es, si la terminación del contrato de trabajo se encuentra amparada en una justa causa dado que el fuero circunstancial protege solo el despido **SIN** justa causa.

En ese orden, ha de precisarse, que la relación laboral existente entre las partes, finalizó por decisión unilateral del empleador, tal y como se acredita con la misiva, obrante a páginas 38 a 41 del archivo 01, razón por la cual, procede la Sala a la valoración del acervo probatorio a efectos de determinar si las motivaciones

indicadas por la traída a juicio en la comunicación en comento, configuran o no justa causa para el despido.

Ahondando en el tema, mediante comunicación de fecha 24 de noviembre de 2021, señaló la enjuiciada:

Pereira, 24 de noviembre de 2021

Señora
CAROLINA MUÑOZ HERNANDEZ
Asesora Grupos Homogéneos
David Portátil

Asunto.: Terminación Contrato de Trabajo Con Justa Causa

La presente tiene por objeto comunicar a usted que **BANCO DAVIVIENDA S.A.**, después de un cuidadoso proceso de investigación, ha decidido dar por terminado su contrato de trabajo por **JUSTA CAUSA** a partir del 25 de noviembre de 2021.

Para dar cumplimiento a lo previsto en el parágrafo del artículo 62 del *Código Sustantivo del Trabajo* comunicamos a usted que la anterior determinación se ha tomado teniendo en cuenta los siguientes:

HECHOS:

- Usted incumplió las obligaciones de observar los preceptos del reglamento, acatar y cumplir las órdenes, consagradas en el *Código Sustantivo del Trabajo*, en sus Artículo 58, Numerales 1° y 5°. Esto, cuando incumplió con su contrato de trabajo al no presentarse a laborar los días 3 ,4 y 5 de noviembre de 2021.

- Usted no recibió por parte de sus superiores autorización para ausentarse de sus funciones, pues se le informó en conversación sostenida el 26 de octubre de 2021, con su jefe inmediato Vanessa Jaramillo, que su solicitud de vacaciones para los días 2, 3, 4, y 5 de noviembre de 2021, que había sido aprobada por su jefe, no fue autorizada por la Gerencia de la sucursal, por tal motivo se le informo que debía trabajar los días 2 ,3 ,4, y 5 de noviembre de 2021.

- Esta información fue ratificada a usted en conversación sostenida con la Gerente de la Sucursal Beatriz Vallejo, el 26 de octubre de 2021.

- Usted en diligencia de descargos manifiesta que el motivo de su ausencia a laborar los días 3, 4, y 5 de noviembre de 2021, es que se encontraba en vacaciones dado que estas habían sido aprobadas a usted el 25 de octubre de 2021. Omitiendo la instrucción dada el 26 de octubre de 2021 por sus jefes y la gerencia de la sucursal, de laborar esos días.

- Lo manifestado por usted en la diligencia de descargos entra en contradicción con el correo electrónico enviado por usted el pasado 8 de noviembre de 2021, a Luz Adriana Giraldo, Profesional de Gestión Humana de

la sucursal, donde informa que los días miércoles 3 y jueves 4 de noviembre no había podido conectarse a trabajar porque sus usuarios estaban bloqueados , pero que el dia viernes 5 de noviembre de 2021, si había podido realizar gestión comercial dado que los usuarios ya se encontraban desbloqueados, osea manifiesta que trabajó el 2 y 5 de noviembre de 2021.

- En conversación sostenida con su jefe inmediata el pasado 8 de noviembre de 2021, cuando está le pregunta por su no conexión a trabajar los días 3, 4, y 5 de noviembre de 2021 y usted le manifiesta que si había trabajado esos días realizando gestión comercial, información que difiere completamente a lo manifestado por usted en la diligencia de descargos pues cuando se le preguntó por su ausencia a trabajar los días 3, 4, y 5 de noviembre de 2021, manifestó que esos días se encontraba en vacaciones..

- La conducta realizada por usted constituye una falta laboral contemplada en nuestro Código Disciplinario en su artículo 23 numeral 23 "*Dejar de asistir sin justificación al trabajo*".

- Como consecuencia de lo anterior, con su actuar usted infringió lo contemplado en el Código Disciplinario en su artículo 15 numerales 10 y 12, los cuales establecen que todo funcionario durante el desarrollo de sus funciones debe: "10. *Desarrollar sus tareas del marco de la más absoluta rectitud, honestidad, transparencia, integridad y honorabilidad, actitudes estas que también deberán reflejarse en todos los actos de su vida privada en tanto afecte a la institución.* 11. *Ser siempre leal a la Entidad, a sus jefes y a sus compañeros y nunca propiciar acciones o maniobras que estén en contradicción de este principio*".

- Con su conducta usted omitió las normas y políticas establecidas por el Banco, por cuanto se considera una práctica irregular la ausencia injustificada en la prestación del servicio.

- Su conducta reviste suma gravedad teniendo en cuenta de manera especial la naturaleza de su cargo y funciones, pues implica un proceder contrario a las instrucciones y pautas recibidas para el desempeño de su labor, razón por la cual se hace incompatible su permanencia en el Banco.

- Usted incumplió con sus deberes como funcionaria al no ser diligente y eficaz con las funciones que le fueron encomendadas debiendo abstenerse de cualquier acto u omisión que cause o que implique abuso indebido del cargo o función.

Los hechos anteriormente señalados fueron establecidos teniendo en cuenta el reporte de sus jefes inmediatos, los descargos realizados por usted el 19 de noviembre de 2021.

Con su conducta, usted ha violado de manera clara no sólo las normas internas del BANCO DAVIVIENDA S.A. sino también del *Código Sustantivo del Trabajo*.

Usted violó el **artículo 56** del *Código Sustantivo del Trabajo*, que establece las Obligaciones de las Partes en General, de la siguiente manera: "de modo general incumben al empleador obligaciones de protección y de seguridad para con los trabajadores, y a éstos obligaciones de obediencia y fidelidad para con el empleador", esto porque no fue obediente ni fiel con el empleador, en este caso BANCO DAVIVIENDA S.A. al ausentarse de manera injustificada a sus labores días 3, 4, y 5 de noviembre de 2021, omitiendo la instrucción dada por sus jefes de laborar esos días.

Usted también violó el **Artículo 58. Numeral 1º** que establece la obligación de realizar personalmente la labor, en los términos estipulados; observar los preceptos del reglamento y acatar y cumplir las órdenes e instrucciones que de modo particular le impartan el empleador o sus representantes, según el orden jerárquico establecido; esto no lo cumplió ya que se ausentó de manera injustificada a sus labores los días 3, 4, y 5 de noviembre de 2021.

En consecuencia, los hechos anteriormente señalados, configuran un **grave incumplimiento de las obligaciones legales y contractuales** que rigen el desarrollo comportamental que debían ser seguidas como trabajadora y que constituyen justa causa de despido conforme a las previsiones del **artículo 62, literal a), numeral 6°**; éste último en relación con el **numeral 1° y 5° del artículo 58** todas éstas, normas del *Código Sustantivo del Trabajo*.

Le recordamos que usted cuenta con un término de tres (3) días hábiles a partir de la notificación de la presente terminación para recurrir la decisión. Es pertinente aclarar, que la interposición del recurso no suspende la aplicación de la decisión que le fue ya notificada. De esta forma damos por terminado el proceso disciplinario correspondiente, habiendo cumplido con todos y cada uno de los requisitos para garantizar el debido proceso y derecho de defensa.

A fin de verificar lo anterior, se analizan los medios probatorios recaudados, resaltando, el correo electrónico de fecha 24 de octubre de 2021, por medio del cual la actora solicitó a las señoras Vanessa Jaramillo Palomino y Luz Adriana Giraldo el otorgamiento de las vacaciones para los días 2 a 5 de noviembre de 2021:

Por medio de la presente solicito su amable colaboración para autorizar 4 dias de vacaciones, en la fecha 2 de noviembre hasta el dia 5 de noviembre ya que los requiero para poder representar a el departamento de Risaralda en un evento deportivo nacional llamado "TOUR FEMENINO" realizado por la Federación Colombiana de Ciclismo evento realizado en la ciudad de Boyacá,
Agradezco su colaboración y apoyo en este momento.
Muchas gracias.

Posteriormente, este mensaje de datos obtuvo respuesta el 25 de octubre de 2021 por parte de la señora Luz Adriana Giraldo Osorio, como integrante de Talento Humano, en el siguiente sentido:

Luz A Giraldo Osorio <lgiraldos@davivienda.com> 25 de octubre de 2021, 14:58
Para: Carolina Munoz Hernandez <camuhern@davivienda.com>
Cc: Vanessa Jaramillo Palomino <vjaramillop@davivienda.com>

Buenos días Caro

Cuentas con todo nuestro apoyo, Vane ya me envió también el vobo, te agradezco registrar la solicitud de una vez en sighueme de los días de vacaciones. Estos serán aprobados en noviembre una vez me abran sistema de nómina

Cualquier inquietud con gusto será atendida

Cordialmente

Luz Adriana Giraldo Osorio
Profesional Integral Talento Humano Sucursal Risaralda
Tel. (6) 3419125 Ext. 2045849
3137223957
lgiraldos@davivienda.com
Cra 9 N° 17-70 piso 2 Pereira



En el interregno del 2 al 5 de noviembre de 2021, la demandada aportó los "pantallazos" de las conversaciones sostenidas vía Whatsapp, al parecer, entre la demandante y la jefe inmediata, señora Vanessa Jaramillo Palomino. Sobre los mensajes o este tipo de conversaciones, valga indicar, el artículo 246 del C.G.P. regula el valor probatorio, disponiendo:

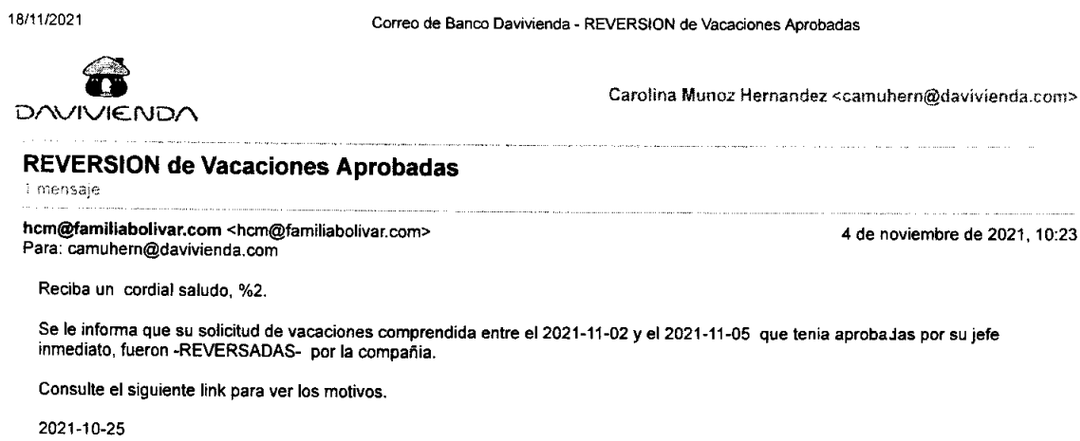
> *"Las copias tendrán el mismo valor probatorio del original, salvo cuando por disposición legal sea necesaria la presentación del original o de una determinada copia.*
>
> *Sin perjuicio de la presunción de autenticidad, la parte contra quien se aduzca copia de un documento podrá solicitar su cotejo con el original, o a falta de este con una copia expedida con anterioridad a aquella. El cotejo se efectuará mediante exhibición dentro de la audiencia correspondiente.".*
>
> *"Serán valorados como mensajes de datos los documentos que hayan sido aportados en el mismo formato en que fueron generados, enviados, o recibidos, o en algún otro formato que lo reproduzca con exactitud.*
>
> *La simple impresión en papel de un mensaje de datos será valorada de conformidad con las reglas generales de los documentos.".*

En este sentido, valga decir, si bien, se aportaron como prueba documental estos pantallazos, los mismos no brindan mayor información a la Sala sobre las fechas de las conversaciones sostenidas. Pues nótese, estas imágenes no permiten

verificar las fechas de la recepción del mensaje en el chat, siendo de importancia constatar si para los días 2 al 5 de noviembre de 2021 la demandante prestó sus servicios o mantuvo comunicación con la jefe inmediata.

Se aprecia el correo electrónico de fecha 4 de noviembre de 2021, por medio del cual la demandada informó a la demandante sobre la reversión de las vacaciones, email que en sentir de esta Corporación no pudo haber surtido efecto alguno, ya que, en principio, la actora debía disfrutar de las vacaciones entre el 2 al 5 de noviembre de 2021, por lo que no tiene relevancia este mensaje.

Ver imagen.



18/11/2021 Correo de Banco Davivienda - REVERSION de Vacaciones Aprobadas

DAVIVIENDA

Carolina Munoz Hernandez <camuhern@davivienda.com>

REVERSION de Vacaciones Aprobadas

1 mensaje

hcm@familiabolivar.com <hcm@familiabolivar.com> 4 de noviembre de 2021, 10:23
Para: camuhern@davivienda.com

Reciba un cordial saludo, %2.

Se le informa que su solicitud de vacaciones comprendida entre el 2021-11-02 y el 2021-11-05 que tenia aprobadas por su jefe inmediato, fueron -REVERSADAS- por la compañia.

Consulte el siguiente link para ver los motivos.

2021-10-25

De la misma manera los correos electrónicos cruzados, que a continuación se citan, tampoco resultan eficaces para acreditar, en principio, la oportuna reversión de las vacaciones que fueron otorgadas a la demandante:

Ver Imagen.

DAVIVIENDA

Luz A Giraldo Osorio <lgiraldos@davivienda.com>

Re: ASISTENCIA A LABORAR
1 mensaje

Carolina Munoz Hernandez <camuhern@davivienda.com> 8 de noviembre de 2021, 17:03
Para: Luz A Giraldo Osorio <lgiraldos@davivienda.com>

Buenas tardes,

Según conversación con mi jefe vanesa me permito informar que desde el mes de marzo de 2020 por disposición del banco me encuentro en teletrabajo, los días miércoles y jueves no fue posible conectarme a los aplicativos de el banco ya que mi usuario se encontraba bloqueado por las vacaciones aprobadas por el área de recursos humanos situación que fue informada a mi jefe inmediato. Vale la pena manifestar mi compromiso, disciplina en la realización de mis labores, muchas gracias por la atención prestada.

El lun, 8 nov 2021 a las 10:26, Carolina Munoz Hernandez (<camuhern@davivienda.com>) escribió:
> Buenos dias,
>
> Por medio de la presente me permito informar que fue imposible realizar el ingreso al sistema el dia miercoles y jueves el sistema me tenia bloqueada ya que quedaron las vacaciones aprobadas, esta situación la manifesté a mi jefe vanesa quien solicitó el desbloqueo y el dia viernes fue posible retomar labores usando los aplicativos y realizar gestión de mi base de clientes asignada en 360, vale la pena manifestar mi compromiso, disciplina en la realización de mis labores, muchas gracias por la atencion prestada.
>
> El jue, 4 nov 2021 a las 11:06, Luz A Giraldo Osorio (<lgiraldos@davivienda.com>) escribió:
> > Buenos días Carolina:
> >
> > Espero que se encuentre muy bien. Solicito amablemente nos informe el motivo por el cual no ha asistido a laborar los días miércoles 3 de noviembre y jueves 4 de noviembre. Esto teniendo en cuenta que la solicitud de vacaciones realizada la semana anterior para disfrutarla del (2 al 5 de noviembre) fue rechazada de manera verbal por su jefe Vanessa Jaramillo el día 26 de octubre y luego ratificada por la Dra Beatriz Vallejo, Gerente de la Sucursal.
> >
> > Le solicitamos acercarse a laborar a la oficina teniendo en cuenta que actualmente no se encuentra en periodo de vacaciones.
> >
> > Cualquier inquietud con gusto será atendida
> >
> > Cordialmente
> >
> > **Luz Adriana Giraldo Osorio**
> > Profesional Integral Talento Humano Sucursal Risaralda
> > Tel. (6) 3419125 Ext. 2045849
> > 3137223957

Por otro lado, la empresa demandada en acatamiento del debido proceso, derecho de defensa y contradicción que le asiste a la demandante la citó a rendir diligencia de descargos el día 19 de noviembre de 2021, escenario en el cual la parte actora fue evasiva en la mayoría de respuestas, no obstante, se extrae en algunas, lo siguiente (archivo 07, páginas 86 a 92):

PREGUNTADO: Por favor infórmenos si en la llamada del 3 de noviembre su jefe le ratificó que su solicitud de vacaciones no habían sido aprobadas por el Banco?

CONTESTÓ Yo siempre actúo bajo las normas, políticas y procedimientos del banco, la revocación de estas vacaciones fue notificada a mi correo institucional el día 4 de noviembre de 2021 a la 10:23 am por el área de recursos humanos, al intentar ingresar a la plataforma del banco para realizar teletrabajo no fue posible ya que el sistema se encontraba bloqueado, el viernes 5 de noviembre me conecté a realizar la gestión de base de clientes por el aplicativo 360

PREGUNTADO: Por favor manifieste el motivo por el cual no se conectó a trabajar el pasado 5 de noviembre de 2021, ni atendió el chat comercial ?

CONTESTÓ: Siendo reversadas las vacaciones por el área de recursos humanos el día 5 de noviembre pude ingresar al aplicativo 360 y hacer gestión de la base asignada por mi jefe inmediato. Clientes contactados
Milton Patiño cc 10006886, Luis Zapata cc 10087895, Robinson Herrera cc 1012361932, Oscar Bonilla cc 1019060232, Daniela Gómez cc 1010065532, Jorge Gamba cc 10142133, Juan Londoño cc 9871267.

De otro lado, el precario interrogatorio absuelto por la representante legal de la demandada se dirigió a indicar que la actora devengaba un salario básico más comisiones y que la empresa recibió la afiliación al sindicato el 4 de noviembre de 2021.[2]

Del interrogatorio absuelto por la demandante, se extrae[3], ésta había solicitado vacaciones en el año 2021, hizo uso de 15 días en el mes de octubre, adujo la actora, el proceso para las vacaciones se hace directamente en el área encargada, se debe solicitar las vacaciones y se obtiene una autorización, concretamente, puntualizó, solicitó la autorización para esos 4 días ya que tenía un "Tour" de ciclismo y el Banco le contestó que la autorizaba por lo que ingresó al aplicativo y evidenció que se había reportado dicha novedad, teniendo todo listo, el equipo inscrito y todo para el "Tour". Seguidamente, expuso, el área de recursos humanos a última hora le dijo que no se las autorizaban, pensó que se las iban a anular, pero debido a que hacía teletrabajo pensó en llevar de todas maneras el portátil y trabajar desde el lugar donde estuviera, por ser del área comercial

---

[2] ***Interrogatorio de la Representante Legal de la demandada*** *(récord, 11:20): "el salario devengado era un básico y el promedio dependía de lo que hiciera cada mes, el 4 de noviembre de 2021 la empresa recibió la afiliación del sindicato".*

[3] ***Interrogatorio a la demandante (récord: 13:57):*** *"En el 2021 tenía vacaciones acumuladas y tomé 15 días en el mes de octubre o agosto, el proceso para las vacaciones se hace directamente en el área encargada, yo solicitó las vacaciones y me dan una autorización, yo solicité la autorización para esos 4 días ya que tenía un Tour y el Banco me contestó que me las autorizaba e ingresé al aplicativo y por tanto me encontraba en vacaciones, teniendo todo listo, el equipo inscrito y todo, recursos humanos a última hora me dijeron que no me las autorizaban, pensé que me las iban a anular, algo que no sucedió, yo me fui a hablar con el jefe Juan Diego Álvarez y le comenté la situación y no le gustó, me dijo que no me preocupara que no había inconveniente, eso fue el último día de las vacaciones, yo hacía teletrabajo, entonces lo podía hacer de todas maneras, cuando Vanessa me dijo yo fui con juan diego, me quedé esperando el correo, sin embargo yo tenía mi portátil, por ser comercial aparecía que estaba en vacaciones, por ende, juan Diego habló con Beatriz y el sistema me dejaron bloqueada, yo quedé ante una respuesta ambigua, yo hable con mis jefes y me dijeron que no me preocupara, yo, los 4 días estaba bloqueado y no podía utilizarlo, yo ando con todo, con mi portátil y todo, lo que una puede ver el computador cuando está de vacaciones es un simulador, el jefe de mi jefe me autorizó, me dio que me fuera tranquilo, la autorización la da recursos humanos, la cual ellos me felicitaron, mi jefe quedó sorprendido con lo que pasó y la forma como me sacaron no me gustó, yo venía escuchando a compañeros que se venían afiliando y decidí afiliarme, yo me afilié antes".*

aparecía que estaba en vacaciones y el sistema bloqueó el usuario, habló con los jefes y le dijeron que no se preocupara, estuvo bloqueada los 4 días y no podía utilizar el usuario, advirtió, cuando uno está de vacaciones solo se accede al simulador, el jefe la autorizó, la autorización la da recursos humanos, ellos la felicitaron cuando autorizaron las vacaciones.

Por su parte, la deponente, **LUZ ADRIANA GIRALDO OSORIO,** declaró[4], el funcionario debe hablar con su líder para solicitar las vacaciones y se remite por correo a través de los aplicativos, se dio cuenta de la solicitud, la demandante le envió un correo donde se evidencia que se iba al Tour, en respuesta al correo indicó que quedaban aprobadas las vacaciones, al día siguiente la líder la llamó y le dijo que la Gerente de la sucursal le informó que no se podía autorizar las vacaciones, luego, Carolina la llamó y le explicó que no era posible autorizarlas, Vanessa la llamó y le dijo que no dejaba ingresar el usuario a Carolina, envió un correo para que la desbloquearan y le dijeron que ya había sido arreglado el asunto, como la actora no contestó la llamó y le envié un correo preguntándole por qué no había asistido, sin embargo, ella contestó hasta el lunes siguiente, el otorgamiento de las vacaciones se puede hacer verbalmente por ser un acuerdo con el líder y una vez estén aprobadas se registra en el sistema, eso lo hace cada funcionario, las vacaciones se registraron pero solicité la reversión y se hizo porque dijeron que el usuario se había reversado, usualmente, se bloquean los

[4] ***LUZ ADRIANA GIRALDO OSORIO, récord 31:25: "****Soy profesional de Talento Humano, el funcionario habla con su líder para solicitar las vacaciones y se remite por correo a través de los aplicativos, yo me di cuenta de la solicitud, ella me envió un correo donde se evidencia que se iba al Tour, yo respondí el correo que quedaba aprobado, al día siguiente la líder me llama y me dijo que la Gerente de la sucursal le dijo que no se podía autorizar las vacaciones, Carolina me llamó y le dije que no era posible autorizarlas, Vanessa me llamo y me dijo que no dejan ingresar al usuario a Carolina, envié un correo para que la desbloquearan y me dijeron que ya había sido autorizado, como ella no contestó yo la llame y le envié un correo preguntándole porque no había asistido, ella contestó hasta el lunes siguiente, se puede hacer verbalmente por ser un acuerdo con el líder y una vez estén aprobadas se registra en el sistema, eso lo hace cada funcionario, las vacaciones se registraron peor yo solicité la reversión y se hizo porque dijeron que el usuario se había reversado, se bloquean los usuarios cuando están en vacaciones, no es indispensable tener habilitado el usuario, no es necesario tener todos los aplicativos activos, en ese momento manejábamos el tema de la alternancia, Carolina no pidió permiso para desempeñar las funciones en otra ciudad, como estábamos en teletrabajo el medio de comunicación era el celular, Vanessa me reportó que Carolina no le contestaba con base en eso la citamos a al diligencia, Carolina expresó, Vanessa me dijo el martes que Carolina había trabajado medio día pero luego no pudo seguir, al día siguiente tenía una reunión y no se conectó, yo la estive llamando para notificarle que podía ingresar pero nunca me contestó, Vanessa aportó todas las pruebas para dar inicio a un proceso disciplinario interno, por políticas del banco la reversión se hace a través de la dirección general, por eso tardó día y medio la respuesta de ellos, las vacaciones s ele revocaron porque Carolina ya había tomado las vacaciones, se recordó que no se podía fraccionar las vacaciones, también se reversó por el cumplimiento o resultados comerciales, ellos tiene bolsas que deben cumplir y una meta y ella no cumplió, en noviembre no tenía periodos pendiente, ella había entrado de su periodo, el sistema muestra los días acumulados pero solo puedo disfrutarlo cuando he ganado los 15 días, la Doctora Beatriz me llamó a decirme que Carolina la había llamado a preguntarle por qué le habían reversado las vacaciones y ella le explicó todo, ellas tuvieron una reunión, Juan Diego es el jefe de Beatriz Vallejo, él no conoce el manejo para la aprobación de recurso humanos, Juan Diego no puede aprobar por el aplicativo y por el correo no lo vi".*

usuarios cuando están en vacaciones, no es indispensable tener habilitado el usuario, no es necesario tener todos los aplicativos activos, en ese momento manejaban el tema de la alternancia, Carolina no pidió permiso para desempeñar las funciones en otra ciudad, como estaban en teletrabajo el medio de comunicación era el celular, Vanessa reportó que Carolina no le contestaba y con base en eso la citaron a la diligencia de descargos, Vanessa dijo que el martes Carolina había trabajado medio día pero luego no pudo seguir, al día siguiente tenía una reunión y no se conectó, la estuve llamando para notificarle que podía ingresar pero nunca contestó, Vanessa aportó todas las pruebas para dar inicio a un proceso disciplinario interno, por políticas del banco la reversión se hace a través de la dirección general, por eso tardó día y medio la respuesta de ellos, las vacaciones se le revocaron porque Carolina ya había tomado las vacaciones, se recordó que no se podía fraccionar las vacaciones, también se reversó por el cumplimiento o resultados comerciales, ellos tiene bolsas que deben cumplir y una meta y ella no cumplió, en noviembre no tenía periodos pendientes, ella había entrado de su periodo, el sistema muestra los días acumulados pero solo se pueden disfrutar cuando causan los 15 días, la Doctora Beatriz la llamó a decirle que Carolina le había preguntado por qué le habían reversado las vacaciones y ella le explicó todo, ellas tuvieron una reunión, Juan Diego es el jefe de Beatriz Vallejo, él no conoce el manejo para la aprobación de Recursos Humanos, Juan Diego no puede aprobar por el aplicativo y por el correo no lo vi o no lo hizo.

VANESSA JARAMILLO PALOMINO, exteriorizó[5], le autorizó las vacaciones autoricé por escrito y se las negué porque mi jefe directa no estaba de acuerdo

[5] ***VANESSA JARAMILLO PALOMINO, récord 56:15: "****Soy Coordinadora Comercial, laboro hace 19 años en Davivienda, se las autoricé por escrito las vacaciones y se las negué porque mi jefe inmediato no estaba de acuerdo con mi decisión, eso fue porque ella no había cumplido los resultados, había gozado de vacacione sy no se pueden fraccionar periodos de vacaciones, me senté a conversar sobre el tema y cuando se vencen miramos las fechas de acuerdo a las metas, se debe pedir los 15 días correspondientes, se habían registrado las vacaciones y se había bloqueado el acceso de Carolina pero al reversar se abrió el aplicativo, no hay un procedimiento establecido para las vacaciones ese día no le comuniqué al área de Talento Humano por eso no se ingresaron en el sistema, el día que Carolina me dice que tiene bloqueado el sistema yo llamé, ella laboró de manera normal y estaba atendiendo unos clientes y me dijo que no le funcionaban los usuarios y le dije que iba a reportar eso, yo llevaba en el cargo 6 meses y ella había estado de vacaciones en octubre, por ser un cargo comercial y de clientes el usuario a veces es irrelevante ya que ella puede cumplir con las funciones sin el usuario, hacíamos seguimiento diario, ellos me reportaban movimientos en el día, esos 3 días solo se comunicó conmigo el martes 2 desde temprano, la rutina norma, me contó sobre libranzas y solo hasta el mediodía, luego, el miércoles en la tarde me dijo que tenía el teléfono muerto y le dije que el celular es vital y me llamó y me dijo que estaba de vacaciones que hablábamos el lunes, si se va a desplazar debe pedir permiso por tema de ARL, a ella el jueves se le activaron los usuarios pero no respondía ni tampoco se conectó a una reunión el jueves, no necesariamente debía estar activo el usuario, el viernes no apareció solo al lunes siguiente, cuando llegó el lunes me dijo que si había trabajado asi que tomó la decisión de llegar ese día y hablar conmigo, yo le hice el requerimiento de por qué no contestaba, juan Diego es el Gerente Regional, yo solo puedo aprobar las vacaciones y la gerente da el aval, a mí me llega la solicitud de vacaciones, las vacaciones se solicitan al jefe inmediato, en noviembre no se pueden solicitar vacaciones por sr final de año".*

con mi decisión, eso fue porque ella no había cumplido los resultados, había gozado de vacaciones anteriormente y no se pueden fraccionar periodos de vacaciones, usualmente me siento a conversar sobre el tema y cuando se vencen miramos en conjunto las fechas de acuerdo a las metas, se debe pedir los 15 días correspondientes, se habían registrado las vacaciones y se había bloqueado el acceso de Carolina pero al reversar se abrió el aplicativo, no hay un procedimiento establecido para las vacaciones, ese día no le comuniqué al área de Talento Humano por eso no ingresaron en el sistema la novedad, el día que Carolina me dice que tiene bloqueado el sistema yo llamé, ella laboró de manera normal y estaba atendiendo unos clientes y me dijo que no le funcionaba el usuario y le dije que iba a reportar eso, yo llevaba en el cargo 6 meses y ella había estado de vacaciones en octubre, por ser un cargo comercial y de clientes el usuario a veces es irrelevante ya que ella puede cumplir con las funciones sin el usuario, hacíamos seguimiento diario, ellos me reportaban movimientos en el día, de esos 3 días solo se comunicó conmigo el martes 2 desde temprano e hizo la rutina normal, me contó sobre libranzas y eso fue hasta el mediodía, luego, el miércoles en la tarde me dijo que tenía el teléfono muerto y le dije que el celular es vital y me llamó y me dijo que estaba de vacaciones que hablábamos el lunes, el trabajador que se va a desplazar debe pedir permiso por tema de ARL, a ella el jueves le activaron los usuarios pero no respondía ni tampoco se conectó a una reunión ese día, no necesariamente debía estar activo el usuario, el viernes no apareció solo el lunes siguiente, cuando llegó el lunes le dijo que sí había trabajado así que tomó la decisión de llegar ese día y hablar conmigo, yo le hice el requerimiento de por qué no contestaba, Juan Diego es el Gerente Regional, yo solo puedo aprobar las vacaciones y la Gerente da el aval, a mí me llega la solicitud de vacaciones, las vacaciones se solicitan al jefe inmediato, en noviembre no se pueden solicitar vacaciones por ser fin de año.

La testigo, **BEATRIZ VALLEJO[6],** exclamó, a Carolina se le otorgaron unas vacaciones y cuando se enteró advirtió que ella ya había disfrutado de las mismas,

---

[6] ***BEATRIZ VALLEJO, récord 01:13;48: "****A Carolina s ele otorgó unas vacaciones y cuando me enteré dije que ya había desfrutado, además en noviembre no es procedente las vacaciones por las metas, ella me llamó y le dije que no se podía otorgar las vacaciones y aun así ella se fue, el funcionario solicita las vacaciones y se dan, se le comunica a Gestión Humana pero se le dijo que no, en eso no intervine, Carolina no cumplía metas y tenía baja frente a uno productos, fue un conjunto de cosas para reversar las vacaciones, ellos saben que noviembre no se puede otorgar las mismas, más cuando estábamos sacando metas adelante, yo me enteré por parte de Gestión Humana y yo le dije que no se podía otorgar así que le dije que las revocará, le dije a Vanessa Jaramillo que no se podía hacer el disfrute, eso fue el 26 o 26 que le dije que las revocara, Vanessa me dijo que no le contestó y me tuvo al tanto en toda la semana de eso, en esos cargos solo se entregaron*

además en noviembre no es procedente gozar de vacaciones por las metas, ella la llamó y le dijo que no se podía otorgar las vacaciones y aun así ella se fue, generalmente el funcionario solicita las vacaciones y se las dan, se le comunica a Gestión Humana pero a la demandante se le dijo que no, Carolina no había cumplido metas y tenía baja frente a unos productos, fue un conjunto de cosas para reversar las vacaciones, ellos saben que en noviembre no se puede otorgar las mismas, más, cuando estaban sacando metas adelante, enteró por parte de Gestión Humana por lo que indicó que no se podía otorgar las vacaciones del 2 a 5 de noviembre así que ordenó se revocarán, le comentó a la jefe inmediata de la demandante, señora Vanessa Jaramillo, que no se podía causar el disfrute, eso fue el 25 o 26 de octubre de 2021, Vanessa contestó y la tuvo al tanto en toda la semana de la situación, en esos cargos solo se entregan bloques completos de vacaciones, es decir, los 15 días y no se pueden fraccionar.

Por último, el señor **JHON ALEXANDER DIAZ CLAVIJO[7],** quien es entrenador deportivo, conoció Carolina porque hizo parte del grupo de ciclismo, conoce a Juan Diego hace mucho tiempo porque montaban bicicleta juntos, puntualmente dijo, tiene un equipo en la región del cual Carolina hace parte, solicitó permiso para asistir a la carrera y se las negaron, como conoce hace mucho al Director Regional le escribió y él manifestó que iba hablar con la jefe de Carolina pero que me daba la aprobación para que pudiera asistir, a ella le mandaron el correo dándole el permiso y por eso, continuaron con todo, el Tour inició en Meta y terminó en Boyacá, eso fue en noviembre, Carolina viajó a la competencia, eso inició en Villavicencio.

Visto lo que antecede, para la Sala, no son de recibo los argumentos de la demandante, relativos a que no conocía sobre la reversión de las vacaciones otorgadas y, por ende, hizo uso de los días 2 a 5 de noviembre de 2021. Esto, por cuanto si bien la demandante el día 24 de octubre de 2021 solicitó el otorgamiento

---

bloques completos de vacaciones, siempre periodos causados, el jefe directo autoriza las vacaciones pero yo como jefe puedo revocar".

[7] ***JHON ALEXANDER DIAZ CLAVIJO. récord 01:37:14:*** *"Soy entrenador deportivo, conozco z Carolina porque hico parte del grupo de ciclismo, yo conozco a Juan Diego hace mucho, montábamos bicicleta juntos, resulta que yo tengo un equipo en la región del cual Carolina hace parte, solicité permiso para asistir a la carrera y luego no sé qué pasó, como yo lo conozco hace mucho le escribí a él y él manifestó que iba hablar con la jefe de Carolina pero que me daba la aprobación para que pudiera asistir, a ella le mandaron el correo dándole el permiso y por eso dijimos que listo, el Tour iniciaba en Meta y terminaba en Boyacá, eso fue en noviembre, Juan Diego dijo que iba hablar con la jefe directa pero que no tenía problema en que solicitara permiso, Carolina viajó a la competencia, eso inició en Villavicencio".*

de las vacaciones vía correo electrónico y las mismas fueron inicialmente concedidas el 25 del mismo mes y año, no se puede obviar que el 26 de octubre de 2021 **fueron revocadas**, situación que era de pleno de la actora al sostener conversaciones con su jefe inmediata Vanessa Jaramillo, y como la demandante lo aceptó en el interrogatorio de parte[8], habló con la Gerente sobre dicha situación al enterarse de la reversión, momento en el cual le fue informado que la reversión obedeció a varios lineamientos de la empresa como lo era el cumplimiento de metas, la prohibición de fraccionar las vacaciones y que la demandante ya había disfrutado de un periodo en el mes de octubre de 2021, es decir, recién acababa de hacer uso de este derecho una vez se causó.

Sobre dicho conocimiento (reversión de las vacaciones), fue clave el testigo **JHON ALEXANDER DIAZ CLAVIJO** ya que al ser el entrenador y amigo de la actora, afirmó de manera espontánea que al conocer la decisión de la empresa llamó a Juan Diego para que intercediera con la jefe de Carolina y le diera el permiso, advirtiendo además, la demandante sí asistió al Tour, último hecho que se pudo constatar con las fotografías puestas en conocimiento en la diligencia de descargos a la demandante y con el propio dicho de la actora, consistente en que, "*una vez culminada la carrera la llamaban a felicitarla por los resultados de la carrera".*

Entonces, en este caso es claro que la demandante conocía de antemano que las vacaciones no le podían ser otorgadas del 2 al 5 de noviembre de 2021, decisión que no fue acatada por la promotora de este litigio, siendo evidente que la señora CAROLINA MUÑOZ asistió al Tour de ciclismo, el cual inició en la ciudad de Villavicencio y terminó en Boyacá, demostrándose con ello que la actora no prestó los servicios para los días que no tenía permiso por parte del Banco, excusándose en que el usuario estaba bloqueado y que no podía tener acceso a la información de la demandada para gestionar la información de los clientes, cuando su dicho queda sin sustento alguno al probarse que se encontraba en la actividad deportiva, no reportando además a la empresa el traslado de la ciudad con la finalidad de cubrir los riesgos pertinentes.

---

[8] ***(récord: 13:57):*** *"(...) recursos humanos a última hora me dijo que no me las autorizaban, pensé que me las iban a anular, algo que no sucedió, yo me fui a hablar con el jefe Juan Diego Álvarez (...),,* ***cuando Vanessa me dijo yo fui con Juan Diego, me quedé esperando el correo, sin embargo yo tenía mi portátil, por ser comercial aparecía que estaba en vacaciones****,(...)* ***yo hable con mis jefes cuando los llamé y me enteré que me las negaban*** *y me dijeron que no me preocupara ...". (Negrilla de la Sala).*

Puntualmente y sin hacer un mayor análisis, se pudo extraer del material probatorio que la actora asistió al Tour que había programado con anterioridad para los días 2 a 5 de noviembre de 2021, pese a la negativa notificada por el empleador a través de su representante Vanessa Palomino, no siendo de recibo en este estrado judicial que se reclame un eventual reintegro o el pago de la indemnización por despido cuando la demandante dio lugar al hecho que produjo la terminación.

Aunado a ello, la propia demandante presentó contradicciones al informar que, si trabajó del 2 al 5 de noviembre de 2021 a través de la modalidad de teletrabajo, luego afirmó que no pudo acceder al usuario asignado por la demandada y con posterioridad, se sostuvo en que estaba disfrutando de las vacaciones porque le habían sido autorizadas, actos que no concuerdan con la realidad del acervo probatorio, pues en aplicación de la sana crítica y las reglas de la experiencia que le asiste a los integrantes de la Sala se puede afirmar inequívocamente que la señora Carolina Muñoz solicitó las vacaciones el 25 de octubre de 2021, al ser aprobadas las mismas preparó la asistencia al Tour de ciclismo y luego, al serle notificado vía telefónica por la jefe inmediata la reversión de las vacaciones, tal como ella lo confesó en el interrogatorio de parte[9] decidió asistir a la actividad deportiva y a su vez, hacer “creer” al empleador que estaba prestando los servicios de manera remota, no obstante, esta convicción se desvaneció al no poder dar respuesta a los requerimientos de la jefe inmediata vía telefónica.

Bajo ese panorama, la Sala acompaña las conclusiones de la a quo, relativas a la configuración de una justa causa, habilitando así a la empresa demandada al despido con justa causa, pese al fuero circunstancial que le asistía a la señora Carolina Muñoz, pues tal como se anunció al inicio de esta providencia mientras dure el conflicto colectivo el empleador no puede despedir a los trabajadores aforados, salvo la existencia de una justa causa, último evento que aconteció en esta relación contractual, pues como ya se concluyó, la demandante incumplió con las obligaciones que le asistían como trabajadora de Davivienda y no asistió a laborar, acto completamente reprochable, generándose un grave incumplimiento de sus obligaciones legales y contractuales, configurándose así, la causal invocada por la empresa en la misiva de terminación del contrato.

[9] *Ver cita 8.*

Finalmente, por sustracción de materia no se analizará la pretensión subsidiaria dirigida al pago de la indemnización por despido sin justa causa, toda vez que, como ya se dijo en precedencia, la terminación del contrato de trabajo acaeció, por una justa causa imputable a la demandante.

En los términos que anteceden se agota la competencia de la Sala, por el estudio del grado jurisdiccional de consulta en favor de la demandante, procediendo a confirmar la sentencia proferida por la *a quo.*

Sin **COSTAS.**

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

R E S U E L V E

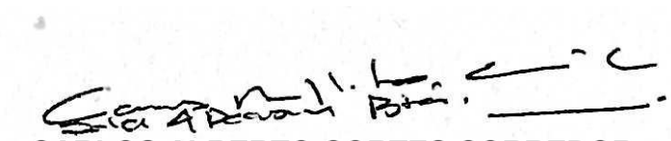
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por la Juez 29 Laboral del Circuito de Bogotá de conformidad con las motivaciones precedentemente expuestas.

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

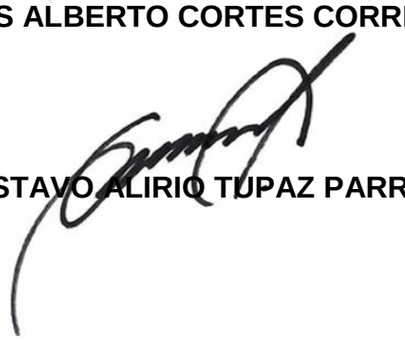
NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN



CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL

BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

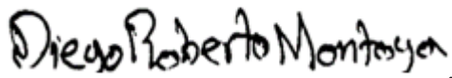
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN.

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR EDGARDO DAVID GUTIERREZ SENIOR CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- (RAD. 29 2022 00327 01).

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

AUTO

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



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

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

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con ocasión del grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES de la sentencia proferida por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 17 de abril del 2023 (Audiencia virtual concentrada de trámite y juzgamiento realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, expediente digital archivo 19, récord 19:44), en la que se resolvió:

> *"**PRIMERO: DECLARAR** que el señor **EDGARDO DAVID GUTIERREZ SENIOR** identificado con la CC N.º 8.693.898, tiene derecho al pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, por los aportes realizados a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.***
>
> ***SEGUNDO: CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES- COLPENSIONES**, a pagar la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez al señor **EDGARDO DAVID GUTIERREZ SENIOR** identificado con la CC N.º 8.693.398, por los periodos cotizados a dicha entidad, por un valor de $24.276.184,92, suma que deberá ser indexada al momento de su pago.*
>
> ***TERCERO: CONDENAR EN COSTAS** a la entidad demandada **COLPENSIONES**, incluyendo como agencias en derecho la suma de $1.500.000.*
> ***CUARTO: ABSOLVER** a la demandada **COLPENSIONES**, de los intereses moratorios solicitados.*
>
> ***QUINTO**: De no ser apelada la sentencia por parte de **COLPENSIONES** enviarse en **CONSULTA**, ante el Honorable Tribunal Superior de Bogotá."*

La ausencia de apelación contra la providencia anterior, explica la presencia de las diligencias en esta sede judicial a efectos de que se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de la demandada COLPENSIONES, a lo cual se procede, previa la constatación de que no existe causal de nulidad que invalide lo actuado.

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante EDGARDO DAVID GUTIERREZ SENIOR, las pretensiones relacionadas en la página 6 del expediente digital Archivo 01, las cuales encuentran sustento en los hechos relatados a folios 7 y 8 ibidem, solicitando se declare tiene derecho al reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez de conformidad con lo estipulado en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, en consecuencia se condene a Colpensiones a su reconocimiento, como también al pago de la indexación sobre las sumas adeudadas de conformidad con la Ley 100 de 1993 y a los intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, costas, agencias en derecho y gastos procesales, condenas *ultra y extra petita*. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus aspiraciones**, por cuanto se condenó a Colpensiones a pagar a favor del demandante la suma de $24.276.184,92, por

concepto de indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, suma que deberá ser debidamente indexada al momento de su pago. Lo anterior tras considerar que el actor cumplió con los requisitos establecidos en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993 y no se genera incompatibilidad alguna con la pensión de jubilación que devenga por parte del magisterio.

Así las cosas, se debe precisar, no fue motivo del debate jurídico, la calidad de pensionado que ostenta el demandante, tal y como puede verificarse del contenido de la Resolución No. 0496 del 11 de julio del 2014 expedida por la Secretaría de Educación del Distrito de Santa Marta (Archivo 01 págs. 19 a 21) de donde se extrae que se le otorgó una Pensión de Jubilación mediante acto administrativo No. 00313 del 8 de junio del 2012 en cuantía de $2.057.256, la cual fue objeto de reliquidación ajustando la mesada en la suma de $2.355.042 a partir del 1° de noviembre del 2011.

De tal manera, descendiendo al caso de autos se advierte el problema jurídico traído a los estrados se circunscribe en determinar si el demandante puede ser acreedor de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez por los aportes efectuados a Colpensiones pese a estar pensionado por Jubilación por parte de la Secretaría de Educación del Distrito de Santa Marta – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Conforme a lo anterior, advierte esta Sala no pueden ser de recibo los argumentos expuestos por Colpensiones en los actos administrativos SUB 306183 del 23 de noviembre del 2018, SUB 318213 del 5 de Diciembre de 2018 y DIR 352 del 11 de enero del 2019 (Archivo 8 expediente digital, págs. 118 a 124, 125 a 129 y 130 a 136) que negaron la prestación económica al establecer su incompatibilidad por encontrarse el demandante pensionado por parte del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por varias razones a saber.

En primer lugar, porque verificado los aportes a Colpensiones visibles en los citados actos administrativos **no se advierten cotizaciones** de la Secretaría de Educación de Santa Marta al régimen de prima media con el fin de subrogar el riesgo de vejez y conforme a la Resolución de reconocimiento de

pensión de jubilación ésta se otorgó en razón a los servicios prestados como Docente de vinculación Distrital, afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (Archivo 21 carpeta 05 Expediente Administrativo, -GRP-AAD-RP-2018_14359356-20181114023600-).

Aunado a lo anterior, si bien el artículo 6 del Decreto 1730 establece que las indemnizaciones sustitutivas de vejez y de invalidez, son incompatibles con las pensiones de vejez y de invalidez, esta incompatibilidad debe predicarse para aquellas prestaciones que sean reconocidas por la misma Administradora de Fondos de Pensiones, situación que no se presenta en autos en tanto la pensión de jubilación que actualmente percibe el demandante se encuentra a cargo única y exclusivamente de la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., información que se extrae de la Resolución No. 0496 del 11 de julio del 2014 (*pág. 20 Archivo 1 expediente digital*) a más que los aportes con los cuales eventualmente se va a reconocer la indemnización sustitutiva provienen de empleadores privados (*ver tiempos de servicios que se anotan en los actos administrativos expedidos por Colpensiones págs. 118, 119, 125, 126, 130 y 131*), por lo que no obedecen a las mismas cotizaciones que dieron lugar a la Pensión de Jubilación del Magisterio, tratándose de dos prestaciones que tienen diferente causa, razón por la cual es claro que el promotor del litigio logró acreditar tiempo de servicio o cotizaciones, distintas a las que se tuvieron en cuenta para el reconocimiento de la pensión que disfruta, no generándose la incompatibilidad alegada por COLPENSIONES en las citadas resoluciones.

Cabe anotar que al demandante en el ejercicio de su profesión como docente, no le estaba impedido prestar sus servicios de forma simultánea a establecimientos de carácter oficial y a instituciones particulares, por ende no estaba excluido de afiliarse al Sistema General de Pensiones estatuido por la Ley 100 de 1993 en cualquiera de sus dos regímenes y así lo ha precisado de forma reiterativa la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien en pronunciamiento reciente, SL-4133-2021, explicó:

> *"…la censura sostiene que erró el Tribunal al interpretar el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, por cuanto, según su decir, los docentes oficiales están excluidos de la aplicación de la Ley 100 de 1993 y los regímenes pensionales en ella establecidos, la*

Sala encuentra pertinente reproducir el contenido de tal disposición, la que al efecto precisa:

[…]

El argumento planteado por la parte recurrente, carece de asidero, pues el correcto entendimiento de la referida norma, corresponde al que le dio el sentenciador de alzada, que coincide con el actual criterio de la Corte, consistente en que el demandante podía prestar sus servicios a establecimientos educativos de naturaleza pública a fin de obtener una pensión de jubilación oficial, y, simultáneamente, laborar para instituciones educativas particulares para poder adquirir una pensión de vejez en el ISS, hoy Colpensiones, resultando válido que dichos aportes se trasladaran al RAIS a través de un bono pensional.

Así, además de las sentencias citadas por el Tribunal, conviene recordar lo dicho en las decisiones CSJ SL, 19 jun. 2008, rad. 28164; CSJ SL, 6 dic. 2011, rad. 40848 y CSJ SL451-2013, recientemente reiterada en la CSJ SL3775-2021, en la cual se expresó:

"En efecto, por tener la calidad de docente oficial y estar excluida del Sistema Integral de Seguridad Social, al compás de lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, a la demandante le resultaba válido prestar sus servicios a establecimientos educativos oficiales y, por virtud de ello, adquirir una pensión de jubilación oficial y, al mismo tiempo, prestar sus servicios a instituciones privadas y financiar una posible pensión de vejez en el Instituto de Seguros Sociales, con la posibilidad de que dichos aportes fueran trasladados al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de un bono pensional.

…

…en la sentencia CSJ SL3775-2021 se precisó que la afiliación al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio del docente vinculado laboralmente a instituciones de carácter público, no resultaba incompatible con su afiliación al ISS en virtud de una vinculación a instituciones particulares y, con ello, se cumplía la consecuente incorporación al Sistema General de Seguridad Social previsto por la Ley 100 de 1993. Así se explicó:

Es que no puede confundirse el hecho de la afiliación del demandante en instancias al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, en su calidad de docente vinculado laboralmente a instituciones de carácter público, con su trabajo para instituciones particulares y la consecuente incorporación al Sistema General de Seguridad Social, pues, en cada caso, rigen reglas específicas, que aplican según la relación que se predique, lo que no significa que no sea posible gozar de la doble atribución, simultáneamente, y obtener las prestaciones que correspondan a cada uno de ellas, cumpliendo los requisitos del caso.".

En esta misma dirección, baste con señalar que tampoco podría generarse una vulneración a la prohibición establecida en el artículo 128 de la

Constitución Política[1], por cuanto los recursos pertenecientes a la seguridad social no son propiedad del Estado como los bienes y rentas de la Nación, dado que estos tienen una destinación definida, al tenor de lo previsto en la ley 797 de 2003 artículo 2[2] y en esa medida tales recursos son de origen parafiscal. Al tema puede consultarse el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 23 de marzo de 2011, expediente 37959[3].

---

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

[2]"*los recursos del Sistema General de Pensiones están destinados exclusivamente a dicho sistema y no pertenece a la Nación ni a las entidades que lo administren".*

[3] En un principio, tanto antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993 como de la Carta de 1991, como con posterioridad, se consideró que los dineros administrados por el ISS para la adjudicación de pensiones ostentaban naturaleza pública, dada la calidad del Instituto, por lo cual, se generaron conflictos al solicitarse pensiones de vejez por quienes eran titulares de pensiones jubilatorias –legales o convencionales- canceladas por entidades estatales, o suspendérseles dichas prestaciones al acceder a la pensión dispensada por el ISS.

Sin embargo, la jurisprudencia definió el asunto al dejar evidenciado que ya el Estado no aportaba dineros para conformar el fondo de pensiones administrado por el Instituto, por lo que las compatibilidades se abrieron paso. Así, en fallo pronunciado el 12 de septiembre de 2006, rad. 28257, reiterado en el de 23 de abril de 2007, rad. 27435, se dijo:

"Respecto del segundo cargo en donde se acudió al submotivo de violación de la infracción directa, tampoco puede tener prosperidad el ataque, habida cuenta que esta Sala de la Corte en procesos con características correlativas y en los que se ha planteado una acusación similar, estudió y definió el tema, adoctrinando que las pensiones que administra para su pago el Instituto de Seguros Sociales, ya sea el afiliado un trabajador particular o uno oficial que se someta al régimen solidario de prima media con prestación definida, no es posible colegir que se sufragan con dineros del tesoro, y en estas condiciones para los eventos donde el empleador sea una entidad oficial, no se configura la prohibición constitucional y legal prevista en los artículos 128 de la Constitución Politica y 19 de la Ley 4ª de 1992, es así que en sentencia del 14 de febrero de 2005 radicado 24062, se dijo:

'(....) Ciertamente, se pagan con recursos del Tesoro, las pensiones de jubilación a cargo de una entidad descentralizada, esto es, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, o las sociedades de economía mixta donde predomine el capital estatal, en el entendido de que el inciso segundo del artículo 128 de la Constitución Política establece que <Entiéndase por tesoro público el de la nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas>, y por ello cualquier pensión extralegal que exista en esta clase de entidades, como es el caso de aquellas que tengan como fuente una convención colectiva de trabajo, son del orden oficial'.

'Se tiene entonces, que una pensión extralegal otorgada por un empleador oficial, es incompatible con la percepción de otra asignación que provenga del Tesoro, conforme a la prohibición legal y constitucional imperante'.

'Pero sucede, que tratándose de las pensiones que administra para su pago el Instituto de Seguros Sociales, ya sea el afiliado un trabajador particular o uno oficial que se someta al régimen solidario de prima media con prestación definida, no es factible colegir, de la misma manera, que se sufragan con dineros del tesoro, por las siguientes razones:

'El fondo económico de donde se cancelan las pensiones de vejez, invalidez o de sobrevivientes no resulta ser de propiedad del Instituto de Seguros Sociales, por ser este Instituto un mero administrador, lo que significa que en virtud de la naturaleza jurídica del ISS, no es dable estimar a dicho fondo común como bien del tesoro haciendo parte de la prohibición del canon 128 de la Carta Política'.

'En cuanto a las cotizaciones que recibe el ISS de una entidad oficial, si bien provienen del Tesoro, constituyen un patrimonio de afectación parafiscal, por estar destinados exclusivamente a engrosar el fondo común para el pago de las pensiones conforme a la ley, pues su finalidad es contribuir con el financiamiento de ese régimen, y por tanto los dineros que en un comienzo fueron propios del erario público dejan de serlo al quedar trasladados a la entidad de seguridad social, entrando a engrosar una reserva parafiscal que por ficción legal y constitucional dejan de ser propiedad de la entidad, a más de que una parte de esos aportes o cotizaciones sale del patrimonio del trabajador'.

'En este orden, la pensión legal concedida por el ISS a uno de sus asegurados, como consecuencia de las cotizaciones o aportes que efectuó el Estado o los particulares, no tiene el carácter de pública'.

'Así, entonces, el pago simultáneo a un beneficiario de una pensión convencional por un ente oficial y la de vejez del ISS cuando la ley así lo permite no configura la prohibición consagrada tanto en el artículo 128 de la Constitución Política, como en el artículo 19 de la Ley 4° de 1992'.

'En sentencia del 22 de marzo de 2002 con radicado 17347, dictada en un proceso contra el Banco Cafetero, sobre el tema se puntualizó:

'De todos modos, de darse por superada esa equivocación, el cargo no saldría avante, para lo cual basta transcribir la sentencia de 27 de octubre de 1995, radicada con el No. 7792, que reprodujo en parte la de 27 de enero del mismo año (radicación 7109), reiterada posteriormente por la de 31 de marzo de 1998 (radicación 10047), pues el tema de fondo se centra en la supuesta imposibilidad de que las pensiones en discusión, esto es, la convencional reconocida por el Banco y la de vejez otorgada por el I.S.S. sean concomitantes, al estimarse que ambas provienen y son sufragadas por el tesoro público, lo cual a juicio del recurrente viola no solo de las normas legales que se mencionan, sino además, el artículo 64 de la Constitución Nacional que prohíbe expresamente la convergencia de dos o más asignaciones provenientes del tesoro público'.

'Esto dijo la Corte en las sentencias aludidas:

"El artículo 47 del D.L. 1650 de 1977 calificó al I.S.S. como Establecimiento Público, hoy Empresa Industrial y Comercial del estado, artículo 1º D.L. 2148 de 1992). El ISS fue creado por la Ley 90 de 1946. En el artículo 16 de la citada Ley se adoptó un sistema de financiación tripartita trabajadores, empleadores y Estado. Dicha forma de financiación se varió con el Decreto Ley 433 de 1971, en cuanto a los aportes del Estado, por un '…aporte anual que se señalará en los presupuestos de rentas y gastos de la Nación…' (literal e ibídem).

"Posteriormente se dictó el decreto Ley 1650 de 1977, expedido por el Presidente de la República en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por la Ley 12 de ese mismo año, estableciéndose en el artículo 22 lo siguiente: "De los aportes de patronos y trabajadores, en los seguros de enfermedad en general, maternidad, invalidez, vejez y muerte, los patronos o empleadores aportarán el sesenta y siete por ciento de la cotización total y los trabajadores el treinta y tres por ciento".

"La cotización para el seguro de accidente de trabajo y de enfermedad profesional estará exclusivamente a cargo del patrono o empleador".

"Puede verse con facilidad que el aporte del estado desapareció de la seguridad social (hasta antes de la Ley 100 de 1993, expedida en desarrollo del artículo 48 del la Constitución Política)".

"También el Consejo de Estado ha tenido oportunidad de pronunciarse en idéntico sentido; en efecto, en decisión del 24 de marzo de 1983 anotó: '…lo anterior exonera a la sala de hacer el estudio sobre la naturaleza jurídica de las pensiones de jubilación acordadas por el Instituto de seguros Sociales, que aunque últimamente configurado como establecimiento público, pagan las jubilaciones con recursos de origen privado, como son las cuotas obrero patronales, pues su financiación tripartita desapareció".

"Y en sentencias del 27 de febrero y 6 junio de 2003, con radicación 19508 y 20271, ésta última rememorada por la réplica, y que fueron reiteradas en decisión del 23 de septiembre de 2004 radicado 23430, se precisó:

"'A pesar de que los cargos primero y segundo se formulan por vías distintas, la Corte procede a su estudio de manera conjunta en atención a que ambos buscan demostrar la incompatibilidad para recibir más de una asignación del tesoro público, y tienen una respuesta común: que las reservas

Establecido lo anterior, procede la Sala a verificar los requisitos para la procedencia del reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva, para lo cual es menester remitirnos a la normatividad vigente que regula la materia, esto es, al artículo 37 de la Ley 100 de 1993, que en su tenor literal dispone:

---

pensionales de las que proviene el pago de la pensión de vejez objeto de la controversia, no hacen parte del tesoro público, como pasa a indicarse.

"'Los recursos para el pago de las prestaciones que se originan en el Sistema General de Pensiones son de carácter parafiscal como lo ha enseñado la doctrina.

"'Uno de los elementos esenciales de la parafiscalidad es el de que esta clase de recursos constituyen un patrimonio de afectación, esto es, que los bienes que lo integran han de destinarse a la finalidad que la ley les señala en el momento de su creación; así, los fondos constituidos con las cotizaciones o los aportes que efectúan por mandato de la ley, el Estado o los particulares, a cualquiera de los regímenes de pensiones, han de consagrarse exclusivamente a pagar las prestaciones del servicio de la seguridad social en pensiones.

"'La Constitución Política de 1991 incorporó al mundo normativo la institución de la parafiscalidad, creada por la doctrina a partir de figuras legales como las contribuciones destinadas a cubrir los riesgos en salud y pensiones; la ley que regula el sistema de seguridad social plasmó en su texto los elementos esenciales con las que esta doctrina ha diferenciado los recursos parafiscales; así, la Ley 100 de 1993, en su articulo 283 consagra la exclusividad del beneficio en pensiones; los artículos 25, 52 y 90 le otorgan el carácter de administradoras a las entidades a las que se le confía la gestión de los recursos, en su orden, del Fondo de Solidaridad Pensional, del régimen de prima media con prestación definida, del de ahorro individual con solidaridad, de manera que, de los patrimonios de afectación no puede predicarse propiedad –solo antitécnicamente- por cuanto nadie puede ejercer el poder de libre disposición sobre ellos".

"'De esta manera, el fondo económico del que proviene el pago de las pensiones de vejez, de invalidez o de sobrevivientes aunque esté radicado en cabeza del Instituto de los Seguros Sociales, no es ni ha sido propiedad suya, sino que éste ha sido sólo administrador de aquellos".

"'La Constitución Nacional señala las entidades que contribuyen a conformar el Tesoro Público: la Nación, las entidades territoriales y las entidades descentralizadas, dentro de las que está comprendido el Instituto de Seguros Sociales, por su carácter de Empresa Industrial y Comercial del Estado, e integran el tesoro con los bienes y valores que sean propios de cada una de ellas; como las reservas pensionales con las que el Instituto cubre el valor de la pensión de vejez, no son de su propiedad, sino que son sólo administradas por él, no hacen parte del Tesoro Público".

"'Así, entonces, el Tribunal Ad quem no infringió la prohibición prevista en el artículo 128 de la Constitución Nacional.'"

"Pues bien, al no tener el carácter de pública la pensión legal que reconoce el Instituto de Seguros Sociales a un trabajador oficial, trayendo como consecuencia que no se configura la prohibición constitucional y legal que pone de presente la censura, y siendo hechos indiscutidos tanto el origen de las pensiones de jubilación que otorgó la ELECTRIFICADORA DEL HUILA S.A. E.S.P. a los demandantes con antelación al 17 de octubre de 1985, valga decir, de naturaleza convencional, como que el ISS a su vez les concedió a éstos la pensión de vejez, y que la demandada decidió cancelar únicamente la diferencia entre las dos pensiones para comenzar a compartirla, se concluye que dichas pensiones se deben mantener como autónomas, con mayor razón cuando en verdad tienen la vocación de ser compatibles." (Resaltes de la Sala).

Lo cual se consolida al disponer la Ley 797 de 2003, en su artículo 2°, que modificó al artículo 13 de la Ley 100 de 1993 que:

"m) Los recursos del Sistema General de Pensiones están destinados exclusivamente a dicho sistema y no pertenecen a la Nación, ni a las entidades que los administran".

> "***Artículo 37**: Indemnización sustitutiva de la pensión de vejez. Las personas que habiendo cumplido la edad para obtener la pensión de vejez no hayan cotizado el mínimo de semanas exigidas, y declaren su imposibilidad de continuar cotizando, tendrán derecho a recibir, en sustitución, una indemnización equivalente a un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas; al resultado así obtenido se le aplica el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado el afiliado."*

La anterior disposición fue reglamentada por el artículo 1º del Decreto 4640 de 2005, que modificó el artículo 1° del Decreto 1730 de 2001, estableciendo en lo que acá interesa, que las Administradores del Régimen de Prima Media con Prestación Definida (naturaleza que en efecto tiene la entidad enjuiciada), deberán reconocer la indemnización sustitutiva:

> *"Artículo 1° del Decreto 4640 de 2005, por el cual se modifica el artículo 1° del Decreto 1730 de 2001: Causación del derecho. Habrá lugar al reconocimiento de la indemnización sustitutiva prevista en la Ley 100 de 1993, por parte de las Administradoras del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, cuando los afiliados al Sistema General de Pensiones estén en una de las siguientes situaciones:*
>
> *a) **Que el afiliado se retire del servicio habiendo cumplido con la edad, pero sin el número mínimo de semanas de cotización exigido para tener derecho a la pensión de vejez y declare su imposibilidad de seguir cotizando;***
>
> *b) Que el afiliado se invalide por riesgo común sin contar con el número de semanas cotizadas exigidas para tener derecho a la pensión de invalidez, conforme al artículo 39 de la Ley 100 de 1993;*
>
> *c) Que el afiliado fallezca sin haber cumplido con los requisitos necesarios para que su grupo familiar adquiera el derecho a la pensión de sobrevivientes, conforme al artículo 46 de la Ley 100 de 1993;*
>
> *d) Que el afiliado al Sistema General de Riesgos Profesionales se invalide o muera, con posterioridad a la vigencia del Decreto-ley 1295 de 1994[4], como consecuencia de un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, la cual genere para él o sus beneficiarios pensión de invalidez o sobrevivencia de conformidad con lo previsto en el artículo 53 del Decreto-ley 1295 de 1994".*

En atención a las preceptivas enunciadas, surgen entonces tres requisitos legales para obtener el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, a saber:

A) El cumplimiento de la edad para obtener la pensión de vejez (60 años para el caso de los hombres antes del 2014 y 62 con posterioridad).

[4] Declarada la nulidad (expresión en literal d " con posterioridad a la vigencia del Decreto-ley 1295 de 1994") mediante Sentencia del Consejo de Estado radicada N° 11001032500020100027900 de 2017.

B) No haber completado, al cumplimiento de esa edad la densidad de cotizaciones suficientes para obtener la pensión de vejez -1300 a partir del 2015[5], y
C) La manifestación de encontrarse en imposibilidad de seguir cotizando.

En ese orden, descendiendo al caso de marras, se tiene que el demandante nació el 30 de octubre de 1956, tal como se advierte de la copia de la cédula de ciudadanía (pág. 18 Archivo 01 expediente digital), cumpliendo los 62 años el mismo día y mes del 2018, calendas para las cuales no contaba con el número de semanas mínimo para pensionarse pues en toda la vida cotizó al sistema solamente 308,14 semanas, según el reporte expedido por Colpensiones actualizado al 10 Agosto del 2022 (Archivo 21 expediente administrativo -04HistoriaLaboral.PDF-) y que da cuenta que su último aporte lo fue para el mes de junio de 2012 en el cual se reporta la novedad de retiro (ibidem), por lo que a la data que elevó la solicitud de indemnización sustitutiva -13 de noviembre del 2018, archivo 8 expediente digital-, ya cumplía con los dos primeros requisitos establecidos.

Ahora, en lo que tiene que ver con la manifestación de la imposibilidad de continuar cotizando, se halla que adjuntó a la solicitud de indemnización, el diligenciamiento del formato ante COLPENSIONES poniendo de presente igualmente esa circunstancia, según se advierte del oficio BZ2018_14359356-3499646 en donde la accionada indicó que junto con la solicitud el accionante anexo lo siguiente (Archivo 8 expediente digital págs. 58 y 59):

Continuación Respuesta Radicado No. 2018_14359356 del 13 de noviembre de 2018

Documentos que anexó el usuario:

Documento(s)	**Página(s)**
Formato solicitud de prestaciones económicas	2
Documento de identidad del afiliado	1
Formato para solicitud de indemnización ó declaración expresa en la que el asegurado manifieste su imposibilidad de continuar aportando al Sistema General de Pensiones	1
Formato declaración de no pensión	1

[5] Artículo 33 de la Ley 100 de 1993.

En ese orden de ideas, no cabe duda para esta Sala, que le asiste derecho al actor al reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva por el cumplimiento de los requisitos legales dispuestos para el efecto tal como lo estableció la Juez de primera instancia.

En lo que toca al monto de la indemnización, ha de tenerse en cuenta lo previsto en el artículo 2° del Decreto 1730 de 2001[6], el cual preceptúa que para determinar el monto de la indemnización se tendrán en cuenta la totalidad de semanas, aún las anteriores a la Ley 100, para lo cual se empleará la siguiente fórmula:

I = SBC x SC x PPC

Dónde:

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

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

PPC*: Es el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales ha cotizado el afiliado para el riesgo de vejez, invalidez o muerte por riesgo común, a la administradora que va a efectuar el reconocimiento.*[7]

Con base en ello, efectuados los cálculos de rigor, con apoyo del Grupo Liquidador del Consejo Superior de la Judicatura, teniendo en cuenta como fecha de exigibilidad el día de su reclamo, pues pese a cumplir con los requisitos desde el año 2018 (edad de 62 años) solo dio a conocer su imposibilidad de continuar cotizando el 13 de noviembre del 2018, como se relacionó en precedencia, se obtiene un valor a cancelar por concepto de

---

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

[7] ARTÍCULO 2.2.4.5.3. Cuantía de la indemnización. Decreto 1833 de 2016.

indemnización sustitutiva de **$21.731.610[8],** cifra que por resultar inferior a la dispuesta por el juez de primer grado ($24.276.184,92), será modificada en virtud del grado jurisdiccional de consulta a favor de la encartada, precisándose la liquidación efectuada por la Juez de primer grado no fue allegada ante esta instancia.

En lo que atañe a la procedencia de la indexación reclamada y concedida por el Juez de primer grado a la fecha en que se efectúe el pago, la Sala se permite recordar que dicha institución jurídica persigue una actualización de la obligación en cuanto al poder adquisitivo que tenía en la fecha en que debió de haberse solucionado y aquella en que efectivamente se pague, esto es, que el inexorable paso del tiempo, sin otro condicionamiento, distinto al impago del deudor, justifica el reajuste o corrección monetaria, siendo los índices de devaluación un hecho notorio, lo que evita demostrar esa situación.

La indexación no busca resarcir un perjuicio económico en estricto sentido, como ya quedó dicho, sino adaptar a la realidad económica del país un fenómeno particular de igual naturaleza, con ello no se recibe una ventaja económica ni se indemniza por el retardo en el pago, como tampoco se percibe un rendimiento del capital adeudado, solo se recauda el monto obligacional con capacidad adquisitiva, igual a la que tenía a la fecha en que se debió pagar.

En consecuencia, no erró la Juez de primera instancia al reconocer el pago indexado de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, como quiera que entre la fecha en que se debió reconocer la indemnización sustitutiva

8

reclamada a favor del demandante y la calenda en la que se realice su pago, habrá transcurrido un tiempo considerable durante el cual dichos valores han perdido poder adquisitivo, por lo que procede la indexación de la indemnización hasta la fecha en que efectivamente sea cancelada al accionante.

Ahora, en lo que respecta al medio exceptivo de prescripción propuesto en oportunidad por la enjuiciada (folio 10, archivo No. 8)[9], es menester precisar que el mismo no está llamado a la prosperidad, en cuanto ha sostenido recientemente la Corte Suprema de Justicia que el derecho a la indemnización sustitutiva, es imprescriptible, en el sentido de que puede ser reclamada en cualquier tiempo. Sobre el particular puede consultarse la sentencia SL4559 de 2019[10], reiterada en SL 5544 de 2019.

Cálculo Toda La Vida Laboral							
AÑO	***Nº. Días***	***IPC inicial***	***IPC final***	***Factor de indexación***	***Sueldo promedio mensual***	***Salario actualizado***	***Salario anual***
1986	*125*	*2,380*	*96,92*	*40,723*	*$ 17.505,36*	*$ 712.865,00*	*$ 2.970.271,00*
2005	*180*	*55,990*	*96,92*	*1,731*	*$ 1.268.500,00*	*$ 2.195.803,00*	*$ 13.174.818,00*
2006	*270*	*58,700*	*96,92*	*1,651*	*$ 1.084.111,11*	*$ 1.789.984,00*	*$ 16.109.856,00*
2007	*270*	*61,330*	*96,92*	*1,580*	*$ 1.507.888,89*	*$ 2.382.922,00*	*$ 21.446.298,00*
2008	*300*	*64,820*	*96,92*	*1,495*	*$ 1.475.650,00*	*$ 2.206.418,00*	*$ 22.064.180,00*
2009	*300*	*69,800*	*96,92*	*1,389*	*$ 2.065.200,00*	*$ 2.867.610,00*	*$ 28.676.100,00*
2010	*300*	*71,200*	*96,92*	*1,361*	*$ 1.970.100,00*	*$ 2.681.771,00*	*$ 26.817.710,00*
2011	*262*	*73,450*	*96,92*	*1,320*	*$ 2.523.335,88*	*$ 3.329.635,00*	*$ 29.078.812,00*
2012	*150*	*76,190*	*96,92*	*1,272*	*$ 2.174.600,00*	*$ 2.766.272,00*	*$ 13.831.360,00*
Total días	***2157***	***Total devengado actualizado a***				***2018***	***$ 174.169.405,0***
Semanas Cotizadas S.C.	*308,14*	*Salario Base de La Liquidación Promedio Semanal - S.B.L.P.S.*					*$ 565.222,92*
		Promedio Ponderado De Los Porcentajes de Cotización P.P.C.					*12,477%*
		VALOR INDEMNIZACION SUSTITUTIVA a				***2018***	***$ 21.731.610,00***

[9] La demanda se tuvo por contestada por esta entidad por auto del 28 de septiembre del 2022 (archivo No. 14).

[10] "*Sobre el particular, esta Sala en sentencias CSJ SL 26330, 15 may. 2006 y CSJ SL 36526, 23 jul. 2009, avaló la aplicación de la prescripción trienal contenida en los artículos 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social y 488 del Estatuto Laboral, frente a la reclamación de la indemnización sustitutiva de la pensión.*

No obstante, cabe resaltar que ciertos derechos de la seguridad social, importantes para el tejido social, como son las pensiones de vejez, sobrevivencia e invalidez, son imprescriptibles. Así, se desprende del artículo 48 de la Constitución Política, cuyo texto le otorga a los derechos subjetivos emanados de la seguridad social el carácter de irrenunciables, lo que significa que pueden ser justiciados en todo tiempo.

De esta manera, esta Corporación ante renovados y sólidos argumentos ha señalado que aspectos tales como el porcentaje de la pensión, los topes máximos pensionales, los linderos temporales para determinar el IBL, la actualización de la pensión, el derecho al reajuste pensional por inclusión de nuevos factores salariales y la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional, no se extinguen por el paso del tiempo, pues constituyen aspectos ínsitos al derecho pensional (CSJ SL 23120, 19 may. 2005; CSJ SL 28552, 5 dic. 2006; CSJ SL 40993, 22 en. 2013; CSJ SL6154-2015, CSJ SL8544-2016, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019).

Así, al ser la seguridad social un derecho subjetivo de carácter irrenunciable, es exigible judicialmente ante las personas o entidades obligadas a su satisfacción. Luego, es una prerrogativa que no puede ser parcial o totalmente objeto de dimisión o disposición por su titular, como tampoco puede ser abolido por el paso del tiempo o por imposición de las autoridades. Ahora, el régimen solidario de prima media con prestación definida estableció la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, invalidez y sobrevivientes, como un derecho derivado, en sustitución de la correspondiente pensión a la que no es posible acceder por falta de requisitos legales establecidos.

Por su parte, el régimen de ahorro individual con solidaridad, consagró una figura distinta, denominada devolución de saldos que opera cuando los afiliados no alcanzan a cotizar las semanas mínimas para la pensión de vejez, invalidez o para causar la de sobrevivientes, para en su lugar, disponer la entrega de la totalidad del saldo abonado en su cuenta individual de ahorro pensional, incluidos los rendimientos financieros más el valor del bono pensional si a ello hubiere lugar. En ese sentido, se tiene que si la pensión de vejez es imprescriptible, también debe serlo su sucedáneo –indemnización sustitutiva–, en tanto ambas prestaciones pertenecen al sistema de seguridad social y revisten tal importancia que su privación conlleva a la violación de derechos ciudadanos.

En el primer caso –la pensión- porque su negación afecta de manera directa la posibilidad de las personas de contar con un ingreso periódico, que garantice una vida digna, con acceso a bienes básicos tales como la alimentación, salud, vivienda, entre otros.

En el segundo –indemnización sustitutiva- porque ese ingreso le permite a las personas que se encuentran en riesgo, ante la falta de una pensión, contar con un dinero que les permita mitigar tal desprotección en la vejez."

Ahora bien, la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción, es decir, a que el reconocimiento de tal garantía se haga de forma íntegra o completa.

En efecto, el calificativo irrenunciable de la seguridad social no procura exclusivamente por el reconocimiento formal de las prestaciones fundamentales que ella comporta, sino que, desde un enfoque material, busca su satisfacción in toto, a fin de que los derechos y los intereses objeto de protección, sean reales, efectivos y practicables.

Por esto, la seguridad social y los derechos subjetivos fundamentales que de ella emanan habilita a sus titulares a requerir, en cualquier momento, a las entidades obligadas a su satisfacción, a fin de que liquiden correctamente y reajusten las prestaciones a las cifras reales, de modo que cumplan los objetivos que legal y constitucionalmente debe tener un Estado social de derecho (CSJSL8544-2016).

En este orden, debe entenderse que así como no son susceptibles de desaparecer por prescripción extintiva esas cuestiones innatas de la pensión, y frente a la cuales esta Corte adoptó la teoría de la imprescriptibilidad, tampoco debe serlo la indemnización sustitutiva, en tanto, es un derecho de carácter pensional, pues comparte la característica básica de ser una garantía que se constituye a través de un ahorro forzoso, destinada a cubrir el riesgo de vejez, invalidez o muerte, según sea el caso.

Desde tal perspectiva, la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez no es una simple suma de dinero o crédito laboral sujeto a las reglas del término trienal, pues, se reitera, a la luz del sistema de seguridad social es una prerrogativa que, al ser el reemplazo o subsidio de la prestación de vejez, tiene un contenido de amparo contra ese riesgo, en tanto le permite a quien por distintas dificultades de la vida no alcanza a pensionarse, reclamar el pago de los aportes realizados en su vida laboral, con el propósito de administrarlos y mitigar la desprotección a la que se enfrenta por no contar con una prestación periódica.

Es por ello, que tal concepto debe recibir el mismo tratamiento de las pensiones desde el punto de vista de su esencia no prescriptible y su conexión con la realización de otros principios y derechos fundamentales, máxime que resulta coherente afirmar que así como el pago de aportes a pensión puede reclamarse a cualquier empleador en todo tiempo, igual ocurre con la devolución de las cotizaciones, que valga la pena, señalar, aunque son del sistema, dejan de serlo una vez el afiliado no cumple con los requisitos pensionales y manifiesta su imposibilidad de seguir cotizando. De manera, que se convierte en una cuestión de justicia, pues no solo ayudó a construir el capital con su trabajo, sino que también al

Pues bien, agotada la competencia de instancia en el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se procede a modificar la sentencia de primer grado, únicamente en lo relativo al valor de la indemnización que deberá ser pagada al demandante.

SIN COSTAS en el grado jurisdiccional de consulta.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral **SEGUNDO** de la sentencia proferida por el Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá, únicamente en el sentido de indicar que el valor de la indemnización sustitutiva de la pensión a favor del demandante, debidamente actualizado a noviembre del 2018 asciende a **$21.731.610.**

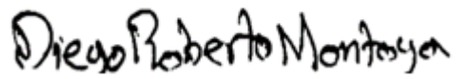
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia consultada, proferida por el Juzgado 29 del Circuito de Bogotá, conforme lo expuesto en la parte motiva.

---

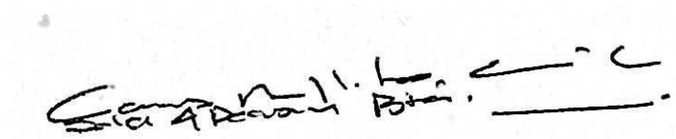
desaparecer el fin para el cual se sufragaron esos aportes –alcanzar la pensión- es natural que pretenda su reintegro.

TERCERO: SIN COSTAS en el grado jurisdiccional de consulta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN



CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Por lo anterior, tales argumentos imponen a la Sala avalar la tesis de la imprescriptibilidad del derecho a la indemnización sustitutiva y, en consecuencia, recoge el criterio jurisprudencial expuesto en las sentencias CSJ SL 26330, 15 may. 2006 y CSJ SL 36526, 23 jul. 2009.

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA - SALA LABORAL -
MAGISTRADO: DR. DIEGO ROBERTO MONTOYA
RADICADO.11001310502920223270l
DEMANDANTE : EDGARDO GUTIERREZ
DEMANDADO: COLPENSIONES

FECHA SENTENCIA	***1a. INSTANCIA***	***2a. INSTANCIA***	***CASACIÓN***

OBJETO DE LIQUIDACIÓN: *Calcular el Ingreso base de liquidación (IBL) del demandante tomando en cuenta el promedio ponderado de los aportes realizados durante toda la vida laboral actualizado a 2018 para obtener el valor de la indemnización sustitutiva.*

Indemnización sustitutiva Ley 100 de 1993	***Colpensiones***	***x***
	Otros	

Promedio Salarial Anual

Año 1986

Fecha Inicial	***Fecha Final***	***Número días***	***Salario mensual***	***Salario diario***	***Salario anual***	***Salario promedio diario***	***Salario promedio mensual***
29/07/86	***31/07/86***	*3*	*17.790,00*	*593,00*	*$ 1.779,00*		
01/08/86	***31/08/86***	*31*	*17.790,00*	*573,8709677*	*$ 17.790,00*		
01/09/86	***30/09/86***	*30*	*17.790,00*	*593*	*$ 17.790,00*		
01/10/86	***31/10/86***	*31*	*17.790,00*	*573,8709677*	*$ 17.790,00*		
01/11/86	***30/11/86***	*30*	*17.790,00*	*593*	*$ 17.790,00*		
Total días		*125*			*$ 72.939,00*	*$ 583,51*	***$ 17.505,36***

Año 2005

Fecha Inicial	***Fecha Final***	***Número días***	***Salario mensual***	***Salario diario***	***Salario anual***	***Salario promedio diario***	***Salario promedio mensual***
01/05/05	***31/05/05***	*30*	*1.372.000*	*45.733,33*	*1.372.000,00*		
01/06/05	***30/06/05***	*30*	*1.403.000*	*46.766,67*	*1.403.000,00*		
01/09/05	***30/09/05***	*30*	*1.447.000*	*48.233,33*	*1.447.000,00*		
01/10/05	***31/10/05***	*30*	*1.464.000*	*48.800,00*	*1.464.000,00*		
01/11/05	***30/11/05***	*30*	*1.464.000*	*48.800,00*	*1.464.000,00*		
01/12/05	***31/12/05***	*30*	*461.000*	*15.366,67*	*461.000,00*		
Total días		*180*			*$ 7.611.000*	*$ 42.283,33*	***$ 1.268.500,00***

Año 2006

Fecha Inicial	***Fecha Final***	***Número días***	***Salario mensual***	***Salario diario***	***Salario anual***	***Salario promedio diario***	***Salario promedio mensual***
01/02/06	***28/02/06***	*30*	*1.053.000*	*35.100,00*	*1.053.000,00*		
01/03/06	***31/03/06***	*30*	*1.184.000*	*39.466,67*	*1.184.000,00*		
01/04/06	***30/04/06***	*30*	*1.184.000*	*39.466,67*	*1.184.000,00*		
01/05/06	***31/05/06***	*30*	*1.184.000*	*39.466,67*	*1.184.000,00*		
01/06/06	***30/06/06***	*30*	*592.000*	*19.733,33*	*592.000,00*		
01/08/06	***31/08/06***	*30*	*2.073.000*	*69.100,00*	*2.073.000,00*		
01/09/06	***30/09/06***	*30*	*829.000*	*27.633,33*	*829.000,00*		
01/10/06	***31/10/06***	*30*	*829.000*	*27.633,33*	*829.000,00*		
01/11/06	***30/11/06***	*30*	*829.000*	*27.633,33*	*829.000,00*		
Total días		*270*			*$ 9.757.000*	*$ 36.137,04*	***$ 1.084.111,11***

Año 2007

Fecha Inicial	***Fecha Final***	***Número días***	***Salario mensual***	***Salario diario***	***Salario anual***	***Salario promedio diario***	***Salario promedio mensual***
01/02/07	***28/02/07***	*30*	*1.347.000*	*44.900,00*	*1.347.000,00*		
01/03/07	***31/03/07***	*30*	*898.000*	*29.933,33*	*898.000,00*		
01/04/07	***30/04/07***	*30*	*898.000*	*29.933,33*	*898.000,00*		
01/05/07	***31/05/07***	*30*	*898.000*	*29.933,33*	*898.000,00*		
01/08/07	***31/08/07***	*30*	*2.118.000*	*70.600,00*	*2.118.000,00*		
01/09/07	***30/09/07***	*30*	*2.647.000*	*88.233,33*	*2.647.000,00*		
01/10/07	***31/10/07***	*30*	*2.118.000*	*70.600,00*	*2.118.000,00*		
01/11/07	***30/11/07***	*30*	*2.118.000*	*70.600,00*	*2.118.000,00*		
01/12/07	***31/12/07***	*30*	*529.000*	*17.633,33*	*529.000,00*		
Total días		*270*			*$ 13.571.000*	*$ 50.262,96*	***$ 1.507.888,89***

Año 2008

Fecha Inicial	***Fecha Final***	***Número días***	***Salario mensual***	***Salario diario***	***Salario anual***	***Salario promedio diario***	***Salario promedio mensual***
01/02/08	***29/02/08***	*30*	*1.765.000*	*58.833,33*	*1.765.000,00*		
01/03/08	***31/03/08***	*30*	*1.412.000*	*47.066,67*	*1.412.000,00*		
01/04/08	***30/04/08***	*30*	*3.000.000*	*100.000,00*	*3.000.000,00*		
01/05/08	***31/05/08***	*30*	*1.412.000*	*47.066,67*	*1.412.000,00*		
01/06/08	***30/06/08***	*30*	*923.000*	*30.766,67*	*923.000,00*		
01/08/08	***31/08/08***	*30*	*1.399.000*	*46.633,33*	*1.399.000,00*		
01/09/08	***30/09/08***	*30*	*1.399.000*	*46.633,33*	*1.399.000,00*		
01/10/08	***31/10/08***	*30*	*1.399.000*	*46.633,33*	*1.399.000,00*		
01/11/08	***30/11/08***	*30*	*1.586.000*	*52.866,67*	*1.586.000,00*		
01/12/08	***31/12/08***	*30*	*461.500*	*15.383,33*	*461.500,00*		
Total días		*300*			*$ 14.756.500*	*$ 49.188,33*	***$ 1.475.650,00***

Año 2009

Fecha Inicial	***Fecha Final***	***Número días***	***Salario mensual***	***Salario diario***	***Salario anual***	***Salario promedio diario***	***Salario promedio mensual***
01/02/09	***28/02/09***	*30*	*2.425.000*	*80.833,33*	*2.425.000,00*		
01/03/09	***31/03/09***	*30*	*2.425.000*	*80.833,33*	*2.425.000,00*		
01/04/09	***30/04/09***	*30*	*2.238.000*	*74.600,00*	*2.238.000,00*		
01/05/09	***31/05/09***	*30*	*2.238.000*	*74.600,00*	*2.238.000,00*		
01/06/09	***30/06/09***	*30*	*994.000*	*33.133,33*	*994.000,00*		
01/08/09	***31/08/09***	*30*	*2.460.000*	*82.000,00*	*2.460.000,00*		
01/09/09	***30/09/09***	*30*	*2.460.000*	*82.000,00*	*2.460.000,00*		
01/10/09	***31/10/09***	*30*	*2.209.000*	*73.633,33*	*2.209.000,00*		
01/11/09	***30/11/09***	*30*	*2.209.000*	*73.633,33*	*2.209.000,00*		
01/12/09	***31/12/09***	*30*	*994.000*	*33.133,33*	*994.000,00*		
Total días		*300*			*$ 20.652.000*	*$ 68.840,00*	***$ 2.065.200,00***

Año 2010							
Fecha Inicial	**Fecha Final**	**Número días**	**Salario mensual**	**Salario diario**	**Salario anual**	**Salario promedio diario**	**Salario promedio mensual**
01/02/10	**28/02/10**	30	2.009.000	66.966,67	2.009.000,00		
01/03/10	**31/03/10**	30	2.009.000	66.966,67	2.009.000,00		
01/04/10	**30/04/10**	30	2.260.000	75.333,33	2.260.000,00		
01/05/10	**31/05/10**	30	2.009.000	66.966,67	2.009.000,00		
01/06/10	**30/06/10**	30	515.000	17.166,67	515.000,00		
01/08/10	**31/08/10**	30	2.561.000	85.366,67	2.561.000,00		
01/09/10	**30/09/10**	30	2.305.000	76.833,33	2.305.000,00		
01/10/10	**31/10/10**	30	2.049.000	68.300,00	2.049.000,00		
01/11/10	**30/11/10**	30	2.663.000	88.766,67	2.663.000,00		
01/12/10	**31/12/10**	30	1.321.000	44.033,33	1.321.000,00		
Total días		300			$ 19.701.000	$ 65.670,00	**$ 1.970.100,00**
Año 2011							
Fecha Inicial	**Fecha Final**	**Número días**	**Salario mensual**	**Salario diario**	**Salario anual**	**Salario promedio diario**	**Salario promedio mensual**
01/02/11	**28/02/11**	30	2.459.000	81.966,67	2.459.000,00		
01/03/11	**31/03/11**	30	2.459.000	81.966,67	2.459.000,00		
01/04/11	**30/04/11**	30	2.459.000	81.966,67	2.459.000,00		
01/05/11	**31/05/11**	30	2.612.000	87.066,67	2.612.000,00		
01/06/11	**30/06/11**	30	1.560.000	52.000,00	1.560.000,00		
01/08/11	**31/08/11**	22	3.277.000	109.233,33	2.403.133,33		
01/09/11	**30/09/11**	30	2.325.000	77.500,00	2.325.000,00		
01/10/11	**31/10/11**	30	2.325.000	77.500,00	2.325.000,00		
01/11/11	**30/11/11**	30	3.435.000	114.500,00	3.435.000,00		
Total días		262			$ 22.037.133	$ 84.111,20	**$ 2.523.335,88**
Año 2012							
Fecha Inicial	**Fecha Final**	**Número días**	**Salario mensual**	**Salario diario**	**Salario anual**	**Salario promedio diario**	**Salario promedio mensual**
01/02/12	**29/02/12**	30	2.695.000	89.833,33	2.695.000,00		
01/03/12	**31/03/12**	30	2.537.000	84.566,67	2.537.000,00		
01/04/12	**30/04/12**	30	2.273.000	75.766,67	2.273.000,00		
01/05/12	**31/05/12**	30	2.801.000	93.366,67	2.801.000,00		
01/06/12	**30/06/12**	30	567.000	18.900,00	567.000,00		
Total días		150			$ 10.873.000	$ 72.486,67	**$ 2.174.600,00**

Cálculo Toda La Vida Laboral							
AÑO	**Nº. Días**	**IPC inicial**	**IPC final**	**Factor de indexación**	**Sueldo promedio mensual**	**Salario actualizado**	**Salario anual**
1986	125	2,380	96,92	40,723	$ 17.505,36	$ 712.865,00	$ 2.970.271,00
2005	180	55,990	96,92	1,731	$ 1.268.500,00	$ 2.195.803,00	$ 13.174.818,00
2006	270	58,700	96,92	1,651	$ 1.084.111,11	$ 1.789.984,00	$ 16.109.856,00
2007	270	61,330	96,92	1,580	$ 1.507.888,89	$ 2.382.922,00	$ 21.446.298,00
2008	300	64,820	96,92	1,495	$ 1.475.650,00	$ 2.206.418,00	$ 22.064.180,00
2009	300	69,800	96,92	1,389	$ 2.065.200,00	$ 2.867.610,00	$ 28.676.100,00
2010	300	71,200	96,92	1,361	$ 1.970.100,00	$ 2.681.771,00	$ 26.817.710,00
2011	262	73,450	96,92	1,320	$ 2.523.335,88	$ 3.329.635,00	$ 29.078.812,00
2012	150	76,190	96,92	1,272	$ 2.174.600,00	$ 2.766.272,00	$ 13.831.360,00
Total días	**2157**	**Total devengado actualizado a**				**2018**	**$ 174.169.405,0**
Semanas Cotizadas S.C.	308,14	Salario Base de La Liquidación Promedio Semanal - S.B.L.P.S.					$ 565.222,92
		Promedio Ponderado De Los Porcentajes de Cotización P.P.C.					12,477%
		VALOR INDEMNIZACION SUSTITUTIVA a				**2018**	**$ 21.731.610,00**

Tabla Liquidación	
Indemnización sustitutiva	$ 21.731.610
Total	**$ 21.731.610**

Fuente	Tabla del IPC - DANE.,
Observaciones	

Fecha liquidación *miércoles, 31 de mayo de 2023* *Recibe:* _____

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL

BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL.

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR ARMANDO SALDAÑA GUZMAN CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- (RAD. 30 2021 00415 01).

Bogotá D.C. treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

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

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión de los recursos de apelación interpuestos por el demandante, por Colpensiones y en el grado jurisdiccional de consulta en favor de ésta ultima**,** de la sentencia proferida por el Juez Treinta Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 19 de abril del 2023 *(archivo 11 Audiencia del expediente digital)* en la que se dispuso:

> *"**PRIMERO: CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, a **RELIQUIDAR** la pensión de vejez otorgada en vida a **RAMÓN OLIVERO SALDAÑA OSSA (QEPD)**, bajo los parámetros del Decreto 758 de 1990, aplicando una tasa de reemplazo del 90 % del Ingreso Base de Liquidación – IBL; así como a PAGAR la pensión de sobrevivientes a **ARMANDO SALDAÑA GUZMÁN**, identificado con Cédula N° 18.923.235, a partir del 17 de abril de 2009 y, sus diferencias debidamente indexadas, solo en caso de que, la mesada que resulte por la reliquidación que se ordena sea superior a la que es reconocida entre el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural y, la Administradora del RPM, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.*
>
> ***SEGUNDO: ABSOLVER** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** de las demás pretensiones incoadas en su contra, de acuerdo con los argumentos esbozados.*
>
> ***TERCERO: DECLARAR PROBADA** la excepción de **PRESCRIPCIÓN** sobre el retroactivo dejado en suspenso y, la diferencia de mesadas causadas con anterioridad al 14 de septiembre de 2018, de conformidad con lo antes explicado.*

> ***CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS*** *las excepciones de* ***COBRO DE LO NO DEBIDO*** *e* ***INEXISTENCIA DEL DERECHO,*** *propuestas por la* ***ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES****, de acuerdo con la motivación de esta sentencia.*
>
> ***QUINTO: CONDENAR*** *en costas de esta instancia a la* ***ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES*** *y a favor del demandante. Por secretaría liquídense e inclúyanse por concepto de agencias en derecho la suma de* ***DOS MILLONES DE PESOS ($2'000.000.00).***
>
> ***SEXTO: CONCEDASE,*** *el grado jurisdiccional de consulta ante el Honorable Tribunal Superior de Bogotá, en su Sala Laboral para que revise la sentencia que me encuentro dictando en la tarde hoy."*

Inconformes con la decisión la demandante y la entidad demandada la apelaron.

En primer lugar, la demandante a través de su apoderado (récord: 55:21)[1] señaló no estar de acuerdo con la decisión tomada frente al retroactivo reclamado, manifestando el mismo fue reclamado permanentemente por lo que

[1] Desde el primer momento, señor juez, reitero mi apelación desde el primer momento en que el señor juez de que la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES negó el pago del retroactivo mi poderdante no ha dañado esa línea y siempre ha venido reclamando permanentemente ese derecho prestacional que le corresponde. Entonces, la figura de la prescripción y con todo respeto, señor juez, no habernos dado otra espera para haber revisado el expediente, donde se miraba claramente que el poderdante viene reiteradamente reclamando su retroactivo, me parece irresponsable por parte del despacho no revisar el expediente donde aparecen todas las actuaciones de todo el tiempo, reclamando este retroactivo pensional, entonces, la figura de la prescripción considero que fue una figura, que se aplicó de forma inadecuada, digámoslo así, de forma irresponsable por no haber leído un expediente donde, reitero, siempre se ha reclamado y no existe la prescripción porque siempre se ha pedido ese retroactivo pensional, ese es el primer punto que voy a hablar sobre los alegatos de apelación, que estoy interponiendo en este momento.

Entonces, señor juez, consideró que esa parte, que el Juez acaba de omitir, de reconocer el pago de ese retroactivo pensional por parte del despacho, no se asemeja a la realidad, más cuando se trata de una persona inválida con una discapacidad de un 90%, que considera una persona de protección especial, que si que hasta puede ser hasta un menor de edad que esos retroactivos, no prescriben y aparte de eso, nosotros siempre optamos con las reclamaciones permanentes cada 3 años, reiterándole a COLPENSIONES, el pago y la cual el despacho está, en este momento de manera irresponsable, niega las pretensiones.

Igualmente, señor juez consideró que, por parte de COLPENSIONES, esa jugada es ilícita, ilegal, porque hay un enriquecimiento sin justa causa, por una figura que aplicó y no puede salir premiada en este momento. Es decir, coronada con unos dineros que no le corresponden y que arbitrariamente desconoció que le correspondían al demandante desde el momento en que fueron los derechos, entonces yo considero que, al presentar la demanda laboral, buscábamos en el juez esa protección, conforme lo habla el artículo 53 y 48 de la Constitución Política, pero no lo hemos encontrado Señor juez, con todo respeto.

Nos encontramos en este momento en un estado, un juez que no vigila, no revisó el expediente conforme había que revisarse y lo más correcto es revisar el expediente minuciosamente porque estamos hablando de una sentencia de una persona inválida con una discapacidad de un 85% de una persona que está en silla de ruedas, que no se justifica que esta persona no encuentre las garantías constitucionales y procesales y de buena fe, que acaba de (sic) dentro de este expediente, conforme nosotros presentamos la demanda es conforme a lo anterior, señor Juez, respetuosamente que se conceda el recurso de apelación, para que el Honorable Tribunal de Bogotá, pueda revocar la sentencia en su integridad es revocar la sentencia en el numeral segundo perdón que es dónde no estamos de acuerdo en el numeral segundo, referente al pago del retroactivo que la entidad, no pagó y estamos conforme a la decisión de juez sobre el 90% de la reliquidación pensional, pero no compartimos la decisión del pago del retroactivo conforme a la anteriormente expuesto.

no se puede declarar la prescripción como lo hizo el Juez *a quo* y más respecto de una persona que tiene una PCL de un 85% considerada como una persona de protección especial, aduciendo COLPENSIONES no puede resultar premiada con la decisión en tanto ello constituye un enriquecimiento sin justa causa y no se le puede premiar con unos dineros que no le corresponden y que arbitrariamente desconoció que le correspondían.

COLPENSIONES recurrió[2] la sentencia de primer grado (récord: 1:00:24), solicitando se revoque la condena en costas, teniendo en cuenta que la

[2] Su Señoría, estando ante la oportunidad legal correspondiente, voy a presentar recurso de apelación en contra de la decisión que acaba de proferir este honorable despacho.

En primer lugar, el recurso de apelación, lo quiero, estimar en principio en contra de la condena en costas, que se impuso en una sentencia que caracteriza este despacho. Por qué, solicitó, se revoque ante el tribunal, la condena impuesta por $2'000.000 en contra de **COLPENSIONES**, ya que, pues es importante indicar que, bajo los siguientes parámetros legales, permiten el fallador de instancias abstenerse esta condena a la razón y fundamento de derecho que en los que se relacionan de la siguiente manera.

Solicito, señores magistrados del Tribunal que se dé aplicación el artículo 48 de la Constitución Política, la cual establece lo siguiente, artículo 48, la Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, en los términos que establezca la Ley.

Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social, y otra parte que dice del artículo, que es la que nos interesa que no se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella. En este punto, entonces, resalto el inciso cuarto del artículo citado de la Constitución, la cual se refiere que no se debe poder, que no se podrán destinar los recursos de mi representada para fines diferente a ella, por lo cual, es dable interpretar que el pago de costas y agencias en Derecho serían contrarios a esta preceptiva constitucional.

Ahora bien, también el legislador en el artículo 365 del Código General del Proceso, en su numeral quinto, otorgó a los jueces la posibilidad de no imponer las costas procesales en caso de que prosperen parcialmente las pretensiones, como se observa en la siguiente cita.

> *"Artículo 365 Condena en costas: En los procesos y en las actuaciones posteriores, aquellos en los que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas.*
>
> *En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión"*

Conforme a ello y teniendo en cuenta la realidad procesal o la realidad de lo que sucedió en el presente proceso resulta, injusto, señor juez de que se imponga una condena en costas por $2'000.000 a COLPENSIONES, cuando (sic) bien sea en el presente proceso de que le asistía, cierta parte le asistía parcialmente, la razón, conforme al argumento emitido por su despacho, por lo tanto, pues al asistirnos razón en el tema de la prescripción y en el tema de la prescripción sobre retroactivo en suspenso, que se dejó en la resolución de COLPENSIONES, pues obviamente, pues ahí en parte razón, le asiste parte de razón a COLPENSIONES, por lo tanto, es una situación que podría que pudo haberse estudiado de mejor manera para evitar una condena en costas, tan gravosa, tal como se lee como se le puso en el presente proceso.

Por otra parte, Su Señoría, respecto a la reliquidación, voy a presentar también recurso de apelación, ya que, dentro del proceso, se evidencia claramente de que la entidad que represento, bajo distintas resoluciones, revisó, el tema de la pensión del causante, inclusive después de falleció, logrando reliquidarla, mediante la resolución (…) Bueno COLPENSIONES logró reliquidarlas, inclusive la pensión después de fallecido el causante y otorgándole entonces una pensión de sobreviviente al señor Saldaña Guzmán de 1'016.435, efectiva a partir del primero de septiembre del 2013 en aplicación de conformidad con el Decreto 758 de 1990. Igualmente, al estudiar a esta reliquidación, se pudo verificar efectivamente en

Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad y no se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella, por lo cual, es dable interpretar que el pago de costas y agencias en Derecho serían contrarios a esta preceptiva constitucional.

Por otra parte, y respecto de la reliquidación, aduce la entidad revisó el tema y procedió a la reliquidación después de haber fallecido el pensionado, otorgándole la prestación pensional al aquí accionante efectiva a partir del primero de septiembre del 2013 en aplicación de conformidad con el Decreto 758 de 1990, por lo tanto, no es procedente entonces el reconocimiento y pago de una reliquidación sobre la pensión de vejez de carácter compartida, como quiera que no existen motivos de hecho o de derecho que permitan generar dicho retroactivo e incrementar la mesada pensional.

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante ARMANDO SALDAÑA GUZMAN, en este ordinario, las pretensiones relacionadas en las páginas 1 y 2 del expediente digital (archivo 03 ExpedienteDigitalizado.pdf)**, las cuales sustenta en los supuestos fácticos expuestos en las páginas 2 a 4 ibidem**; aspirando de manera principal se reconozca tiene derecho al pago del retroactivo pensional dejado en suspenso mediante la resolución No. 4203 del 25 de julio del 2011, igualmente se cancele en calidad de hijo invalido de RAMON OLIVERO SALDAÑA OSSA (q.e.p.d.) la reliquidación de la pensión vitalicia de vejez reconocida aplicando como tasa de reemplazo el 90% del

---

esa resolución de que pues al tomar el IBL, que correspondía a 1’167.811, se le aplicó una tasa de reemplazo del 87%, conformidad con el Decreto 758 de 1990 por lo tanto, aplicarle esa tasa de reemplazo y luego de arrojar la Mesada al aplicar esa tasa de reemplazo y arrojar una mesada pensional de 1’373.163, la cual resultó ser inferior a la mesada que venía percibiendo el señor Armando Saldaña Guzmán, es decir, por debajo del valor de 1’373.738, según la información obtenida del aplicativo de nómina COLPENSIONES, por lo tanto, no es procedente entonces el reconocimiento y pago de una reliquidación por parte, sobre la pensión de vejez de carácter compartida, como quiera que no existen motivos de hecho o de derecho que permitan generar dicho retroactivo e incrementar la mesada pensional. De esta forma, señor magistrado, entonces dejó expuesto el recurso de apelación, solicitando amablemente se revoque la decisión de instancia que se acaba de proferir muchísimas gracias.

ingreso base de liquidación obtenido de los últimos 10 años de servicios, en consecuencia las diferencias causadas incluyendo las mesadas adicionales de junio y diciembre, junto con los intereses moratorios, la indexación de las sumas adeudadas, costas del proceso, derechos *ultra y extra petita*. **Obteniendo sentencia parcialmente favorable a sus aspiraciones**, pues se ordenó la reliquidación de la pensión de vejez que fue reconocida al señor RAMON OLIVERO SALDAÑA OSSA (q.e.p.d.) padre del accionante aplicando una tasa de reemplazo del 90%, disponiendo el pago de las diferencias de mesadas al accionante en virtud de la sustitución pensional que le fue otorgada el 17 de abril del 2009, pero solo a partir del 14 de septiembre del 2018 (3 años anteriores a la interposición de la demanda 14/09/2021) pues operó la prescripción de las diferencias de mesadas causadas con anterioridad a esa data, precisando que dicho retroactivo se generaría solo en el caso de que la mesada reliquidada fuera superior a la reconocida entre el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural y Colpensiones, del mismo modo absolvió del retroactivo que fue dejado en suspenso por el ISS en el año 2011 por haber operado frente a este la excepción de prescripción de manera total, absolvió del pago de intereses moratorios tras considerar que los mismos no se generaban frente a reliquidaciones pensionales, condenando entonces al pago de la indexación de las sumas adeudadas.

Establecido lo anterior procede la Sala a indicar que se abordara el estudio del presente asunto además de los recursos de apelación interpuestos por ambas partes, en el grado jurisdiccional de Consulta en favor de Colpensiones respecto de las condenas que le fueron impuestas y le sean desfavorables.

Así las cosas, los problemas jurídicos que se abordaran ante esta instancia corresponden a: i) establecer si hay lugar a reliquidar la mesada pensional que en vida disfruto el señor Ramon Olivero Saldaña Ossa (q.e.p.d.) aplicando una tasa de reemplazo del 90% dado el numero de semanas por el cotizadas ii) si hay lugar al pago a favor del accionante del retroactivo dejado en suspenso por el ISS en Resolución No. 4203 del 25 de julio del 2011 iii) si hay lugar al pago de retroactivo por diferencias pensionales iv) Indexación de la sumas debidas v) costas y agencias en derecho a cargo de la demandada.

De tal manera, previo a resolver es necesario advertir, no es motivo de controversia en esta instancia la calidad de pensionado del demandante ARMANDO SALDAÑA GUZMAN, cuyo reconocimiento se realizó así:

- Por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural a través de la resolución No. 1780 del 2009 a partir del 17 de abril del 2009 en cuantía de $451.834 (ver carpeta expediente administrativo archivo “00161794000000002147182003601A”)

- Por el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES en Resolución No. 4203 del 25 de julio del 2011 por medio de la cual accedió a la sustitución pensional con ocasión del fallecimiento del señor Ramon Olivero Saldaña Ossa efectiva a partir del 17 de abril del 2009, pero dejando en suspenso la suma de $24.105.123 por concepto de retroactivo pensional, cuya mesada se incluyó en nómina de agosto del 2011 para pago en septiembre de ese año (ver págs. 2 a 4 Archivo 2 expediente digital).

En este orden de ideas y para resolver el primer problema jurídico, esto es, la reliquidación de la pensión que en vida disfrutó el progenitor del accionante teniendo en cuenta una tasa de reemplazo del 90% entra la Sala analizar la procedencia de la aplicabilidad de la misma, y en esa medida, debe memorarse (contenido Resolución SUB 114716 del 14 de mayo del 2019 obrante en expediente administrativo):

> Que mediante Resoluciones No. 000440 del 23 de Julio de 1991 y 000990 del 24 de Abril de 1992, el extinto Instituto de Mercadeo Agropecuario “IDEMA” identificado con NIT No. 899999028-5, reconocen una Pensión de Jubilación al Señor **SALDAÑA OSSA RAMON OLIVERO**, quien en vida se identificó con CC No. 2.147.182, en una cuantía de $140.317079 efectiva a partir del 09 de Agosto de 1991.
>
> Que mediante Resolución No. 002047 del 24 de Mayo de 2001, el Instituto del Seguro Social, reconoce una Pensión de VEJEZ de carácter Compartida al Señor **SALDAÑA OSSA RAMON OLIVERO**, ya identificado, basándose en 1.205 semanas de cotización, con un Ingreso Base de Liquidación de $293.119.00, en una cuantía inicial de $255.014.00, efectiva a partir del 14 de Noviembre de 1996, de conformidad con los requisitos exigidos por el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990 y mediante la cual se manifiesta “que se concluye que el retroactivo de la pensión deberá ser girado a la empresa MINAGRICULTURA IDEMA” como entidad patronal, sin que se girara el retroactivo al patrono.

Conforme a lo anterior y teniendo en cuenta que la pensión de vejez del señor RAMON SALADAÑA (q.e.p.d.) fue reconocida conforme a los lineamientos del Acuerdo 049 de 1990, ha de recordarse el porcentaje aplicar de la tasa de

reemplazo se encuentra estableciendo en su artículo 20[3], donde se indica que la tasa básica corresponde al 45% del IBL y se aumenta en 3% por cada 50 semanas de cotización adicionales a las primeras 500 semanas, sin que pueda superarse el tope máximo de una tasa del 90%, para cual es necesario que el afiliado cuente con 1250 semanas de cotización, advirtiéndose en el caso de marras, el señor RAMON OLIVERO SALDAÑA OSSA (q.e.p.d.) conforme a la historia laboral aportada por Colpensiones en la carpeta del expediente administrativo (Archivo "12ExpedienteAdministrativoCausante") cuenta con los requisitos necesarios para que le sea aplicada la tasa de remplazo solicitada (90%), pues alcanzó más de 1250 semanas de cotización, en concreto tiene 1461,86 del 1° de mayo de 1973 al 31 de julio del 2001, precisándose si bien en su momento el ISS le reconoció la pensión al de cujus en el mes de mayo del 2001 a partir del 14 de noviembre de 1996 no le tuvo en cuenta todas las semanas que tenía cotizadas hasta esa data (2001) sino únicamente las que alcanzó hasta el 14 de noviembre de 1996 (fecha en que adquirió el status pensional) como se indicó en la Resolución SUB 282997 del 30 de diciembre del 2020 (pág. 20 Archivo 2 expediente digital)

> Que el solicitante acredita en su historia laboral 10.235 días laborados lo que corresponde a 1.462 semanas cotizadas.
>
> Resulta oportuno aclarar, que las semanas que se tienen en cuenta para el presente estudio son las que se cotizaron antes del cumplimiento de la fecha de estatus (Fecha en la que se cumplen los requisitos para acceder a una prestación en el sistema general de pensiones); que se estableció en la Resolución No. 002047 del 24 de mayo de 2001, es decir al 14 de noviembre de 1996, por este motivo, aunque se reflejan 1462 semanas en la historia laboral, 243 de estas semanas se cotizaron con posterioridad al 14 de noviembre de 1996.

Circunstancia que no se ajusta a derecho, en tanto para el reconocimiento de la prestación pensional se debe tener en cuenta hasta la última cotización efectuada, pues es evidente que la desvinculación de dicho afiliado al sistema ocurrió en julio del 2001, siendo claro, el reconocimiento de la pensión debió ser a partir del 1° de agosto del 2001, día siguiente al de la última cotización efectuada, pues fue desde ese instante que se evidenció la voluntad del fallecido de no continuar afiliado al sistema, circunstancia que en todo caso no

[3] "*a) Con una cuantía básica igual al cuarenta y cinco por ciento (45%) del salario mensual de base y, b) Con aumentos equivalentes al tres por ciento (3%) del mismo salario mensual de base por cada cincuenta (50) semanas de cotización que el asegurado tuviere acreditadas con posterioridad a las primeras quinientas (500) semanas de cotización. El valor total de la pensión no podrá superar el 90% del salario mensual de base ni ser inferior al salario mínimo legal mensual ni superior a quince veces este mismo salario.*"

es la discutida en este asunto pero si sirve como parámetro válido para esta Sala de decisión en torno a establecer que en efecto por el número de semanas cotizadas por el fallecido -1461.86- se le debío aplicar una tasa de reemplazo del 90% y no del 87% como lo estableció Colpensiones por ejemplo en los actos administrativos SUB 114716 del 14 de mayo del 2019 (Carpeta expediente administrativo Archivo 12) y SUB 282997 del 30 de diciembre del 2020 (págs. 16 a 30 Archivo 2 expediente digital), a partir de la última cotización efectuada por el causante que correspondió a Julio del 2001 confirmándose en este punto la decisión del fallador de primera instancia, en cuanto ordenó la reliquidación de la sustitución pensional del promotor del litigio teniendo en cuenta la aplicación de una tasa de reemplazo del 90%, siendo la eventual reliquidación aquí solicitada a partir de ese data -2001- sin que se pueda entender que se va a condenar a pagar un retroactivo que en vida le pudo corresponder al de cujus, pues lo aquí objeto de estudio se circunscribe a determinar el valor de la mesada que le debía corresponder al accionante en virtud de la sustitución pensional con la aplicación de ese 90%.

Ahora y para resolver el punto de apelación del demandante relacionado con el pago del retroactivo dejado en suspenso por el ISS en la resolución No. 4203 del 25 de julio del 2011 donde se dijo

Que a folios 9 a 13 obra Resolución No. 001780 de 2009 emanada del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, mediante la cual se sustituye la pensión de jubilación del señor RAMON OLIVERO SALDAÑA OSSA, reconocida mediante ResoluciONES No. 000440 de 1991 y 000990 de 1992, al señor ARMANDO SALDAÑA GUZMAN.

Que para determinar el monto de la prestación se dará aplicación al Inciso 1º. del artículo 48 de la Ley 100 de 1993, el cual prescribe: "...El monto mensual de la pensión de sobrevivientes por muerte del pensionado será igual al 100% de la pensión que el causante se encontraba disfrutando..."

Que la Vicepresidencia de Pensiones del Seguro Social Mediante Circular No. 13000-00037 de 2010 se pronunció acerca del alcance del giro del valor del retroactivo causado con ocasión de las pensiones compartidas, disponiendo:

Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, el empleador como principal interesado en el reconocimiento y pago del retroactivo en pensiones de carácter compartido, deberá anexar a la solicitud prestacional o al expediente del asegurado, alguno de los siguientes documentos:

a) Documento suscrito por el trabajador, debidamente autenticado, mediante el cual se autorice el giro del retroactivo a favor del empleador.

b) Copia del acto administrativo mediante el cual la entidad pública reconoció pensión de jubilación, en el que se señale que el empleador asumirá la diferencia entre la pensión de vejez reconocida por el ISS y la pensión de jubilación, o se establezca la compartibilidad de la pensión de jubilación reconocida o que el retroactivo a que haya lugar en la pensión compartida que reconozca el ISS se debe girar al empleador, junto con la certificación o declaración escrita manifestando que el acto administrativo se encuentra ejecutoriado y no ha sido modificado por vía gubernativa, revocatoria directa o providencia judicial, respecto al giro del retroactivo.".

Que teniendo en cuenta que en el expediente no obra manifestación por parte del MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL, respecto al giro del retroactivo, su giro se dejará en suspenso hasta tanto se allegue manifestación del patrono jubilante respecto a quien corresponde el giro de dicho retroactivo

De acuerdo a lo anterior y si bien el MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL le reconoció al aquí demandante la sustitución pensional en el año 2009 en cuantía de $451.834, lo cierto es que esta resulta inferior a la otorgada por el ISS de $816.205 (Ver Resolución 4203 del 25 de julio del 2011), por lo que la misma quedó subrogada, atendiendo a que la prestación inicial otorgada al causante por el IDEMA en Resolución 440 de 1991 tenía la condición de ser compartida con la que le fuere reconocida en su momento por el ISS, sin embargo, no se puede desconocer que en efecto dicha cartera Ministerial por lo menos del 2009 al 2011 -que es la anualidad en que el ISS inició el pago de la sustitución pensional- fue quien asumió el valor parcial de esa mesada, razón por la cual no le puede corresponder al actor el valor completo de ese retroactivo, en tanto se estaría generando un doble pago a su favor, pues se reitera del 2009 al 2011 el Ministerio de Agricultura le estaba haciendo el pago de la mesada pensional y en el 2011 el ISS a través del acto administrativo precedentemente citado señaló que el reconocimiento procedería desde el 17 de abril del 2009 en valor de $816.205 calculando el siguiente retroactivo:

ARTICULO PRIMERO: Conceder sustitución pensional al señor **ARMANDO SALDAÑA GUZMAN,** identificado con cédula de ciudadanía No. 18.923.235, en calidad de hijo inválido del pensionado fallecido **RAMON OLIVERO SALDAÑA OSSA,** identificado con cédula de ciudadanía No. 2.147.182, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa del presente acto administrativo, la cual se reconocerá en los siguientes término y cuantías:

A PARTIR DE	VALOR DE LA PENSIÓN	RETROACTIVO
17 de abril de 2009	$816.205	$8.542.946
01 de enero de 2010	$832.529	$11.655.406
01 de enero de 2011	$858.920	$6.871.360

VALOR RETROACTIVO: $22.913.324.oo
PRIMA RETROACTIVA: $ 4.156.388.oo
TOTAL RETROACTIVO: $27.069.712.oo

VALOR PAGADO POR NOMINA DESPUES DEL FALLECIMIENTO $ 2.964.589.oo
TOTAL A GIRAR RETROACTIVO: $ 24.105.123.oo

PARÁGRAFO PRIMERO: La mesada pensional se incluirá en la nómina de agosto de 2011 que se paga en septiembre del mismo año, a través de la cuenta No. 18.923.235 del Banco Agrario de Aguachica – Cesar.

PARAGRAFO SEGUNDO: Dejar en suspenso el giro del retroactivo por valor de VEINTICUATRO MILLONES CIENTO CINCO MIL CIENTO VEINTITRES PESOS M/Cte ($24.105.123.oo), de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente acto administrativo.

Pero como ya se dijo el actor no puede ser acreedor de ese valor pues antes de que el ISS expidiera tal resolución ya se encontraba devengando la mesada pensional por parte del Ministerio de Agricultura, prestación pensional que como ya se dijo desde su origen tiene el carácter de compartida –Resolución 440 de 1991 expedida por el IDEMA, donde se estableció la compartibilidad con la que le fuera reconocida al causante por el ISS- (ver carpeta expediente administrativo ver carpeta expediente administrativo archivo "00161794000000002147182001101"), iterando el accionante no podía devengar las dos mesadas de manera concomitante.

De esta manera, aun cuando el ISS liquidara un retroactivo por $24.105.123 tomando en su totalidad para la liquidación el valor total de la mesada para cada anualidad del 2009 al 2011 y dejándolo en suspenso, lo cierto es que el actor si tendría derecho a que se le pagara la diferencia entre la mesada reconocida por el IDEMA ($451.834) y la del ISS ($816.205) ambas para el 2009; no obstante debe analizarse en este punto la excepción de prescripción oportunamente propuesta por COLPENSIONES en su contestación (Archivo 6 expediente digital, págs. 19 y 20)[4], advirtiéndose la exigibilidad para reclamar ese retroactivo surgió con la expedición del ya renombrado acto administrativo No. 4203 del 25 de julio del 2011, contando así el demandante a partir de esa data con 3 años para su reclamación administrativa, término trienal consagrado en el artículo 488 del C.S.T., y 151 del C.P.L. y S.S., precisando esta Sala de decisión en punto a la apelación del accionante el artículo 489 del C.S.T., establece que el término trienal que para la operatividad de la prescripción exige la norma, se interrumpe por **una sola vez**, con el reclamo escrito que haga, en éste caso el demandante, del derecho pretendido (pago del retroactivo), siempre que se presente la demanda ordinaria dentro de los tres años siguientes a la interrupción del término y se notifique personalmente a la pasiva dentro del año siguiente a la notificación por estado del auto admisorio de la demanda, al tenor de lo previsto en el artículo 90 del C.P.C., hoy artículo 94 del C.G.P., aplicable en el ámbito laboral por mandato del artículo 145 del C.P.L.

En el presente asunto, a juicio de la Sala, la obligación se hizo exigible desde que el demandante tuvo conocimiento del reconocimiento pensional por parte del Instituto de Seguros Sociales, esto es, con la expedición de la resolución No.

[4] La cual se tuvo por contestada en auto del 15 de septiembre del 2009, Archivo 9.

4203 del 25 de julio del 2011 (se desconoce la fecha de su notificación) por lo que a partir de ahí tenía tres años para su reclamación, lo cual solo hizo hasta el 1° de septiembre del 2016 como se puede leer de la resolución GNR 7103 del 12 de enero del 2017 (carpeta expediente administrativo archivo "GEN-ANX-CI-2017_2184094-20170301092254" pág. 3)

Que el señor SALDAÑA GUZMAN ARMANDO identificado (a) con CEDULA CIUDADANIA No. 18923235, con fecha de nacimiento 29 de marzo de 1970, en calidad de Hijo Invalido(a), solicita el 1 de septiembre de 2016 con radicado Nro. 2016_10243220, el pago de un retroactivo de una sustitución pensional.

Que funda su solicitud en los siguientes términos:

"estoy enviándole el oficio N°085 de junio 28 de 2016 emanado de la asociación nacional de pensionado del IDEMA y oficio con radicado N° 201634001 58581 de 01/08/2016) donde el ministerio de agricultura y desarrollo rural dejan en claro que mi señor padre RAMÓN OLIVEROS SALDAÑA OSSA (q.e.p.d) y quien se identificaba con cedula 2.147182. Ya le hablan aplicado la compartibilidad en el seguro social. Por lo tanto solicito se me tramite y consigne la citada retención en razón a que a mi no tenían por qué aplicarme o hacerme ese descuento"

En dicho acto administrativo se resolvió la solicitud de pago de retroactivo de la siguiente manera (pág. 7 ibídem):

Que el el empleador INSTITUTO DE MERCADO AGROPECUARIO "IDEMA" mediante Resolución No. 000440 del 23 de julio de 1991, establece en sus articulo segundo:

"el IDEMA continuara cotizando para los seguros de invalidez, vejez y muerte hasta cuando el asegurado cumpla los requisitos exigidos por el ISS para el otorgamiento de la pensión de vejez (decreto 758790)"

Que el Instituto del Seguro Social mediante Resolución No. 002047 del 2001; reconoce una pensión de vejez de carácter compartida a favor del causante, reconociendo el retroactivo generado a favor del empleador INSTITUTO DE MERCADO AGROPECUARIO "IDEMA.

Que de las Resolución anteriores es evidente que la prestación reconocida a favor del señor **SALDAÑA OSSA RAMON OLIVERO,** ya identificado era de carácter compartida.

Que mediante Resolución No. 4203 del 25 de julio de 2011, el Instituto del Seguro Social en su parte considerativa establece:

"Que teniendo en cuenta que en el expediente no obra manifestación por parte del MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL, respecto al giro del retroactivo, su giro se dejará en Suspenso hasta tanto se allegue manifestación del patrono jubilante respecto a quien corresponde et giro de dicho retroactivo"

Que revisado el expediente pensional existe certificación del Ministerio de agricultura en la cual establece en su parte final lo siguiente:

"De acuerdo con lo expuesto le informo que la pensión de la que era beneficiario
el señor RAMON OLIVERO SALDAÑA (q.e.p.d) fue compartida con el Seguro Social en su momento, por lo que para el estudio de la solicitud de pensión de Sobrevivientes presentada por el señor ARMANDO SALDAÑA GUZMAN debe tenerse en cuenta dicha condición."

Que de los documentos obrantes en el expediente pensional, no se evidencia documento alguno en el cual se indique a favor de quien debe girarse el retroactivo dejado en suspenso.

Que sin embargo es necesario aclarar que aunque se allegue documento emanado por el empleador indicando a favor de quien debe girarse el retroactivo dejado en suspenso el mismo se encuentra prescrito.

Activar Windows

De modo que al haberse sobrepasado el termino legalmente establecido para el reclamo del pago del retroactivo dejado en suspenso por el ISS, pues como se

vio se hizo exigible en el 2011 siendo reclamado 5 años después -01/09/2016-, operó el fenómeno de la prescripción, sobre el retroactivo anhelado por la parte actora, no evidenciándose en el expediente administrativo reclamos efectuados con anterioridad al año 2016, de modo que los posteriores a esa anualidad en manera alguna tienen la virtud de interrumpir dicha prescripción. Se confirma la decisión del Juez *a quo* sobre este aspecto.

Por otro lado, y como quiera que como atrás se dejó explicado resulta procedente efectuar la reliquidación de la sustitución pensional del accionante aplicando una tasa de reemplazo del 90% a la pensión de vejez que le fuere reconocida al señor RAMON OLIVERO SALDAÑA OSSA (q.e.p.d.) pero a partir del 2001 -fecha de la última cotización por este efectuada- sin que como se dijo ello implique algún reconocimiento de lo que en vida le pudo corresponder al de cujus del 2001 al 2009 (data de su muerte), esta Sala de decisión procederá a efectuar al cálculo de la citada reliquidación, pues el Juez de primera instancia no efectuó las operaciones aritméticas correspondientes, precisando desde ya, frente al retroactivo de diferencias de mesadas que le corresponde al accionante operó el fenómeno prescriptivo de manera parcial, en tanto la misma fue solicitada solo hasta el **27 de marzo del 2019** (Archivo 2 expediente digital, págs. 8 a 15), acudiendo a la jurisdicción el **16 de septiembre del 2021** (Archivo 1 expediente digital, pág. 5), notificándose a Colpensiones del auto admisorio de la demanda de fecha 4 de noviembre del 2021 (Archivo 4 expediente digital) el 5 de noviembre del 2021 (Archivo 5 expediente digital), esto es, dentro del año establecido en el artículo 94 del C.G.P., por lo que las diferencias de mesadas causadas con anterioridad al 27 de marzo del 2016 (3 años anteriores a la reclamación administrativa 27/03/2019) se encontrarían prescritas.

Sin embargo el Juez de primer grado señaló que la prescripción operó fue respecto de las diferencias de mesadas causadas 3 años anteriores a la interposición de la demanda, señalando como fecha 14 de septiembre del 2018, la cual resulta posterior a la señalada en esta instancia -27 de marzo del 2016- razón por la cual en virtud de la consulta que se surte en favor de Colpensiones no puede ser modificada pues ello haría más gravosa su situación, sin embargo si se modifica el día establecido por el Juzgador inicial, pues si bien señaló que corresponde al 14 de septiembre, la demanda fue interpuesta el 16 de

septiembre del 2021, por lo que se modifica la prescripción por este señalada para establecer que corresponde al **16 de septiembre del 2018.**

Aclarado lo anterior, se procede entonces a calcular el valor del retroactivo por diferencias de mesadas pensionales adeudado al accionante, teniendo en cuenta lo establecido por la accionada en resolución SUB 114716 del 14 de mayo del 2019 (Carpeta expediente administrativo Archivo: "GEN-REQ-IN-2020_11002316-20201229120943") por medio de la cual hizo una reliquidación de la mesada que le fue otorgada por sustitución pensional al actor a partir del 1° de septiembre del 2013 en suma de $1.016.435 así:

Que en este sentido al no aumentar el número de semanas que se tuvieron en cuenta para el reconocimiento de la pensión de la vejez en la Resolución No. 002047 del 24 de mayo de 2001, no es procedente aumentar la tasa de remplazo hasta el 90 % tal como lo requiere el solicitante, al poseer el causante más de 1250 semanas cotizadas antes de la fecha del estatus, tal y como lo exige el parágrafo 2 del artículo 20 del Decreto 758 de 1990.

IBL: 326,436.00 x 87.00% = $284,000

SON: UN MILLON CIENTO CUARENTA Y SEIS MIL SETECIENTOS NOVENTA Y TRES PESOS M/CTE.

Que una vez aclarado lo anterior, se procedió a realizar el estudio de la solicitud de reliquidación, y se tomó en cuenta que el causante (a) cumple los requisitos para los siguientes tipos de pensión, siendo aplicada por favorabilidad el indicado en la columna "Aceptada Sistema" tal y como se evidencia en el siguiente cuadro:

Nombre	Fecha Status	Fecha Efectividad	VALOR IBL 1	VALOR IBL 2	Mejor IBL	% IBL	Valor Pensión Mensual actualizado	Aceptada
POSTMORTEM 1000 semanas y 55 o 60 años de edad Ley 100 - Legal	14 de noviembre de 1996	1 de septiembre de 2013	251,949.00	0.00	1	73.00	843,503.00	NO
POSTMORTEM PENSION DE VEJEZ - Decreto 758 de 1990 - REGIMEN DE TRANSICION - HOMBRE	14 de noviembre de 1996	1 de septiembre de 2013	326,436.00	219,815.00	1	87.00	1,302,477.00	SI

Una vez realizado el estudio respectivo de su pensión de vejez se logra corroborar con base en la información arrojada, que la normativa que le resulta favorable es la contenida en el Decreto 758 de 2003, aplicada en virtud del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, del cual el señor **SALDAÑA OSSA RAMON OLIVERO**, fue beneficiario.

Se arriba a esta conclusión debido a que se generó un Ingreso base de Liquidación de $326,436.00; valor que se obtuvo al promediar el tiempo que le hacía falta al señor **SALDAÑA OSSA RAMON OLIVERO**, para cumplir los requisitos para acceder a la pensión a partir de la entrada en vigencia del sistema general de pensiones (es decir el promedio de lo devengado entre el 01/04/1994 al 14/11/1996) y al aplicarse una tasa de reemplazo del 87.00%, se genera una mesada pensional para el 14 de noviembre de 1996 por valor de $284,000 mesada que al ser actualizada a fecha presente es de $ 1,302,477 mesada superior a la que viene percibiendo en la nómina, es por ello, que se procede a la reliquidación.

De acuerdo a lo anterior, se procede entonces en primer lugar a obtener el IBL del causante con el tiempo que le hacía falta para cumplir la edad de pensión al

1° de abril de 1994, como se estableció en la citada resolución, es decir, del 01/04/1994 al 14/11/1996, por ende, se toma ese lapso faltante para consolidar el derecho pensional y esa misma unidad de tiempo **transponerla** desde la última cotización hacia atrás –julio del 2001-. y al valor obtenido se le aplica el 90%, para establecer la mesada que le hubiera correspondido al fallecido pensionado para el año 2001.

Tal criterio es el que se colige de diferentes proveídos de la Sala de Casación Laboral, donde ha precisado que la expresión «el tiempo que le hiciere falta» contenido en la citada norma, es simplemente una medida de referencia para determinar las cotizaciones que han de integrar el IBL de las pensiones, medida que puede trasponerse más allá de la fecha de estructuración del derecho, cuando el afiliado haya continuado aportando para así incluir hasta la última cotización; incluso, puede cobijar también, cotizaciones causadas con anterioridad a la vigencia del Sistema General de Pensiones, cuando los aportes hechos desde esta última fecha hacia adelante no alcanzan a cubrir el periodo de referencia indicado en la Ley. Al efecto, pueden consultarse entre otras sentencias del Alto Tribunal, la CSJ SL794-2013, CSJ SL4585-2014, CSJ SL12350-2014, estas últimas reiteradas en la CSJ4156-2020.

Dicha mesada se incrementará año a año hasta la fecha de la presente sentencia (31 de mayo del 2023) y a partir del 1° de septiembre del 2013 (data en que Colpensiones reliquidó la pensión del accionante y no discutida en esta instancia) se calculará la diferencia entre la mesada aquí obtenida y la otorgada por la enjuiciada, ordenándose únicamente el pago del retroactivo de diferencias pensionales a partir del 16 de septiembre del 2018 como atrás se explicó por los efectos de la prescripción, por ende el valor adeudado sería el siguiente:

Cálculo Tiempo Que Le Hiciere Falta							
AÑO	***Nº. Días***	***IPC inicial***	***IPC final***	***Factor de indexación***	***Sueldo promedio mensual***	***Salario actualizado***	***Salario anual***
1998	*49*	*31,210*	*61,99*	*1,986*	*$ 566.700,00*	*$ 1.125.574,55*	*$ 1.838.438,43*
1999	*347*	*36,420*	*61,99*	*1,702*	*$ 662.000,00*	*$ 1.126.763,75*	*$ 13.032.900,74*
2000	*350*	*39,790*	*61,99*	*1,558*	*$ 722.861,00*	*$ 1.126.148,53*	*$ 13.138.399,53*
2001	*203*	*43,270*	*61,99*	*1,433*	*$ 786.000,00*	*$ 1.126.031,32*	*$ 7.619.478,60*
Total días	***949***			***Total devengado actualizado a:***		***2001***	***$ 35.629.217,29***
Total semanas	***135,57***					***Ingreso Base Liquidación***	***$ 1.126.318,78***
Total Años	***2,64***					***Porcentaje aplicado***	***90%***
						Primera mesada	***$ 1.013.686,90***

	Tabla Retroactivo Diferencia Pensional						
Fecha inicial	**Fecha final**	**Incremento %**	**Valor mesada calculada 2da Instancia**	**Mesada Reliquidada por Colpensiones**	**Diferencia**	**N°. Mesadas**	**Subtotal**
01/01/01	31/12/01	8,75%	$ 1.013.687,00				
01/01/02	31/12/02	7,65%	$ 1.091.234,00				
01/01/03	31/12/03	6,99%	$ 1.167.511,00				
01/01/04	31/12/04	6,49%	$ 1.243.282,00				
01/01/05	31/12/05	5,50%	$ 1.311.663,00				
01/01/06	31/12/06	4,85%	$ 1.375.279,00				
01/01/07	31/12/07	4,48%	$ 1.436.891,00				
01/01/08	31/12/08	5,69%	$ 1.518.650,00				
01/01/09	31/12/09	7,67%	$ 1.635.130,00				
01/01/10	31/12/10	2,00%	$ 1.667.833,00				
01/01/11	31/12/11	3,17%	$ 1.720.703,00				
01/01/12	31/12/12	3,73%	$ 1.784.885,00				
01/01/13	31/12/13	2,44%	$ 1.828.436,00	$ 1.016.435,00	$ 812.001,00	**PRESCRITO desde 01-09-2013 A 15-09-2018**	
01/01/14	31/12/14	1,94%	$ 1.863.908,00	$ 1.036.153,84	$ 827.754,16		
01/01/15	31/12/15	3,66%	$ 1.932.127,00	$ 1.074.077,07	$ 858.049,93		
01/01/16	31/12/16	6,77%	$ 2.062.932,00	$ 1.146.792,09	$ 916.139,91		
01/01/17	31/12/17	5,75%	$ 2.181.551,00	$ 1.212.732,63	$ 968.818,37		
16/09/18	31/12/18	4,09%	$ 2.270.776,00	$ 1.262.333,40	$ 1.008.442,60	4,57	$ 4.605.221,2
01/01/19	31/12/19	3,18%	$ 2.342.987,00	$ 1.302.475,60	$ 1.040.511,40	14,00	$ 14.567.159,6
01/01/20	31/12/20	3,80%	$ 2.432.021,00	$ 1.351.969,67	$ 1.080.051,33	14,00	$ 15.120.718,6
01/01/21	31/12/21	1,61%	$ 2.471.177,00	$ 1.373.736,38	$ 1.097.440,62	14,00	$ 15.364.168,6
01/01/22	31/12/22	5,62%	$ 2.610.057,00	$ 1.450.940,37	$ 1.159.116,63	14,00	$ 16.227.632,8
01/01/23	**31/05/23**	13,12%	$ 2.952.496,00	$ 1.641.303,74	$ 1.311.192,26	5,00	$ 6.555.961,3
Total retroactivo diferencia pensional							**$ 72.440.862,20**

En ese sentido, el retroactivo que se estaría adeudando al accionante sería de **$72.440.862,20**, que corresponde a las diferencias de mesadas causadas del 16 de septiembre del 2018 al 31 de mayo del 2023 (fecha de la presente sentencia) sin perjuicio de las que se sigan causando hasta la fecha efectiva de inclusión en nómina, no obstante, y como bien lo señaló el Juez de primera instancia, este **solo será procedente** en caso en que la mesada que resultó por la reliquidación **sea superior** a la que está siendo reconocida por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, advirtiéndose al 1° de septiembre del 2013 la mesada ascendía a $1.828.436 (*la reconocida por Colpensiones fue de $1.016.435*) y la del 16 de septiembre del 2018 (fecha a partir de la cual se otorga la diferencia de mesadas) asciende a $2.270.776.

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

En punto a la condena por INDEXACIÓN, la cual se estudia en virtud de la Consulta que se surte en favor de COLPENSIONES se ha indicar que se confirma la condena de la INDEXACIÓN por retroactivo de mesadas adeudadas (si lo hubiere), ya que su función consiste únicamente en evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción del patrimonio de quien accede a la administración de justicia, causada por el transcurso del tiempo, pues lo que se busca garantizar es el pago completo e íntegro de la prestación cuando el transcurso del tiempo la devalúa.

Así lo adoctrinó la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL359 de 2021, reiterada en la SL859 de 2021 -en la que se abordó un asunto de similares contornos fácticos-. En la primera providencia anotada, el órgano de cierre de esta jurisdicción consideró:

> *"En efecto, la indexación se erige como una garantía constitucional (art. 53 CP), que se materializa en el mantenimiento del poder adquisitivo constante de las pensiones, en relación con el índice de precios al consumidor certificado por el DANE. A su vez, el artículo 1626 del Código Civil preceptúa que «el pago efectivo es la prestación de lo que se debe», esto es, que la deuda debe cancelarse de manera total e íntegra a la luz de lo previsto en el artículo 1646 ibídem. De ahí que, si la AFP no paga oportunamente la prestación causada en favor del afiliado, pensionado o beneficiario, tiene la obligación de indexarla como único conducto para cumplir con los mencionados estándares de totalidad e integralidad del pago. Por tal motivo, es incompleto el pago realizado sin el referido ajuste cuando el transcurso del tiempo devaluó el valor del crédito.*
>
> *Ahora, la indexación no implica el incremento del valor de los créditos pensionales, ya que su función consiste únicamente en evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción del patrimonio de quien accede a la administración de justicia, causada por el transcurso del tiempo. Tampoco puede verse como parte de la mesada, puesto que no satisface necesidades sociales del pensionado, y menos como una sanción, ya que lejos de castigar al deudor, garantiza que los créditos pensionales no pierdan su valor real."*

Finalmente, respecto de las costas procesales objeto de apelación por parte de COLPENSIONES, téngase en cuenta que el legislador nacional ha acogido el criterio objetivo, en virtud del cual, las costas corren siempre a cargo de la parte vencida en juicio, por así disponerlo el numeral °1 del artículo 392 del C.P.C, ahora artículo 365 C.G.P., el cual contiene el principio general, según el cual "*se condenara en costas a la parte vencida en el proceso (…)",* sin consideración a su intención, razonabilidad de su discusión en el conflicto jurídico en litigio o su conducta en el trámite procesal, sino el hecho de haber sido vencido en juicio,

por manera que al haber sido desfavorable la sentencia de primer grado a esta demandada, lo atinente a derecho es que sea condenada en costas, iterando la única valoración a tener en cuenta en este aspecto, son las resultas del proceso, por lo que se confirma la sentencia de primer grado en cuanto a que se condena el pago de las mismas a cargo de esta demandada.

En atención a lo aquí expuesto, resulta conveniente que por parte del Juez *a quo,* y para los efectos a que hubiere lugar, se le comunique esta decisión al **MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL.**

De esta manera se agota el estudio de los recursos de apelación y el grado jurisdiccional de consulta en favor de la demandada y, en ese orden se procede a modificar y precisar el fallo de primer grado, en los puntos anteriormente expuestos, confirmando la sentencia de primer grado en lo demás.

Sin **COSTAS** en esta instancia.

En mérito de lo expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA D.C.**, Sala Laboral,

RESUELVE

PRIMERO: PRECISAR el numeral **PRIMERO** de la sentencia de primer grado, en cuanto a que el retroactivo adeudado al accionante por diferencias de mesadas pensionales del 16 de septiembre del 2018 al 31 de mayo del 2023 corresponde a **$72.440.862,40**, sin perjuicio del que se siga causando hasta la fecha efectiva de inclusión en nómina, **y solo en caso de que la mesada aquí reliquidada** -$1.828.436 para el 1° de septiembre del 2013 y $2.270.776. para el 16 de septiembre del 2018- **sea superior a la que se encuentra reconociendo el MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL,** en virtud de la compartibilidad.

Tabla Retroactivo Diferencia Pensional							
Fecha inicial	**Fecha final**	**Incremento %**	**Valor mesada calculada 2da Instancia**	**Mesada Reliquidada por Colpensiones**	**Diferencia**	**N°. Mesadas**	**Subtotal**
01/01/01	31/12/01	8,75%	$ 1.013.687,00				
01/01/02	31/12/02	7,65%	$ 1.091.234,00				
01/01/03	31/12/03	6,99%	$ 1.167.511,00				
01/01/04	31/12/04	6,49%	$ 1.243.282,00				
01/01/05	31/12/05	5,50%	$ 1.311.663,00				
01/01/06	31/12/06	4,85%	$ 1.375.279,00				
01/01/07	31/12/07	4,48%	$ 1.436.891,00				
01/01/08	31/12/08	5,69%	$ 1.518.650,00				
01/01/09	31/12/09	7,67%	$ 1.635.130,00				
01/01/10	31/12/10	2,00%	$ 1.667.833,00				
01/01/11	31/12/11	3,17%	$ 1.720.703,00				
01/01/12	31/12/12	3,73%	$ 1.784.885,00				
01/01/13	31/12/13	2,44%	$ 1.828.436,00	$ 1.016.435,00	$ 812.001,00	**PRESCRITO desde 01-09-2013 A 15-09-2018**	
01/01/14	31/12/14	1,94%	$ 1.863.908,00	$ 1.036.153,84	$ 827.754,16		
01/01/15	31/12/15	3,66%	$ 1.932.127,00	$ 1.074.077,07	$ 858.049,93		
01/01/16	31/12/16	6,77%	$ 2.062.932,00	$ 1.146.792,09	$ 916.139,91		
01/01/17	31/12/17	5,75%	$ 2.181.551,00	$ 1.212.732,63	$ 968.818,37		
16/09/18	31/12/18	4,09%	$ 2.270.776,00	$ 1.262.333,40	$ 1.008.442,60	4,57	$ 4.605.221,2
01/01/19	31/12/19	3,18%	$ 2.342.987,00	$ 1.302.475,60	$ 1.040.511,40	14,00	$ 14.567.159,6
01/01/20	31/12/20	3,80%	$ 2.432.021,00	$ 1.351.969,67	$ 1.080.051,33	14,00	$ 15.120.718,6
01/01/21	31/12/21	1,61%	$ 2.471.177,00	$ 1.373.736,38	$ 1.097.440,62	14,00	$ 15.364.168,6
01/01/22	31/12/22	5,62%	$ 2.610.057,00	$ 1.450.940,37	$ 1.159.116,63	14,00	$ 16.227.632,8
01/01/23	**31/05/23**	13,12%	$ 2.952.496,00	$ 1.641.303,74	$ 1.311.192,26	5,00	$ 6.555.961,3
Total retroactivo diferencia pensional							**$ 72.440.862,20**

SEGUNDO: ADICIONAR la decisión del Juzgado 30 Laboral del Circuito con el fin de **AUTORIZAR** a COLPENSIONES a efectuar las deducciones por concepto de aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud, del retroactivo que le sea reconocido al demandante, siempre y cuando el mismo sea procedente y se generen las diferencias de mesadas pensionales, por las consideraciones expuestas en el numeral PRIMERO de esta decisión.

TERCERO: MODIFICAR el numeral SEGUNDO del fallo de primer grado, para establecer que la excepción de prescripción operó sobre las diferencias de mesadas causadas con anterioridad al **16 de septiembre del 2018** y no del 14 de septiembre del 2018, conforme las consideraciones de este proveído.

CUARTO: Comuníquese esta decisión, por parte del *a quo* al **MINISTERIO AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL,** conforme a lo expuesto.

QUINTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juez 30 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las motivaciones precedentemente expuestas.

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

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA - SALA LABORAL -
MAGISTRADO: DR. DIEGO ROBERTO MONTOYA
RADICADO: 11001310503020214150l
DEMANDANTE : ARMANDO SALDAÑA
DEMANDADO: COLPENSIONES

FECHA SENTENCIA	***1a. INSTANCIA***	***2a. INSTANCIA***	***CASACIÓN***

OBJETO DE LIQUIDACIÓN: *Calcular el Ingreso base de liquidación (IBL) del demandante tomando en cuenta los aportes realizados durante el tiempo que le hiciere falta actualizado a 2001, aplicando el 90% para obtener el valor de la primera mesada.*

Promedio Salarial Anual

Año 1998

Fecha Inicial	***Fecha Final***	***Número días***	***Salario mensual***	***Salario diario***	***Salario anual***	***Salario promedio diario***	***Salario promedio mensual***
12/11/98	***30/11/98***	*19*	*566.700,00*	*18.890,00*	*$ 358.910,00*		
01/12/98	***31/12/98***	*30*	*566.700,00*	*18.890,00*	*$ 566.700,00*		
Total días		*49*			*$ 925.610,00*	*$ 18.890,00*	***$ 566.700,00***

Año 1999

Fecha Inicial	***Fecha Final***	***Número días***	***Salario mensual***	***Salario diario***	***Salario anual***	***Salario promedio diario***	***Salario promedio mensual***
01/01/99	***31/01/99***	*30*	*662.000,00*	*22.066,67*	*$ 662.000,00*		
01/02/99	***28/02/99***	*30*	*662.000,00*	*22.066,67*	*$ 662.000,00*		
01/03/99	***31/03/99***	*30*	*662.000,00*	*22.066,67*	*$ 662.000,00*		
01/04/99	***30/04/99***	*30*	*662.000,00*	*22.066,67*	*$ 662.000,00*		
01/05/99	***31/05/99***	*30*	*662.000,00*	*22.066,67*	*$ 662.000,00*		
01/06/99	***30/06/99***	*30*	*662.000,00*	*22.066,67*	*$ 662.000,00*		
01/07/99	***31/07/99***	*30*	*662.000,00*	*22.066,67*	*$ 662.000,00*		
01/08/99	***31/08/99***	*30*	*662.000,00*	*22.066,67*	*$ 662.000,00*		
01/09/99	***30/09/99***	*20*	*662.000,00*	*22.066,67*	*$ 441.333,33*		
01/10/99	***31/10/99***	*29*	*662.000,00*	*22.066,67*	*$ 639.933,33*		
01/11/99	***30/11/99***	*29*	*662.000,00*	*22.066,67*	*$ 639.933,33*		
01/12/99	***31/12/99***	*29*	*662.000,00*	*22.066,67*	*$ 639.933,33*		
Total días		*347*			*$ 7.657.133,33*	*$ 22.066,67*	***$ 662.000,00***

Año 2000

Fecha Inicial	***Fecha Final***	***Número días***	***Salario mensual***	***Salario diario***	***Salario anual***	***Salario promedio diario***	***Salario promedio mensual***
01/01/00	***31/01/00***	*29*	*722.861,00*	*24.095,37*	*$ 698.765,6*		
01/02/00	***29/02/00***	*30*	*722.861,00*	*24.095,37*	*$ 722.861,0*		
01/03/00	***31/03/00***	*29*	*722.861,00*	*24.095,37*	*$ 698.765,6*		
01/04/00	***30/04/00***	*29*	*722.861,00*	*24.095,37*	*$ 698.765,6*		
01/05/00	***31/05/00***	*29*	*722.861,00*	*24.095,37*	*$ 698.765,6*		
01/06/00	***30/06/00***	*29*	*722.861,00*	*24.095,37*	*$ 698.765,6*		
01/07/00	***31/07/00***	*29*	*722.861,00*	*24.095,37*	*$ 698.765,6*		
01/08/00	***31/08/00***	*29*	*722.861,00*	*24.095,37*	*$ 698.765,6*		
01/09/00	***30/09/00***	*29*	*722.861,00*	*24.095,37*	*$ 698.765,6*		
01/10/00	***31/10/00***	*29*	*722.861,00*	*24.095,37*	*$ 698.765,6*		
01/11/00	***30/11/00***	*29*	*722.861,00*	*24.095,37*	*$ 698.765,6*		
01/12/00	***31/12/00***	*30*	*722.861,00*	*24.095,37*	*$ 722.861,0*		
Total días		*350*			*$ 8.433.378,3*	*$ 24.095,37*	***$ 722.861,00***

Año 2001

Fecha Inicial	***Fecha Final***	***Número días***	***Salario mensual***	***Salario diario***	***Salario anual***	***Salario promedio diario***	***Salario promedio mensual***
01/01/01	***31/01/01***	*29*	*786.000,00*	*26.200,00*	*$ 759.800,0*		
01/02/01	***28/02/01***	*29*	*786.000,00*	*26.200,00*	*$ 759.800,0*		
01/03/01	***31/03/01***	*29*	*786.000,00*	*26.200,00*	*$ 759.800,0*		
01/04/01	***30/04/01***	*29*	*786.000,00*	*26.200,00*	*$ 759.800,0*		
01/05/01	***31/05/01***	*29*	*786.000,00*	*26.200,00*	*$ 759.800,0*		
01/06/01	***30/06/01***	*29*	*786.000,00*	*26.200,00*	*$ 759.800,0*		
01/07/01	***31/07/01***	*29*	*786.000,00*	*26.200,00*	*$ 759.800,0*		
Total días		*203*			*$ 5.318.600,0*	*$ 26.200,00*	***$ 786.000,00***

Cálculo Tiempo Que Le Hiciere Falta

AÑO	***Nº. Días***	***IPC inicial***	***IPC final***	***Factor de indexación***	***Sueldo promedio mensual***	***Salario actualizado***	***Salario anual***
1998	*49*	*31,210*	*61,99*	*1,986*	*$ 566.700,00*	*$ 1.125.574,55*	*$ 1.838.438,43*
1999	*347*	*36,420*	*61,99*	*1,702*	*$ 662.000,00*	*$ 1.126.763,75*	*$ 13.032.900,74*
2000	*350*	*39,790*	*61,99*	*1,558*	*$ 722.861,00*	*$ 1.126.148,53*	*$ 13.138.399,53*
2001	*203*	*43,270*	*61,99*	*1,433*	*$ 786.000,00*	*$ 1.126.031,32*	*$ 7.619.478,60*
Total días	***949***			***Total devengado actualizado a:***		***2001***	***$ 35.629.217,29***
Total semanas	***135,57***					***Ingreso Base Liquidación***	***$ 1.126.318,78***
Total Años	***2,64***					***Porcentaje aplicado***	***90%***
						Primera mesada	***$ 1.013.686,90***
				Salario Mínimo Mensual Legal Vigente Año		***2001***	***$ 286.000,00***

Tabla Retroactivo Diferencia Pensional							
Fecha inicial	**Fecha final**	**Incremento %**	**Valor mesada calculada 2da Instancia**	**Mesada Reliquidada por Colpensiones**	**Diferencia**	**N°. Mesadas**	**Subtotal**
01/01/01	31/12/01	8,75%	$ 1.013.687,00				
01/01/02	31/12/02	7,65%	$ 1.091.234,00				
01/01/03	31/12/03	6,99%	$ 1.167.511,00				
01/01/04	31/12/04	6,49%	$ 1.243.282,00				
01/01/05	31/12/05	5,50%	$ 1.311.663,00				
01/01/06	31/12/06	4,85%	$ 1.375.279,00				
01/01/07	31/12/07	4,48%	$ 1.436.891,00				
01/01/08	31/12/08	5,69%	$ 1.518.650,00				
01/01/09	31/12/09	7,67%	$ 1.635.130,00				
01/01/10	31/12/10	2,00%	$ 1.667.833,00				
01/01/11	31/12/11	3,17%	$ 1.720.703,00				
01/01/12	31/12/12	3,73%	$ 1.784.885,00				
01/01/13	31/12/13	2,44%	$ 1.828.436,00	$ 1.016.435,00	$ 812.001,00	**PRESCRITO desde 01-09-2013 A 15-09-2018**	
01/01/14	31/12/14	1,94%	$ 1.863.908,00	$ 1.036.153,84	$ 827.754,16		
01/01/15	31/12/15	3,66%	$ 1.932.127,00	$ 1.074.077,07	$ 858.049,93		
01/01/16	31/12/16	6,77%	$ 2.062.932,00	$ 1.146.792,09	$ 916.139,91		
01/01/17	31/12/17	5,75%	$ 2.181.551,00	$ 1.212.732,63	$ 968.818,37		
16/09/18	31/12/18	4,09%	$ 2.270.776,00	$ 1.262.333,40	$ 1.008.442,60	4,57	$ 4.605.221,2
01/01/19	31/12/19	3,18%	$ 2.342.987,00	$ 1.302.475,60	$ 1.040.511,40	14,00	$ 14.567.159,6
01/01/20	31/12/20	3,80%	$ 2.432.021,00	$ 1.351.969,67	$ 1.080.051,33	14,00	$ 15.120.718,6
01/01/21	31/12/21	1,61%	$ 2.471.177,00	$ 1.373.736,38	$ 1.097.440,62	14,00	$ 15.364.168,6
01/01/22	31/12/22	5,62%	$ 2.610.057,00	$ 1.450.940,37	$ 1.159.116,63	14,00	$ 16.227.632,8
01/01/23	**31/05/23**	13,12%	$ 2.952.496,00	$ 1.641.303,74	$ 1.311.192,26	5,00	$ 6.555.961,3
Total retroactivo diferencia pensional							**$ 72.440.862,20**

Tabla Liquidación	
Retroactivo pensional	$ 72.440.862,20
Total	**$ 72.440.862,20**

Fuente	Tabla del IPC - DANE., folios del proceso,
Observaciones	Se realiza la liquidación de acuerdo a las instrucciones del despacho.

Fecha liquidación miércoles, 31 de mayo de 2023 Recibe: _____

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR PEDRO ANIBAL CARDENAS VELEZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. (RAD. 31 2021 00597 01)

Bogotá D.C. treinta y uno (31) de Mayo de dos mil veintitrés (2023)

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

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en su favor, contra la sentencia proferida por la Juez 31 Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 19 de abril del 2023 *(Audiencia virtual, archivo 48 expediente digital, récord: 1:25:34),* en la que se resolvió:

> *"Declarar la ineficacia del traslado de régimen del traslado realizado por PEDRO ANÍBAL CÁRDENAS VÉLEZ, del régimen de prima media, con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad.*
>
> *Condenar a la demandada COLFONDOS a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, las sumas de dinero que descontó de lo aportado por el demandante por concepto de gastos de administración, valores utilizados en seguros previsionales y garantía de pensión mínima, debidamente indexados.*
>
> *Condenar a la demandada PORVENIR a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, la totalidad del capital ahorrado por el demandante, junto con los rendimientos financieros, comisiones, gastos de administración, valores utilizados en seguros previsionales y garantía de pensión mínima debidamente indexados.*

> *Condenar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- a recibir al demandante en el régimen de prima media con prestación definida como si nunca se hubiese trasladado de régimen.*
>
> *Condenar al pago de costas y agencias en derecho en cuantía de medio salario mínimo legal mensual vigente cada una de ellas a la administradora de fondo de pensiones y cesantías Porvenir S.A. y a COLFONDOS S.A. Sin costas y agencias en derecho a cargo de Colpensiones.*
>
> *Como quiera que el resultado la presente sentencia fue adverso a los intereses de Colpensiones se concede el grado jurisdiccional de consulta en el evento en que la sentencia no sea apelada."*

Inconforme con la decisión COLPENSIONES señala que no le asiste derecho al demandante a reintegrarse al régimen de prima media teniendo en cuenta que se encuentra a menos de 10 años de adquirir el derecho pensional, aunado a que conforme lo expuesto en el interrogatorio de parte no hubo vicio en el consentimiento contrario a ello se evidencia que se dio cumplimiento al deber de información de acuerdo a los elementos fácticos que se dieron en 1998, señalando el accionante quiso estar vinculado al RIAS dejando clara su intención de permanecer allí. *(Audiencia virtual, archivo 48 expediente digital, récord: 1:27:24[1]).*

Por su parte PORVENIR expresa su inconformidad frente a la decisión de retornar los gastos de administración, primas de seguros previsionales y demás rubros que se encuentran consignados en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 aduciendo el artículo 113 en su literal B de la misma normatividad, menciona cuáles son los dineros que se deben trasladar cuando existe un cambio de régimen pensional, y esto es, el saldo de la cuenta individual, incluidos los rendimientos, lo que impide que legalmente se pueda ordenar la devolución de sumas diferentes a las referidas en dicha norma, por cuanto las mismas no están destinadas a financiar la prestación del afiliado.

Frente a la condena de indexación expresa que la misma no es viable ya que la cuenta de ahorro individual del actor no se ha visto afectada por la condición

[1] Gracias se señoría de manera respetuosa, me permito interponer recurso de apelación frente a la decisión adoptada por este despacho. En el sentido de establecer y reiterar que al señor PEDRO ANIBAL CARDENAS VELEZ no le asiste el derecho a reintegrarse al régimen de prima media en cabeza de COLPENSIONES, por un lado, en consideración a las prerrogativas del artículo 3 de la Ley 797 del 2003, teniendo en cuenta que se encuentra a menos de 10 años en la categoría pensionados, así mismo, de acuerdo a lo manifestado por el demandante dentro del interrogatorio se observa por un lado que no hubo vicio de consentimiento por este medio para declarar su nulidad, contrario a ello se evidencia que se da cumplimiento al deber de información de acuerdo a los elementos fácticos que se dieron en 1998 aunado a lo anterior, ruego al Tribunal Superior de Bogotá tenga presente que el aquí accionante quiso estar vinculado al RAIS, ha dejado clara su intención de permanecer bajo la cobertura este sistema, con todo lo que implica (…) campo de incertidumbre en cuanto a controvertir su afiliación a porvenir, esto en atención a lo establecido por la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 413 del año 2018. En estos términos, su señoría dejo sustentado el recurso. Muchísimas gracias.

inflacionaria de la economía, por el contrario, ha generado rendimientos financieros superiores a la rentabilidad mínima establecida por el legislador para las cuentas de ahorro individual de los afiliados del régimen privado, solicitando se tengan en cuenta diferentes decisiones proferidas por el Tribunal Superior de Cali quien en su sala laboral ha cogido los argumentos expuestos por porvenir y ha revocado lo atinente a la indexación *(Audiencia virtual, archivo 48 expediente digital, récord: 1:27:24*[2]

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

[2] Sí, señora juez, de manera respetuosa me permitió interponer recurso de apelación de manera parcial, esto es contra el numeral tercero de la sentencia proferida en primera instancia, para que ante el honorable tribunal Superior de Bogotá, en su sala laboral, se revoque la condena impuesta a mi representada bajo los siguientes argumentos:

El artículo 20 de la Ley 100 de 1993 autoriza los fondos de pensiones a efectuar los descuentos ehh respecto de la cotización de los afiliados y destinados a cubrir los gastos de administración, primas de seguros previsionales y demás rubros que se encuentran consignados en dicha normatividad.

Adicional a ello, el artículo 113 en su literal B de la misma normatividad de seguridad social, menciona cuáles son los dineros que se deben trasladar cuando existe un cambio de régimen pensional, y esto es "el saldo de la cuenta individual, incluidos los rendimientos", lo que impide que legalmente se pueda ordenar la devolución de sumas diferentes a las referidas en dicha norma, por cuanto las mismas no están destinadas a financiar la prestación del afiliado.

Ahora bien, y respecto a la condena de manera indexada, me permito resaltar que la misma es improcedente de acuerdo con lo mencionado en sentencia C-00161 del 13/05/2010 magistrado ponente Edgardo Villamil Portilla, en donde explica y señala en qué casos es viable el condenar de forma indexada cuando existe algún rubro pendiente o un rubro que se haya condenado en sentencia de primera instancia, sin embargo respecto de la cuenta de ahorro individual del demandante, la misma no se ha visto afectada por la condición inflacionaria de la economía, por el contrario, ha generado rendimientos financieros superiores a la rentabilidad mínima establecida por el legislador para las cuentas de ahorro individual de los afiliados del régimen privado.

Solicitó también al honorable tribunal Superior de Bogotá acoger la línea jurisprudencial que ha sido sentada por el honorable tribunal Superior de Cali, quien en su sala laboral ha cogido los argumentos expuestos por porvenir y ha revocado lo atinente a la indexación y me permito traer a colación de manera muy breve, en el caso del señor, por ejemplo John Jairo Gaviria, quien en sentencia, en proceso adelantado en contra de Colpensiones y otros radicado corto 05 2022 5612, Igualmente, en el caso del señor Edison Ricardo regalado González, quien en proceso adelantado en contra de Colpensiones y otros radicado corto 12 2022 234, han revocado la atinente al indexación en sentencias del pasado 20 de enero del año en curso y han indicado lo siguiente, "respecto al indexación la sala considera que no hay lugar a dicha imposición, toda vez que con el traslado de los rendimientos se compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda que pudiera haberse generado en los emolumentos a retornar. Por tal razón, se revoca dicha condena con el fondo y, en su lugar, se les condena de dichos entes a que devuelvan todas las sumas junto con sus rendimientos". De esa manera, entonces dejó sentado mi recurso de apelación de manera parcial, gracias.

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de reforma de la demanda (*Páginas 2 y 3, archivo 19 Expediente digital),* las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (*Páginas 3 y 4 ibidem),* aspirando de manera principal se declare la nulidad de la afiliación al RAIS, en consecuencia se condene a Porvenir y a Colfondos a trasladar los aportes realizados, a Colpensiones a recibir los aportes realizados en la AFP PORVENIR, costas y agencias en derecho, condenas *ultra y extra petita*. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por el actor al RAIS, teniéndolo como válidamente afiliado en el régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, como si nunca se hubiese trasladado. En consecuencia, se condenó a las demandadas PORVENIR S.A y COLFONDOS S.A. a trasladar a COLPENSIONES todo el capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, las sumas de dinero que descontó de lo aportado por el demandante por concepto de gastos de administración, comisiones, aportes al Fondo de Garantía de pensión mínima y valores utilizados de seguros previsionales debidamente indexados, al pago de costas y agencias en derecho.

Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada PORVENIR no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía para con el demandante al momento del traslado, precisando no le explicó las consecuencias que conlleva el cambio de régimen.

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, en relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, vigente para la época del traslado realizado por el actor,[3] los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que:

[3] 27 de marzo de 1998 (Carpeta 1, Archivo 16 páginas 95 y 98 expediente digital)

"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].

En ese orden, en el caso de marras, se evidencia del reporte de semanas de cotización expedido por Colpensiones (Expediente administrativo Carpeta 1 expediente digital) la actora registró afiliación a esa entidad el 1° de enero de 1998[5], y dado que según el formulario de solicitud de vinculación a PORVENIR éste se trasladó de régimen pensional el 27 de marzo de 1998 (Carpeta 1, Archivo 16 páginas 95 y 98 expediente digital) lo procedente seria abordar el estudio de la validez del traslado previa constatación de la permanencia en el tiempo mínimo señalado en precedencia; no obstante, como quiera que tal aspecto no hizo parte del petitum de la demanda ni fue objeto de debate en el trámite del proceso, como tampoco impide solicitar la nulidad de la afiliación, la Sala continuara el estudio de los puntos objeto de apelación en virtud del principio de consonancia, así como de

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

[5]

COLPENSIONES Nit 900.336.004-7
REPORTE DE SEMANAS COTIZADAS EN PENSIONES
PERIODO DE INFORME: Enero 1967 febrero/2022
ACTUALIZADO A: 21 febrero 2022

INFORMACIÓN DEL AFILIADO

Tipo de Documento:	**Cédula de Ciudadanía**	Fecha de Nacimiento:	**28/09/1965**
Número de Documento:	**11383670**	Fecha Afiliación:	**05/01/1998**
Nombre:	**PEDRO ANIBAL CARDENAS VELEZ**	Correo Electrónico:	
Dirección:	**FONTANA**	Ubicación:	
Estado Afiliación:	**Asignado al RAI por Decreto 3995/2008**		

RESUMEN DE SEMANAS COTIZADAS POR EMPLEADOR

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

[1]Identificación Aportante	[2]Nombre o Razón Social	[3]Desde	[4]Hasta	[5]Último Salario	[6]Semanas	[7]Lic	[8]Sim	[9]Total
890680008	MUNICIPIO DE FUSAGAS	01/01/1998	31/01/1998	$2.650.000	3,71	0,00	0,00	3,71
890680008	MUNICIPIO DE FUSAGAS	01/02/1998	31/05/1998	$3.057.000	4,29	0,00	0,00	4,29

[10] TOTAL SEMANAS COTIZADAS:	8,00
[11] SEMANAS COTIZADAS CON TARIFA DE ALTO RIESGO(INCLUIDAS EN EL CAMPO 10 " "TOTAL SEMANAS COTIZADAS"):	0,00

las condenas impuestas a Colpensiones derivadas de la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional por el grado jurisdiccional de consulta en favor de dicha entidad, el cual se surte en razón a que la orden dispuesta por el Juez de primer grado puede ocasionar una eventual obligación de pago de una pensión a favor de la accionante (Ver sentencia SL 2035 del 2020[6])

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 28 de septiembre de 1965 *(Página 1, Archivo 3 Expediente Digital)*, por lo que la edad de 62 los cumpliría el mismo día y mes del año 2027, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES y PORVENIR el 28 de septiembre de 2021 *(Páginas 5 a 9, Archivo 03 expediente digital),* esto es, cuando se encontraba a menos de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -30 de junio de 1995[7], pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos apenas había prestado servicios por 182 días o 26 semanas al DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA (*CETIL Archivo 39 expediente digital*), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo

No obstante, 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

---

[6] "Por tanto, contrario a lo aducido por la impugnación, la segunda instancia no tenía la limitación decisoria que ésta le enrostra, pues en virtud de la norma procesal que puso a operar, como imperativamente le correspondía, debía revisar, sin restricción, la condena que en contra de COLPENSIONES fulminó el Juez unipersonal, así esta entidad hubiera apelado el primer fallo, únicamente, en punto del tema de la reclamación administrativa y a pesar de que el otro sujeto procesal, PORVENIR S.A, no haya promovido la alzada, pues es relevante que el silencio de ésta, frente al proveído inicial, se explica en que se le liberó de una eventual obligación de pago de una pensión a favor del actor, carga que se trasladó a la aseguradora de la cual es garante la Nación, en cuyo beneficio opera la dispensa del grado jurisdiccional de consulta, en el marco del debido proceso judicial, que garantiza y protege el artículo 29 de la CN. "

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

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

El demandante ocupada el cargo de ALCALDE DEL MUNICIPIO FUSAGASUGA conforme al formulario de afiliación a Porvenir (Archivo 16 pág. 98 expediente digital).

al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el **27 de marzo de 1998** con fecha de efectividad a partir del **28 de marzo de 1998** *(Páginas 95 y 98, archivo 16 expediente digital)* por afiliación que hiciera a PORVENIR S.A., específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP y en el formulario de afiliación suscrito con esa AFP.

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

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

Frente al tema, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia 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[8], 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,*

[8] *Al tema puede consultarse la sentencia SL2877 de 2020 y SL4875 de 2020*

toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia."

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

Así, discurrió

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

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

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

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

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

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

Lo anterior, debido a que en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el legislador consagró de manera expresa en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia. En efecto, el citado precepto refiere que cuando «el empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su

> *afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral […] la afiliación respectiva quedará sin efecto».*
>
> *Si esto es claro, resulta equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues el legislador expresamente consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL3464-2019, y especialmente la CSJ SL4360-2019)".*

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

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

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

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

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011[9], Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y en las

---

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

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

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

Las anteriores condiciones dejan en evidencia el otro yerro del Tribunal, al no tener en cuenta las citadas documentales que conducen a la conclusión indefectible de la forma como se le proporcionó la información al interesado, amén de que cuando el demandante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, contaba 58 años de edad y tenía una densidad de cotizaciones también aproximada de 1286 semanas, según su historia laboral de Folios 15 a 22; luego, es

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

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

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

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

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

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

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

"El yerro del Tribunal estuvo entonces, en no haberse percatado de que el documento analizado, muestra que evidentemente al actor no se le suministró la información adecuada, suficiente y cierta para su traslado.
"(…).
"Las administradoras de pensiones lo son de un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados, según lo prescribe el artículo 97 de la Ley 100 de 1993; la Ley radica en ellas el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, y cuyos deberes surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

> *"(…)* ***Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto.***
>
> *(…)*
>
> *Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*
>
> *(…).*
>
> *Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.*
>
> ***Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego.*** *A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (…)"*

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

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por el accionante[10] no acreditan de manera a alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que cuando se posesionó como ALCALDE de FUSAGASUGA en 1998 se afilió al ISS pero 3 o 4

[10] Audiencia 9 de noviembre del 2022, récord 15:33

meses después por una medida que tomó la asesora de la oficina de talento humano en donde le indicó que el ISS se iba acabar y que lo mejor era inscribirse al fondo privado Porvenir porque tendría mejores rendimientos se trasladó de régimen. El actor indica que para ese momento no había un asesor de dicha AFP y que no le explicaron características del régimen, ni mucho menos los requisitos para pensionarse.

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

A efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR (*Página 98 Archivo 16 expediente digital),* este no constituye en manera alguna medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por esa AFP demandada (sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019) y, en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus,* pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que se advierten ausentes en el plenario.

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

en que soportó su defensa fue el formulario de afiliación al que se hizo mención, porque allí se deja constancia expresa en el sentido de su decisión de vincularse a esa AFP de manera totalmente libre, voluntaria y espontánea.

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

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

> ***"1. El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones: Un deber exigible desde su creación***
>
> ***1.1 Primera etapa: Fundación de las AFP. Deber de suministrar información necesaria y transparente.***
>
> *El sistema general de seguridad social en pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del otorgamiento de diferentes tipos de prestaciones. Con este fin, la Ley 100 de 1993 diseñó un sistema complejo de protección pensional dual, en el cual, bajo las reglas de libre competencia, coexisten dos regímenes: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (AFP).*
>
> *De acuerdo con el literal b) del artículo 13 de la citada ley, los trabajadores tienen la opción de elegir «libre y voluntariamente» aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, previniendo que si esa libertad es obstruida por el empleador, este puede ser objeto de sanciones. Es así como paralelamente el artículo 271 precisa que las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, son susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.*
>
> *Ahora bien, para la Sala la incursión en el sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS y, por tanto, de la prestación de un servicio público esencial, estuvo, desde un principio, sujeto a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba.*
>
> *…*
>
> *En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.° del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».*

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

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

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

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

Como se ve, ya para el año 1998, cuando se produjo el traslado del aquí demandante, la AFP PORVENIR estaba en la obligación de informar a su futuro afiliado sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, pero ello en el asunto no ocurrió o, por lo menos, no se acreditó.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR, omitió en el momento del traslado de régimen **(27 de marzo de 1998, efectivo el 28 de marzo de ese año),** el deber de información para con el promotor del juicio, esto es, relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia CSJ SL12136 de

2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

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

Igualmente, 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 la demandante hubiese efectuado traslados entre AFP (*Página 95, Archivo 16 expediente digital),* en tanto ello no conlleva a que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en el RAIS, máxime si se tiene en cuenta que si bien se trató de traslados los mismos fueron dentro del mismo régimen de ahorro individual.

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

> *«Precisamente en este punto la Corte advierte que la opositora Old Mutual S.A. sugiere que la afiliación entre regímenes privados es un acto de relacionamiento que implica su voluntad de permanecer al RAIS. Si bien el Tribunal no acudió expresamente a este argumento, lo cierto es que destacó que el afiliado tuvo la oportunidad de trasladarse en el periodo de gracia que estableció la Ley 797 de 2003 para retornar a Colpensiones y no lo hizo, lo que a su juicio ratificaba su voluntad de continuar en el RAIS.*
>
> *Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente*

> *porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.*
>
> *De modo que no es dable siquiera sugerir que los posteriores traslados entre administradoras pueden configurar un acto de relacionamiento capaz de ratificar la voluntad de permanencia en ellas, como se infiere de las decisiones de la Sala de Descongestión de esta Corte CSJ SL249-2022 y SL259-2022. Nótese que, conforme la perspectiva explicada, esa voluntad de permanencia en el RAIS es inane dado que no desvirtúa el incumplimiento del deber de información y además ubica la discusión en actuaciones que estarían respaldadas en un acto jurídico ineficaz, esto es, el del traslado inicial.*
>
> *Justamente lo anterior explica que la acción para demandar estos asuntos no sea la de nulidad -como también lo sugieren de forma equivocada aquellas providencias- sino la de ineficacia, en la cual, se reitera, lo relevante es determinar, sin más agregados, si la persona al momento de suscribir el acto de traslado de régimen pensional ha sido debidamente informada sobre las ventajas, desventajas y consecuencias de su traslado y permanencia en el RAIS.*
>
> *Por tanto, nuevamente se enfatiza que este es el precedente vigente y en vigor de la Sala de Casación Laboral de esta Corte, y recoge cualquier otro que le sea contrario, en especial el condensado en aquellas providencias».*

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

> *«De otra parte, hay que resaltar que **los cambios de administradoras de pensiones y la permanencia en el RAIS no contribuyen a esclarecer si la demandante contó con la debida ilustración al momento de trasladarse al RAIS**. De hecho, en sentencias CSJ SL5686-2021 y CSJ SL5688-2021, reiterada en la CSJ SL1055-2022, esta Sala explicó que «argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión».*
> *En este sentido, se indicó que «los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente **porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz**, el cual no puede sanearse como la nulidad»* (Negrillas y subrayas de la Sala).

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

En ese orden, la ineficacia del tránsito de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de PORVENIR, como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliado el actor (Ver certificación pág. 124 Archivo 16 expediente digital) del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, frutos e intereses, igualmente es procedente el retorno por parte de dicha AFP y de COLFONDOS los gastos de administración, comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia[11], los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima por el tiempo en que el demandante estuvo aparentemente afiliado a esa

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

administradora, por virtud del restablecimiento de las cosas a su estado inicial, todo ello con cargo a sus propias utilidades[12] y de manera indexada, como también la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, de tal manera se confirmará en su integridad la decisión de primer grado en este aspecto.

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."***

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

Precisando, frente a la orden de la devolución de los gastos de administración y demás restituciones, objeto de apelación de PORVENIR S.A., ha de señalarse estos surgen como consecuencia de la afiliación, y en ese orden, al declararse la ineficacia del traslado, resulta claro que dichos conceptos quedan sin fundamento, pues lo que ocurre es que la situación de afiliación del actor vuelve a su estado inicial, es decir, es como los mismos no se hubiesen generado, razón por la cual es procedente la remisión de la totalidad de los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual del demandante a Colpensiones (actual administradora del RPM), incluyendo las sumas de gastos de administración y demás conceptos ordenados. 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*

[12] *Conforme lo señala la SL2209-2021 y SL2207-2021*

> *por el retorno al estado original, al momento en que se formalizó el acto anulado, mediante la restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubieren dado o recibido, ha de valer el carácter tutelar y preservar situaciones consolidadas ya en el ámbito del derecho laboral ora en el de la seguridad social; en la doctrina es indiscutido que la nulidad del contrato de trabajo, no priva al trabajador del derecho a su remuneración; o que en materia de seguridad social, en el laboral administrativo, según el mandato expreso del artículo 136 del C.C.A. el trabajador o el afiliado de buena fe, tiene el derecho a conservar, sin deber de restituir las prestaciones que le hubieren sido pagadas.*
>
> *[…]*
>
> *La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., **esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.***
>
> *Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, **ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.***
>
> *Las consecuencias de la nulidad no pueden ser extendidos a terceros, en este caso, a la administradora del régimen de prima media en el que se hallaba el actor antes de producirse la vinculación cuya nulidad se declara, de modo que no debe asumir por el sistema de pensiones sanciones derivadas de la mora en el pago íntegro del derecho pensional, obligaciones por las que sólo ha de responder a partir de cuándo le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada."*

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

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

A la par, con relación a la orden de disponer el pago debidamente indexado de los anteriores conceptos también objeto de apelación por PORVENIR, incluidos los gastos de administración, es importante señalar que para la calenda en la que se trasladen esos recursos, habrá transcurrido un tiempo considerable durante el cual dicho valor habrá perdido poder adquisitivo, de allí que sea procedente su indexación, ya que su función consiste únicamente en evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción del patrimonio de quien accede a la administración de justicia, causada por el transcurso del tiempo, y su imposición procede de forma oficiosa, sin que ello represente una condena adicional ni vulnere la congruencia entre la demanda y la sentencia judicial, pues

lo que se busca garantizar es el pago completo e íntegro de la prestación cuando el transcurso del tiempo la devalúa.

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

> *«**Es cierto que dicho ajuste no hizo parte de las pretensiones de la demanda, pero también lo es que, pese a ello, su imposición oficiosa es perfectamente viable porque la indexación no comporta una condena adicional a la solicitada.***
>
> *En efecto, la indexación se erige como una garantía constitucional (art. 53 CP), que se materializa en el mantenimiento del poder adquisitivo constante de las pensiones, en relación con el índice de precios al consumidor certificado por el DANE. A su vez, el artículo 1626 del Código Civil preceptúa que «el pago efectivo es la prestación de lo que se debe», esto es, que la deuda debe cancelarse de manera total e íntegra a la luz de lo previsto en el artículo 1646 ibidem. De ahí que, si la AFP no paga oportunamente la prestación causada en favor del afiliado, pensionado o beneficiario, tiene la obligación de indexarla como único conducto para cumplir con los mencionados estándares de totalidad e integralidad del pago. Por tal motivo, es incompleto el pago realizado sin el referido ajuste cuando el transcurso del tiempo devaluó el valor del crédito.*
>
> *Ahora, la indexación no implica el incremento del valor de los créditos pensionales, ya que su función consiste únicamente en evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción del patrimonio de quien accede a la administración de justicia, causada por el transcurso del tiempo. Tampoco puede verse como parte de la mesada, puesto que no satisface necesidades sociales del pensionado, y menos como una sanción, ya que lejos de castigar al deudor, garantiza que los créditos pensionales no pierdan su valor real»* (Negrillas de la Sala).

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

> ***«7. Consecuencias de la declaración de ineficacia.***
>
> *Por no estar acreditado que PORVENIR S. A. hubiere consignado a COLPENSIONES, los aportes que la demandante tenía en su cuenta individual con sus rendimientos, incluyendo también los valores correspondientes a gastos de administración, los cuales según se expuso en las sentencias CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019, debe asumir con cargo a sus propios recursos, **se le ordenará la devolución de esos dineros, debidamente indexados,** junto con el valor del bono a COLPENSIONES y a favor del actor»* (Negrillas y subrayas fuera de texto).

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

uniformes, de conformidad con lo previsto por el artículo 228 de la Constitución Política.

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

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

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES[13] *(Página 12, archivo 18 expediente digital),*entidad ésta última a favor de quien se surte la consulta*,* basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL-1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por la encartada, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

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

[13] Se tuvo por contestada la demanda en auto del 6 de abril del 2022, archivo 21 expediente digital.

SIN COSTAS en esta instancia.

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

R E S U E L V E

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

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

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

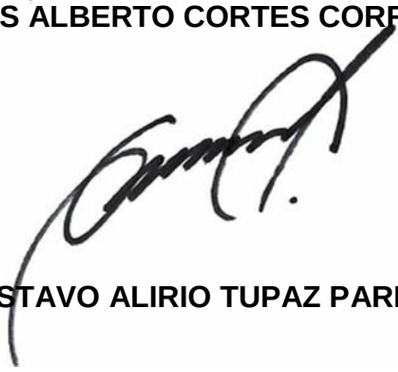
NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN



CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL.

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR ANDRÉS FELIPE CASTRO LÓPEZ CONTRA FIT FOOD S.A.S. y DAVID ALEJANDRO GONZÁLEZ MURCIA (RAD. 32 2021 00238 01).

Bogotá D.C. treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

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

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia proferida por el Juez Treinta y Dos Laboral del Circuito de esta ciudad, el pasado 09 de febrero de 2023 (archivo 20, ActaAudiencvia.pdf, expediente digital, récord 01:08:14*),* en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO: DECLARAR PROBADA*** *la excepción de inexistencia de la obligación formulada por los demandados, conforme las consideraciones expuestas.*
>
> ***SEGUNDO: ABSOLVER*** *a los demandados FIT FOOD S.A.S. y DAVID ALEJANDRO GONZÁLEZ MURCIA de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante ANDRÉS FELIPE CASTRO LÓPEZ.*
>
> ***TERCERO: CONDENAR*** *en costas al demandante y a favor de los demandados, tásense por secretaria incluyendo como agencias en derecho la suma de $300.000.00.*
>
> ***CUARTO****: En caso de no ser apelada la presente decisión, y al ser totalmente desfavorable al demandante, remítase al superior en el grado jurisdiccional de consulta".*

Inconforme con la decisión, la apoderada del demandante interpuso recurso de apelación manifestando, los extremos laborales se encuentran probados dentro del proceso con el testimonio de la señora Rosario, el señor Manuel, el demandado David Alejandro e incluso el mismo demandante Andrés, siendo claro que él renunció a su trabajo para dedicarse de manera completa al emprendimiento, pues tal como se indica en las consideraciones se puede inferir que este correspondió al momento en el que finalizó la relación con la escuela, así mismo, esta fecha debe ser el extremo inicial laboral ya que en esta data se realizó la reunión tal como lo manifestaron los testigos, quienes indicaron que se terminó la relación laboral y hubo dedicación de manera completa al emprendimiento por parte del demandante, así mismo, aseguró, en el interrogatorio de parte del demandante éste expuso que entregó el cargo (folio 42 de la demanda), es decir, Andrés renunció el 3 de junio de 2019 encontrándose con este documento probado el extremo laboral, gozando de plena prueba y además no fue desvirtuado por la accionada, solicitando se accedan a las pretensiones de la demanda teniendo en cuenta como extremos julio de 2016 al 03 de junio de 2019 (*récord 01:09:22, archivo 20ActaAudienciaAlegatosFallo20230209)*[1].

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante, señor ANDRÉS FELIPE CASTRO LÓPEZ, en el presente ordinario las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda a páginas 32 a 34 del archivo 01, las cuales encontraron sustento en los hechos narrados en las páginas 29 a 30 del mismo cuaderno, aspirando a que se declare a existencia de un contrato de trabajo a término

[1] ***Recurso Demandante, récord 01:09:30: "****Interpongo recurso de apelación, manifiesto que en lo correspondiente a los extremos dentro del proceso y los testimonios de la señora Rosario, Manuel, del demandado David y el demandante Andrés, es claro que él renunció a su anterior trabajo para dedicarse de manera completa al emprendimiento FIT FOOD SA.S., como usted lo indica en sus consideraciones se puede inferir que este correspondió al momento en que se finalizó la relación con la escuela siendo el extremo que laboral inicial toda vez que en esta fecha se realizó la reunión como lo manifestaron los testigos que mencioné ya que ellos todos indican que se termina la relación laboral y se dedica al emprendimiento de manera completa. En cuanto a la finalización, tal como se manifestó en el interrogatorio de parte finalizó al momento de entregar su cargo en Cámara y Comercio que corresponde (folio 42 la demanda) se dice que el 3 de junio de junio de 2019 Andres renunció, por lo cual este extremo final se encuentra probado con este documento, por lo que no se necesitan testimonios y no fue desvirtuado como ya se ha mencionado, por tanto solicitó al Superior Jerárquico que acceda a las solicitudes teniendo como extremos julio de 2016 y finalizando el 3 de junio de 2019.".*

indefinido con la empresa FIT FOOD S.A.S., representada legamente por su gerente o quien haga sus veces, David Alejandro González Murcia y el señor Andrés Castro López en el periodo comprendido entre el 06 de julio de 2015 al 04 de abril de 2019, se declare que la empresa FIT FOOD S.A.S. y David Alejandro González Murcia son responsables del pago de todas las acreencias laborales a que haya lugar en favor del señor Andrés Castro López con ocasión de la relación laboral que existió entre ambas partes, como consecuencia de las anteriores declaraciones, se condene a los demandados al pago de cesantías, vacaciones, prima de servicios, la totalidad de los aportes que al Sistema de Seguridad Social, esto es, Salud, Pensión y ARL durante el término de la relación contractual, la indemnización de que trata el artículo 65 del Código Sustantivo de Trabajo, modificado por el artículo 29 de la Ley 789 de 2002, por el no pago de las prestaciones sociales causadas a favor de la demandante, indemnización de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 por el no pago de las cesantías, dentro del periodo comprendido desde el 09 de abril de 2018 al 23 de mayo de 2018, facultades *Ultra y Extra Petita* e indexación.

Obteniendo sentencia de primera instancia desfavorable a sus pretensiones, pues declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación y se absolvió a los demandados FIT FOOD S.A.S. y David Alejandro González Murcia de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante Andrés Felipe Castro López y condenó en costas al demandante. **Lo anterior tras considerar el a quo,** estaría probada la prestación personal de servicio en favor de la sociedad demandada y no de la persona natural, pues en el interrogatorio de parte absuelto por el representante legal de la demandada, éste refirió que no había horario y a su vez indicó que Andrés Felipe adelantaba la actividad comercial en búsqueda de los clientes y en esa medida aunado al certificado de existencia de representación legal de la demandada, encontró acreditado que el actor obró como representante legal hasta el 03 de junio de 2019 al presentar la renuncia en esta fecha, por lo que estaría acreditada la prestación del servicio solo con dicho documento. Expresó el fallador, la prestación del servicio entre el 2015 y primer semestre de 2016 se hizo como aporte a la sociedad en calidad de accionista ya que esta situación no es objeto de discusión en el hecho primero de la demanda, siendo claro que el actor manifestó que desarrollaba la labor como representante legal y en el área comercial de la empresa sin recibir una

remuneración a cambio dado que se trataba de un emprendimiento y que, adicionalmente tenía otro trabajo u otra actividad que le generaba un ingreso o sustento, siendo la intención sacar adelante la empresa para que generara utilidades. El *a quo* dejó claro, del 06 de julio de 2015 al 11 de junio de 2016 no se puede hablar de una relación laboral al no darse los elementos de la relación laboral ya que el actor se encontraba laborando y solo se desvinculó de la Escuela Fernando Sor S.A.S en el mes de junio de 2016 al cotizar sobre 11 días el ex empleador.

De igual forma, resaltó, el actor prestó los servicios a favor de la demandada FIT FOOD luego de terminar el vínculo con la ESCUELA DE MÚSICA FERNANDO SOR S.A.S. y a cambio de esos servicios se pactó un reconocimiento económico, no obstante, la demandada FIT FOOD S.A.S. no desvirtuó la presunción del art 24 del C.S.T. lo que da lugar la existencia de un vínculo laboral entre Andrés Felipe y la sociedad demandada. Apuntó, con posterioridad al 11 de junio de 2016, se podría inferir el extremo inicial de la relación laboral, no obstante, no encontró probado el extremo final, salvo, la renuncia presentada por el demandante en Cámara y Comercio, inscrita el 29 de agosto de 2019, resaltando que al actor le corresponde probar en juicio los extremos temporales en que se desarrolló la relación laboral, citando al efecto el contenido de la sentencia CSJ SL102-2020.

Amplió, en lo que respecta al demandado David Alejandro ningún elemento de juicio permite entrever que la relación laboral se ejecutará a favor de esta persona natural, sin que sea de mayor trascendencia que funja como socio de la empresa y en esa medida no puede declararse una relación laboral con dicho sujeto, advirtió, de la prueba documental no es posible colegir los extremos y sobre este aspecto, era carga de la parte demandante acreditar el extremo inicial y el extremo final de la relación laboral, no pudiendo el Juez de la República inferir o hacer suposiciones sobre tal aspecto.

En este orden de ideas, debe recordarse en los juicios del trabajo es primordial para el operador judicial establecer si existe o no contrato de trabajo, que resulta ser la fuente o causa de los derechos laborales y, acreditados los extremos temporales de la relación y el salario devengado, resultaría factible efectuar las liquidaciones a que hubiere lugar.

De conformidad con lo anterior, y atendiendo el punto del recurso de apelación interpuesto por la apoderada del demandante, la controversia que se trae a los estrados apunta a determinar si dentro de las piezas procesales se acreditan los extremos laborales en que pudo desarrollarse la relación laboral que existió entre el señor ANDRÉS FELIPE CASTRO LÓPEZ y la sociedad FIT FOOD S.A.S. Este problema jurídico se determina, por cuanto el juez de primer grado encontró probada la prestación del servicio a partir del segundo semestre de 2016, sin que hubiese podido dilucidar con claridad los extremos del contrato de trabajo.

Entonces, dicho lo anterior, debe advertir la Sala, el fallador *a quo* determinó que el señor ANDRÉS FELIPE CASTRO LÒPEZ no pudo ejecutar un contrato de trabajo a favor de la sociedad FIT FOOD S.A.S. entre el 06 de julio de 2015 al 11 de junio de 2016, conforme se solicitó en el libelo introductorio, dado que en este interregno el demandante se encontraba vinculado en la ESCUELA DE MÚSICA FERNANDO SOR S.A.S., dando cuenta de esta situación el extracto de semanas cotizadas en la AFP PROTECCIÓN S.A., donde se relacionan aportes entre los periodos 1º de enero de 2015 al 11 de junio de 2016, así como lo aceptó el actor en el interrogatorio de parte, por tanto, esta situación no está en discusión al no ser objeto de reparo en la apelación.

También conviene acotar, el juzgador estableció, el demandado como persona natural DAVID ALEJANDRO GONZÁLEZ MURCIA, no sostuvo ningún vínculo con el demandante.

Así pues, para continuar con el estudio que se propone ante esta Corporación, debe reiterarse, el Juez *a quo* encontró acreditada la prestación personal del servicio por parte del accionante como uno de los elementos esenciales de todo contrato de trabajo, circunstancia que no fue objeto de controversia por la demandada, dándose entonces por no desvirtuada la presunción prevista en el artículo 24 del C. S. T., presumiéndose la existencia de un contrato de trabajo a favor del demandante.

Así las cosas, procede la Sala con el estudio del acervo probatorio vertido autos, evidenciando, se aportaron como pruebas documentales (archivo 01, página 2 en adelante):

- Extractos del Banco Bancolombia correspondiente a la cuenta del demandante en los periodos 31 de diciembre de 2017 al 31 de marzo de 2019.

- Historia Laboral de las semanas reportadas por PROTECCIÓN S.A. al mes de junio de 2016, donde se registra como empleador a dicha data la ESCUELA DE MUSICA FERNANDO SOR S.A.S., sociedad que efectuó aportes entre el 1º de enero de 2015 al 11 de junio de 2016.

- Constancia de pago servicio ENEL CODENSA a través de la sucursal virtual empresas convenio.

- Certificado de existencia y representación legal de la sociedad FIT FOOD S.A.S. constituida el 6 de julio de 2015.

- Estatutos FIT FOOD S.A.S y constancia de matrícula ante Cámara y Comercio.

En los interrogatorios de parte recaudados, las partes expresaron:

El representante legal de la demandada[2], exclamó, éramos los socios industriales, Andrés se encargaba de la parte comercial y yo de compras e

[2]***Interrogatorio RL demandada, récord, 21:01:*** *"Nosotros éramos los socios industriales, Andrés se encargaba de la parte comercial y yo de compras e insumos, habían 3 socios capitalistas, ellos renunciaron un tiempo antes de Andrés, virtualmente él se comunicaba desde cualquier lado y hablaba con los clientes por WhatsApp, él no requería horario, el horario era cuando llegaban registros, se comunicaban con las personas, él había compras y se le pasaba el dinero, los dos teníamos trabajos aleatorios en la empresa, yo iba lo que más podía, le dedicábamos el tiempos que podíamos para esta pendiente de lo que había que pagar y que los insumos estuvieran, el tema financiero y contable era el esposo de una amiga socios, él nos asesoraba financieramente, al principio hicimos algunos reuniones cuando estábamos todos, antes que se retiraran, fueron como 2 reuniones en la casa de Andrés, fue iniciando la empresa, no sé qué tan formal fueran las reuniones pero nos reuníamos y tratábamos temas de cómo prosperar, la empresa tenía unas deudas fiscales que no podíamos solventar, las ventas no estaba dando para poder pagar, en la empresa nunca fue sostenible, no pudo pagar DIAN ni Cámara y Comercio, por eso tocó pedir préstamos de nóminas como chef y cocineras y el domiciliarios, los socios no teníamos contratos por ser socios industriales, solos sacamos adelante el emprendimiento, nos repartimos unos dineros, cuando sobraba algo, Andrés renunció a la Escuela porque dijo que quería sacar adelante el proyecto, que estaba joven y quería emprender, yo sé hasta lo que tiene que ver con Fit Food porque lo podía hacer por donde quisiera, lo podía hacer tranquilamente, los socios capitalistas no tuvieron como responder y por eso se retiraron, en si era un sueño y un proyecto, no era algo que se creó con mucha plata, tuvimos muchos despachadores, al principio lo hacía yo, luego contratamos un motorizado, luego el padrastro de Andrés llegó hacer los despachos y le pagábamos diario por las entregas que hacía y en la mañana teníamos otro domiciliario, cuando se creó el negocio nadie podía estar presente en la empresa yo hacía publicaciones en redes, compras, cuando iniciamos lo único que hicimos fue invertir 10 millones para adecuar la cocina en la casa de Andrés, luego*

insumos, habían 3 socios capitalistas, ellos renunciaron un tiempo antes de Andrés, virtualmente él se comunicaba desde cualquier lado y hablaba con los clientes por WhatsApp, él no requería horario, el horario era cuando llegaban registros, se comunicaban con las personas, él hacia lo de compras y se le pasaba el dinero, los dos teníamos trabajos aleatorios en la empresa, le dedicábamos el tiempo que podíamos para estar pendiente de lo que había que pagar y que los insumos estuvieran, el tema financiero y contable lo manejaba el esposo de una amiga socia, él nos asesoraba financieramente, al principio hicimos algunos reuniones cuando estábamos todos, antes que se retiraran los socios, fueron como 2 reuniones en la casa de Andrés, fue iniciando la empresa, no sé qué tan formal fueran las reuniones pero nos reuníamos y tratábamos temas de cómo prosperar, la empresa tenía unas deudas fiscales que no podíamos solventar, las ventas no estaba dando para poder pagar, la empresa nunca fue sostenible, no se pudo pagar DIAN ni Cámara y Comercio, por eso tocó pedir préstamos de nóminas para el Chef, cocineras y el domiciliarios, los socios no teníamos contratos por ser socios industriales, solos sacábamos adelante el emprendimiento, nos repartimos unos dineros, cuando sobraba algo, Andrés renunció a la Escuela porque dijo que quería sacar adelante el proyecto, que estaba joven y quería emprender, yo sé hasta lo que tiene que ver con Fit Food porque lo podía hacer por donde quisiera, lo podía hacer tranquilamente, los socios capitalistas no tuvieron cómo responder y por eso se retiraron, en si era un sueño y un proyecto, no era algo que se creó con mucha plata, tuvimos muchos despachadores, al principio lo hacía yo, luego contratamos un motorizado, luego el padrastro de Andrés llegó hacer los despachos y le pagábamos diario por las entregas que hacía y en la mañana teníamos otro domiciliario, cuando se creó el negocio nadie podía estar presente en la empresa, hacía publicaciones en redes, compras, cuando iniciamos lo único que hicimos fue invertir 10 millones para adecuar la cocina en la casa de Andrés, luego cada uno tuvo que estar haciendo de todo, me tocaba ir en la moto a hacer entregas, las entregas se hacían en

---

cada uno tuvo que estar haciendo de todo, me tocaba ir en la moto a hacer entregas, las entregas se hacían en diferentes horas, Andrés decidió ser el representante legal porque puso la cocina de su casa y quería que esa fuera la sede para empezar la empresa, los socios no teníamos capacidad para pagar salarios, la empresa esta endeudada, la empresa no podían cubrir los gastos, como socios industriales son aportábamos plata pero si trabajo, no exigir un salario porque la empresa no tenía para pagar, yo tenía usuario para pagar proveedores y nomina, Fit Food dejó de operar al tiempo que Andrés se fue, nunca nos dijeron que nos pagarían un salario, se habló que la empresa no podría tener utilidades en un futuro, eso se habló con Erika , Adriana y Cesar, se sacaba plata de las ventas que se realizaban sin atentar con las obligaciones, yo no le daba órdenes a Andrés Felipe, ningún socio de Fit Food se le llamó la atención más bien hablamos de qué hacíamos para las ventas, no se le hicieron llamados de atención".

diferentes horas, Andrés decidió ser el representante legal porque puso la cocina de su casa y quería que esa fuera la sede para empezar la empresa, los socios no teníamos capacidad para pagar salarios, la empresa esta endeudada, la empresa no podían cubrir los gastos, como socios industriales no aportábamos plata pero sí trabajo, no exigíamos un salario porque la empresa no tenía para pagar, yo tenía usuario para pagar proveedores y nómina, Fit Food dejó de operar al tiempo que Andrés se fue, nunca nos dijeron que nos pagarían un salario, se habló que la empresa no podría tener utilidades en un futuro, eso se habló con Erika, Adriana y César, se sacaba plata de las ventas que se realizaban sin atentar con las obligaciones, yo no le daba órdenes a Andrés Felipe, ningún socio de Fit Food se le llamó la atención más bien hablamos de qué hacíamos para las ventas, no se le hicieron nunca llamados de atención a Andrés.

El demandante declaró[3], era socio de la empresa y eso debe estar en el acta de la empresa, se hizo una Asamblea, en la Escuela me dieron un ascenso y en la Asamblea que tuvimos les dije que me iba y ya no podía estar en la sede de la empresa y los socios propusieron que me metiera con las ventas futuras para tener un sueldo fijo, que el salario se costeaba de las ventas, yo iba a las reuniones porque tenía más tiempo, la empresa se quedó quieta por varios meses, la fecha de la Asamblea fue el 11 de junio de 2016, solo fue la reunión que se

[3] ***El demandante declaró, récord 48:00****: "Yo era socio de la empresa y debe estar el acta de la empresa, se hico Asamblea en la Escuela, allá me dieron un ascenso y en la Asamblea les dije que me iba al ascenso y ya no podía estar en la sede de la empresa y los socios propusieron fue que me metiera con las ventas futuras para tener un sueldo fijo, que el salario se costeaba de las ventas, yo iba a las reuniones porque tenía más tiempo, la empresa se quedó quieta por varios meses, la fecha de la Asamblea fue en 2016 hasta el 11 de junio, solo fue la reunión que se hacía, el acta fue registrado, cuando se hacen asambleas obraba acta, antes de que fuera el contador, no recuerdo presente el acta, los socios invertimos, todos los hicimos, todos tenían responsabilidades más allá y no podían soltar los trabajos, por eso no se pudo soltar en esa medida, todos pusimos 2 millones cada uno y adecuamos la cocina para empezar por eso, luego al sociedad se trasladó a otro sitio, la empresa estuvo 28 meses en arriendo, no se pagó arriendo, David tiene razón al decir que la empresa no llegó a un punto de equilibrio sostenible, dos socios renunciaron, yo invite el nombre y todo, él está trabajando con el papá con la misma marca, David no respetó la autonomía de los socios con muy poca ética, yo ya no tomaba decisiones en lo absoluto, yo tenía como 20 años 21 años y siempre estuvo el tema de pagar prestaciones sociales, David no sabe reconocer errores, yo él decía que teníamos que crecer como empresarios pero no quiso nada, no nos entendimos, David se posesionó de todo, yo lo que hacía era ir a comprar las cosas, yo compraba y me mandaban la plata, yo tenía otro trabajo , pues para hacer el aporte trabajé un año y medio en la escuela de música, yo renuncie porque en la reunión me ofrecieron las mismas condiciones del ascenso de la otra empresa de música, pero David no fue a trabajar y por eso yo debía estar ahí pero no cumplieron las condiciones, el salario era de $1.200.000 más comisiones, yo vivía en la casa y por eso los socios me hablaron de esas condiciones, ese fue el gancho, el vínculo que iba a tener, yo no exigí el pago de las prestaciones porque yo no podía exigir cuando la empresa apenas estaba creciendo, yo como creador de la empresa y socios no era algo que pudiera prosperar y yo pensé siempre que no era viable, sin embargo hay que tener todo claro en derecho laboral".*

hacía, el acta fue registrada, cuando se hacen asambleas se aprobaba el acta, no recuerdo el acta, los socios invertimos, todos los hicimos, todos tenían responsabilidades más allá y no podían soltar los trabajos, por eso no se pudo soltar en esa medida, todos pusimos 2 millones cada uno y adecuamos la cocina para empezar, luego, la sociedad se trasladó a otro sitio, la empresa estuvo 28 meses en arriendo, no se pagó arriendo, David tiene razón al decir que la empresa no llegó a un punto de equilibrio sostenible, dos socios renunciaron, yo inventé el nombre y todo, David está trabajando con el papá con la misma marca, David no respetó la autonomía de los socios con muy poca ética, yo ya no tomaba decisiones en lo absoluto, David no sabe reconocer errores, yo le decía que teníamos que crecer como empresarios pero no quiso nada, no nos entendimos, yo debía ir a comprar las cosas, compraba y me mandaban la plata, yo tenía otro trabajo, pues para hacer el aporte trabajé un año y medio en la escuela de música, yo renuncié porque en la reunión me ofrecieron las mismas condiciones del ascenso de la otra empresa de música, pero David no fue a trabajar y por eso yo debía estar ahí pero no cumplieron las condiciones, el salario pactado era de $1.200.000 más comisiones, yo vivía en la casa y por eso los socios me hablaron de esas condiciones, ese fue el gancho, el vínculo que iba a tener, yo no exigí el pago de las prestaciones porque yo no podía exigir cuando la empresa apenas estaba creciendo, yo como creador de la empresa y socios no era algo que pudiera prosperar y yo pensé siempre que no era viable, sin embargo hay que tener todo claro en derecho laboral.

En otro giro, de la prueba testimonial se extrae la siguiente sinopsis:

La deponente **ROSARIO LÓPEZ AYALA**, quien es la mamá del demandante relató[4], haber trabajador en Fit Food, cuando la empresa empezó del 3 de abril, en

[4]***ROSARIO LÓPEZ AYALA***, *récord 01:10:00: "Soy la mamá de Andrés, yo trabajé en Fit Food, cuando la empresa empezó del 3 de abril en mayo empecé hacer entregas a clientes hasta agostos de 2017, yo vendía los planes a los clientes y como estaba en la casa yo les colaboraba en la casa porque siempre faltaba algo, Andrés contactaba a David, él caso no venía, y Andrés hacia las compras de los que faltaba y estaba pendiente en la cocina, yo oí cuando Adriana, Erika y Cesar dijo que le iban a pagar como $1.200.000 más las prestaciones y dijeron que en caso de que no alcanzara le respondían por el sueldo, él se animó y dijo que se iba a dedicar a la empresa, les estaba yendo muy bien y decidieron conseguir un sitio grande, Andrés tomó la decisión de irse porque quería crecer, gasta agosto de 2018 él se fue al otro local, yo fui allá porque cuando se quedaba sin ayudante me decían que fuera porque ya conocía, cuando se llevaron la empresa de caca ya no sabía nada más, ellos empezaban a las 6 y 30 am u 8 am, Andrés estaba pendiente de los clientes y era el vendedor, David manejaba la plata y Andrés iba a comprar siempre, David venia los primeros 3 o 2 meses, luego ya no venía, por ahí cuando había reunión de socios, David pagaba pero consignaba, él nunca se metió a la cocina, él empezó a tener problemas con David, cuando estaba acá David podía entrar pero cuando puso la plata y el papá puso la plata hicieron a un lado a Andrés, no había un horario establecido,*

mayo comencé a trabajar allá, puntualmente expuso, Andrés contactaba a David, y Andrés hacia las compras de lo que faltaba y estaba pendiente en la cocina, yo oí cuando Adriana, Erika y César dijo que le iban a pagar la suma de $1.200.000 más las prestaciones y dijeron que en caso de que no alcanzara le respondían por el sueldo, él se animó y dijo que se iba a dedicar a la empresa, les estaba yendo muy bien y decidieron conseguir un sitio grande, Andrés tomó la decisión de irse porque quería crecer, hasta agosto de 2018 él se fue a otro local, yo fui allá porque cuando se quedaba sin ayudante me decían que fuera porque ya conocía, cuando se llevaron la empresa de acá no supe nada más, ellos empezaban a las 6 y 30 am u 8 am, Andrés estaba pendiente de los clientes y era el vendedor, David manejaba la plata y Andrés iba a comprar siempre, David venia los primeros 3 o 2 meses, luego, ya no iba a la casa, por ahí cuando había reunión de socios, David pagaba y consignaba, él nunca se metió a la cocina, Andrés empezó a tener problemas con David, cuando estaba acá David podía entrar pero cuando puso la plata y el papá hicieron a un lado a Andrés, no había un horario establecido, dependía del cliente, con esos clientes no hay horarios, en la Asamblea que fue en la casa dijeron que le darían a Andrés un sueldo, supongo que con prestaciones, supongo que sí, la Asamblea fue cuando Andrés dijo que se retiraría, fue como en septiembre de 2016.

Por su parte, el declarante **ALEX ALBERTO TAYLOR FIGUEROA**[5], informó, trabajó en Fit Food como chef en el 2017 como unos 7 u 8 meses a principios de octubre, Andrés era socio, fue el creador de la sociedad, se encargaba de los clientes o algo así, él le comentó algo que estaba en otra empresa de música y que se retiró, pero no sabe al respecto qué pasó, se retiró de la empresa, no supo cuánto le pagaban, dijo, ser como $1.200.000 por que el actor le contó sobre la sociedad que tenían, ellos charlaban y se reunían siempre los socios David, Andrés y otro, Andrés tenía que conseguir los clientes y de vez en cuando debía

---

dependía del cliente, con esos clientes no hay horarios, en la Asamblea que fue en la casa dijeron que le darían a David un sueldo, supongo que con prestaciones, supongo que sí, la Asamblea fue cuando Andrés dijo que se retiraría, fue como en septiembre de 2016".

[5] ***ALEX ALBERTO TAYLOR FIGUEROA**[5]*, *récord 02:02:00: "Trabaje en Fit Food como chef en el 2017 como unos 7 u 8 meses a principios de octubre, Andrés era socio, fue el creador de la sociedad, se encargaba de los clientes o algo así, él me comentó algo que estaba en otra empresa de música y que se retiró, pero no sé, yo me retiré y él continuó, no sé cuánto le pagaban, era como $1.200.000 y él me dijo que era esa suma, me contó sobre la sociedad que tenían, nosotros charlábamos y se reunían los socios David, Andrés y otro, Andrés tenía que conseguir los clientes y de vez en cuando debía distribuir los productos, yo era el de producción, los socios hablábamos sobre cómo disminuir costos y aumentar utilidad, yo les ayudé con eso".*

distribuir los productos, los socios hablaban sobre cómo disminuir costos y aumentar utilidad, lo sabe porque ayudó con eso.

El señor **MANUEL TIBERIO PAVA SÁNCHEZ**, atestiguó, ellos formaron una empresa donde Andrés era socio, él laboraba en la parte comercial, lo que sucedió es que comienzan con 4 o 5 clientes y terminan con 28 clientes cuando Andrés se fue, en el 2016 yo laboraba en la Escuela y a él le ofrecieron cambiarlo y tenía un horario de 10 a 12 pm, él habla con los socios y ellos le dicen que no aceptara que le pagarían todo, él renunció y se metió de lleno en la empresa, antes de renunciar Andrés se reunió con ellos, yo escuché porque fue en la casa, ellos dijeron que no tomara eso que le ofrecían lo de ley, Andrés era el que estaba ahí, las funciones de él era vender los planes y estar pendiente de la producción y salían todos los pedidos, David era muy poco lo que iba a la empresa, David estaba disponible las 24 horas porque si tenían problemas con los clientes lo llamaban, Andrés debía conseguir clientes, desde que empezó la empresa estaba Andrés ahí. y estaba disponible, él estaba en la escuela de música y luego comenzó tiempo completo a partir del 2016, trabajó del 2018 o 2019, no recordó la fecha, las órdenes las daba Andrés eran 5 socios, David, Adriana Erika, César y Andrés, esa iniciativa fue de César y estuvo de acuerdo David en se momento, los socios aceptaron para seguir con la labor, la fecha fue como a mediados de 2016.

JULIÁN ANDRES NIETO CASTAÑO[6], comunicó, Fit Food era un emprendimiento, ellos montaron una sociedad, trabajaban juntos, pero no sé si Andrés trabajaba para ellos, en la casa donde funcionaba Fit trabajaba la mamá de Andrés, no conocí el tipo de relación, yo soy del barrio.

Finalmente, el señor **JOSÉ AFRANIO GONZÁLEZ CABALLERO,** exteriorizó[7]**,** es el padre de David Alejandro Murcia y de César, ellos tenían un emprendimiento,

---

[6] ***JULIÁN ANDRES NIETO CASTAÑO,*** *récord 02:40: "creo que Fit Food era un emprendimiento, ellos montaron una sociedad, creo que trabajaban juntos peor no sé si Andrés trabajaba para ellos, en la casa donde funcionaba Fit trabajaba la mamá, no conocí el tipo de relación, yo soy del barrio".*

[7] ***JOSÉ AFRANIO GONZÁLEZ CABALLERO,*** *récord 02:51: "Soy el padre de David Alejandro Murcia, ellos tenían un emprendimiento y de Cesar, yo no tengo relación con la empresa yo los ayudaba mucho y lo hemos ayudado en las necesidades que han tenido, de cualquier manera, hemos participado para que la empresa no fracase, de esa empres ano he sido socio, ayudo para que la empresa no fracase pero no he sido accionista, hasta donde sé, Andrés era otro socio, él no tenía vínculo laboral, era un socio junto con mis hijos, realmente no había vínculo, siendo preciso yo no hice préstamos a Fit Food, mi esposa y yo le prestábamos plata a David por estar en contacto con el manejo del emprendimiento, no conozco la casa de Fit Food, nunca fui, entre el 2016 a 2019 no tuve vínculo alguno, loque hacia era para ayudar a los hijos, no*

no tiene relación con la empresa, los ayudaba mucho en las necesidades que tenían, de cualquier manera, participaban para que la empresa no fracase, de esa empresa nunca fue socio, ayudó para que la empresa no fracase pero no ha sido accionista, Andrés era otro socio, él no tenía vínculo laboral, era un socio junto con mis hijos, realmente no había vínculo, siendo preciso yo no hice préstamos a Fit Food, mi esposa y yo le prestábamos plata a "David" por estar en contacto con el manejo del emprendimiento, no conozco la casa de Fit Food, nunca fui, entre el 2016 a 2019 no tuve vínculo alguno, lo que hacía era ayudar a los hijos, no conozco documentos ni nada, la única relación es el conocimiento con mis hijos, hace unos años mi hijo nos contó que Andrés se había retirado.

Pues bien, es menester precisar respecto de los medios probatorios recaudados, que serán valorados bajo las reglas de la sana crítica, pues recuérdese que la decisión se funda en la libre formación del convencimiento del fallador (artículo 61 del C.P.L.) sin que existan tarifas probatorias o pruebas irrefutables.

En ese orden, se tiene, tal como lo infirió el juzgador de primer grado, efectivamente el demandante prestó sus servicios para la demandada FIT FOOD S.A.S., pudiéndose establecer como extremo inicial el **12 de junio de 2016** sin hacer mayor suposición o inferencias, pues reviste claridad que el señor Andrés Felipe renunció a la Escuela de Música Fernando SOR S.A.S., por lo que la ex empleadora procedió a realizar los correspondientes aportes pensionales hasta el día 11 de junio de 2016, extrayendo esta situación del reporte de semanas de PROTECCIÓN S.A.

Además, sobre esta situación, los declarantes **ROSARIO LÓPEZ AYALA** y **MANUEL TIBERIO PAVA SÁNCHEZ**, quienes conocieron los hechos al vivir en la casa donde funcionaba la sociedad FIT FOOD S.A.S., adicional al vínculo de familiaridad sostenido con el demandante, corroboraron que el demandante dejó de prestar los servicios en la Escuela FERNANDO SOR S.A.S. debido a la reunión sostenida por parte de los socios donde le ofrecieron un contrato de trabajo junto con el pago de todas las prestaciones y un salario de $1.200.000. Puntualmente, el señor Pava Sánchez, al prestar los servicios entre el 2018 al 2019 en la

---

conozco documentos ni nada, la única relación es el conocimiento con mis hijos, hace unos años mi hijo nos contó que Andrés se había retirado".

demandada, según su dicho, afirmó tener conocimiento de la oferta que le hicieron los socios al actor ya que se encontraba en la casa dicho día, igual suerte corrió la mamá del actor al estar presente el día del ofrecimiento, valga señalar, los deponentes conocieron al demandante en la ejecución de sus labores, en tanto, sus declaraciones fueron, fluidas, espontaneas y coincidentes entre sí, dando cada testigo la razón de su dicho, precisando aspectos de modo, tiempo y lugar, de las circunstancias narradas por cada uno, por lo que se evidencia que les consta de manera directa las situaciones narradas respectivamente y sin ánimo de favorecer al actor y por ende esta Sala de decisión les da credibilidad y pleno valor probatorio.

Se esclarece, si bien estos deponentes no relacionaron en las declaraciones la fecha de la reunión de los socios donde le ofrecieron un contrato de trabajo al actor, lo cierto es que, este hecho originó la renuncia del actor en la Escuela FERNANDO SOR S.A.S., y esta data se puede tomar con la última cotización efectuada por la escuela mencionada y registrada por la AFP PROTECCIÓN, como se advirtió en precedencia, agregándose en todo caso, así lo dispuso el fallador de primera instancia sin que ese extremo fuera ahora objeto de reparo.

Si bien, como lo advirtió el *a quo,* el operador judicial no está facultado para hacer suposiciones sobre los extremos laborales, la alta corporación en justicia ordinaria ha dispuesto que se puede determinar los extremos analizando todos los medios probatorios en conjunto y aplicando las reglas de la experiencia que le asiste al juzgador.

Siguiendo el anterior derrotero, en cuanto al extremo final debe decirse, el actor presentó renuncia en calidad de representante legal el día **03 de junio de 2019**, según se constata en la anotación del Certificado de Cámara y Comercio, página 42, archivo 01, que textualmente narra:

> Que por Documento Privado No. Sin núm. del 03 de junio de 2019, inscrito el 20 de Agosto de 2019 , bajo el No. 02497866 del libro IX, Castro López Andrés Felipe renunció al cargo de Representante Legal de la sociedad de la referencia, con los efectos señalados en la sentencia C-621/03 de la Corte Constitucional.

Entonces, se puede concluir que la voluntad del actor de renunciar como representante legal de la demandada lo fue en junio de 2019, registrada el 20 de agosto de 2019 bajo el No. 02497866, pudiéndose entonces establecer esta fecha como extremo final, pese a lo discurrido por el juez de primer grado.

Razón por la cual conforme a las pruebas recaudadas en juicio, resultan como extremos de tal relación laboral vivida entre las partes del **12 de junio de 2016 al 03 de junio de 2019,** conclusión, arribada en virtud de la postura de la Honorable Corte Suprema de Justicia, la cual se evidencia entre otras en sentencia del 6 de marzo de 2012 radicado 42167 y la SL 905 de 2013 radicado 37865, en las que se ratifica la postura sentada desde el 22 de marzo de 2006 bajo el radicado 2558, consistente en que la falta de certeza en los extremos temporales del contrato no puede conllevar a la improcedencia de las pretensiones, pues debe tenerse como extremos los que se logren acreditar dentro del proceso.

Dilucidado lo anterior, en lo que respecta al salario, observa la Sala que el actor persigue la suma de $1.200.000, no obstante, debe decirse, ninguna prueba se allegó al respecto, pues si bien, los declarantes **ROSARIO LÓPEZ AYALA** y **MANUEL TIBERIO PAVA SÁNCHEZ**, informaron que este monto fue el que le ofrecieron al actor, lo cierto es que no pudieron ser testigos presenciales de los términos finales pactados en la relación laboral, no pudiéndose entonces tener esta suma como retribución de los servicios prestados por el señor ANDRÉS FELIPE CASTRO LÓPEZ. Al respecto, basta con recordar que tal como ha enseñado la Jurisprudencia Laboral, en los asuntos donde se discute la existencia de un contrato de trabajo en el que no hay certeza de lo devengado por el trabajador, el juez debe adoptar el SMLMV para imponer las respectivas condenas, sin reparar si el trabajador ejecutó o no la jornada laboral completa pues así lo establece la ley, tal como se puede ver en la sentencia de la Sala de Casación Laboral CSJ SL4192-2019[8], reiterada en la CSJ SL2240-2022[9], situación aplicable en este asunto.

---

[8] *« A partir de la certeza de existencia del contrato […] y sus extremos temporales, el Tribunal no podía abstenerse de declararlo y resolver las pretensiones de la demanda, bajo el pretexto de una deficiencia probatoria, que no debió invocar, pues contaba con herramientas jurídicas que le permitían despejar la supuesta oscuridad, en procura de efectivizar los derechos de la familia del trabajador fallecido,* ***como era adoptar el salario mínimo legal vigente, que es el garantizado por el legislador, proceder que en sentir de la Sala de Casación Laboral es el que corresponde para evitar una sentencia absolutoria. Así lo asentó esta Corte en la providencia CSJ SL, 7 jul. 2009, rad. 34572, en la que expuso:***

En lo que respecta a la excepción de prescripción, por regla general el término prescriptivo, a la luz del artículo 151 del CPT y de la SS, es de tres (3) años contados a partir de la fecha en que los derechos se han hecho exigibles; a su vez, el artículo 488 del C.S.T. consagra que: ***"****las acciones correspondientes a los derechos regulados en dicho Código prescriben en tres (3) años, que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, salvo en los casos de prescripciones especiales establecidas en el Código Procesal del Trabajo o en el citado Código.*

Adicionalmente el artículo 489 establece que el simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el empleador, acerca de un derecho debidamente determinado, interrumpe la prescripción por una sola vez, la cual principia a contarse de nuevo a partir del reclamo y por un lapso igual al señalado para la prescripción correspondiente.

En tal medida, ha de tenerse en cuenta que la relación laboral que ligó a las partes finiquitó el **03 de junio de 2019** y la demanda fue presentada el **16 de abril del 2021** (página 47, archivo 01), esto es, dentro del término trienal. Igualmente, esta Sala se remite a lo dispuesto en el artículo 94 del CGP, aplicable a esta jurisdicción por remisión del artículo 145 del CPT y de la SS, que dispone como regla general que, el término de prescripción se interrumpe con la presentación de la demanda, siempre y cuando el auto admisorio se notifique al demandado dentro del año siguiente a la notificación de dicha providencia al demandante. Pasado ese lapso, los efectos sólo se producirán con la data de notificación al accionado.

Con todo, la decisión del Tribunal de imponer las condenas con base en el salario mínimo, en modo alguno puede entenderse constitutiva de un quebranto del artículo 53 de la Carta Política, ni de una desnaturalización del principio de la primacía de la realidad allí contenido, pues, por el contrario, ante la grave deficiencia probatoria atribuible a la parte demandante, resulta sensato que, en lugar de absolver a la demandada, optara por entender que, por lo menos, el actor devengó el salario mínimo.

El anterior criterio jurisprudencial permanece vigente, y a este ha debido acudir el sentenciador de la alzada, sin reparar si el trabajador ejecutó la jornada laboral completa*, a pesar que las enjuiciadas no alegaron la existencia de una de menor intensidad».*

[9] *En todo caso, recuérdese que cuando existe certeza sobre la prestación de un servicio en un determinado período, los jueces tienen la obligación de procurar desentrañar de los elementos de persuasión los extremos temporales de la relación laboral (CSJ SL, 22 mar. 2006, rad. 25580, reiterada en CSJ SL1181-2018),* ***y para los casos en que no hay seguridad sobre el salario devengado, se debe adoptar el salario mínimo legal mensual vigente para imponer las respectivas condenas*** *(CSJ SL4192-2019),* ***de modo que la falta de prueba específica de tales hechos tampoco conduce fatalmente a la negación de las pretensiones en todos los casos****.*

Entonces acorde a lo dicho en el caso en estudio se tiene que la demanda fue admitida el 07 de diciembre de 2021, auto que fue notificado al demandante por el Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. al día hábil siguiente, donde además se ordenó notificar a los demandados (persona natural y jurídica), trámite que fue realizado en debida forma por el extremo activo como consta en el archivo 06 del expediente digital el día 31 de enero de 2022.

Por lo motivado válido es concluir que no sería procedente que el demandante se viera afectado por el fenómeno prescriptivo cuando asumió las cargas procesales de forma oportuna y con diligencia, debiéndose declarar probada la excepción de prescripción respecto de los derechos causados con anterioridad al **16 de abril de 2018,** advirtiendo debe excluirse de tal fenómeno a las cesantías y la compensación de vacaciones, por cuanto éstas se hacen exigibles a la terminación del contrato.

Respecto a las cesantías, sabido es, que son exigibles por parte del trabajador a la terminación del contrato, que en este caso se estableció el **03 de junio de 2019**, en ese orden, efectuadas las operaciones correspondientes, se tiene que, por este concepto, la demandada le adeuda al convocante, la suma de **$2.507.564,14.**

AÑO	DESDE	HASTA	DIAS	SALARIO MENSUAL	AUXILIO DE TRANSPORTE	CESANTIAS
2016	12/06/2016	30/12/2016	199	$ 689.455,00	$ 77.700,00	$ 424.066,24
2017	1/01/2017	30/12/2017	360	$ 737.717,00	$ 83.140,00	$ 820.857,00
2018	1/01/2018	30/12/2018	360	$ 781.242,00	$ 88.211,00	$ 869.453,00
2019	1/01/2019	3/06/2019	153	$ 828.116,00	$ 97.032,00	$ 393.187,90
					TOTAL	**$ 2.507.564,14**

En tratándose de los intereses a las cesantías, se aclara, estos no serán liquidados toda vez que no fueron solicitados en el libelo, no pudiéndose entonces impartir condena por tal concepto.

Respecto a las primas de servicios, estas se hacen exigibles al 01 de julio y 21 de diciembre de cada anualidad, de modo que prescribieron aquellas causadas en el año 2016, 2017 y 1º de enero al 16 de abril de 2018. De este modo, efectuadas

las operaciones correspondientes se tiene que por este concepto se le adeuda a la demandante la suma de **$1.174.429,90.**

AÑO	DESDE	HASTA	DIAS	SALARIO MENSUAL	AUXILIO DE TRANSPORTE	PRIMA 1ER SEMESTRE	PRIMA 2DO SEMESTRE
2016	12/06/2016	30/12/2016	0	$ 689.455,00	$ 77.700,00	PRESCRITO	PRESCRITO
2017	1/01/2017	30/12/2017	0	$ 737.717,00	$ 83.140,00	PRESCRITO	PRESCRITO
2018	1/01/2018	30/12/2018	360	$ 781.242,00	$ 88.211,00	$ 390.621,00	$ 390.621,00
2019	1/01/2019	3/06/2019	153	$ 828.116,00	$ 97.032,00	$ 393.187,90	N/A
					TOTAL	**$ 1.174.429,90**	

Frente a la compensación de vacaciones en dinero, precisa la Sala, son exigibles un año después de que se causen, ya que el empleador tiene un año para concederlas, entonces es a partir de esa fecha en la que se corre el tiempo de la prescripción. Así lo ha definido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia CSJ SL467-2019[10]. Por tal motivo, en el

---

[10] ***« 1. La prescripción de las vacaciones compensadas***

Hay que tener de presente que por regla general el término de prescripción de los derechos laborales es de tres años contados desde su exigibilidad, a menos que existan normas especiales que establezcan un lapso prescriptivo distinto. Al respecto, el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo señala:

ARTICULO 488. REGLA GENERAL. Las acciones correspondientes a los derechos regulados en este código prescriben en tres (3) años, que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, salvo en los casos de prescripciones especiales establecidas en el Código Procesal del Trabajo o en el presente estatuto.

En materia de vacaciones, al no existir regla especial, la prescripción se rige por la regla general de 3 años, contados a partir de la exigibilidad de este derecho.

Ahora bien, de acuerdo con el artículo 187 del Código Sustantivo del Trabajo, una vez causadas las vacaciones, corre un periodo de gracia de un año durante el cual el empleador debe señalar su época de disfrute «de oficio o a petición del trabajador»; lo que significa que al finalizar dicho lapso el derecho es exigible. Por ejemplo, frente a un trabajador que ingresa a laborar el 2 de mayo de 2019 y cumple el año de servicios el 1.° de mayo de 2020, el empleador tiene desde el 2 de mayo de 2020 hasta el 1.° de mayo de 2021 para programar la fecha del descanso, si no lo hace, el trabajador puede exigirlas desde el 2 de mayo de 2021 hasta el 1.° de mayo de 2024.

Paralelamente, ha de enseñar la Sala que la compensación judicial en dinero de las vacaciones no revive periodos vacacionales prescritos, como lo entendió el Tribunal, al ordenar la compensación de todas las vacaciones exigibles en vigencia del contrato de trabajo, sin tener en cuenta el fenómeno extintivo de las obligaciones. En rigor, las únicas exigibles a la terminación del contrato de trabajo son las vacaciones proporcionales (art. 1.° L. 995/2005), pues las causadas y exigibles durante su vigencia prescriben paulatinamente conforme a lo explicado en el párrafo anterior.

De acuerdo con lo expuesto, precisa la Corte que la compensación en dinero de las vacaciones no impide aplicar el fenómeno de la prescripción frente a las vacaciones exigibles en desarrollo del contrato de trabajo, pues según las reglas generales de los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, los derechos laborales «prescriben en tres (3) años, que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible».

Desde este ángulo, el ataque a la sentencia es acertado, como quiera que el Tribunal al entender que las vacaciones compensadas son exigibles a la terminación del contrato y, por tanto, susceptibles de ser reclamadas dentro de los tres años siguientes, se abstuvo de aplicar la prescripción de las vacaciones exigibles en desarrollo del nexo laboral.».

caso de marras existen periodos afectados por este fenómeno extintivo con anterioridad al **16 de abril de 2017**, por lo que, efectuadas las correspondientes operaciones matemáticas, tomando en cuenta el último salario mínimo mensual legal vigente para el año 2019, conforme dispone el artículo 189 C.S.T., se tiene que por este concepto se le adeuda a la demandante la suma de $883.323,73.

AÑO	DESDE	HASTA	DIAS LABORADOS	SALARIO	COMPENSACIÓN EN DINERO
2016	12/06/2016	15/04/2017	0	$ 828.116,00	PRESCRITO
2017	**16/04/2017**	11/06/2017	56	$ 828.116,00	$ 64.409,02
	12/06/2017	11/06/2018	360		$ 414.058,00
2018	12/06/2018	3/06/2019	352	$ 828.116,00	$ 404.856,71
				TOTAL	**$ 883.323,73**

En cuanto a la **Indemnización del artículo 65 del C.S.T**. y la **indemnización por no consignación de cesantías**, ha de recordarse le corresponde al Juzgador analizar el material probatorio obrante en el proceso, para así determinar si existen razones atendibles frente a los motivos que tuvo el empleador para no pagar salarios y prestaciones o hacerlo de manera extemporánea y para no consignar el valor de la cesantía correspondiente para cada año antes del 15 de febrero del año siguiente, que revelen buena fe en su comportamiento, precisándose ésta no procede de manera automática, pues como ya se mencionó que ha de analizarse el elemento buena o mala fe[11]. En dichos términos se ha pronunciado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia[12].

De esta manera, ha de advertirse la primera de las sanciones procede cuando el empleador no satisface en oportunidad los salarios y prestaciones sociales

[11] Al respecto ver SL 309 del 5 de febrero del 2020 y SL 11436 del 29 de junio de 2016.

[12] *"...Esta Sala de la Corte, desentrañando el sentido de la norma transcrita y buscando evitar injusticias en su aplicación automática, ha dicho en multitud de ocasiones: "El entendimiento del artículo 65 del C. S. del T. conlleva a la luz de la jurisprudencia, la apreciación de los elementos subjetivos de mala fe o buena fe para la aplicación de la norma. La sanción por ella consagrada no opera de plano sobre los casos de supuestas prestaciones sociales no satisfechas por el patrono, ya que tal indiscriminada imposición de la pena pecuniaria es una aberración; contraría las normas del derecho que proponen el castigo como correctivo de la temeridad, como recíproco del ánimo doloso" (Sent. del 9 de abril de l.959, G. J. T. XC, p. 423, reproducida, entre muchas otras, en las del 20 de mayo de l.963 y el 20 de julio de 1.968).*

Con respecto a la prueba de los elementos subjetivos aludidos, también como desarrollo jurisprudencial de esta Corporación, se ha dicho que el empleador sólo se libera de la indemnización a que alude la disposición en cita, demostrando que su actitud reticente obedeció a motivos valederos que evidencian sin lugar a dudas su buena fe." (Sentencia de junio 13/91 Extractos de Jurisprudencia Tomo 6, 2o. trimestre 1.991).”

derivadas del contrato de trabajo y la segunda tiene lugar cuando antes del 15 de febrero de la siguiente anualidad el empleador no consigna las cesantías en el respectivo fondo donde se encuentre afiliado el trabajador.

En el presente asunto, advierte la Sala, la demandada FIT FOOD S.A.S. durante la vigencia del vínculo actuó bajo el pleno convencimiento de encontrarse en el desarrollo de un contrato comercial societario y no de uno laboral, pues durante dicho interregno nunca hubo reparos por parte del demandante, quién además era socio fundador sobre el tipo de contratación o el pago de prestaciones sociales, siendo siempre partidario de que lo devengado por el actor no correspondía estrictamente al concepto de salario, situación que, en su momento consideró, la exoneraba del pago de prestaciones sociales derivadas de un contrato de trabajo y la consecuente consignación de las cesantías en un fondo.

Al respecto estima la Sala, no es desdeñable la posición de la llamada a juicio al resistirse a pagar prestaciones sociales, pues como se dejó evidenciado, tenía en su haber argumentos de orden fáctico y jurídico respetables, de cierta probidad, no compartidos por esta Corporación a la luz de las leyes del trabajo, aspecto que apenas se vino a dilucidar a través del presente litigio, pero atendibles por cuanto ubican a la encartada en el terreno de la buena fe y que por ende, justifican la omisión del pago de prestaciones sociales al señor ANDRÉS FELIPE CASTRO LÒPEZ. Nótese, en este litigio, incluso se tuvo por prestado el servicio solo a partir del **12 de junio de 2016** y no desde el 06 de julio de 2015 como lo pretendía el actor en su demanda, ya que en el primer interregno ostentó la calidad de socio fundador, lo que originó el debate que desata esta Corporación. Por lo anterior, se absolverá a la demandada de la sanción e indemnización moratoria.

En otro giro, teniendo en cuenta la depreciación de la moneda se hace necesario que las sumas adeudadas sean indexadas (*pretensión 8, página 34, archivo 01*) a la fecha de su pago efectivo, con base en la siguiente fórmula: VP= vh x Ind.f/Ind.i, recordando 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.

Ahora y teniendo en cuenta que se pide en la demanda el pago de **aportes a seguridad social en pensiones**, los cuales por su naturaleza no están cobijados por el fenómeno extintivo, conforme a lo dicho por la Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral en sentencia 35083, del 6 de mayo de 2010, baste con señalar como quiera que se encontró acreditada la existencia de la relación laboral en los extremos señalados (12 de junio de 2016 al 03 de junio de 2019) conforme lo ha dispuesto la Ley 100 de 1993, en su artículo 22, el empleador debe ser el responsable del pago de su aporte y de los trabajadores a su servicio. Para tal efecto, descontará del salario de cada afiliado, al momento de su pago, el monto de las cotizaciones obligatorias y el de las voluntarias que expresamente haya autorizado por escrito el afiliado y trasladará estas sumas a la entidad elegida por el trabajador, junto con las correspondientes a su aporte, dentro de los plazos que para el efecto determine el Gobierno.

También, conforme el contenido del artículo 9° literal d) y parágrafo de la Ley 797 de 2003 y del artículo 17 del Decreto 3798 de 2003 y lo reiterado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en sentencias con radicaciones 32096 del 2 de septiembre de 2008[13] y 32179 del 27 de enero de 2009[14], es

[13] *"De acuerdo con lo anterior, la forma para poder contabilizar el tiempo laborado por la actora y en el que no estuvo afiliada al Instituto de Seguros Sociales, a fin de ser tenido en cuenta en el cómputo de semanas cotizadas, es mediante el traslado de la suma de dinero dejada de cotizar y obtenida a través de un cálculo actuarial, con lo cual no se vería afectada la trabajadora por esa omisión en que incurrió su empleador, acorde con el contenido de las normas señaladas".*

[14] *En el sub judice, cuando la demandante ingresó al servicio de la Corporación demandada, ya existía la obligación legal de afiliación de los trabajadores al régimen de seguridad social en pensiones, que para ese entonces era administrada por el Instituto de Seguros Sociales. No obstante existir dicho imperativo, en el caso analizado, el empleador dejó desprotegida a la actora por espacio de casi 18 años (16 de mayo de 1978 al 11 de marzo de 1996), porque durante los 25 años y 1 mes que estuvo prestando servicios, sólo fue afiliada*

evidente que el tiempo dejado de cotizar durante la vinculación laboral tiene la virtud de perjudicar la eventual expectativa pensional de la demandante, razón por la cual y si bien la parte actora en la pretensión de condena "cuarta" (solicita "*el pago de aportes a seguridad social en pensión",* debe advertir esta Corporación tal petición no puede ser enmendada simplemente con el pago de los aportes en tiempo posterior por cuanto, la forma legal para imputar válidamente los pagos de los aportes a pensión cuando existe **omisión en la afiliación** por parte del empleador -que es lo que en el presente asunto ocurrió para la relación laboral aquí acreditada-, es a través del pago del cálculo actuarial respectivo.

Sobre este punto, recuérdese que los **periodos en que no hubo afiliación NO** pueden ser asimilados a aquellos en que, si hay afiliación, pero existe mora o pago tardío de los aportes, pues se tratan de situaciones jurídicas diferentes, que por ello conllevan también consecuencias diferentes para el empleador y para la entidad de pensiones.

En los que se presenta mora patronal, los periodos pueden ser incluidos en la historia laboral del trabajador efectuando el pago de la cotización con los respectivos intereses moratorios, pero, **cuando no hay afiliación,** caso que se presenta en autos, **el empleador se ve compelido a trasladar el valor del cálculo actuarial a entera satisfacción de la entidad pensional** (literal d, parágrafo 1º, artículo 33 de la Ley 100 de 1993). Al tema, puede consultarse la Sala de Casación Laboral de la CSJ, en sentencia SL 14388 del 20 de octubre de 2015, Rad. 43182[15].

---

a pensiones los últimos 7 años, bajo el régimen de ahorro individual administrado por la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

El inciso 6º del artículo 17 del Decreto 3798 de 2003, que modificó el artículo 57 del Decreto 1748 de 1995, prevé la solución frente a la eventualidad referida, al establecer que " … En el caso en que, por omisión, el empleador no hubiera afiliado a sus trabajadores a partir de la fecha de entrada en vigencia del sistema general de pensiones, o con anterioridad a dicha fecha no hubiere cumplido con la obligación de afiliarlos o de cotizar estando obligado a hacerlo, el cómputo para pensión del tiempo transcurrido entre la fecha de entrada en vigencia del sistema general de pensiones y la fecha de afiliación tardía, sólo será procedente una vez se entregue la reserva actuarial o el título pensional correspondiente, calculado conforme a lo que señala el Decreto 1887 de 1994".(El subrayado es de la Sala).

[15] ***2. Diferencias entre «mora» en el pago de los aportes y «falta de afiliación» al sistema de pensiones. Consecuencias jurídicas de la omisión en la afiliación.***

Es cierto que esta Corporación se ha preocupado por diferenciar los efectos de una «mora» en el pago de los aportes, de los de una «falta de afiliación» al sistema de pensiones, por tener dichos

Por lo anterior se condenará a la demandada a cancelar el valor del cálculo actuarial por el tiempo en que el demandante no estuvo afiliado al sistema general de pensiones por su cuenta, esto es, del **12 de junio de 2016** al **03 de junio de 2019,** de conformidad con la liquidación que al efecto realice la administradora del fondo pensiones a la cual se encuentre afiliado el demandante, con observancia de lo dispuesto en el Decreto 1887 de 1994.

Sobre este punto ya tuvo la oportunidad de pronunciarse la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en sentencia SL5041-2021 Radicación No. 82738 del 18 de agosto del 2021, al considerar:

> *"Al respecto, el hecho de que la cuenta del actor en el RAIS esté actualmente cancelada y sin saldos, como lo indicó la AFP Porvenir S.A. en la contestación de la demanda, no es motivo suficiente para que no puedan tenerse en cuenta las cotizaciones y tiempos laborados por el trabajador entre los años 1973 y 1984, en la medida que* ***estos aportes representados en un cálculo actuarial están relacionados con su trabajo y si bien no fueron reconocidas al momento de efectuar la devolución de saldos en el año 2016, estas deberán ingresar a la cuenta de ahorro individual del afiliado y tenerse como parte del capital acumulado para los fines a que haya lugar***. (Negrillas y subrayas fuera de texto)
>
> *Precisamente, esta Sala aceptó la inclusión de los bonos pensionales para efectos de devolución de saldos en el marco del RAIS y explicó que el afiliado no puede perder el capital acumulado en su cuenta individual, dado que, se reitera, estos dineros son resultado de su trabajo y esfuerzos (CSJ SL 451-2013, CSJ SL17421-2017, CSJ SL 5470-2018 y CSJ SL1142-2021). En la primera providencia referida la Corporación expuso:*
>
> > *[…] En torno a la primera cuestión planteada, el artículo 66 de la Ley 100 de 1993 establece claramente que "(…) quienes a las edades previstas en el artículo anterior no hayan cotizado el número mínimo de semanas exigidas, y no hayan acumulado el capital necesario para financiar una pensión por lo menos igual al salario mínimo, tendrán derecho a la devolución del capital acumulado en su cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos financieros* ***y el valor del bono pensional, si a éste hubiere lugar****, o a continuar cotizando hasta alcanzar el derecho." (Negrillas del texto original).*

---

fenómenos causas y consecuencias jurídicas diferentes, como lo dedujo el Tribunal y lo resaltan los opositores.

Frente a la primera situación, de «mora» en el pago de aportes, esta Sala de la Corte ha expresado en su jurisprudencia que la validez de las semanas cotizadas, por la mora del empleador en el pago del aporte, no puede ser cuestionada o desconocida por la respectiva entidad de seguridad social, si antes no acredita el adelantamiento de las acciones tendientes a gestionar su cobro. (…)

Dicho ello, la Sala reitera que, ante hipótesis de omisión en la afiliación del trabajador al sistema de pensiones, es deber de las entidades de seguridad social tener en cuenta el tiempo servido, como tiempo efectivamente cotizado, y obligación del empleador pagar un cálculo actuarial, por los tiempos omitidos, a satisfacción de la respectiva entidad de seguridad social." (Subrayas fuera de texto)

> *Por su parte, los artículos 113, 118 119 y 121 de la Ley 100 de 1993 regulan la naturaleza, clases y formas de emisión de los bonos pensionales. Así también lo hace el artículo 1 del Decreto 1299 de 1994, norma que en el artículo 11 prevé que "(...) el bono pensional se redimirá cuando ocurra alguna de las siguientes circunstancias: 1.- Cuando el afiliado cumpla la edad que se tomó como base para el cálculo del respectivo bono pensional. 2.- Cuando se cause la pensión de invalidez de sobrevivencia.* ***3.- cuando haya lugar a la devolución de saldos de conformidad con la Ley 100 de 1993.****" (Negrillas del texto original).*
>
> *De acuerdo con las disposiciones trascritas, el raciocinio del censor es abiertamente infundado, puesto que los bonos pensionales deben ser incluidos dentro del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual que se reintegra al afiliado, a través de la devolución de saldos que regula el artículo 66 de la Ley 100 de 1993. Por lo mismo, las dos erogaciones - bono pensional y devolución de saldos - no son excluyentes, ni el bono pensional está contemplado únicamente para financiar una pensión de vejez, como equivocadamente se denuncia en el cargo.*
>
> *Ahora bien, aunque la meta ideal del Sistema de Seguridad Social es que los bonos pensionales contribuyan, en principio, a la financiación de una pensión de vejez, pues lo deseable es que todas las personas adquieran una, como fruto de su trabajo, lo cierto es que en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, hacen parte de una reserva de propiedad del afiliado, que debe serle reintegrada cuando no alcanza los límites legales para pensionarse.*
>
> *Por lo mismo, cuando la norma condiciona la inclusión del bono pensional dentro de la devolución de saldos, a través de la expresión "si a éste hubiere lugar", no hace cosa diferente a preveer que su cómputo debe partir de la base de que hubiera sido posible emitirlo, para financiar una eventual pensión de vejez. En otras palabras, cuando es viable pagar un bono pensional para financiar una potencial pensión de vejez, porque se dan las condiciones legales necesarias para esos efectos, esa erogación también puede ser comprendida dentro del cálculo de una devolución de saldos, pues hace parte del capital del afiliado acumulado dentro de su cuenta de ahorro individual.*
>
> ***Sería irracional y contrario a la justicia pensar en que, como lo propone la censura, si el afiliado no alcanza las condiciones para pensionarse, que entre otras es una realidad derivada de las arduas exigencias legales necesarias para ello y del azaroso mercado de trabajo, debe perder también el capital acumulado en su cuenta de ahorro individual, que ha sido el fruto de su trabajo y de sus contribuciones al sistema.***
>
> ***Por lo mismo, la devolución de saldos debe ser pensada y entendida como una prestación alternativa a las pensiones, que busca compensar los intentos fallidos de pensión y cumplir de otra manera con los fines de la seguridad social, por lo que debe comprender todos aquellos factores derivados del trabajo y del ahorro del afiliado, que buscaban soportar financieramente su jubilación, como el bono pensional.*** (Negrillas fuera del texto original).

Finalmente, respecto de los aportes al sistema de seguridad social en **salud**, debe recordarse que éste sistema está concebido para cubrir los riesgos de enfermedad general, riesgos que si bien pudieron no haber sido amparados por entidad alguna durante la última relación laboral entre las partes, su pago se torna improcedente, por cuanto significaría el de un aseguramiento que en la realidad no se presentó y que podría incluso configurar un enriquecimiento sin causa a favor del sistema y de las Entidades Promotoras de Salud siendo otras las vías y otros los legitimados

para reclamar, si la demandada no depositó los respectivos aportes en las entidades competentes.

Y es que en tratándose de cotizaciones para salud, tan solo es atendible que se propenda judicialmente a la compensación de los perjuicios que la mora o no pago de aportes a dicho sistema se generaron en cabeza del trabajador desamparado, alcances que no son los propios de la pretensión en estudio y que aún de asumirse así, no lucen procedentes al desconocer esta Corporación los perjuicios que la omisión del empleador hubiese ocasionado, así como su estimación económica, por lo que ni aún en este último sentido encuentra la Sala fundamentos para proferir condena.

Igual sucede en relación con los aportes al sistema de seguridad social en **riesgos laborales**, pues tal condena tampoco puede hallar prosperidad, siendo lo cierto que éstos se encuentran a cargo de las ARL, cuando se presenta la contingencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional, siempre y cuando exista afiliación del trabajador a tal sistema por parte del empleador, y si bien esto último no se probó dentro de ésta Litis, lo cierto es que tales riesgos en autos no tuvieron ocurrencia durante la última relación de trabajo aquí declarada o por lo menos ello no se acreditó.

De esta manera, agotada la competencia en instancia por el estudio de los motivos de apelación, de conformidad con las motivaciones precedentes, se **REVOCARÁ** la sentencia de primera instancia en los numerales **PRIMERO, SEGUNDO (parcial)** y **TERCERO**, para en su lugar declarar la existencia de un contrato de trabajo por el término atrás considerado y condenar al pago de prima de servicios, cesantías, vacaciones, debidamente indexados junto con los aportes a seguridad social en pensión, absolviendo a la enjuiciada de las demás pretensiones incoadas. Advirtiéndose, se mantiene incólume la absolución frente al demandado DAVID ALEJANDRO GONZÁLEZ MURCÍA.

Sin **COSTAS** en esta instancia. Se revocan las de primer grado, las cuales corren a cargo de la parte demandada FIT FOOD S.A.S.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de primera instancia en los numerales **PRIMERO, SEGUNDO (parcial)** y **TERCERO** para en su lugar **DECLARAR** que entre el señor ANDRES FELIPE CASTRO LÒPEZ y la sociedad FIT FOOD S.A.S., existió un contrato de trabajo a término indefinido, entre el 12 de junio de 2016 al 03 de junio de 2019, conforme a lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: CONFIRMAR el literal **SEGUNDO** de la sentencia apelada, en lo que tiene que ver con la absolución del demandado DAVID ALEJANDRO GONZÁLEZ MURCÍA de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante.

TERCERO: CONDENAR a la sociedad demandada FIT FOOD S.A.S. a pagar al demandante las siguientes sumas y conceptos:

1. **CESANTIAS** en la suma de **$2.507.564,14.**, discriminados así:

AÑO	DESDE	HASTA	DIAS	SALARIO MENSUAL	AUXILIO DE TRANSPORTE	CESANTIAS
2016	12/06/2016	30/12/2016	199	$ 689.455,00	$ 77.700,00	$ 424.066,24
2017	1/01/2017	30/12/2017	360	$ 737.717,00	$ 83.140,00	$ 820.857,00
2018	1/01/2018	30/12/2018	360	$ 781.242,00	$ 88.211,00	$ 869.453,00
2019	1/01/2019	3/06/2019	153	$ 828.116,00	$ 97.032,00	$ 393.187,90
					TOTAL	**$ 2.507.564,14**

2. **PRIMA DE SERVICIOS** en la suma de **$1.174.429,90,** discriminados así:

AÑO	DESDE	HASTA	DIAS	SALARIO MENSUAL	AUXILIO DE TRANSPORTE	PRIMA 1ER SEMESTRE	PRIMA 2DO SEMESTRE
2016	12/06/2016	30/12/2016	0	$ 689.455,00	$ 77.700,00	PRESCRITO	PRESCRITO
2017	1/01/2017	30/12/2017	0	$ 737.717,00	$ 83.140,00	PRESCRITO	PRESCRITO
2018	1/01/2018	30/12/2018	360	$ 781.242,00	$ 88.211,00	$ 390.621,00	$ 390.621,00
2019	1/01/2019	3/06/2019	153	$ 828.116,00	$ 97.032,00	$ 393.187,90	N/A
					TOTAL	**$ 1.174.429,90**	

3. **COMPENSACIÓN EN DINERO DE VACACIONES** en la suma de $883.323,73, discriminados así:

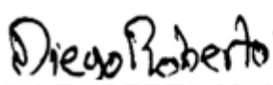
AÑO	DESDE	HASTA	DIAS LABORADOS	SALARIO	COMPENSACIÓN EN DINERO
2016	12/06/2016	15/04/2017	0	$ 828.116,00	PRESCRITO
2017	**16/04/2017**	11/06/2017	56	$ 828.116,00	$ 64.409,02
	12/06/2017	11/06/2018	360		$ 414.058,00
2018	12/06/2018	3/06/2019	352	$ 828.116,00	$ 404.856,71
				TOTAL	**$ 883.323,73**

CUARTO: CONDENAR a la demandada **FIT FOOD S.A.S.** a cancelar el valor del cálculo actuarial por el tiempo en que el señor ANDRES FELIPE CASTRO LÒPEZ no estuvo afiliado al sistema general de pensiones, esto es del 12 de junio de 2016 al 03 de junio de 2019, de conformidad con la liquidación que al efecto realice la administradora del fondo pensiones a la cual se encuentre afiliado el actor, con observancia de lo dispuesto en el Decreto 1887 de 1994.

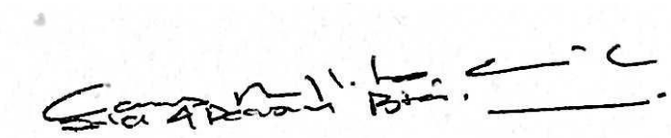
QUINTO: ABSOLVER al extremo accionado de las demás pretensiones incoadas en la demanda.

SEXTO: Sin **COSTAS** en esta instancia. Se revocan las de primer grado, las cuales corren a cargo de la parte demandada FIT FOOD S.A.S.

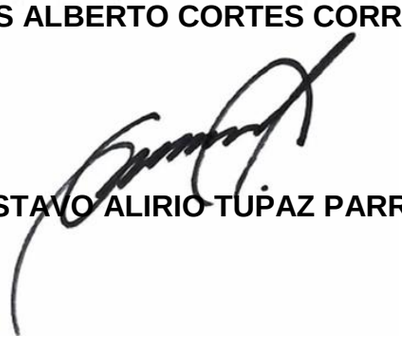
NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

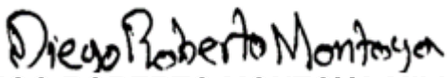


CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

AGENCIAS EN DERECHO: Se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de $1.160.000, la cual deberá ser incluida en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

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

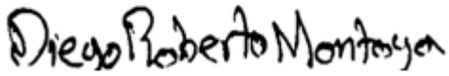
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR NUBIA JUDITH MORENO CUBILLOS vs. CLEANER S.A. (RAD. 32 2021 00335 01).

AUTO

Revisado el periplo procesal, advierte la Sala, mediante auto de fecha 17 de marzo de 2023 (carpeta 02, archivo 03), se admitió el recurso de apelación interpuesto por la demandante, así como el grado jurisdiccional de **CONSULTA** a su favor, siendo oportuno aclarar, el presente asunto arribó a esta Corporación para que se surta únicamente la alzada elevada por el extremo activo.

Por lo anterior, se deja sin valor y efecto la admisión del grado jurisdiccional de consulta en favor de la señora Nubia Judith Moreno Cubillos al no ser procedente el mismo, en virtud de lo contemplado en el artículo 69 del C.P.L.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Bogotá D.C. treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

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

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la demandante, contra la sentencia proferida por el Juez Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 26 de marzo de 2023, en la que se resolvió (16ActaAudienciaJuzgamiento20230310*, récord 04:49):*

> *"**PRIMERO. DECLARAR PROBADAS** las excepciones de inexistencia de las obligaciones demandadas y pago total de las obligaciones correspondientes al contrato laboral a cargo de mis representados y a favor del demandante, conforme las consideraciones expuestas.*
>
> ***SEGUNDO. DECLARAR** que entre la demandante **NUBIA JUDITH MORENO CUBILLOS** y la demandada **CLEANER S.A.** existió un contrato de trabajo por obra o labor determinada entre el 8 de enero de 2019 y el 30 de noviembre de 2020.*
>
> ***TERCERO. ABSOLVER** a la demandada **CLEANER S.A.** de las pretensiones condenatorias incoadas en su contra por la demandante **NUBIA JUDITH MORENO CUBILLOS**.*
>
> ***CUARTO. CONDENAR** en costas a la demandante y a favor de la demandada, tásense por secretaría incluyendo como agencias en derecho la suma de $300.000.00."*

Inconforme con la decisión el apoderado de la señora NUBIA JUDITH MORENO CUBILLOS, manifestó[1], la sentencia proferida por la Corte Constitucional SU de

---

[1] ***Recurso Demandante, récord 46:19:*** *"Sí, señor Juez, muchas gracias, teniendo en cuenta la sentencia proferida por su despacho, me permito presentar recurso de apelación contra la misma para que sea resuelta ante el honorable Tribunal Superior de Bogotá - Sala laboral, de conformidad con las siguientes apreciaciones:*

En relación con la calidad de pre pensionada de la trabajadora demandante, la sentencia SU de 2018 de la Corte Constitucional, señaló que cuando la trabajadora o el trabajador tenga más de las 1300 semanas no se da la figura del pre pensionado, respetable la sentencia de la Corte, pero considero que la misma va en contra vía con lo establecido en el artículo 53 de la Constitución Política de Colombia. La cual señala la garantía de beneficios mínimos que deben tener los trabajadores y que los derechos ciertos son irrenunciables. La misma contraviene la Ley 790 de 2012 en su artículo 12 que establece el Decreto social para aquellos trabajadores que sean despedidos antes de cumplir la edad. Es decir, para el caso de las mujeres, 57 años que es el mismo caso de mi representada. Va en contravía el artículo 230, de la Constitución Política de Colombia, que señala que los jueces están sometidos al imperio de la ley. Y que la sentencia y que la jurisprudencia y la doctrina son fuentes auxiliares, es decir, que aquí se está modificando la Ley 790 de 2002. Cuando la misma es clara en decir que el único requisito es que los trabajadores tengan menos de 3 años para hacer pensionados y tengan el número de semanas acreditas, como es el caso de la señora Nubia, que, al momento de su retiro, pues tenía más de los 54 años que exige la norma, teniendo en cuenta que ella tenía derecho a la pensión a los 57, de acuerdo a lo establecido en la Ley 797 del 2003. Por lo tanto, pues hay una modificación de la norma en tal sentido y es lo que se ampara el despacho. Y sin tener en cuenta que al momento del despido a la trabajadora se le afectó su mínimo

2018 va en contravía con lo establecido en el artículo 53 de la Constitución Política de Colombia, la cual regula la garantía de beneficios mínimos que deben tener los trabajadores ya que los derechos ciertos son irrenunciables. En su sentir, la misma contraviene la Ley 790 de 2012 en su artículo 12 que establece el decreto social para aquellos trabajadores que sean despedidos antes de cumplir la edad, siendo para el caso de las mujeres 57 años, mismo caso de la actora.

Agregó, esta postura contraviene el artículo 230 de la Constitución Política de Colombia, el cual señala que los jueces están sometidos al imperio de la ley, siendo la jurisprudencia y la doctrina fuentes auxiliares, es decir, que aquí se está modificando la Ley 790 de 2002, cuando la misma es clara en decir que el único requisito es que los trabajadores tengan menos de 3 años para ser pensionados y tengan el número de semanas acreditas, como es el caso de la señora Nubia Judith, quien al momento de su retiro tenía más de 54 años que exige la norma, teniendo en cuenta que ella tenía derecho a la pensión a los 57 años, de acuerdo a lo establecido en la Ley 797 del 2003, por lo tanto, hay una modificación de la norma en tal sentido.

---

vital, que señala también el precitado artículo 53 de la Constitución Política, lo mismo que el derecho al trabajo consagrado en el artículo 25 del Código Sustantivo del Trabajo. Ya en relación con la consignación de cesantías, la demandada, no acreditó haber consignado y no me apartó del criterio del juez que dice que la carga de la prueba la tenía la demandante, quien maneja la parte administrativa en una empresa, pues en una relación laboral, pues obviamente que es la empresa. Entonces son quienes consignan y quienes tienen los datos de cuánto se le consigna al trabajador y qué día se le consigna, por lo tanto, era obligación del empleador acreditar, a pesar de que el despacho lo requirió para que acreditara, el pago de las cesantías, la demandada, se limitó a solicitarle al despacho que oficiará al fondo de cesantías para que informara sí fueron canceladas, es por lo tanto, que considero que la indemnización moratoria prevista en el artículo 99 de la Ley 50 del 90 si está llamada a prosperar porque reitero, la empresa no probó su pago.

En relación con la indemnización moratoria, también me apartó del criterio que la empresa actuó de buena fe, porque tenía muchos trabajadores para limpiar es que debemos tener en cuenta que según la información que ya llegó por parte de la demandada, del contrato que suscribió con la Fiscalía, este contrato se suscribió en el año 2018 y se hablaba de terminación del 30 de noviembre de 2020. Por lo tanto, el despido de la trabajadora de todo o de todas las trabajadoras no fue una manera intempestiva ni de manera sorpresiva y la demandada ya sabía que el contrato con la Fiscalía terminaba el 30 de noviembre y por lo tanto debió preparar las liquidaciones de sus trabajadores, pues no es argumento de decir que como eran tantos, entonces por eso se demoró la liquidación de la trabajadora demandante.

Además, se debe tener en cuenta que dentro del interrogatorio de parte la representante legal, manifestó que no a todas las trabajadoras se les demoró el pago de la liquidación, entonces. ¿La pregunta es, por qué la demandante si fue discriminada en este aspecto y se le demoró tanto su liquidación? Porque la empresa reitero, debió haber previsto que el contrato suscrito con la Fiscalía finalizaría el 30 de noviembre y, por lo tanto, con antelación debió tener esas liquidaciones".

Añadió, no se tuvo en cuenta que al momento del despido a la trabajadora se le afectó su mínimo vital, que señala también el precitado artículo 53 de la Constitución Política, lo mismo que el derecho al trabajo consagrado en el artículo 25 del Código Sustantivo del Trabajo.

Por otra parte, indicó con relación a la consignación de cesantías, la demandada, no acreditó haber consignado las mismas, teniendo la carga de probar y ser quien maneja la parte administrativa, pues en una relación laboral, obviamente es la empresa la que tiene mejor posición, entonces, es quien consigna y tiene los datos de cuánto se le paga al trabajador y qué día, por lo tanto, era obligación del empleador acreditar, a pesar de que el despacho lo requirió para que acreditara el pago de las cesantías, empero, la demandada, se limitó a solicitarle se oficiará al fondo de cesantías para que informara sí fueron canceladas, es por lo tanto, que la indemnización moratoria prevista en el artículo 99 de la Ley 50 del 90 si está llamada a prosperar.

En relación con la indemnización moratoria, también se apartó del criterio relacionado con la buena fe de la empresa, argumentando, la empresa conocía con antelación que el contrato comercial con la Fiscalía culminaba el 30 de noviembre de 2020, por lo tanto, debió preparar las liquidaciones de sus trabajadores, no siendo excusable la cantidad de liquidaciones realizar.

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 NUBIA JUDITH MORENO CUBILLOS en este proceso ordinario las pretensiones relacionadas en el escrito de subsanación de la demanda (Página 3 y 4, Archivo 01 del expediente digital), las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos relatados en las páginas 2 a 3, ibidem, encaminadas a:

1.- Que se ordene el reintegro de mi mandante a la sociedad demandada, en las mismas condiciones contractuales y salariales que tenía al momento del despido por estar amparada por lo dispuesto en la ley 790 de 2002, articulo 12.

2.- Al pago de salarios dejados de percibir, desde el momento del retiro, hasta cuando se produzca el reintegro.

3.- Al pago del auxilio de cesantía causado desde la fecha del retiro hasta cuando se produzca el reintegro.

4.- Al pago de la prima de servicios causados desde la fecha del retiro hasta cuando se produzca el reintegro.

5.- Al pago de las vacaciones causadas desde la fecha del retiro hasta cuando se produzca el reintegro.

6.- Al pago de la indemnización moratoria, prevista en la ley 50 de 1990, por la no consignación de las cesantías a un fondo de cesantías el que corresponden a las causadas desde el 08 de enero al 31 de diciembre de 2019, moratoria que se causó a partir del 15 de febrero de 2020, hasta el 30 de noviembre del mismo año por valor de **$7'899.327 SIETE MILLONES OCHOCIENTOS NOVENTA Y NUEVE MIL TRECIENTOS VEINTISIETE PESOS MCTE.**

7.- En el evento de no prosperar el reintegro, por alguna causal, solicito se condene a la demandada a lo siguiente:

a) Al pago de la indemnización por despido injusto por valor de **$1'404.324 UN MILLON CUATROCIENTOS CUATRO MIL TRECIENTOS VEINTICUATRO PESOS MCTE.**

b) Al pago de la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del código sustantivo del trabajo, por el no pago oportuno del auxilio de cesantía, por valor de **$2'633.109 DOS MILLONES SEISCEINTOS TREINTA Y TRES MIL PESOS MCTE**.

8.- Al pago de las costas del proceso, incluidas las agencias en derecho

9.- A todo lo que usted decrete en uso de las facultades ultra y extrapetita.

Obteniendo sentencia de primera instancia totalmente desfavorable a sus aspiraciones, en tanto se declararon probadas las excepciones de inexistencia de las obligaciones demandadas y pago total de las obligaciones correspondientes al contrato laboral, se declaró que entre la demandante NUBIA JUDITH MORENO CUBILLOS y la demandada CLEANER S.A. existió un contrato de trabajo por obra o labor determinada entre el 8 de enero de 2019 y el 30 de noviembre de 2020, absolviéndose a la demandada CLEANER S.A. de las pretensiones condenatorias incoadas en su contra por la demandante y se condenó en costas a la actora. **Lo anterior, tras considerar el *a quo***, que el contrato suscrito entre las partes estaba sujeto a la duración del contrato comercial suscrito con la Fiscalía General de la Nación, pudiéndose terminar de manera unilateral, conforme al artículo 45 del C.S.T., que prevé que todo contrato se puede pactar por obra o labor determinada y debe constar por escrito, tal como sucedió en este caso, Adicional a ello, expuso, se allegó el acta

de liquidación del contrato sostenido con la Fiscalía General de la Nación donde se acredita que terminó el 30 de noviembre de 2020 y en esa medida es aplicable el artículo 61 del C.S.T. en la parte que dice que el contrato terminó por una causa legal.

Seguidamente, en cuanto al reten social indicó que la Corte Constitucional extendió esta protección a los trabajadores del sector privado, estableciendo que la demandante estaba a 1 año y 4 meses al cumplimiento de la edad cuando le terminaron el contrato por una causa legal, así como verificó que tenía 1.517 semanas en Colpensiones al 30 de noviembre de 2020, no siendo titular de la anhelada protección señalada en la SU 008, concluyendo, no es beneficiaria de la estabilidad al haber cumplido con más de las semanas mínimas requeridas, siendo improcedente el reintegro y las condenas consecuentes. Frente a la sanción por no consignación de cesantías del año 2019, manifestó que obra la liquidación de las cesantías en el plenario siendo efectivamente consignada a la demandante, así como la actora confesó en el interrogatorio que se habían consignado al Fondo.

En cuanto a la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T., dijo que se debe analizar la mala fe y la liquidación se canceló en el término de 51 días, siendo un término razonable para cancelar las sumas adeudadas a la terminación ya que la demandada explicó que se estaban liquidando 600 trabajadores. Además, la demandante aceptó esta situación en el interrogatorio de parte estimando unas 100 empleadas.

Así las cosas, lo primero que debe advertir la Sala es que no es motivo de controversia en esta instancia la vinculación laboral de la demandante con la encartada mediante contrato de trabajo por obra o labor contratada del 8 de enero de 2019 al 30 de noviembre de 2020, día en que finalizó por una causal legal, esto es, la terminación de la obra o labor contratada, soportado en el contrato comercial suscrito por la aquí enjuiciada y la Fiscalía General de la Nación, situación que no fue objeto de reproche en la apelación.

En esos términos, el problema jurídico a resolver recae en determinar si en efecto a la demandante al momento de dársele por terminado el contrato, estaba

amparada o no por la estabilidad laboral de pre pensionada, por cuanto le faltaban tres años o menos para alcanzar la edad para adquirir la pensión, según se extrae de la apelación.

De las pruebas arrimadas al expediente, se encuentra la Resolución SUB 342869 del 22 de diciembre de 2021 (archivo 15), por medio de la cual, la Administradora del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por Colpensiones relacionó que al 30 de noviembre de 2020 la actora contaba con 1.517 semanas (10.623 días). De otra parte, se tiene que, al momento de fenecer el contrato de trabajo, el 30 de noviembre de 2020 la accionante contaba con 56 años de edad, pues nació el 13 de diciembre de 1964, tal como se registra en el citado acto administrativo, contrato de trabajo y lo informó la demandante en el interrogatorio de parte.

Ahora bien, conforme a lo expuesto resulta necesario traer a colación la sentencia SU-003 de 2018, donde la Corte Constitucional consagró las reglas a tener en cuenta para amparar el derecho a la Estabilidad Laboral de pre pensionados, precisando:

> *«[…] Para la Sala Plena, con fines de unificación jurisprudencial,* ***cuando el único requisito faltante para acceder a la pensión de vejez es el de edad, dado que se acredita el cumplimiento del número mínimo de semanas de cotización, no hay lugar a considerar que la persona es beneficiaria del fuero de estabilidad laboral reforzada de prepensionable,*** *dado que el requisito faltante de edad puede ser cumplido de manera posterior, con o sin vinculación laboral vigente. En estos casos, no se frustra el acceso a la pensión de vejez. Para fundamentar esta segunda regla de unificación jurisprudencial se hace referencia a la jurisprudencia constitucional que ha desarrollado la figura y a su finalidad específica, en aras de determinar por qué, en el supuesto de unificación, no se frustra el acceso a la pensión de vejez.*
>
> *"60. Conforme a los pronunciamientos de las distintas Salas de Revisión de esta Corte, la figura de la "prepensión" es diferente a la del denominado "retén social", figura de origen legal, que opera en el contexto de la renovación, reestructuración o liquidación de entidades públicas. La "prepensión", según la jurisprudencia de unificación de esta Corte, se ha entendido en los siguientes términos:*
>
> *"[…] en la jurisprudencia constitucional se ha entendido que las personas beneficiarias de la protección especial, es decir los prepensionados, serán aquellos servidores que cumplan con los requisitos para acceder a la pensión de jubilación o de vejez dentro de los tres años siguientes o, en otras palabras, aquellos a los que les falte tres años o menos para cumplir los requisitos que les permitirían acceder a la pensión de jubilación o vejez"*[56].

> *"Así las cosas, en principio, acreditan la condición de "prepensionables" las personas vinculadas laboralmente al sector público o privado, que están próximas (dentro de los 3 años siguientes) a acreditar los dos requisitos necesarios para obtener la pensión de vejez (la edad y el número de semanas -o tiempo de servicio- requerido en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida o el capital necesario en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad) y consolidar así su derecho a la pensión.*
>
> *"La "prepensión" protege la expectativa del trabajador de obtener su pensión de vejez, ante su posible frustración como consecuencia de una pérdida intempestiva del empleo. Por tanto, ampara la estabilidad en el cargo y la continuidad en la cotización efectiva al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, para consolidar los requisitos que le faltaren para acceder a su pensión de vejez.*
>
> *"Igualmente, tal como lo ha considerado esta Corte, en especial en relación con los cargos de libre nombramiento y remoción, en aquellos supuestos en los que solo resta el requisito de edad (dado que se acredita el número de semanas de cotización o el tiempo de servicio, en el caso del Régimen de Prima Media con Prestación Definida), no se ha considerado que la persona sea titular de la garantía de "prepensión", en la medida en que la consolidación del derecho pensional no está sujeta a la realización de cotizaciones adicionales al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones[57].*
>
> *"En consecuencia, cuando el único requisito faltante para acceder a la pensión de vejez es el de la edad, dado que se acredita el cumplimiento del número mínimo de semanas de cotización, en caso de desvinculación, no se frustra el acceso a la pensión de vejez, de allí que no haya lugar a considerar que la persona sea beneficiaria del fuero de estabilidad laboral reforzada de prepensionable, dado que el requisito faltante, relativo a la edad, puede ser cumplido de manera posterior, con o sin vinculación laboral vigente».*

Criterio que también puede encontrarse en la Sala de Casación Laboral en sentencias CSJ SL 1462-2021 y CSJ SL 442-2022, considerándose entonces conforme a la sentencia en cita que podrá gozar de la calidad referida quien se encuentre a tres años o menos de alcanzar las semanas mínimas para acreditar el derecho, advirtiéndose que "*cuando el único requisito faltante para acceder a la pensión de vejez es el de edad, dado que se acredita el cumplimiento del número mínimo de semanas de cotización, no hay lugar a considerar que la persona es beneficiaria del fuero de estabilidad laboral reforzada de prepensionable*" **pues dicho presupuesto puede ser cumplido con posterioridad, aun cuando no exista vinculación laboral vigente, que es precisamente lo que acontece en autos,** pues de conformidad con la Resolución SUB 342869 del 22 de diciembre de 2021 anunciada la demandante contaba con 1.517 semanas de cotización en COLPENSIONES, resultando

suficiente para acceder a la pensión de vejez, bajo los parámetros del artículo 33 de la Ley 100 de 1993.

Memórese, el Sistema General de Seguridad Social en pensiones introducido con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, previó la coexistencia de dos regímenes solidarios excluyentes, aunque con aspectos en común, a saber: el régimen de prima media con prestación definida -RPM- (sistema de reparto) y el régimen de ahorro individual con solidaridad -RAIS- (sistema de capitalización privado)[2].

---

[2] Artículo 12 de la Ley 100 de 1993.

Sobre el particular explicó la Corte en sentencia SL4108 de 2020:

"*1. Diferencias de los regímenes pensionales a partir de la Ley 100 de 1993 y objetivos comunes*

De acuerdo con las prescripciones de la Ley 100 de 1993, la satisfacción del derecho constitucional a la seguridad social y la ampliación de su cobertura quedó de manera preferente en manos de dos regímenes pensionales que se distinguen en su estructura, organización y técnica de financiamiento de las pensiones.

Por un lado, el régimen de prima media con prestación definida preservó el esquema de reparto, de corte solidario, en el cual los aportes de los afiliados constituyen un fondo común de naturaleza pública que se distribuye entre sus beneficiarios para cubrir las cargas del sistema. Por el otro, el de ahorro individual con solidaridad está ideado bajo un esquema de capitalización individual en el que los aportes se incorporan en cuentas de ahorro personalizadas, las cuales son patrimonios autónomos de propiedad de cada afiliado -artículo 90 de la Ley 100 de 1993. Esto les permite a las personas crear una reserva propia, que incrementada con los rendimientos recibidos y el bono pensional si hay lugar a él, está destinada a financiar las prestaciones correspondientes.

Ahora, pese a estas diferencias estructurales, la jurisprudencia de la Corte ha destacado que los objetivos y valores que legitiman su arquitectura como subsistemas pensionales son transversales y, por lo tanto, deben tener como fin común la garantía y cobertura progresiva de todas las contingencias que afecten la salud y las condiciones económicas de los habitantes del territorio nacional, sin discriminación alguna -preámbulo, artículos 1 a 3 de la Ley 100 de 1993, CSJ SL929-2018.

Esta premisa se ampara en los principios de universalidad e integralidad, los cuales sirven como pilares para comprender el sistema pues propenden «por la protección de todas las personas, sin discriminación alguna, así como por la cobertura de todas las contingencias que afectan la salud, la capacidad económica y en general las condiciones de vida de toda la población» (CSJ SL4350-2019); lo anterior, «independientemente del mecanismo utilizado, (…) regulándose para ello, un principio de justicia, esto es que cada persona deba contribuir según su capacidad y reciba lo necesario para atender de manera digna aquellas vicisitudes» (CSJ SL929-2018).

Estos mandatos de optimización del sistema de pensiones a su vez desarrollan la exigencia constitucional de brindar una garantía mínima y fundamental a la seguridad social -artículo 53 Constitución Política de 1991-, derecho que al tenor del artículo 48 ibidem es irrenunciable y se materializa en un servicio público obligatorio que debe prestarse a toda la ciudadanía con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley. Además, este conjunto normativo local es reafirmado en varios instrumentos internacionales que integran el bloque de constitucionalidad, como los preceptos 22 y 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (C-504-2007 de la Corte Constitucional).

[4: Artículo 22. Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y

En el primero -RPM-, empleadores y trabajadores realizan sus contribuciones a un fondo común del cual se extraen los recursos requeridos para soportar las pensiones que reconozca el sistema y el segundo -RAIS-, por el contrario, tiene una dinámica de financiación basada en la acumulación del capital individual, a partir del cual el propio afiliado financia las prestaciones a las que tiene derecho.

Así, si bien es cierto el conjunto de prestaciones económicas que reconocen los dos regímenes coinciden en su mayoría, en cuanto a su denominación y propósito, también lo es que para su consolidación se prevén requisitos y métodos disimiles.

Lo anterior con el fin de hacer ver a la demandante que la pensión de vejez, aunque es una prestación regulada en el sistema general de pensiones, que se concede en ambos regímenes, está sujeta a presupuestos o requisitos distintos en uno y otro, precisándose, la PENSIÓN DE VEJEZ del articulo 33 de la Ley 100 de 1993 está prevista para quienes se encuentran vinculados al RPM y se causa teniendo en cuenta la edad de 57 años para mujeres y más de 1.300 semanas, requisitos que cumplió ampliamente la señora NUBIA JUDITH MORENO CUBILLOS, pues le fue reconocida la pensión a través de Resolución SUB 342869 del 22 de diciembre de 2021 a partir del 13 de diciembre de 2021, esto es, al cumplimiento de la edad de los 57 años sin que se viera afectada la pensión de vejez por la terminación acaecida el 30 de noviembre de 2020 por parte de CLEANER S.A.

---

los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.][5: Artículo 25. 1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad. (...).]

De modo que los regímenes pensionales existentes, aún con sus diferencias, deben articularse de tal modo que la garantía de los referidos objetivos de la seguridad social sea real, eficiente y efectiva. Esta referencia es clara en el artículo 12 de la Ley 100 de 1993, que contempla que los modelos vigentes en Colombia son excluyentes pero coexistentes. Y adviértase que la premisa del principio de unidad establecido en el artículo 2.º ibidem es justamente «la articulación de políticas, instituciones, regímenes, procedimientos y prestaciones para alcanzar los fines de la seguridad social».

En el anterior contexto, la Corte reitera que las diferencias entre los regímenes pensionales no son restricciones a los derechos pensionales de los afiliados, ni de los objetivos y valores que le dan vigencia y utilidad al sistema de pensiones, pues ambos esquemas de administración están convocados a potencializarlos en su mayor medida, siempre y cuando no se transgredan los límites que impone la propia Constitución Política"

Sumado a lo que antecede, la demandante al absolver interrogatorio de parte[3] manifestó, para el mes de diciembre de 2021 Colpensiones le reconoció la pensión de vejez, lo que corrobora que la causa legal de terminación empleada por la demandada CLEANER S.A., no ocasionó detrimento alguno en la prestación económica que hoy disfruta.

Así las cosas, conforme a los postulados jurisprudenciales y legales expuestos, resulta forzoso concluir, a la demandante no le asiste el derecho para entender que se encontraba al momento de su despido (30 de noviembre de 2020), en la condición de pre pensionada, ya que cuando su vínculo contractual laboral feneció, contaba con un cúmulo de semanas de que superaba las 1.300 semanas, en tratándose de régimen deprima media con prestación definida RPM, iterando el hecho de que no haya tenido el requisito de la edad a la terminación del contrato, no frustra el acceso a la pensión toda vez que pudo adquirir con o sin vinculación laboral vigente, tal como se precisó en precedencia. De este modo, debe confirmarse la decisión de primer grado, por arribar a similares conclusiones, en cuanto a la inviabilidad del reintegro y sus consecuencias.

En punto a la sanción e indemnización moratoria previstas en la Ley 50 de 1990 y articulo 65 del C.S.T., respectivamente, debe advertirse, sentado está por la jurisprudencia que las citadas sanciones no proceden de manera automática, sino que ha de analizarse la buena o mala fe con la que actuó el empleador, examinando la situación específica del mismo en cada caso, en otros términos, su imposición está condicionada al examen, análisis o apreciación de los elementos subjetivos que guiaron la conducta del empleador a efectos de determinar si tuvo la intención de desconocer los derechos de su trabajador; así

[3]***Interrogatorio Demandante, récord, 19:21 "****Me dedicó al hogar porque estoy pensionada por Colpensiones hace un año, nací el 13 de diciembre de 1964, me dieron la pensión desde los 57 años de edad a partir del 2021, trabajé hasta el 30 de noviembre de 2020 no volví a trabajar, el 30 de noviembre de 2020 nos terminaron el contrato a todas las que estábamos con Cleaner, fuimos la mayoría despedidas, el contrato terminó con Cleaner, pasaron a otro contrato, la liquidación la pagaba como en febrero por transferencia bancaria, en el Fondo Protección me pagaron las cesantías durante el contrato de trabajo, no fui informada sobre la fecha en que pagarían la liquidación, éramos unas 100 personas".-*

lo ha reiterado la Sala de Casación Laboral, entre otras muchas, en sentencia CSJ SL3288-2021, donde puntualizó:

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

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

En ese orden, para el caso de marras, la demandante reclama el pago de la sanción por no consignación de las cesantías por el año 2019, no obstante, al absolver interrogatorio de parte, ésta confesó que le habían sido consignadas, tal como lo concluyó el a quo, siendo improcedente siquiera analizar la conducta de la empresa dado que dio cumplimiento al reconocimiento y pago de dicho rubro en las fechas previstas en la ley.

Con relación a la indemnización moratoria por no pago de las prestaciones sociales, tenemos que la relación que ocupa a la Sala terminó el 30 de noviembre de 2020 y el pago de los conceptos laborales se efectuó hasta el **21 de enero de 2021**, conforme lo relacionó la representante legal al absolver interrogatorio de parte (12ActaAudienciaTramite20230214), sin embargo, se echa de menos los medios probatorios que permitan inferir la existencia de los eventos alegados por la demandada en el interrogatorio, nótese, en primer lugar, en la contestación de la demanda ninguna defensa se ejerció al respecto, así como, en el interrogatorio este extremo se limitó a argumentar que dicha

tardanza ocurrió debido a la densidad de liquidaciones que tenían que efectuar por motivo de la terminación del contrato comercial sostenido en su momento con la Fiscalía General de la Nación, teniendo a su cargo 600 ex trabajadoras, situaciones o argumentos que no fueron soportados en el plenario, pues contrario a lo que razonó el juez de primer grado, le correspondía a la empresa demandada demostrar que el pago hasta el 21 de enero de 2021 lo fue por cuestiones operativas y no por capricho de la empresa, sin embargo, ello no ocurrió, **resultando procedente el pago de la indemnización moratoria deprecada** por la demandante, precisándose, el vínculo finalizó el 30 de noviembre de 2020 y el pago se efectuó el 21 de enero de 2021, encontrándose una mora de 52 días, arrojando un total de **$1.521.525,20.** (smmlv $877.803/30*52). Se aclara, el salario no fue motivo de reparo entre las partes.

De esta manera se agota la competencia de la Sala, por el estudio de los argumentos expuestos por el recurrente en la alzada, procediendo a revocatoria parcial del numeral **TERCERO** de la sentencia apelada y se confirmará en lo demás, conforme a las consideraciones atrás expuestas.

SIN COSTAS en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE el numeral **TERCERO** de la sentencia proferida por el Juez 32 Laboral del Circuito de Bogotá y, en su lugar, **CONDENAR** a la demandada **CLEANER S.A.** a pagar favor de la demandante la sanción moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T. en la suma de **$1.521.525,20,** causados entre el 01 de diciembre de 2020 al 21 de enero de 2021, conforme a la parte motiva.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR GLORIA AMPARO CONTRERAS CONTRERAS CONTRA PELUQUERIA ESTRELLAS S.A.S. (RAD. 37 2021 00251 01).

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

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

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del grado jurisdiccional de consulta en favor de la demandante contra la sentencia proferida por el Juez Treinta y Siete Laboral del Circuito de esta ciudad, el pasado 23 de noviembre de 2022 (archivo 11, ActaAudiencvia.pdf, expediente digital, récord 24:50*),* en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO: DECLARAR** probada la excepción de inexistencia de presupuestos fácticos y jurídicos que hagan procedente la declaración de un contrato realidad y/o relación laboral; en consecuencia, se absuelve a la PELUQUERÍA ESTRELLAS S.A.S. de todas y cada una de las pretensiones invocadas por la demandante señora GLORIA AMPARO CONTRERAS CONTRERAS.*
>
> ***SEGUNDO: COSTAS** en esta instancia a cargo de la parte demandante, para tal efecto se fijan como agencias en derecho la suma equivalente a $200.000.".*

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante, señora GLORIA AMPARO CONTRERAS CONTRERAS, en el presente ordinario las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda a páginas 5 a 6 del archivo 01, las cuales encontraron sustento en los hechos narrados en las páginas 3 a 5 del mismo cuaderno, aspirando a que se declare la existencia de un contrato de trabajo entre el 21 de enero de 1998 hasta el 3 de octubre de 2018, el cual terminó sin justa causa, consecuente con ello, se condene al pago de cesantías, prima de servicios, vacaciones, indemnización por despido sin justa causa, aportes a pensión, indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T. y costas del proceso. **Obteniendo sentencia de primera instancia desfavorable a sus pretensiones**, pues se absolvió de todas las pretensiones incoadas, tras considerar el Juez *a quo,* si bien se probó por parte de la actora la prestación personal del servicio en favor de la demandada como estilista, lo cual la hizo beneficiaria de la presunción legal establecida en el artículo 24 del C.S.T., conforme a la documental y testimonial recaudada en el proceso, sostuvo, la demandada logró desvirtuar tal presunción pues se comprobó que dicha prestación personal lo fue en virtud de los servicios de peinado y maquillaje que desplegaba la demandante en la peluquería, teniendo autonomía en su actuar, ya que las declaraciones recepcionadas fueron espontáneas en afirmar que cada estilista agendaba las citas con sus clientas de acuerdo a la necesidad, que en efecto, tenían unos turnos pero los mismos eran escogidos a mutuo propio para que el establecimiento no estuviera solo ante la necesidad de un cliente, sumado a que por cada servicio se pactaba un porcentaje con la peluquería y cada estilista tenía que llevar sus propios insumos, pudiendo atender a sus propios clientes, ello sin que se entendiera que existía un contrato de trabajo, pues el propietario del establecimiento debe garantizar las condiciones del negocio sin que pueda ser calificado un hecho de subordinación, pues debía hacer una revisión, no pudiéndose demostrar una supervisión.

En este orden de ideas, debe recordarse en los juicios del trabajo es primordial para el operador judicial establecer si existe o no contrato de trabajo, que resulta ser la fuente o causa de los derechos laborales y, acreditados los extremos temporales de la relación y el salario devengado, resultaría factible efectuar las liquidaciones a que hubiere lugar.

De conformidad con lo anterior, la controversia que se trae a los estrados apunta a determinar si la relación que existió entre la señora GLORIA AMPARO CONTRERAS CONTRERAS y la sociedad PELUQUERIA ESTRELAS S.A.S. estuvo regida por un contrato de trabajo, como lo aduce la parte demandante, o si por el contrario, no lo estuvo, aspecto que pasará a dilucidarse, debiendo en todo caso 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 en torno al tema.

Así pues, para continuar con el estudio que se propone ante ésta Corporación, debe advertirse, el Juez *a quo* encontró acreditada la prestación personal del servicio por parte de la accionante como uno de los elementos esenciales de todo contrato de trabajo, circunstancia que no fue objeto de controversia, pues el mismo representante legal al absolver el interrogatorio de parte informó dicha situación; en esa dirección, dada la ventaja probatoria consagrada en el artículo 24 del C. S. del T. se podría presumir la existencia de un contrato de trabajo entre las partes aquí en contienda, correspondiendo por tanto a la parte demandada desvirtuar su existencia. Al respecto, puede consultarse la sentencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, dictada dentro del radicado 32701[1]. A este tenor, se puede acudir al contenido de la sentencia CSJ SL547-2023, donde expresó: "*Acreditada la prestación personal del servicio, se presume la existencia de la subordinación laboral, por tanto, corresponde al empleador desvirtuarla demostrando que el trabajo se realizó de manera autónoma e independiente.".*

Sobre este mismo punto, en sentencia CSJ SL652-2023, se reiteró: "*Quien pretenda la declaratoria de un contrato de trabajo, debe acreditar, por lo menos la prestación personal del servicio y los extremos temporales en los cuales afirma se*

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

A juicio de la Sala, la anterior interpretación del artículo 24 que hizo el ad quem, no ofrece reparo alguno, pues esa es la intelección genuina que se desprende del texto legal, cuya finalidad no es otra que aliviar la carga probatoria que normalmente pesaría sobre el trabajador de demostrar los elementos que configuran el contrato de trabajo, esto como medida protectora de la parte débil en la relación laboral."

desarrolló la labor, para dar aplicación a la presunción contenida en el artículo 24 del CST".

Así las cosas, procede la Sala con el estudio del acervo probatorio vertido autos, a efectos de determinar conforme a la presunción legal de que trata el artículo 24 del C.S.T., si se corrobora en la relación vivida entre las partes la mediación de la subordinación en virtud de la presunción citada o si por lo contrario se desvanece.

En ese orden, se aportaron como pruebas documentales (archivo 01, páginas 22 a 82):

- Extracto del Banco AV Villas del periodo enero, abril, julio, noviembre y diciembre de 2015, enero, febrero, abril, mayo, junio, julio, agosto, septiembre, noviembre y diciembre de 2016, enero, febrero, marzo, abril, mayo, junio, julio, agosto, septiembre, octubre y diciembre de 2017, enero, marzo, abril, mayo, junio y agosto de 2018, septiembre, octubre y diciembre de 2018, enero, febrero y marzo de 2019, donde figura como titular la aquí demandante.

- Certificación del 27 de septiembre de 2018, expedida por un representante de la demandada en la que informa:

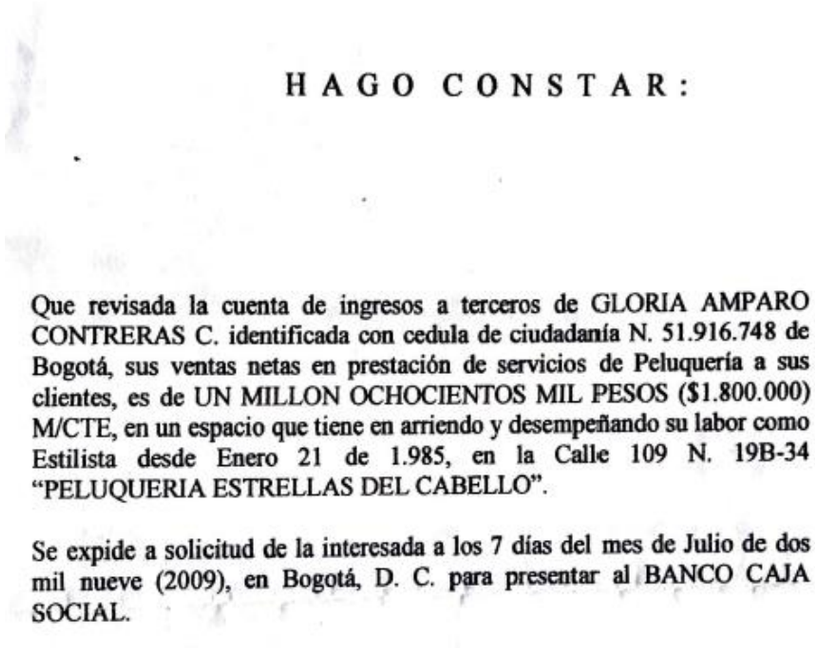
Estrellas D.C

HAGO CONSTAR

Que revisada la cuenta de ingresos a terceros de GLORIA AMPARO CONTRERAS identificada con cedula de ciudadanía N. 51.916.748 de Bta, sus ventas netas en servicio de Peluquería a sus clientes, es de DOS MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS ($2.500.000) M/CTE, en un espacio que tiene en arriendo desde Enero 21 de 1998 en la Calle 109 N. 19B – 34 "PELUQUERIA ESTRELLAS DEL CABELLO".

Se expide a solicitud de la interesada a los 27 días del mes de Septiembre de Dos Mil Dieciocho (2018), en Bogotá para presentar a FERNANDO ZARATE.

- Certificación del 27 de septiembre de 2018, expedida por la demandada en la que informa:



H A G O C O N S T A R :

Que revisada la cuenta de ingresos a terceros de GLORIA AMPARO CONTRERAS C. identificada con cedula de ciudadanía N. 51.916.748 de Bogotá, sus ventas netas en prestación de servicios de Peluquería a sus clientes, es de UN MILLON OCHOCIENTOS MIL PESOS ($1.800.000) M/CTE, en un espacio que tiene en arriendo y desempeñando su labor como Estilista desde Enero 21 de 1.985, en la Calle 109 N. 19B-34 "PELUQUERIA ESTRELLAS DEL CABELLO".

Se expide a solicitud de la interesada a los 7 días del mes de Julio de dos mil nueve (2009), en Bogotá, D. C. para presentar al BANCO CAJA SOCIAL.

De otra parte, se tiene que el representante legal de la demandada absolvió interrogatorio, en donde en síntesis manifestó[2], Gloria Contreras entró a la peluquería desde el año 1998 prestando servicios como peinadora y maquilladora,

[2] ***Interrogatorio RL Demandada, récord 29:53, archivo 10:*** *"Gloria Contreras entró en la peluquería desde el año 1998, yo llevo al frente de la peluquería desde el 2013, antes estaba a cargo de mi señora madre, yo me encontraba viajando e iba y volvía, ella estaba en la peluquería, ella desempeñaba actividades como independiente, todo lo relacionado con peluquería y belleza como peinados y maquillaje, todo lo relacionado con la belleza, ellos como independiente no tenían horario establecido, el horario de la peluquería es de 8 am a 8 pm y cada peluquero agenda sus citas según disponibilidad, la señora gloria podía no venir y fallar, ella manejaba su horario con sus clientes, el acuerdo como es la costumbre en las peluquerías es que se acuerda un porcentaje por el arrendamiento del espacio del cual hace uso, el porcentaje variaba según el tiempo y la experiencia, según recuerdo estaba entre el 50 o 55% no lo tengo claro, ella atendía sus clientes a domicilio, había una regularidad de sus tiempos y seguramente ella cobraba a sus clientes, no hay asignación de clientes, ellos acumulan clientela y aumentan los ingresos, se preguntaba qué disponibilidad tenían, usualmente hubo varios tipos de pago, se acumulaban cada quince días cuando tomé el manejo de la empresa se hace un conteo en contabilidad, hoy día se hace cada 8 días, mi relación con ella es cordial, ella es familiar, nunca tuvimos problemas, no tenemos una relación laboral, siempre se presta un servicio de peluquería y cafetería, hay clientes que se hacen otro tipo de servicios, cada peluquero determina el tiempo, yo no soy estilista no sé cuánto se pueda demorar cada servicio, ellos manejan el tiempo y cobran de acuerdo a lo que hacen, mis funciones es estar pendiente y velar porque los servicios se paguen, es mas de logística, si un cliente se queja del servicio que usualmente pasa, me llaman a m, servimos de intermediario con el cliente y el estilista, digamos que tratan de llegar a un acuerdo, si pasa algo el peluquero asume, no hay una sanción, hay un servicio de conciliación, ella dedicaba mucho tiempo a domicilio entonces se buscó un reemplazo para que no quede vacante, ella no volvió, tomó la decisión de no volver, es conocido en el mundo de la belleza dónde trabajaban, ella estaba con una persona que hacía muchos eventos, hacia peinados, era una buena época y por eso ella no iba por eso decidimos cambia, las jornadas se cuadrábamos y ellas escogían quién madrugaba y quién llegaba tarde, ella tenía llaves para abrir la puerta, ella tenía clientas que llegaban temprano, ella coordinaba con los clientes, la demandante es muy aplicada a sus clientes y en ese orden empezó a faltar porque tenían diligencias y cuadraba citas con sus clientes, ella comenzó a asistir eventos con un compañero, meses en que no legaba porque por redes sociales uno veía, es un espacio que quedó vacante, ni siquiera hablé con ella solo el espacio se reemplazó".*

es decir, ejecutando actividades como independiente en belleza, no tenía un horario establecido, generalmente el horario de la peluquería es de 6 a.m. a 8 p.m. de lunes a sábado y cada peluquero agenda sus citas según disponibilidad, la señora Gloria Contreras podía no prestar sus servicios o llegar a la hora que quisiera, según su agenda de acuerdo a los clientes, con ella se acordó un porcentaje por el arrendamiento del espacio del cual hacia uso, el porcentaje variaba según el tiempo y la experiencia, en esa época estaba entre el 50% o 55%, aproximadamente, atendía a sus clientes a domicilio, la empresa no hacía asignación de clientes, preguntaba qué disponibilidad tenían, los pagos se acumulaban cada quince días al hacer un conteo en contabilidad, hoy día se hace cada 8 días, cada peluquero determina el tiempo, servimos de intermediario con el cliente y el estilista, si pasa algo el peluquero asume, no hay una sanción, hay un servicio de conciliación, ella dedicaba mucho tiempo al domicilio, entonces se buscó un reemplazo para que no quede vacante el espacio, ella tomó la decisión de no volver, es conocido en el mundo de la belleza dónde trabajaban, ella estaba con una persona que hacía muchos eventos, hacia peinados, era una buena época y por eso ella no volvió, ella tenía llaves para abrir la puerta, tenía clientes que llegaban temprano, ella misma coordinaba con los clientes, la demandante es muy aplicada a sus clientes y en ese orden empezó a faltar porque tenían eventos y cuadraba citas con sus clientes.

Por su parte, la demandante exteriorizó[3], se especializó en peluquería en peinados y maquillaje, solo laboraba ahí, hizo dos domicilios en los 20 años y por

---

[3] ***interrogatorio Demandante, récord 46:50: "****Yo soy bachiller y me especialicé en peluquería en peinados y maquillaje, esa es mi especialidad, yo simplemente era estilista y ya, solo laboraba ahí, yo hice dos domicilios y por eso fui despedida, me salí 2 sábados y él me sacó de la peluquería, yo tenía un horario de 5 y 30 hasta las 5 pm, tenía un horario que cumplir, por Fredy fui agredida verbalmente, él fue muy grosero conmigo y me sacó de una manera muy fea, por escrito no me pasaron memorando solo verbal, estaba de lunes a sábado siempre desde las 5 am porque tuve llaves para abrir la peluquería, siempre era el mismo horario, fuimos un grupo como de 10 o 12 personas que llegábamos a esa hora siempre, de pronto no asistí porque tenía una cita médica o algo pero si hacia eso o fallaba me tenían sentada en el día y no me pasaban trabajo, cuando no asistía uno ya sabía cómo era, uno le tenía miedo a Fredy, si nos demorábamos o algo eso pasaba, yo no fui y sabía que Fredy lo iba a regañar a uno, él era agresivo, tuvimos un problema y me comenzó a golpear el escritorio, nunca escribían nada, todo era verbal, nunca hubo nada por escrito, no fui a ninguna diligencia de descargos, antes no reclamé, la recepción organizaba todo y nos hacían la cita, ellos hacían todo, nosotros no, yo no agende cita con ningún cliente, las herramientas yo mismas los compraba, tocaba llevar todo el material, los ingresos eran variables, dependía de cómo estuviera el día de trabajo y lo que pasaran en recepción, de eso dependía la semana, llegábamos como 11 personas, la primera que llegara abría la peluquería, como 3 o 4 personas tenían llaves, yo salía y la niña de la recepción se daba cuenta, eso era como hasta las 2 o 3 pm, ellos no nos decían como hacer el servicio pero estaban pendiente de todo, cuando ingresé en el 1998 nos hicieron firmar un contrato y de ahí nunca más, las clientes en esa época a partir de la pandemia cambio, hoy día uno sale a domicilios y sale cuando uno quiere, antes llamaban las clientes y decían que querían conmigo y si yo estaba ocupada y no podía atender el servicio la atendía otra persona, entrabamos a las 5 am y salíamos a las 3 pm, viernes y sábado si era día completo, todos estábamos*

eso fue despedida, salió 2 sábados y "Fredy" la sacó de la peluquería, tenía un horario de 5 y 30 a.m. hasta las 3 p.m., por escrito no le pasaron memorando solo verbal, estaba de lunes a sábado siempre desde las 5 a.m. porque tenía llaves para abrir la peluquería, era un grupo de 10 o 12 personas que llegaban temprano, de pronto no asistía porque tenía una cita médica o algo pero si hacia eso o fallaba la regañaban, no fue a ninguna diligencia de descargos, las herramientas e insumos para realizar las actividades propias de belleza las compraba de su propio peculio, cada estilista tenia que llevar todo el material, los ingresos eran variables y dependían de cómo estuviera el día de trabajo, la primera que llegara abría la peluquería, hoy día se hacen domicilios y salen cuando quieren, cuando ingresó a la Peluquería la señora Alcira Contreras les dio a escoger el turno, optando por la mañana, aclaró que le dieron a conocer varios turnos y ese fue el que se ajustó a sus necesidades.

Ahora bien, de la prueba testimonial se extrae la siguiente sinopsis:

MARTHA PATRICIA COLMENARES[4], narró, la demandante estaba de 6 a.m. hasta el mediodía, los viernes y sábado era casi todo el día, fue peinadora, se

---

todo el día porque había más gente, era bueno por las clientas, cuando yo ingrese Alcira Contreras nos dio a escoger, nos dio prioridad, yo me quedé con el de la mañana porque me gustaba, Fredy respetó los horarios que teníamos cuando cogió la peluquería".

[4]***Testigo Martha Patricia Colmenares, récord 01:14:00, archivo 10:*** *"Soy técnico, conocí a Gloria porque estaba en la peluquería, yo estoy en la peluquería en el área d depilación hace como 15 años, en ese tiempo ella estaba de 6 am hasta el mediodía, los viernes y sábado era casi todo el día, fue peinadora, aquí se manejan contratos de arriendo, se paga por el espacio, ella llama a al cliente y ella pone la cita, cada una maneja la agenda, ella siempre llegaba de 5 y 30 a. 5 am y luego se iba a veces tenía que atender novias y ella cuadraba, uno maneja la agenda y a veces cuando llaman y piden un servicio la cajera pregunta quién puede atender, es para que no se crucen los horarios, ella si tenía turnos venia, cuando no tenía ella no venía o decía que iba a salir, volvía al tiempo cuando tenía la cita con la cliente, uno cuadra con la clienta de acuerdo a la disponibilidad, acá llega gente y si hay alguien disponible pregunta si puede atender, siempre hay alguien disponible, aquí hay gente para todo, el administrador era doña Alcira y luego quedo Fredy, uno no tiene que pedir permiso, por ejemplo en enero uno avisa que sale de tal fecha a tal fecha, uno avisa a la niña de la caja y ella ya sabe, cuando alguien llega a solicitar los servicios se mira si hay un espacio que se pueda asignar, uno maneja la agenda, uno llega a la hora que quiera, después de la pandemia las clientes exigían guantes y tapabocas, uno maneja sus cosas y horario, uno va y hace las vueltas, ella hacia domicilios porque iba con otro compañero más que todo a novias, ella iba y peinaba y volvía, a ella la llamaban mucho para domicilios, más que todo las novias, ahora después de la pandemia se vio mucho lo del domicilio, digamos que ella iba con Ricardo y ella peinaba a la novia y a la familia y no venía a trabajar, Ricardo se independizó, ella era la peinadora de él, ella es buena en eso, ella se retiró, dijo que mejor se iba y que tenía domicilios, ahora hay como unos 35 o 40 estilistas, hay personal que rota mucho, por lo general ese es el promedio, más o menos hay tocadores a distancia de 2 metros, cada uno tiene su tocador con su silla y el área de manicure, depilación, peinados y maquillaje, es como por salas, es un espacio como una sala grande y está separado para que la gente se siente, en el primer piso queda todo, solo hay un piso, en el piso 2 subimos almorzar pero no hay nadie, la distancia entre cada puesto es como de 5 metros, no sé, está dividido, me consta que ella no iba a trabajar y que la llamaban porque yo hablaba con ella, ella decía, tengo que viajar, ir a peinar a tal clienta, ella contaba todo, a veces llegaban clientas y la preguntaban y ella no estaba, éramos compañeras, por ejemplo uno la recomendaba, ella maneja su agenda dependiendo de lo que le*

manejan contratos de arriendo y se pagaba por el espacio, uno llama al cliente y agenda la cita, ella a veces tenía que atender novias y cuadraba para asistir a los eventos, y que no se cruzaran los horarios, volvía al tiempo cuando tenía la cita con un cliente, generalmente, uno cuadra la cita de acuerdo a la disponibilidad, llega un cliente y si hay alguien disponible se atiende, siempre hay alguien disponible, uno no tiene que pedir permiso, por ejemplo en enero uno avisa que sale de vacaciones, uno avisa a la niña de la caja, ella hacia domicilios porque iba con otro compañero a eventos de novias, iba y peinaba y volvía, a ella la llamaban mucho para domicilios, más que todo las novias, ahora después de la pandemia se vio mucho lo del domicilio, hay tocadores a distancia de 2 metros, cada uno tiene su tocador con su silla y el área de manicure, depilación, peinados y maquillaje, es como por salas, es un espacio como una sala grande y está separado para que la gente se siente, en el primer piso queda todo, solo hay un piso, ella no iba al salón los días que tenía eventos, citas o viajar, a veces llegaban clientas y la preguntaban y ella no estaba, éramos compañeras, uno la recomendaba y salía fuera de Bogotá, uno decía que llamara directamente a la estilista, normalmente los estilistas pasan la hoja y piden el alquiler, si uno viene de una peluquería debe demostrar los cursos que tiene y que paga salud y pensión, horarios no exigen porque uno dice en qué horario puede estar, uno trae

---

saliera, salía fuera de Bogotá, uno avisa en recepción para que cuando llegue una clienta no puedan darle razón, uno decía que llamara directamente a la estilista, en el tiempo que uno llevaba se vuelve una familia y uno llega a conocerlos, uno ya sabe quién llega temprano, cuando el usuario tiene algún inconveniente se busca otra persona o se habla con la persona que atendió, la que determina como soluciona es la estilista con el cliente, uno soluciona el problema porque uno fue quien atedió al cliente e hizo el servicio, la clienta paga a la caja, cuando hay porcentaje y a la clienta no le gustó no se le cobra a al cliente y el turno se le pagana a la persona que arregló, Fredy no se mete, digamos que pregunta cuando podemos venir a presentar el servicios, la estilista mira si sirve o no, uno cuadra dependiendo de los que tenga que hacer, uno viene y habla con él y le dice qué horarios podría venir, en los que he estado normalmente los estilistas pasan la hoja y piden el alquiler, hablan con Fredy, si uno viene de una peluquería debe demostrar los cursos que tiene y que pasa salud y pensión, horarios no piden porque uno dice en qué horario puede estar, uno trae sus implementos, uno carga todo para la labor a desempeñar, aquí no es que exijan, si soy peinadora sé que tengo que traer mis productos y sé cuáles son, uno llega con su equipo de trabajo, ella estuvo como unos 4 o 5 años, no sé bien, pasan días que yo no me veo con Fredy pero por lo general es el saludo, uno sabe lo que tiene que hacer, él no molesta para nada, la verdad no se mete para nada para nada, ni siquiera sabe si uno llega o no llega, él no tiene problema con eso, no supe nada de malos tratos, ella se fue y Fredy preguntó qué había pasado, ninguno de la peluquería cumplimos horario, uno se pone el horario y agenda con las clientas, uno tiene el teléfono del cliente y habla con ellas, uno agenda la cita y maneja todo eso, no hay exigencias de metas ni nada, por ejemplo, si necesito sacar un monto en la semana obviamente me pongo a producir pero eso depende de uno, no es problema de la peluquería, uno sabe cuándo viene la clienta, cada profesional maneja la clientela por agenda y de pronto si llega alguien de improvistos se pregunta si hay estilistas disponibles para corte, las niñas de la caja preguntan, aquí somos independientes y no tenemos problema por manejar el tiempo, mis ingresos son variables porque uno maneja todo, hay temporadas que son buenas, eso varia, nunca han sancionado por no venir, nunca, ella venia entre semana y si tenía domicilios no venía, a la demandante no la supervisaba porque ella tiene experiencia, no se prohíbe prestar servicios, por la pandemia se dispara el domicilio y si sale se devuelven y luego del domicilio se devuelven a la casa, nadie prohíbe nada".

sus implementos, uno carga todo para la labor a desempeñar, no es que exijan, si es peinadora debe llevar los productos y saber cuáles son, uno llega con su equipo de trabajo, Gloria Contreras estuvo como unos 4 o 5 años, no hay exigencias de metas, si necesito sacar un monto en la semana me pongo a producir pero eso depende de uno, los ingresos son variables hay temporadas que son buenas y malas, eso varia, nunca han sancionado por no venir, ella iba entre semana y si tenía domicilios no prestaba servicios.

La deponente **SANDRA PATRICIA GÓMEZ ESPAÑOL**[5] contó**,** fue compañera de la demandante en Estrellas del Cabello por 24 años, aseguró que la demandante fungió como peinadora y maquilladora, prestando servicios de 6 a 2 pm, siempre estuvimos las dos, eran un grupo y estaban de 6 am a 2 o 3 pm, los fines de

[5]***Testigo Sandra Patricia Gómez Español, récord 00:20, archivo 10:*** *"Soy bachiller, conozco a la demandante hace más de 20 años, hemos sido compañeras en Estrellas del Cabello, yo soy manicurista, estuve 24 años, ella es peinadora y maquilladora, cuando llegué a la peluquería ella estaba ahí, trabajábamos de 6 a 2 pm, siempre estuvimos las dos, éramos un grupo y estábamos a las 6 am a 2 o 3 pm, los fines de semanas estábamos hasta las 6 o 7 pm, siempre nos decían que llegáramos a las 6 am, si uno faltaba un día tenía que llamar, siempre tenía que quedar alguien ahí a las 6 am, nos llamaban la atención que porqué faltábamos si teníamos que estar ahí, la cajera nos decía y le informábamos que no podíamos ir, alguien nos cubría el turno, siempre decíamos para que alguien hiciera el turno, si no podíamos estar llamábamos para que lo cubrieran, los turnos estaban listos por las cajeras, llegaban clientas de la peluquería, siempre era de la caja que nos llamaban, no nos permitían hacer domicilio, peor no salíamos, después de la pandemia la gente se dedicó hacer domicilios, siempre todo era en la peluquería, si uno salía debía pagar el 50%, pero no era siempre el domicilio, ella llegó a trabajar en nuestro turno, ella llegó y preguntó que adonde estaban sus cosas, las cosas se las recogieron y no la dejaron atender las clientas, varias estábamos ahí cuando sucedió eso, la remuneración era 50% - 50%,, nos consignaban en la cuenta por nómina, tiene un sistema que registra cuánto trabajamos, en la mañana éramos como 6 o 7 personas, a las 9 llegaban otros, había gente en la tarde, yo era manicurista, siempre estaba Alcira como jeje y luego Fredy, ellos eran los dueños y siempre son los que han estado ahí, ellos dicen que teníamos que hacer, ellos nos mandaban a nosotros, hacían un llamado de atención, la ves que sacaron a Gloria de la peluquería porque Fredy guardo las cosas, eso fue porque Gloria faltaba mucho pero no sé, fecha no sé, ella estaba como antes de la pandemia, Fredy era grosero, Fredy llamaba la atención, el precio que estaba era el estipulado por la peluquería, uno no cobraba, habían 3 turnos, de 6 a 2, de 9 am a 8pm o 3 pm al cierre, las agendas las asignaban en la peluquería o los clientes que llegaran a la peluquería, si me ausentaba tenía que avisarle a la cajera, yo le avisaba que iba a salir, lo hacía por no dejar el turno solo, decía cuánto me demoraba, el jefe es Fredy, él miraba cómo estaba la peluquería y ya, firmé unas cosas pero no sé qué fue, nunca nos daban copia, si uno se enfermaba llamaba, lo regañaban a uno, a mí me sacó Fredy, me dijo que necesitaba el espacio para otra persona, nos daban recibos, yo tenía mi puesto pero siempre había alguien en mi puesto, el arriendo era el lugar que estuviera disponible, a Gloria la cambiaron varias veces, soy amiga de Gloria, siempre compartimos cosas, el horario de Gloria era de 6 am a 2 o 3 pm, varias llegaban temprano, estábamos Martha, Jenny, julio, Patricia, Nubia, Claudia, Clara y las de cafetería y las cajeras, ese era el turno, ese horario no los dieron, siempre madrugábamos varias y yo le decía a alguien de caja cuando no podía ir, no me acuerdo qué pasó con Gloria, ella llegó y Fredy estaba ahí, estábamos en turno, antes de eso no hubo ausencia de Gloria, Alcira y Fredy estaban pendientes de si llegábamos o no, Fredy no nos decía cómo hacer el trabajo, era el espacio en arriendo, ella no me debía cómo hacer el trabajo, cuando llegaba había una niña que preguntaba si iba a terminar el turno, verificaba el tiempo, los productos los llevábamos nosotras, nunca había nada por escrito, todo era verbal, Fredy iba a la semana una o dos horas, él iba un rato y ya, la cajera tenía un registro, ella nos inscribía ahí, o uno mismo se inscribía, uno tenía que mover el turno porque habían clientes, nos movíamos dependiendo el número de clientes, uno hacia turnos y los fines de semana había más flujo de gente, siempre estuve ahí en la peluquería, nunca había reclamado, dependiendo de los turnos subía el sueldo, los fines de semana uno se cuadraba, uno hacia cursos de Bioseguridad, había un protocolo, el puesto quedaba como a 2 o 3 metros".*

semanas hasta las 6 o 7 pm, si uno faltaba un día tenía que llamar, siempre tenía que quedar alguien ahí a las 6 am, les llamaban la atención si faltaban, debían avisar que no iban para que alguien las cubriera en el turno, los turnos estaban listos por las cajeras, llegaban clientas de la peluquería, la remuneración era 50% - 50%, les consignaban en la cuenta por nómina, tienen un sistema que registra cuánto hacen, el precio que estaba estipulado para el servicio era el de peluquería, habían 3 turnos, de 6 a 2, de 9 am a 8pm o 3 pm al cierre, las agendas las asignaban en la peluquería o los clientes que llegaran, el arriendo era el lugar que estuviera disponible, a Gloria la cambiaron varias veces, el horario de Gloria era de 6 am a 2 o 3 pm, varias llegaban temprano, no nos decía cómo hacer el trabajo, era el espacio en arriendo, los productos los llevaban, uno tenía que mover el turno porque habían clientes.

La declarante, **ELIZABETH MEDELLÍN**[6] conoció a la actora por el salón demandado, relató, necesitaba hacerse el arreglo del pelo y preguntó por los servicios y ahí conoció a Gloria Contreras, ella manejaba peinados, el lugar queda ubicado en la 116 a 119 y se llama Estrellas del Cabello, eso fue hace 14 o 15 años, pasó por el salón y de ahí en adelante iba para que la actora la atendiera, la esperaba a ella, eso era en las mañanas entre las 9 u 11 a.m., ella siempre estaba en la mañana, notó en 2 o 3 oportunidades que "Fredy" supervisaba

---

[6] ***Testigo Elizabeth Medellín, récord 09:20, archivo 11:*** *"Conozco a Gloria, somos amigas, algún día bajé por el salón donde ella trabajaba, y por eso la conocí, yo necesitaba hacerme el arreglo del pelo y pregunte por los servicios y ahí conocí a Gloria, ella manejaba peinados, eso es como en la 116 a 119, debajo de la 119, eso se llama Estrellas del Cabello, eso fue como 14 o 15 años, yo pasé por el salón y la distinguí, solicité los permisos de estilista y me dijeron que Gloria estaba disponible, yo iba cada 15 días a que me arreglaran, siempre pedía el servicio en recepción, yo la esperaba a ella, eso era en las mañanas entre las 9 u 11 am, ella siempre estaba en la mañana, noté como en 2 o 3 oportunidades que Fredy supervisaba frecuentemente, él iba como de un lado para otro, yo le pregunté a Gloria y dijo que era para supervisar eso, se me hizo raro, pero él miraba el tiempo que se demoraba, yo empecé a notar eso hace como 8 años largos, incluso le pregunté a Gloria que quién era él, eso fue como en el 2014, yo lo noté con otra persona, yo lo veía que supervisaba a todos el personal, era frecuente, fue mi percepción, yo estaba de afán y vi por los espejos que él dijo algo a Gloria, no sé si es mi percepción pero controlaba los tiempos con las clientes, yo pasé temprano y no la encontré, me dijeron que la había despedido por hacer un domicilio, eso fue como en el 2017 o 2018, eso fue antes de la pandemia, yo la llamé y me dijo que la habían despedido por hacer un domicilio, algún día le pedí el favor y le dijo que estaba prohibido, ella me dijo que les pagaban por un porcentaje, no le preguntaban muchos, creo que era en la Caja Social pero no sé qué tipo de contrato, deduje que tenía un contrato laboral, Gloria me peinaba y hacia maquillaje, yo percibí a Fredy como Jefe, Gloria siempre estaba en diferentes puestos, el pago lo hacía en recepción, Gloria me daba un papel que decía el servicio, nunca le pagué a Gloria, habían días en que la veía con un uniforme blanco y color negro, me parece que compraban el uniforme, la actitud de Fredy fue verbal, yo estaba de afán y la verdad no sabía qué decía Fredy, si uno se pone hablar con la estilista el tiempo se alarga, por eso le dijeron lo del tiempo, pero no sé bien, creo que fue así porque yo me di cuenta por el espejo que él la llamó, yo escuché que dijo que se estaba demorando mucho conmigo a trabajar, eso fue como en el 2014 o 2016, no sé la fecha, siempre me atendía entre las 9 am a las 12 m, yo llegaba y preguntaba por Gloria, yo esperaba que ella terminara si estaba ocupada".*

frecuentemente, él iba de un lado para otro, le preguntó a "Gloria" y dijo que era para supervisar, él miraba el tiempo que se demoraba el servicio, empezó a notar esa situación hace como 8 años, yo veía que supervisaba a todo el personal, era frecuente, fue mi percepción, yo estaba de afán y vi por los espejos que él dijo algo a "Gloria", no sé si es mi percepción pero controlaba los tiempos con las clientes, un día pasé temprano y no la encontré, me dijeron que la había despedido por hacer un domicilio, eso fue como en el 2017 o 2018, antes de la pandemia, yo la llamé y me dijo que la habían despedido por hacer un domicilio, algún día le pedí el favor y le dijo que estaba prohibido, ella me dijo que les pagaban por un porcentaje, deduje que tenía un contrato laboral, yo percibí a "Fredy" como Jefe, la demandante siempre estaba en diferentes puestos, el pago lo hacía en recepción, Gloria me daba un papel que decía el servicio, nunca le pagué a Gloria, habían días en que la veía con un uniforme blanco y color negro, me parece que compraban el uniforme, yo llegaba y preguntaba por "Gloria", yo esperaba que ella terminara si estaba ocupada.

Finalmente, la testigo **LUISA FERNANDA VITAL SÁNCHEZ[7],** exteriorizó, conoció a la demandante cuando ingresó a Estrellas del Cabello en el 2014 más o menos, la veía prestar servicios de cepillado y maquillado, aseguró, cada estilista tiene su lugar de trabajo, se veían cuando coincidían, iba en la tarde y la actora en la mañana, frente a las jornadas o turnos expuso, es un tema muy personal, ya que

---

[7]***Testigo Luisa Fernanda Vital Sánchez, récord 46:00, archivo 11: "****Soy Tecnóloga, conozco a Gloria cuando entré a estrellas del Cabello, yo entre en el 2014 más o menos, vine hacer unas capacitaciones y en el transcurso me quedé en el área de Estética y me quedé, yo conozco a Gloria porque prestaba servicios de cepillado y maquillado, cada uno tiene su parte o su especialidad, cada uno tiene su lugar de trabajo, Gloria cepillaba y hacia maquillaje, yo estaba lejos, yo sigo derecho a mi espacio, nos veíamos cuando coincidíamos, yo venía en la tarde y Gloria en la mañana, lo de las jornadas es un tema muy personal, en mi caso puedo estar una semana dependiendo mis clientes, so yo estoy en Medellín no vengo, todas manejamos eso así, no tenemos que estar en un horario establecido, no se exige un porcentaje, acá eso no se ve, uno agenda con el cliente, el pago se hace en la peluquería porque yo no tengo datafono, la peluquería me da mi porcentaje los martes o miércoles, Gloria es muy amable y querida atendiendo, el que exige es el cliente, es el lazo con el cliente, como Administrador es Fredy, es el dueño, yo me voy y no aviso a nadie y si no vengo a trabajar no gano nada, es mi espacio y el horario lo cuadramos nosotros, todos hacemos domicilios acá, por eso el horario, si sabía que Gloria trabajaba con el esposo y un compañero, no sé porque Gloria se fue, no sé qué hablaron, no me limitan el tiempo, yo soy autónoma y mito cuanto me demoro con el cliente, no tenemos que registrarnos en la peluquería, Gloria es prima segunda de Fredy, no sé la frecuencia de los domicilios de Gloria, no me meto en eso, todos los insumos son de nuestra propiedad, cada uno los compra, los uniformes con sin logo, cada uno los compra, yo los compro en Unicentro, es por Bioseguridad, cada uno lo consigue, no tiene marca, cada uno lo compra y que sea antifluido, no sé cuánto tiempo estuvo Gloria acá, si pasa algo con un cliente, el cliente pone la queja y la cajera lo llama a uno y se intenta hablar con el cliente, no ha pasado entonces no sé, hay un manager cuando se complica algo con el cliente, es Fredy, nosotros somos compañeros del esposo de Gloria, por eso me consta que Gloria hacia servicios con él, yo recomendaba a Gloria porque trabaja super bien, no sé cuánto gana, si el estilista no está el espacio queda ahí, el valor del servicio lo determina cada uno, Gloria determinaba el precio. Gloria vino un día y cogió las cosas, no sé por qué se fue".*

cada uno verifica el tiempo pero informa en el salón la disponibilidad, no se exige un porcentaje, uno agenda con el cliente, uno se va no avisa a nadie y si no va a trabajar no se gana nada, es el espacio de cada uno y el horario lo cuadra cada uno, todos hacen domicilios acá, sé que “Gloria” trabajaba con el esposo y un compañero, cada uno es autónomo y mira cuánto se demora con el cliente, todos los insumos son de nuestra propiedad, cada uno los compra, los uniformes son sin logo, cada uno los compra, yo los compro en Unicentro, es por Bioseguridad, cada uno lo consigue, no tiene marca y que sea antifluido.

Pues bien, es menester precisar respecto de la prueba testimonial recaudada, que será valorada bajo las reglas de la sana crítica, pues recuérdese que la decisión se funda en la libre formación del convencimiento del fallador (artículo 61 del C.P.L.) sin que existan tarifas probatorias o pruebas irrefutables.

En ese orden, se tiene que efectivamente la demandante prestó sus servicios de estilista en la PELUQUERIA ESTRELLAS S.A.S., establecimiento de comercio propiedad de la encartada, por lo que acreditada la prestación del servicio procede la Sala a verificar si la encartada logró desvanecer la presunción legal que cobija a la actora.

Al respecto, de la misma prueba testimonial, se puede colegir, que dicha prestación de servicio no se dio en los términos señalados en el libelo, esto es bajo la continua dependencia y subordinación, pues de las manifestaciones de los testigos, se evidencia claramente, en la ejecución de la labor por parte de la actora, elementos ajenos a los propios de una relación laboral, (tales como ausencia de horario de trabajo, ejecución con elementos propios, ausencia de exclusividad y de órdenes o directrices), por ejemplo nótese que contrario al dicho de la demandante, no se puede acreditar el cumplimiento de horario, pues se tiene que conforme el dicho de las testigos, la demandante coordinaba el día y hora en la que atendía a sus clientes.

Respecto del interrogatorio de parte absuelto por la demandada se extrae que la actora no era sometida a ningún tipo de cumplimientos de horarios u órdenes ya que ella misma tenía plena autonomía para escoger los turnos; horarios que no se puede ver como una imposición de jornada ya que estas zonas horarias eran

comunicadas a las estilistas y ellas mismas tenían la opción de dar conocer cuál se les ajusta a su cotidianidad, es decir, la estilista era la que definía en qué horario podía asistir.

Igualmente, se pudo constatar con la versión rendida, que la demandante ejercía como estilista en peinados y maquillaje en las instalaciones de la demandada por concepto de arrendamiento de espacio, al respecto, debe decirse que esta figura es usualmente empleada en este medio ya que las partes de manera reciproca se ven beneficiadas, es decir, la estilista tiene un sitio donde explotar su experticia y a su vez el establecimiento de comercio al ser públicamente conocido y atraer clientes, puede hacer uso de los profesionales de la belleza y arrienda espacios para ofrecer servicios de belleza; opciones que han considerado los estilistas al tener el dominio del tiempo propio. Aunado, la demandante fue clara en exponer que el turno de la mañana lo escogió porque era el que se acomodaba a sus necesidades, aceptando que le dieron la opción de dicha jornada al ingresar a la peluquería por parte de la señora Alcira Contreras, quien era la dueña, agregó, debía llevar sus propios insumos o herramientas de trabajo ya que solo le proporcionaban el espacio por el cual se pagaba un porcentaje, dependiendo de los servicios efectuados.

Por su parte, la testigo **MARTHA PATRICIA COLMENARES** ofreció credibilidad y autenticidad en su dicho ya que otorgó respuestas claras a los abogados de las partes, nótese en la declaración que esta deponente tiene conocimiento amplio sobre los aspectos propios de la contratación al prestar los servicios en la peluquería desde hace 15 años, tiempo suficiente que permite inferir si existieron o no situaciones de subordinación, encontrándose al efecto, que la peluquería arrienda un espacio a cada estilista para que atienda los clientes que llegan de manera esporádica y/o los que agendan cita con los estilistas de manera directa o por medio de la recepción de la peluquería, de acuerdo a las necesidades requeridas. Igualmente, dio claridad frente al manejo propio que le da cada estilista a las citas, desprendiéndose una facilidad de cada uno para realizar los servicios que pactaron con los clientes, sea en las instalaciones de la peluquería o domicilio, además, aseguró que los implementos, uniformes, y demás aspectos necesarios para llevar a cabo la actividad (peinados y maquillaje) debían ser adquiridos por cada uno.

En igual sentido, la declarante **LUISA FERNANDA VITAL SÁNCHEZ,** revistió claridad e imparcialidad, pues respondió de manera clara y segura, corroborando que la peluquería alquila el espacio a los estilistas y cada uno suministran sus recursos y pagan un porcentaje por ello, adicionalmente, en varias oportunidades aseguró que no hay exigencias de horarios, turnos o similares, y que si no acudían un día a la peluquería o lo que a bien quisieran no había consecuencias, salvo, el valor de los servicios ya que si no trabajaban no ganaban.

Advirtiéndose, esta prueba testimonial (**MARTHA PATRICIA COLMENARES** y **LUISA FERNANDA VITAL SÁNCHEZ**) goza de plena credibilidad por parte de esta Sala de decisión dado que a las declarantes les consta de manera directa los hechos narrados por cuanto desarrollaron su profesión en el Salón de la Belleza de la empresa demandada, por lo menos para la calenda en que la actora prestó sus servicios y en ese orden conocen de primera mano la forma en que se ejecutó su función como estilista, además fueron espontáneos, dando la razón de su dicho sin que se percibiera ánimo de favorecer alguna de las partes.

En otro giro, la testigo **SANDRA PATRICIA GÓMEZ ESPAÑOL** quien conoció a la demandante hace más de 20 años al ser compañera en la peluquería, aunque intentó referir al comienzo de la declaración que le daban órdenes y le asignaban un horario al devenir de la declaración dejó entrever que las estilistas son las que deben llevar sus propios insumos para realizar la actividad en la que se especializan, que la peluquería les arrienda un espacio para que ejerzan sus actividades, a cambio del pago de un porcentaje que asciende al 50% o 55%, teniendo que informar si iban a salir con el fin de dejar un reemplazo en turno, es decir, no tenían que realizar la labor determinada estilista, sino, por el contrario, podían asignar a un compañero, es decir, era a mutuo propio que las estilistas optaban por hacer el servicio. Básicamente, se debe advertir, esta deponente se limitó a exponer situaciones relacionadas con el señor “Fredy”, las cuales no serán analizadas por no ser objeto del litigio.

Frente a la declaración de la señora **ELIZABETH MEDELLIN**, debe advertirse que se dirigió a dar opiniones personales, pues lo único que le consta en calidad de cliente de la peluquería gira en torno al servicio que le brindaba la demandante entre las 9 a 11 a.m. de peinado y maquillaje cada 15 días o 1 vez al mes durante

8 años, aproximadamente, situación que no permite concluir hechos o conductas reales que hubiese podido surgir entre las partes, puntualmente, esta testigo hizo mención de una situación específica como la revisión que hizo eventualmente el señor “Fredy”, momento del cual no se tuvo certeza de qué se dijo, pues solo fue una “suposición” de la cliente, restándole solidez a su dicho.

En cuanto a la prueba documental arrimada, debe decirse, solo acredita que la demandante percibía unos pagos en la cuenta bancaria de la entidad financiera AV Villas, sin embargo, no se hizo en la demanda un análisis sobre quién le consignaba, qué sumas y la periodicidad, siendo válido advertir, no se logró establecer cuál fue la finalidad de dicha prueba. En cuanto a las 2 certificaciones aportadas y suscritas por la demandada, las cuales no fueron desconocidas, las mismas acreditan los pagos por los servicios prestados a la demandante, según cuentas contables, situación que no ha sido desconocida en esta litis.

En este orden de ideas, conforme a la prueba recaudada tanto documental como testimonial, es claro que la sociedad accionada logró desvirtuar el elemento de subordinación requerido para que se configure un verdadero contrato de trabajo, desvaneciendo la presunción que cobijaba a la actora, atendiendo a la realidad de cómo se ejecutó la actividad. Así, se establece que la función de ESTILISTA no era ejecutada por la accionante bajo las órdenes por parte de la Peluquería Estrellas S.A.S. respecto del modo o forma de hacer su función, esto es, ninguna injerencia tuvo la demandada respecto de cómo ésta se debía efectuar, en tanto dichos conocimientos son propios de la experticia de la demandante, sin que ello sea en todo caso lo determinante pues, tampoco se encuentran elementos individuales que en suma permitan acreditar la configuración de ésta.

Y solo en gracia de la discusión, de entender que la demandante desarrollaba sus funciones en el horario de apertura y cierre de la Peluquería los viernes y sábado como lo aduce en su interrogatorio, ello por sí solo no conlleva a la mencionada subordinación, puesto que el horario no es una característica exclusiva de una relación de dependencia, en tanto en otro tipo de contrataciones como en la del caso bajo estudio puede ser necesaria y aun indispensable para el cumplimiento del objeto social de la demandada, sin que ello conlleve a la existencia de un contrato de trabajo, lo cual constituye tan sólo una circunstancia lógica y propia de

la función inherente a la demandada, sin que desempeñar las funciones de estilista dentro del horario asignado por la accionada, implique el encubrimiento de un ilegal fraude para camuflar una vinculación laboral subordinada con el propósito de evadir las consecuencias de la misma.

Sobre este punto ha sostenido la Corte Suprema de Justicia que "*a pesar de ser el cumplimiento de un horario de trabajo, un indicativo de la subordinación, tal hecho no hace concluir forzosamente la existencia de la subordinación cuando del análisis de otros medios probatorios el juzgador deduce que, en realidad, existió una prestación de servicios personales de carácter independiente y autónoma (CSJ SL8434-2014; CSJ SL14481-2014).*". Sentencia SL11661 del 5 de agosto del 2015.

Asimismo, en aras de determinar la existencia de una relación de trabajo subordinada, es oportuno acudir a la "***técnica de indicios*",** tal como lo ha enseñado la Corte Suprema de Justicia en la Sala Laboral (SL1439-2021), es decir, se debe analizar si existen criterios que denoten un vínculo laboral dependiente, tales como el cumplimiento de órdenes en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imposición de reglamentos. Puntualmente la Alta Corporación estimó:

> *"La Sala Laboral ha identificado algunos indicios relacionados en la Recomendación n.° 198 de la OIT que, sin olvidar su carácter relativo o circunstancial, no exhaustivo y dinámico, pueden ser útiles para descifrar una relación de trabajo subordinada. De esta forma, ha considerado como tales la prestación del servicio según el control y supervisión de otra persona (CSJ SL4479-2020); la exclusividad (CSJ SL460-2021); la disponibilidad del trabajador (CSJ SL2585-2019); la concesión de vacaciones (CSJ SL6621-2017); la aplicación de sanciones disciplinarias (CSJ SL2555-2015); cierta continuidad del trabajo (CSJ SL981-2019); el cumplimiento de una jornada u horario de trabajo (CSJ SL981-2019); realización del trabajo en los locales o lugares definidos por el del beneficiario del servicio (CSJ SL4344-2020); el suministro de herramientas y materiales (CSJ SL981-2019); el hecho de que exista un solo beneficiario de los servicios (CSJ SL4479-2020); el desempeño de un cargo en la estructura empresarial (SL, 24 ag. 2010, rad. 34393); la terminación libre del contrato (CSJ SL6621-2017) y la integración del trabajador en la organización de la empresa (CSJ SL4479-2020 y CSJ SL5042-2020)".*

En aplicación de lo anterior, encuentra esta Sala que la demandante contaba con total autonomía en la prestación de sus servicios en tanto la labor era ejecutada con sus propias herramientas de trabajo y los insumos eran adquiridos de su

peculio, además tenía la potestad de faltar al establecimiento de comercio ya que como lo refieren los deponentes si no atendía los turnos pues no generaba factura alguna para ser cobrada y ello se debía a los domicilios que se encontraba haciendo. Recordando la Sala en este aspecto, el contrato de trabajo es de medios y por ende es el empleador el encargado de suministrar los elementos para desarrollar las correspondientes funciones, lo cual en manera alguna se probó en autos, toda vez que conforme lo refirieron los testigos ya reseñados la misma estilista era quien proporcionaba todos los materiales para desarrollar su labor, infiriéndose de esta manera se trataba de vinculo ajeno al laboral. En suma, la propia demandante informó dicha situación.

En la misma dirección, tampoco se advierte subordinación a causa del uso de uniformes y de los llamados de atención verbales que aseguró la actora se le efectuaron, pues si bien pudieron corresponder a faltas en las jornadas como lo señala la accionante en su interrogatorio, los mismos no lucen desacertados pues la demandada debía velar por la buena imagen y que la prestación de los servicios ofrecidos a sus clientes fuera de excelente calidad.

De esta manera, se itera si bien hubo una prestación personal del servicio por parte de la promotora del litigio, lo cierto es que dicha prestación personal de servicio se dio con plena autonomía, y conforme a los conocimientos especiales que posee la actora en su área, sin que pueda darse aplicación a la presunción legal establecida en el artículo 24 del C.S.T., pues en suma, lo que se desprende en la realidad vista en autos es que el elemento subordinación se desvaneció conforme el análisis íntegro de las pruebas que se realizó, derivando de esta manera la inaplicabilidad de la presunción en comento.

Así las cosas, agotada como se encuentra esta instancia por el estudio de los motivos objeto de apelación, habiéndose arribado a las mismas conclusiones expuestas por el juez a quo, lo que se sigue es la confirmación de la sentencia de primer grado.

COSTAS en esta instancia a cargo de la demandante.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juez 37 Laboral del Circuito de Bogotá de conformidad con las motivaciones precedentemente expuestas.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

AGENCIAS EN DERECHO: Se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de $1.160.000, la cual deberá ser incluida en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL

BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR OSCAR OMAR ROBAYO SAAVEDRA CONTRA BAVARIA S.A. Y COMO VINCULADA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- (RAD. 37 2021 00262 01).

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

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

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida por el Juez Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 30 de noviembre del 2022 (17ActaAudiecia, récord 17:07) en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO: DECLARAR*** *probada la excepción de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido; en consecuencia,* ***ABSOLVER*** *a la empresa* ***BAVARIA S.A****. y a la* ***ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES*** *de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el señor* ***ÓSCAR OMAR ROBAYO SAAVEDRA*** *de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de la decisión.*
>
> ***SEGUNDO: COSTAS*** *a cargo de la parte demandante se fijan como agencias en derecho la suma de $100.000, cifra que será liquidada en su debida oportunidad procesal por parte de secretaría.".*

Inconforme con la decisión el apoderado de la parte actora recurrió la decisión señalando[1], el juzgado para dar su fallo definitivo tomó unos presupuestos y habla

[1] ***Apoderado Parte Demandante (récord, 18:27)****: "Muchas gracias, señor juez, pues señor juez, teniendo la oportunidad procesal se presenta recurso de apelación en contra de la sentencia, la cual entró a sustentar:*

de los interrogatorios y declaraciones extra-juicio realizadas por los testigos, declaraciones que no tuvieron validez para el juez, al manifestar que los testigos no trabajaron en la misma área en que desarrolló la labor el demandante. Así mismo, el fallador omitió o desconoció que las 3 personas que fungieron como testigos, hicieron parte del Sindicato de Trabajadores de Bavaria para la fecha en que el actor pertenecía a la empresa BAVARIA, hecho que los pone en contacto de manera continua como cualquier sindicato, y entonces por el despido injustificado de una persona perteneciente al sindicato, es apenas natural que los miembros del sindicato y sobre todo las personas que fueron directivos para la época, conocieran sobre los hechos a profundidad.

Añadió, si bien es cierto, el despacho consideró que el simple testimonio no da una certeza para determinar si existió o no una relación laboral durante el periodo

---

Dentro de la sustentación del juzgado para dar su fallo definitivo encontramos que toma unos presupuestos y habla de los interrogatorios y declaraciones extra-juicio realizadas por los testigos. Dentro de esta, si bien podemos ver el juzgado indica que no les puede dar tampoco validez, dado que se evidencia que las personas no trabajaron en la misma área en que desarrolló la labor en mi prohijado. Sin embargo, el juzgado omite o desconoció que las 3 personas que se llamaron como testigos, fueron e hicieron parte del Sindicato de Trabajadores de Bavaria para la fecha en que mi prohijado hacía parte de la empresa BAVARIA, hecho que los pone en contacto de manera continua como de cualquier sindicato, y entonces el despido injustificado de una persona perteneciente al sindicato, es apenas natural que los miembros del sindicato y sobre todo las personas que fueron directivos para la época, conocieran del hecho a profundidad, por lo cuanto para esta defensa, pues no es de muchos recibo decir que el hecho de que no trabajaran en la misma área desvirtuara el testimonio que indicaron las personas.

Si bien es cierto, el despacho considera que el simple testimonio no da una certeza para determinar si existió o no relación laboral durante ese año, ese trabajo si da una presunción de que realmente existió un reintegro al señor OSCAR OMAR ROBAYO, dado que se evidencian los pagos de Seguridad Social, donde estuvo trabajando, hay un tiempo sin cotizar y vuelve a entrar en cotización. A esto, en el interrogatorio de parte que se le realizó a la demandada y el interrogatorio que le realizó el despacho a la demandada Bavaria, la demandada manifestó no constarle si trabajó o no trabajó, que no contaba con registros y que no tenía ninguna certificación de esos tiempos, por cuanto no podía certificar si el señor Óscar Omar Robayo, trabajó o no trabajó, es de anotar, señor juez, que por la calidad y las facultades que le ha otorgado el legislador al Juez Laboral, el cual es una de sus principales facultades, es proteger y velar por los derechos del empleado, quién es el que está en una posición de garante o desfavorable frente al empleador opera el in dubio pro operario, es decir, que las dudas se deben resolver a favor del empleado. En este caso señor juez, al no existir una certeza por parte de la entidad demandada, abre la brecha a esta posibilidad toda vez que la demanda tampoco tiene certeza, si el señor Óscar Omar Robayo trabajó o no trabajó, pero el señor Óscar Omar Robayo, sí manifestó que él fue reintegrado bajo sentencia judicial y no se logró o no se avisó que se le haya demostrado que estaba mintiendo, se había demostrado las afirmaciones del señor Oscar Omar Robayo.

Por último, señor juez, es de acordar al despacho que la demanda se impetró únicamente contra la empresa Bavaria, no contra la entidad Colpensiones y que la entidad Colpensiones fue integrada a la litis por una orden de este despacho, por lo que consideramos también la sanción en costas a favor de esta entidad, pues no debe proceder, dado que no fue mi prohijado el que animó la controversia contra esta entidad.

En este sentido, señores Magistrados del Tribunal Laboral de Bogotá yo solicito conceda el recurso de apelación y en consecuencia decreten que efectivamente el señor Óscar Omar Robayo, trabajó en los periodos demandados a fin de que él pueda tener el acceso a su pensión, el cual es su única pretensión, como se indicó en los alegatos de conclusión, el señor Óscar Omar Rayo está reclamando, ni salarios ni nada, sino por el contrario, como lo confesó en audiencia, el recibió los pagos dejados de pagar dentro de ese periodo, pero por su ignorancia y por falta de previsión, no cayó en cuenta de revisar los aportes a Seguridad Social, gracias".

reclamado, ese trabajo sí da una presunción de que realmente existió un reintegro a favor del señor OSCAR OMAR ROBAYO, dado que se evidencian los pagos de Seguridad Social, donde estuvo trabajando y existe un tiempo sin cotizar. Agregó, en el interrogatorio de parte absuelto por la representante legal de Bavaria, ésta manifestó no constarle si el actor trabajó en las épocas reclamadas al no contar con registros y no tener certificación de esos tiempos.

Anotó, por la calidad y las facultades que le ha otorgado el legislador al Juez Laboral, el cual es una de sus principales facultades, debe proteger y velar por los derechos del empleado, quién es el que está en una posición de garante o desfavorable frente al empleador, razón por la cual consideró, opera el principio in dubio pro operario, es decir, que las dudas se deben resolver a favor del empleado. En este caso refirió, al no existir una certeza por parte de la empresa demandada, abre la brecha a esta posibilidad toda vez que la enjuiciada tampoco tiene certeza, si el señor Óscar Omar Robayo trabajó, en cambio, el demandante, manifestó que él fue reintegrado por sentencia judicial y no se logró demostrar que estaba mintiendo.

Por otra parte, expuso, la demanda se impetró únicamente contra la empresa Bavaria y no contra Colpensiones ya que esta entidad fue integrada a la litis por una orden del despacho, por lo que no es dable la condena en costas.

Finalizó solicitando, se declare que efectivamente el señor Óscar Omar Robayo, trabajó en los periodos demandados a fin de que él pueda tener el acceso a su pensión, el cual es su única pretensión, pues no se persigue salarios ni ningún rubro similar, por el contrario, el actor recibió los pagos dentro de ese periodo, pero por su ignorancia y por falta de previsión, no cayó en cuenta de revisar los aportes a Seguridad Social.

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante, señor OSCAR OMAR ROBAYO SAAVEDRA, las pretensiones relacionadas a página 3 del archivo 01, las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos expuestos en las

páginas 2 a 3, ibidem, encaminadas a que se ordene a la empresa BAVARIA que realice el pago y reporte las semanas dejadas de pagar, correspondiente a los periodos del **08 de junio de 1979 y el 06 de julio de 1981**. **Obteniendo sentencia de primera instancia desfavorable a sus aspiraciones,** por cuanto, se declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido y consecuente con ello, se absolvió a la empresa BAVARIA S.A. y a COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra. Asimismo, el a quo condenó en costas a la parte actora en cuantía de $100.000.

Lo anterior, tras considerar el juzgador, el demandante no probó que para los periodos reclamados, estos son, 08 de junio de 1979 al 06 de julio de 1981, hubiese prestado los servicios de manera personal a favor de BAVARIA S.A. para que operara la presunción prevista en el artículo 24 del C.S.T., narró, los testigos recepcionados no dieron certeza de la existencia de una verdadera relación laboral en las fechas anheladas, pues no indicaron modo, tiempo y lugar, en que se ejecutaron las labores de manera concreta, siendo evidente que no laboraron en la misma área del actor, no lográndose probar entonces la prestación personal del servicio, además, los declarantes no vieron o conocieron la sentencia que ordenó el aludido reintegro laboral, pues el conocimiento sobre dicha situación fue por comentarios de terceras personas. Resaltó el fallador, no se aportó al plenario la sentencia o demás documentos vinculantes en este punto, los cuales permitan establecer que el actor sí fue reintegrado en los extremos pretendidos.

De esta forma estableció, entre las partes de la litis existieron dos relaciones en las siguientes fechas:

a) Primera relación laboral: 01 de agosto de 1977 hasta el 08 de junio de 1979.
b) Segunda relación laboral: 06 de julio 1981 hasta el 31 de agosto de 1983.

No pudiendo así acceder a las pretensiones deprecadas por el actor, relacionada con el pago del cálculo actuarial del 08 de junio de 1979 al 06 de julio de 1981.

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

extremos temporales de la relación y el salario devengado, resultaría factible efectuar las liquidaciones a que hubiere lugar.

De conformidad con lo anterior, la controversia que se trae a los estrados apunta a determinar si entre el señor OSCAR OMAR ROBAYO SAAVEDRA y la sociedad enjuciada BAVARIA S.A., existió un contrato de trabajo entre el 08 de junio de 1979 y 06 de julio de 1981, advirtiéndose, el juez de primera instancia no encontró demostrada la existencia del vínculo laboral entre las partes al no encontrar probada la prestación del servicio por el actor en las fechas incoadas en el libelo. Esto con el fin de verificar la procedencia de la única pretensión relacionada en la demanda y que se ciñe al pago del cálculo actuarial al subsistema de pensiones.

Por lo anterior, precisa la Sala, no tiene importancia la denominación que le asignen las partes a la actividad desarrollada, ni que esté regida por estipulaciones especiales, pues lo que configura el contrato de trabajo es la forma como se ejecuta la prestación, es decir, debe hacerse primar la realidad sobre la apariencia formal, de acuerdo con el artículo 53 Constitucional y el entendimiento jurisprudencial y doctrinal en torno al tema.

Pues bien, inicialmente debe precisarse por no haber sido aceptados los hechos de la demanda, entre ellos el referido a la prestación personal del servicio en los términos aducidos por el extremo demandante (08 de junio de 1979 al 06 de julio de 1981), aunado a que también se señala en la apelación la existencia de tal prestación de servicio a favor de la sociedad accionada, corresponde en primer lugar a la Sala definir si en autos reposa prueba de la misma y, de ser así, dada la ventaja probatoria consagrada en el artículo 24 del C. S. del T., se podría presumir la existencia de un contrato de trabajo entre el señor OSCAR OMAR ROBAYO SAAVEDRA y la enjuiciada, correspondiendo por tanto a ésta última desvirtuar su existencia. Al respecto, puede consultarse la sentencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, dictada dentro del radicado 32701[2]. Igualmente, se

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

A juicio de la Sala, la anterior interpretación del artículo 24 que hizo el ad quem, no ofrece reparo alguno, pues esa es la intelección genuina que se desprende del texto legal, cuya finalidad no es otra que aliviar la carga probatoria que normalmente pesaría sobre el trabajador de demostrar los elementos que configuran el contrato de trabajo, esto como medida protectora de la parte débil en la relación laboral."

puede acudir al contenido de la sentencia CSJ SL547-2023, donde expresó: "*Acreditada la prestación personal del servicio, se presume la existencia de la subordinación laboral, por tanto, corresponde al empleador desvirtuarla demostrando que el trabajo se realizó de manera autónoma e independiente.".*

Sobre este mismo punto, en sentencia CSJ SL652-2023, se reiteró: "*Quien pretenda la declaratoria de un contrato de trabajo, debe acreditar, por lo menos la prestación personal del servicio y los extremos temporales en los cuales afirma se desarrolló la labor, para dar aplicación a la presunción contenida en el artículo 24 del C.S.T.".*

Acatando lo anterior, procede la Sala con el análisis del acervo probatorio vertido en autos del cual se destacan los siguientes documentales:

- Derecho de petición radicado por el demandante en las instalaciones de la demandada en fecha 31 de mayo de 2019, con el fin de solicitar el pago del cálculo actuarial. (páginas 9 a 12, archivo 01).

- Escrito del 29 de octubre de 2016, dirigido al Consejo Superior de la Judicatura, solicitando el desarchive del proceso que ordenó el reintegro del demandante, sin que se indiquen datos del proceso. (páginas 13 a 14, archivo 01).

- Escrito del 21 de octubre de 2016, dirigido al Juzgado 4º Laboral del Circuito de Bogotá solicitando el desarchive del proceso que ordenó el reintegro del demandante, sin que se indiquen datos del proceso. (páginas 15 a 16, archivo 01).

- Escrito del 21 de octubre de 2016, dirigido al Juzgado 5º Laboral del Circuito de Bogotá solicitando el desarchive del proceso que ordenó el reintegro del demandante, sin que se indiquen datos del proceso. (páginas 17 a 18, archivo 01).

- Resumen de semanas cotizadas en Colpensiones actualizadas al 4 de febrero de 2015 (páginas 19 a 23, archivo 01) y del 13 de abril de 2016 (páginas 66 a 69, archivo 11).

- Declaraciones rendidas por los señores GUSTAVO GARZÓN CORREDOR, JOSÉ PARMENIO BAQUERO GUTIÉRREZ y JORGE ENRIQUE SANTOS HERNANDÉZ CARRILLO de fecha 31 de enero de 2010. (páginas 24 a 26, archivo 01).

- Derecho de petición radicado en Colpensiones el 27 de septiembre de 2016 bajo radicado 2016_11335918, por medio del cual la encartada solicita le sea expedida constancia de aportes pensionales del demandante en los extremos 1º de agosto de 1977 al 1o de septiembre de 1983 (página 62, archivo 11).

- Respuesta otorgada por BAVARIA S.A. al demandante en fecha 28 de abril de 2016, por medio de la cual le informó que no fue posible la obtención de la historia laboral en las fechas reclamadas. (páginas 63 y 66, archivo 11).

Con el fin de surtir la etapa probatoria, el juzgador de primer grado recepcionó el interrogatorio de parte a la representante legal de la demandada[3], quién manifestó, en los archivos de la empresa registra que el demandante ejecutó dos contratos de trabajo, por lo que, la interrupción del contrato se pudo constatar, no se encuentra ningún soporte relacionado con la existencia de un proceso en contra de la empresa y que como consecuencia se ordenara un reintegro, la información aportada en la contestación es la única información con la que cuenta la empresa, es más, se registró la novedad de retiro cuando finalizó cada contrato sin observar continuidad alguna.

Por su parte, el demandante[4] al absolver interrogatorio adujo no recordar el valor de la liquidación, sin embargo, aseguró que le pagaron las prestaciones en la

---

[3] ***Interrogatorio de parte RL, récord 02:26, parte 2:*** "*Se debe poner de presente que en los archivos de la empresa se registra que con el demandante se desarrollaron dos contratos, la interrupción del contrato no se pudo constatar, no se encuentra ningún soporte de que haya existido un proceso en contra de la empresa y que se haya ordenado un reintegro, tengo entendido que él ha presentado derechos de petición a la empresa solicitando dichos documentos pero se cuenta con el contrato de trabajo en su momento, pero esa es la única información con la que cuenta la empresa, se hizo la novedad de retiro cuando se interrumpió el contrato".*

[4] ***Interrogatorio al demandante, récord 07:39:*** *"Cuando trabajaba en Bavaria era Obrero, no recuerdo el valor de la liquidación pero recuerdo que me las pagaron las prestaciones en 1981, el segundo contrato terminó pero no me acuerdo el monto, el segundo contrato el 31 de agosto de 1983 no recuerdo valores de liquidación, yo interpuse una demanda en 1979 una demanda más o menos en el mes de agosto o julio, el reintegro lo ordenó un juzgado laboral y en últimas el Tribunal Laboral de Bogotá, el reintegro se ordenó el 3 o 4 de julio de 1981, yo inicié una demanda en 1979 y luego en 1981 se inició otra luego de haber sido despedido injustamente, inicié en Bavaria en 1977, fue despedido en junio de 1979, inicié una demanda en julio de 1979 y fue fallada a mi favor en julio de 1981, a partir de ahí laboré hasta agosto de 1983 y fui despedido nuevamente e inicie otra demanda que fue fallada en contra mía por fuera sindical, ambas demandas fueron por fuero sindical en una era integrante de la Comisión de Reclamos y se presentó la*

anualidad 1981, que el segundo contrato terminó el 31 de agosto de 1983, interpuso una demanda en el año 1979 más o menos en el mes de agosto o julio, donde se ordenó un reintegro por parte de un juzgado laboral y el Tribunal Laboral de Bogotá, decisión que se produjo el 3 o 4 de julio de 1981. Adicionó, inició una demanda en el año 1979 y luego otra, en 1981 por haber sido despedido injustamente en junio de 1979, ambas demandas fueron por fuero sindical, en una, era integrante de la Comisión de Reclamos, y la otra por ser vicepresidente de la Junta Directiva del Sindicato, reintegrándose en julio de 1981 hasta 1983 junto con el pago de brazos caídos y cancelación de todas las obligaciones que Bavaria tenía en su momento.

Aunado a ello, los testigos recepcionados por el a quo, informaron, en síntesis:

GUSTAVO GARZÓN CORREDOR, conoció al demandante desde que ingresó a la empresa Bavaria en el año 1977, laboraron ahí en diferentes áreas, teniendo una amistad y practicaban deporte juntos, luego, el demandante salió de la empresa y siguieron con la amistad, Oscar Omar entró con un grupo grande de trabajadores en 1977 porque la producción era grande y trabajaban en un solo turno porque había aumento de producción, pertenecían a SINALTRABAVARIA, en 1978 la junta nombró al actor en la Comisión de Reclamos, era algo social, en **j**unio o julio de 1989 fue desvinculado de la empresa por rumores que no pudieron comprobar, el deponente ingresó en 1980 a ser parte de la Junta Directiva del Sindicato, en 1981 Oscar Omar ganó reintegro y por fallo le pagaron sus emolumentos, en 1983 hubo cambio de Junta Directiva y nombraron a Oscar para que no lo despidieran, en el mes de agosto por un reclamo que Oscar llevó a cabo en un Comité ejecutivo por descansos le pasaron la carta para cancelación del contrato, luego vino la reclamación, en la demanda no intervinieron como sindicato pero estuvieron al tanto por parte del Comité Ejecutivo, no recordó haber leído el fallo, así como aseguró no existir soportes de los fallos emitidos, dado que la seccional del sindicato se acabó.

El señor **JORGE GOYENECHE**, quién fue recepcionado conforme a las facultades oficiosas que le asiste al juez de primera instancia, relató[5], ingresó a la empresa

---

demanda, luego en 1981 era por fuero al ser Vicepresidente de la Junta Directiva del Sindicato, me reintegré en julio de 1981 hasta 1983, el juzgado ordenó reintegro inmediato, pago de brazos caídos y cancelación de todas las obligaciones que Bavaria tenía en su momento".

[5] ***JORGE GOYENECHE**, récord 45:57, parte 2: "Entré a la empresa en 1980 en el cargo de oficios varios, lo conocí cuando lo reintegraron aunque no recuerdo la fecha, sé que por sentencia judicial fue despedido*

en 1980 para el cargo de oficios varios, conociendo al demandante cuando lo reintegraron sin recordar la fecha, supo que por sentencia judicial fue despedido con justa causa, este conocimiento lo obtuvo por comentarios de compañeros, trabajaron en el mismo turno, adicionó, el actor fue reintegrado porque estaba con fuero sindical, no conoció la sentencia, el actor estaba en un Sindicato, con posterioridad al reintegro un supervisor le dijo que había que tener cuidado con él porque había sido reintegrado.

Finalmente, el deponente **JOSÉ PARMENIO BAQUERO GUTIÉRREZ**, expresó[6], conoció a Oscar Omar porque trabajaron juntos en Bavaria, el deponente entró a la empresa el 17 de enero de 1978, trabajando durante 24 años en el cargo de oficios varios, conoció al demandante haciendo lo mismo ya que trabajaba en el depósito en envase y cerveza, además, dijo que el demandante había sido etiquetador hasta el año 1979, supo que lo despidieron y luego lo reintegraron porque interpuso una demanda en 1981, desconoce el juzgado, solo sabe que lo reintegraron en 1983.

Así las cosas, del análisis de los medios de convicción recaudados y valorados bajo las reglas de la sana critica, pues recuérdese que la decisión se funda en la libre formación del convencimiento del fallador *(artículo 61 del C.P.L.),* sin que existan tarifas probatorias o pruebas irrefutables, advierte esta Sala de decisión, las mismas resultan precarias para acreditar la prestación del servicio por parte del señor OSCAR OMAR ROBAYO SAAVEDRA en favor de la sociedad demandada Bavaria S.A. en el periodo comprendido del 8 de junio de 1979 al 6 de julio de 1981, pues no se aportó un medio de convicción diferente que apoye la versión dada por el demandante; pues si bien con apoyo en los hechos de la demanda, interrogatorio y pruebas documentales adujo que laboró para la enjuciada de manera continua e ininterrumpida, lo cierto es que no se acreditó que el señor

---

con justa causa, lo conocí por comentarios, tuvimos que trabajar en el mismo turno, él fue reintegrado porque estaba con fuero sindical, no sé la sentencia, lo sé por comentarios de compañeros, el estaba en un Sindicato, la sentencia no la leí, luego de que él había sido reintegrado un supervisor me dijo que había que tener cuidado con él, inicialmente nos dijeron que iba hacer las labores normal y que tenía fuero sindical, en el sindicato dijeron que le habían pagado todo".

[6] ***JOSÉ PARMENIO BAQUERO GUTIÉRREZ**, exclamó[6] récord 55:51, parte 2: "Conocí a Oscar porque trabajó en Bavaria conmigo, yo entre el 17 de enero de 1978 a Bavaria,, trabaje 24 años, yo estaba en oficios varios, al demandante lo conocí haciendo lo mismo, él trabajaba en el depósito en envase y cerveza, era etiquetador, él trabajaba en Bavaria, trabajó hasta 1979 que lo despidieron, luego lo reintegraron, como le cancelaron el contrato me imagino que interpuso una demanda y lo reintegraron en 1981, yo estaba en la Junta Directiva porque era Secretaria, no sé el juzgado, solo sé que lo reintegraron en 1983, seguridad social como que Bavaria no le pagó, esa parte de no corroboró por parte del Sindicato, creo que no".*

OSCAR OMAR ROBAYO SAAVEDRA hubiese sido reintegrado el 8 de junio de 1979, resultando huérfano su argumento.

Nótese, con las pruebas documentales, el actor solo demostró que radicó peticiones en los juzgados 4º y 5º Laborales de esta ciudad y ante el Consejo Superior de la Judicatura para obtener copias de un proceso, del cual no tiene radicado, siendo incluso, titular del mismo, lo que permite inferir que no tiene certeza del proceso que interpuso en su momento y las fechas en que se pudieron emitir las decisiones por parte de los operadores judiciales.

Si bien, el propio demandante insistió en haber laborado de manera continua, debe advertirse que no obra prueba que sustente dicha súplica, pues llama la atención que no aportó documento alguno dirigido a acreditar la vinculación con el sindicato SINALTRABAVARIA, así como se echa de menos las decisiones emitidas en el proceso de fuero sindical que instauró en su momento, siendo para esta Sala una prueba *sine qua non,* pues no se puede pretender el pago de unos aportes pensionales sin acreditar o allegar la prueba que otorgó el derecho reclamado.

Adicionalmente, llama la atención de esta Corporación la falta de actividad probatoria del actor, dado que, si bien no pudo tener acceso a las copias del proceso de fuero sindical que cursó en el año 1979, según su dicho, pudo recaudar pruebas dirigidas a demostrar que dicho hecho sí ocurrió, por ejemplo, informar qué abogado asistió el proceso y citarlo como testigo, entre otras técnicas de defensa que pudo haber empleado con ayuda del profesional que lo asiste.

Ahora bien, con relación a los testigos recepcionados, debe advertirse ninguno conoció el proceso o tuvo acceso visual u oral a la providencia que ordenó el aludido reintegro del demandante para las épocas ya dichas, pues en sus declaraciones se limitaron a señalar que: "*me contaron los compañeros o el demandante*", sumado a que ninguno coincidió en las fechas del posible reintegro ya que se contradijeron entre sí. En este punto, no existe discusión que el actor sostuvo 2 contratos de trabajo con Bavaria S.A. y los 3 deponentes hicieron mención de dicha situación, sin embargo, no se puede extraer de las declaraciones las **fechas exactas** en que vieron prestando el servicio al demandante al dar las respuestas de manera general.

Puntualmente, conviene acotar el declarante **GUSTAVO GARZÓN CORREDOR**, afirmó conocer al demandante desde que ingresó a la empresa Bavaria en el año 1977, luego, exclamó, en el mes de junio o julio de 1989 fue desvinculado de la empresa por rumores que no se pudieron comprobar, siendo esta fecha incorrecta ya que el extremo final del segundo contrato y sobre el cual no existe discusión data del 31 de agosto de 1983. Concretamente, este informante al suscribir el documento que obra a página 24 del archivo 01, se contradice con la versión dada ante el a quo, pues en el citado documento afirmó que el señor OSCAR OMAR fue reintegrado desde 1981 hasta el año 1983.

Igual contradicción presentó el señor JOSE PARMENIO BAQUERO GUTIÈRREZ ya que exhibió, el demandante interpuso una demanda en 1981 y lo reintegraron en 1983, última anualidad que no fue objeto del supuesto reintegro ya que en la demanda se alega como fecha de dicho acto el 8 de junio de 1979 al 06 de julio de 1981, es decir, a través de esta litis no se pretende un extremo más allá del 06 de julio de 1983 y éste deponente indicó lo contrario.

En cuanto a la declaración ofrecida por el señor JORGE GOYENECHE, debe indicarse, pese a que el mismo fue recepcionado sin que se hubiera relacionado en la demanda y, por ende, no se hubiera decretado en la etapa prevista en el artículo 77 del C.P.T. y S.S., advirtiendo el a quo dicha situación y procediendo a decretar de oficio su declaración, es de resaltar, las respuestas dadas fueron generalizadas sumado a que expresó no conocer la sentencia que ordenó el reintegro y el conocimiento que tiene es porque el Supervisor de la época le habló del caso.

Conjuntamente, debe resaltarse que los deponentes GUSTAVO GARZÓN CORREDOR y JOSÉ PARMENIO BAQUERO GUTIÉRREZ, suscribieron los documentos que obran a páginas 24 y 25 del archivo 01, sin embargo, no puede dárseles el carácter de declaraciones extra juicio, ya que esta connotación procede cuando se declara ante notario la existencia de ciertos hechos, resaltando situaciones tiempo, modo y lugar en los términos del artículo 188 del C.G.P., que dispone: «*Estos testimonios, que comprenden los que estén destinados a servir como prueba sumaria en actuaciones judiciales, también podrán practicarse ante notario o alcalde.».*

No obstante, esta Sala valoró los documentos referidos, encontrando que el contenido no concuerda con lo dicho por los deponentes relacionados, pues en conjunto las 3 declaraciones fueron generalizadas y superfluas.

En punto al recurso de apelación, se debe indicar a la parte activa, que si bien el principio in dubio pro operario establece que en caso de duda debe resolverse a favor del trabajador, lo cierto es que este principio favorecedor no puede aplicarse en el *sub judice* ya que la prestación personal del servicio es una carga que debe acreditar quien alegue la existencia de un contrato de trabajo en los términos del artículo 177 del C.G.P. y en acatamiento de lo dispuesto por la alta corporación en sede ordinaria, no pudiéndose entonces la parte actora beneficiar de la insuficiente actividad probatoria.

En suma, observa la Sala que la parte actora con el fin de acreditar la prestación personal del servicio, como medios probatorios solicitó el interrogatorio de parte a la representante legal de la demandada y aportó unas pruebas documentales que en nada ayudan a demostrar una efectiva prestación personal del servicio en los tiempos pretendidos, pues nótese no se relacionó actividades desempeñadas por el actor, horarios, remuneración, etc., se insiste, de manera general se indicó que el señor OSCAR OMAR laboró entre el 08 de junio de 1979 al 06 de julio de 1981 sin soportar el dicho en una prueba irrefutable.

Sumado a la escases probatoria de este proceso, se tiene que Colpensiones corroboró que la demandada Bavaria S.A. en calidad de empleador no aportó para las fechas aquí perseguidas, existiendo únicamente aportes para los periodos del 1º de agosto de 1977 al 08 de junio de 1979 y el 06 de julio de 1981 al 31 de agosto de 1983, extremos que fueron aceptados por las partes, desvaneciéndose las anheladas pretensiones dirigidas a declarar un contrato de trabajo en el lapso del 8 de junio de 1979 al 6 de julio de 1981, pues insiste esta Corporación, en esta litis no está demostrada la prestación personal del servicio, siendo un presupuesto *prima facie* para dar aplicación al contenido del artículo 24 del C.S.T., tal como se súplica en la alzada.

En este sentido, debe recordarse al apelante, conforme a las normas laborales únicamente le correspondía probar la actividad personal en favor de la pasiva, lo cual no se dio en autos.

Así las cosas, frente a la existencia de un contrato de trabajo entre el señor OSCAR OMAR ROBAYO SAAVEDRA con la accionada, como ya se explicó, no fue respaldada por ningún medio probatorio, ni tan siquiera indiciaria, advirtiendo, tal aseveración, por sí sola, no resulta suficiente para fulminar condena contra BAVARIA S.A., tal y como lo ha enseñado la Sala de Casación Laboral de la C.S.J. en sentencia SL20683 – 2017, donde dispuso: "***No se crea que quien se presenta a alegar judicialmente el contrato laboral como fuente de derechos o causa de obligaciones a su favor nada tiene que probar y le basta afirmar la prestación de un servicio para que se le considere amparado por la presunción de que trata el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo.*** *Esta presunción como las demás de su estirpe, parten de la base de la existencia de un hecho cierto, indicador, sin el cual no se podría llegar al presumido o indicado.* ***Este hecho es "la relación de trabajo personal", de que habla el mismo texto y que consiste, como es sabido, en la prestación o ejecución de un servicio personal, material o inmaterial continuado, dependiente y remunerado"***. (Negrilla y subrayado fuera del texto).[7]

Se itera, se debía probar la prestación del servicio a efectos de dar aplicación a la presunción legal establecida en el art. 24 del C.S.T., siendo oportuno precisar, que en los términos del artículo 167 del C.G.P., es carga de quien alega un hecho acreditar sus afirmaciones y en el caso bajo estudio, quien tiene interés jurídico en que resulten probadas sus afirmaciones es la parte demandante, la cual quedó expuesta a lo que Carnelutti llama *"EL RIESGO DE FALTA DE LA PRUEBA"*, sufriendo entonces, la consecuencia desfavorable.

Finalmente, si bien el propio dicho del demandante gira en torno a que fue **reintegrado en virtud de una orden judicial**, debe decirse, en este caso, tampoco se acreditó dicha circunstancia, no pudiéndose entonces dar por cierto este hecho como fuente de la obligación que pudo tener en su momento la encartada BAVARIA S.A., además, el actor como sujeto activo del proceso de fuero sindical, pudo tener acceso a las copias del expediente y no desplegó actividad alguna en tal sentido, salvo, los derechos de petición, los cuales carecen de respuesta.

---

[7] *Criterio expuesto desde la sentencia del 31 de mayo de 1955 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.*

Conviene acotar, desde 1981 a la fecha el actor ha podido realizar todas las gestiones pertinentes para obtener una reproducción fotográfica de las decisiones judiciales para reclamar los derechos que le asisten y aun así no lo hizo, no pudiéndose entonces endilgar esta carga al ente judicial.

Finalmente, se aclara al recurrente en punto a la apelación presentada, que la entidad Colpensiones no fue objeto de condena en costas, pues la sentencia recurrida, dispuso en la parte resolutiva, numeral 2º que este concepto estará a cargo del demandante, señor OSCAR OMAR ROBAYO SAAVEDRA, decisión que se confirma en sede de alzada.

COSTAS en esta instancia a cargo del extremo demandante.

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

RESUELVE

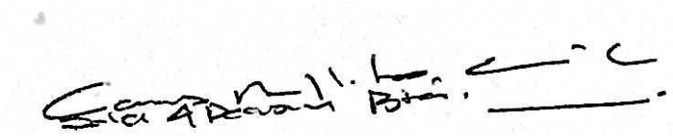
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 37 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones aquí expuestas.

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

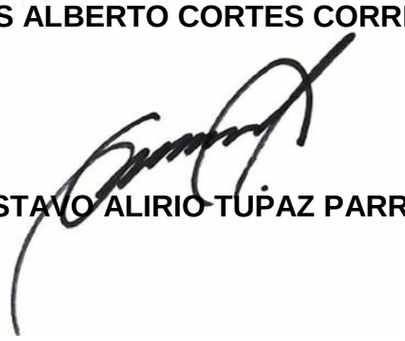
NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

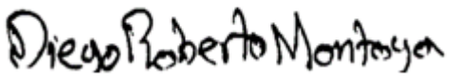


CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

AGENCIAS EN DERECHO: Se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de $1.160.000, la cual deberá ser incluida en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL.

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN.

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR RIGOBERTO BARRERO ACOSTA Y LILIA RODRIGUEZ RODRIGUEZ CONTRA ECOPETROL S.A. (RAD. 39 2018 00285 02).

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

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

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la parte actora, contra la sentencia proferida por la Juez Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 14 de febrero de 2023 (*Audiencia de Trámite y Juzgamiento 80 del C.P.T y la S.S., archivo "11. 11GrabacionAudiencia20220214.mp4", expediente digital, récord 01:07:15*), en la que se resolvió:

> *"**PRIMERO: DECLARAR** probada la excepción de **INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN** y **COBRO DE LO NO DEBIDO**, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*
>
> ***SEGUNDO: ABSOLVER** a **ECOPETROL S.A.**, de todas las pretensiones incoadas por **RIGOBERTO BARRERO ACOSTA** y **LILIA RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ.***
>
> ***TERCERO: CONDENAR** en **COSTAS** a la parte demandante **RIGOBERTO BARRERO ACOSTA** y **LILIA RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ** en favor de **ECOPETROL**. Inclúyase en la respectiva liquidación la suma de $1.000.000 como agencias en derecho a cargo de cada demandante.*

> ***CUARTO: CONSÚLTESE*** *la presente decisión con el Superior, por resultar adversa a los demandantes.".*

Inconforme con la decisión el apoderado judicial de los demandantes, la apeló.

Como argumentos de la alzada, indicó[1], la Ley 100 de 1993 estableció un régimen ordinario de pensiones estableciendo los requisitos en cuanto a edad,

---

[1] ***Recurso Demandantes, Récord 01:07:54: "****Respetuosamente manifiesto que interpongo el recurso de apelación contra la decisión que usted acaba de tomar y sustento mi recurso de la siguiente manera: La Ley 100 de 1993 estableció un régimen ordinario de pensiones y el artículo 279 de esa ley tuvo a los servidores públicos de la empresa colombiana de Petróleos, reglamentado por el Decreto 807 de 1994, que expresamente dijo. los requisitos en cuanto a edad y tiempo de servicios, cuantía y demás condiciones de la pensión legal de jubilación a cargo de la empresa, serán los que preveían los artículos 260 y siguientes del Código Sustantivo del Trabajo. La Convención Colectiva del Trabajo, artículo 807 dice en su parte inicial que se aplicará el Decreto 807 del 94, es decir, el decreto reglamentario del artículo 279 de la Ley 100 quedó incorporado dentro de la cláusula convencional, porque expresamente lo citó después del acto legislativo número 1 del año 2005 que se ha mencionado bastante en su sentencia. Se profirió el Decreto 1830 y el Decreto 1833 del año 2016 y en su artículo 2.2.4 y. 10.2. habla de la pensión legal de jubilación a cargo de Ecopetrol y reafirma 3 cosas, primero la vigencia actual, estoy hablando del año 2016 de la pensión de jubilación negociada. Segundo la aplicación de la Ley 71 de 1988, que hace referencia a la pensión compartida y tercero la existencia de 2 modalidades en las pensiones negociadas en Ecopetrol, es decir. Existe una norma que no ha sido declarada ni ilegal ni inconstitucional, que contiene esas referencias. Y la Ley 1118 del año 2006, posterior al acto legislativo número 1 del año 2005. En su artículo 7º determinó una vez ocurra el cambio de naturaleza de Ecopetrol, la totalidad de servidores públicos de Ecopetrol tendrán el carácter de trabajadores particulares y, por ende, a los contratos individuales de trabajo continuarán aplicándoles las disposiciones contenidas en el Código Sustantivo del Trabajo y en la Convención Colectiva del Trabajo. Es decir que no puede venirse muy a mencionarse el acto legislativo número 1 del año 2005, cuando hay disposiciones legales posteriores que plantean situación diferente. No puede tampoco invocarse una excepción de inconstitucionalidad por lo siguiente, el parágrafo transitorio citado por la sentencia se refiere a que no se pueden establecer regímenes, pero quiere decir que a partir del año 2005 no puede haber regímenes exceptuados diferentes a los que ya se habían establecido en el artículo 279. Tan, es cierto, que los doctores, los otros dos colectivos cobijados por el artículo 279 no quedaron dentro de las restricciones del acto legislativo número 1 del 2005 y entonces los trabajadores civiles de las fuerzas militares no están cobijados por el acto legislativo número 1 del año 2005. Los maestros tampoco. Aunque en el caso concreto de los maestros fue el propio acto legislativo quien hizo la salvedad. Pero vino después el Consejo de Estado y en un concepto Índico, no que los maestros no quedaban afectados por el acto legislativo número 1 del 2005. En la demanda se habló de este derecho de igualdad frente a el artículo 179, Pues bien, en el caso concreto de mis poderdantes, se tiene lo siguiente, el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, no quedó afectado, por el acto legislativo número 1 del año 2005, es que es que no podía entrar el acto legislativo número 1 del 2005 a insistir en el artículo 260. El artículo 260 fue derogado expresamente por el artículo 979 de la Ley 100 de 1900, pero no cobija a los regímenes exceptuados, es decir, la derogación expresa de esa norma del Código Sustantivo del Sustantivo no llega hasta el extremo de incluir a maestro y personal civil de las fuerzas militares y servidores públicos de Ecopetrol. Pues bien. Si eso es así, ha debido de prosperar, al menos lo referente al fallo ultra petita que usted juiciosamente en su sentencia entró a analizar de fondo, pero que yo apelo porque la conclusión a la cual llegó en ese estudio juicioso no es la conclusión adecuada. Ahora me refiero a lo que tiene que ver con la Convención Colectiva del Trabajo. Si la CCT expresamente hace mención del Decreto Reglamentario 807 y el Decreto Reglamentario 807, expresamente hace mención del artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, pues queda todo ligado armónicamente a constituir, dice el juzgado, que el tiempo no laborado por mis poderdantes con anterioridad al año de 1991, no se tiene en cuenta porque se trata de un contrato regido por las normas civiles. ¿Cuáles normas civiles? El contrato de arrendamiento de servicio y de prestación de servicios. Entonces el calificativo de normas de que se aplicarán las normas civiles que quedó por escrito se va al suelo porque el artículo 53 de la Constitución Política de Colombia establece la prevalencia del derecho real en materia laboral y el artículo 228 de la misma Constitución le ordena al juez la aplicación del derecho sustancial por encima de lo que hubiere quedado escrito en algún contrato que se autocalificó como de características civiles. Por consiguiente.*

tiempo de servicios y cuantía de la pensión legal de jubilación a cargo de la empresa demandada, siendo los contemplados en los artículos 260 y siguientes del Código Sustantivo del Trabajo. Narró, la Convención Colectiva del Trabajo en su artículo 807 dice en su parte inicial que se aplicará el Decreto 807 de 1994, es decir, el Decreto Reglamentario del artículo 279 de la Ley 100, el cual quedó incorporado dentro de la cláusula convencional porque expresamente lo citó después del acto legislativo 01 de 2005. Igualmente, se profirió el Decreto 1830 y el Decreto 1833 del año 2016 y en su artículo 2.2.4 y 10.2. habla de la pensión legal de jubilación a cargo de Ecopetrol y reafirma 3 cosas, primero, la vigencia actual, hablando del año 2016 de la pensión de jubilación negociada. Segundo, la aplicación de la Ley 71 de 1988, que hace referencia a la pensión compartida y tercero la existencia de 2 modalidades en

---

¿Ese tiempo laborado para Ecopetrol haciendo investigación y trabajo técnico es suficiente para ser considerado realmente como un contrato de realidad de carácter? Laboral, pero si alguna duda quedará, se aplica el principio de favorabilidad del mismo artículo 53 del acto legislativo de la Constitución Política de Colombia, en donde habla no solamente de la más favorable para el trabajador en materia de normas, sino también en materia de interpretación. Se trae a colación una sentencia de la Corte Constitucional la 555 si mal no recuerdo. Esa sentencia centra su argumentación en la aplicación del margen de apreciación. Algo que es muy discutible porque se trataba de examinar la recomendación de la OIT en favor de los trabajadores de Ecopetrol dijeron que no le hacían caso a la recomendación porque acudían a ese margen de apreciación, no obstante, la misma 555 cita 6 sentencias de la Corte Constitucional donde dice que las recomendaciones de la OIT son vinculantes, pues bien, en este caso de la 555 hay una cosa muy interesante y es que usted dice que si aplican las reglas de la 555. Es decir que en la 555 que es del año 2014 tendría una proyección casi de bloque de constitucionalidad, lo cual es completamente absurdo. ¿Y, por qué no se aplican entonces las reglas de carácter legal? Porque una cosa son las condiciones y otra las reglas, el parágrafo transitorio 3 del mismo acto legislativo número 1 del año 2005 en su primer inciso habla de las reglas. Y, en su segundo inciso, habla de las condiciones y las condiciones en el sentido de que no se pueden modificar las que existieren. Antes del acto legislativo en el sentido de que se dé condiciones más favorables, pero si se mantienen las mismas condiciones, pues sí hay que aplicarlas en el caso concreto de Ecopetrol, el año 2003 es 1 año fundamental, no solamente por el Laudo Arbitral, sino por la Ley 797 el año 2003. Es decir que es 1 año importantísimo para efecto de las pensiones de Ecopetrol, mis poderdantes venían trabajando desde antes del año 2013, ya con contrato a término indefinido. Pues bien, se profiere el laudo arbitral y se expide el acto legislativo número 1 del año 2005. La Corte Suprema de Justicia lo declaró ajustado a la ley, por eso no había Convención Colectiva y en el año 2006 en Ecopetrol se reproduce lo que dijo el autor arbitral en armonía, por supuesto, con la Ley 797 del mismo año 2003 y en el año 2009 se reproduce lo que dijo el laudo arbitral, lo que dijeron todas las convenciones anteriores en materia de pensiones. Y la vigencia de esa convención del año 2009 terminó en el año 2014, es decir, no puede en ningún momento quitársele efectividad a ese artículo 109 proveniente. Antes del 31 de julio del año 2010, proveniente de esa Convención de la que fue firmada por el empleador y por el abuso en el año 2009. Dice y con esto termino dice la sentencia que no hay derecho adquirido Y que hay una simple expectativa, resulta que las simples expectativas están mencionadas en el artículo 17 de la Ley 153 de 1887, pero las obligaciones condicionales están reguladas en el artículo 30 de la misma ley. Y, por lo tanto, el tiempo que ha comenzado a contabilizarse debe terminar el tiempo anterior, por lo consiguiente, lo que se aplica no es el artículo 17, sino el artículo 30 de la Ley 153 de 1887 y toda la teoría de las obligaciones condicionales. La pensión tiene dos condiciones, la una de ellas es la de tiempo de servicios y la otra, la de la edad. Hay jurisprudencia que dice que la edad es un requisito de exigibilidad. Su sentencia cuestiona eso en lo que tiene que ver con el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo. Cuestión que es muy discutible, en conclusión. Interpongo la apelación porque hay sustento constitucional y legal para reconocer las pensiones solicitadas en favor de mis dos poderdantes y porque adicionalmente, en ningún momento en la sentencia se hizo referencia al principio de favorabilidad dejo así sustentado el recurso".

las pensiones negociadas en Ecopetrol, es decir, existe una norma que no ha sido declarada ni ilegal ni inconstitucional, que contiene esas referencias. La Ley 1118 del año 2006, posterior al acto legislativo 01 de 2005 en su artículo 7º determinó una vez ocurra el cambio de naturaleza de Ecopetrol, la totalidad de servidores públicos de Ecopetrol tendrán el carácter de trabajadores particulares y, por ende, a los contratos individuales de trabajo continuarán aplicándoles las disposiciones contenidas en el Código Sustantivo del Trabajo y en la Convención Colectiva del Trabajo, por lo que consideró, no puede mencionarse el acto legislativo 01 de 2005, cuando hay disposiciones legales posteriores que plantean situación diferente. Añadió, no puede invocarse una excepción de inconstitucionalidad dado que el parágrafo transitorio citado por la sentencia se refiere a que no se pueden establecer regímenes, pero quiere decir que, a partir del año 2005 no puede haber regímenes exceptuados diferentes a los que ya se habían establecido en el artículo 279.

Aplicado lo anterior al caso concreto, el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, no quedó afectado por el acto legislativo 01 de 2005, el artículo 260 fue derogado expresamente por la Ley 100 de 1993, pero no cobija a los regímenes exceptuados, es decir, la derogación expresa de esa norma del Código Sustantivo del Sustantivo no llega hasta el extremo de incluir a maestros y personal civil de las fuerzas militares y servidores públicos de Ecopetrol.

En lo que tiene que ver con la Convención Colectiva del Trabajo si la misma expresamente hace mención del Decreto Reglamentario 807 y el Decreto Reglamentario 807, explícitamente hace mención del artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, pues queda todo ligado armónicamente a constituir, que el tiempo no laborado por los actores con anterioridad al año de 1991, no se tiene en cuenta porque se trata de un contrato regido por las normas civiles, aun cuando el artículo 53 de la Constitución Política de Colombia establece la prevalencia del derecho real en materia laboral y el artículo 228 de la misma Constitución le ordena al juez la aplicación del derecho sustancial por encima de lo que hubiere quedado escrito en algún contrato que se autocalificó como de características civiles, por consiguiente, ese tiempo laborado para Ecopetrol haciendo investigación y trabajo técnico es suficiente para ser considerado

realmente como un contrato de realidad de carácter laboral, pero si alguna duda quedará, se aplica el principio de favorabilidad del mismo artículo 53 del acto legislativo de la Constitución Política de Colombia, en donde habla no solamente de la norma más favorable para el trabajador en materia de normas, sino también en materia de interpretación.

Resaltó, el contenido de la sentencia SU 555 de 2014 de la Corte Constitucional es muy discutible porque cita 6 sentencias de la misma Corte donde dice que las recomendaciones de la OIT son vinculantes, en su sentir, el año 2003 fue un año fundamental, no solamente por el Laudo Arbitral, sino por la Ley 797 de 2003, para efecto de las pensiones de Ecopetrol dado que los actores trabajaron desde antes del 2013 con contrato a término indefinido. Ahora, se profirió el Laudo Arbitral y se expidió el acto legislativo 01 de 2005, la Corte Suprema de Justicia lo declaró ajustado a la ley, por eso no había Convención Colectiva y en el año 2006 en Ecopetrol se reproduce con la Ley 797 del mismo año 2003 y en el año 2009 lo que dijeron todas las convenciones anteriores en materia de pensiones y la vigencia de esa convención del año 2009 terminó en el año 2014, es decir, no puede en ningún momento quitársele efectividad a ese artículo 109 proveniente. Antes del 31 de julio del año 2010, proveniente de esa Convención de la que fue firmada por el empleador, resulta que las simples expectativas están mencionadas en el artículo 17 de la Ley 153 de 1887, pero las obligaciones condicionales están reguladas en el artículo 30 de la misma ley.

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de los demandantes RIGOBERTO BARRERO ACOSTA y LILIA RODRIGUEZ RODRIGUEZ en este ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda y subsanación (*páginas 32, 33 y 874 archivo "01. Expediente.pdf", expediente digital*), las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos narrados en el acápite respectivo (*págs. 9 a 16, ibíd.*) solicitando se declare que los demandantes

tienen derecho al reconocimiento de la pensión convencional en cuanto reunieron los requisitos del articulo 109 de la C.C.T. al 31 de julio de 2010, en cuanto a la edad, tiempo de servicios y puntos, que una vez reconocida la pensión sean incluidos en nómina a partir de la fecha de retiro de la empresa, hasta cuando la mesada pase a ser reconocida y pagada por Colpensiones, si hay lugar a ello, cubriendo Ecopetrol el excedente que surja en la liquidación. **Obteniendo sentencia de primera instancia desfavorable a sus aspiraciones,** por cuanto se absolvió a ECOPETROL de las pretensiones incoadas en su contra por los actores, tras considerar que como quiera que no acreditaron el cumplimiento de los requisitos previstos en la norma convencional antes del 31 de julio de 2010, no podían beneficiarse de la misma en razón a que el acuerdo convencional en lo que toca al tema pensional expiró el 30 de julio 2010, en virtud de lo previsto en el Acto Legislativo 01 de 2005.

Igualmente, la juzgadora analizó los contratos por ejecuciones de obra suscritos por los demandantes, encontrando que los proyectos ejecutados por los mismos eran ajenos a un vínculo laboral, encontrando que los contratos se rigieron por el derecho privado como contratistas independientes, aunado a que, las actividades realizadas por los demandantes eran disimiles, obligándose a desempeñar funciones que asignara la empresa de carácter civil, no obstante, por ese hecho no se puede entender que las tareas que desarrollaron fueron de carácter laboral para tener en cuenta los tiempos y sumar los 20 años de servicios para acceder al derecho convencional. Infirió, no hubo continuidad entre los contratos de ejecución pues entre uno y otro trascurrió, incluso, 1 año, presentando interrupciones de 90 días y 6 meses para un total de 480 días en el caso del señor Rigoberto Barrero. En cuanto a la señora Lilia Rodríguez presentó interrupciones para un total de 498 días.

Recalcó que la relación laboral no puede acreditarse con una prueba documental, pues si bien el C.S.T. establece que a la parte actora le corresponde demostrar la prestación personal del servicio, también lo es que este extremo debe probar la forma en que se ejecutaron dichas actividades no eximiendo a la parte actora de dicha carga, sumado a que no se planteó una pretensión dirigida a la declaratoria de existencia de un contrato de trabajo.

Subsidiariamente indicó, la Convención Colectiva relaciona en su articulado que se "*podrá"* en el artículo 109, por lo que los demandantes para hacerse acreedores de la prestación debieron cumplir las semanas y los puntos previstos en el acuerdo. Adicionó, se reclama el pago de la pensión prevista en el artículo 109 hoy 106, siendo oportuno despachar con los mismos argumentos de la pretensión principal ya que los demandantes no acreditaron el cumplimiento del tiempo de servicios, ya que los derechos debieron consolidarse antes del 31 de julio de 2010, así mismo, enseñó que el articulo 260 del C.S.T. no fue plasmada en la demanda, por lo que se estaría desbordando la facultad otorgada al Juez. Pese a ello, informó que es improcedente dicho reconocimiento, reiterando los argumentos ya expuestos.

Así pues, el problema jurídico a solventar se circunscribe en determinar si los demandantes tienen derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación convencional prevista en el artículo 109 de la Convención Colectiva 2009-2014, suscrita entre ECOPETROL y la asociación sindical USO, para lo cual se analizará lo atinente a la vigencia de dicha disposición al tenor del Acto Legislativo 01 de 2005 y, en consecuencia, si hay lugar a pagar a su favor diferencia alguna por concepto de mesadas pensionales.

En ese orden entonces, dado que el fundamento jurídico de las pretensiones de los demandantes lo es una norma de carácter convencional, se advierte, al plenario se aportó copia del texto contentivo del acuerdo extralegal celebrado entre ECOPETROL S.A. y la UNIÓN SINDICAL OBRERA DE LA INDUSTRIA DEL PETRÓLEO - USO, fechada el 11 de septiembre de 2009 (*páginas 351 a 515 del archivo "01. Expediente digital.pdf"*) la cual cuenta con su respectiva constancia de depósito (*página 349 y 350, ibídem.*)[2], sin que ahora se discuta la aplicabilidad de los beneficios convencionales a los actores.[3]

Pues bien, aseguran los demandantes en su escrito introductor, y se reitera en el recurso, que cumplen con los requisitos previstos en el artículo 109 de la convención colectiva aludida, para acceder a la pensión de jubilación allí

[2] *Del 11 de septiembre de 2009, por lo que, encontrándose depositada en los términos previstos en el artículo 469 del C.S.T., dicho instrumento produce todos los efectos.*

[3] *Rigoberto Barrero y Lilia Rodríguez se encuentran afiliados al Sindicato USO, según certificación que obra a página 726 y 747 del archivo 01.*

prevista, disposición que en su tenor literal establece (*páginas 482 y 483, archivo "01. Expedientedigital.pdf"*):

> *"**ARTÍCULO 109.-** La Empresa continuará reconociendo la pensión legal vitalicia de jubilación o de vejez, equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del promedio de los salarios devengados en el último año de servicio a los trabajadores que habiendo llegado a la edad de cincuenta (50) años, le hayan prestado servicios por veinte (20) años o más, continuos o discontinuos, en cualquier tiempo, de conformidad con el Decreto 807 de 1994. Con todo, la Empresa reconocerá la pensión plena a quienes habiendo prestado servicios por más de veinte (20) años, reúnan setenta (70) puntos en un sistema en el cual cada año de servicio a Ecopetrol S.A., equivale a un (1) punto y cada año de edad equivale a otro punto. Esta pensión de jubilación se reconocerá a solicitud del trabajador o por decisión de la Empresa.*
>
> ***Parágrafo 1.** No obstante lo anterior, cuando la Empresa lo determine, ésta podrá conceder la pensión de jubilación a aquellas trabajadoras que habiéndole prestado servicio a la Empresa por más de veinte (20) años, reúnan sesenta y ocho (68) puntos de acuerdo con el sistema anterior.*
>
> ***Parágrafo 2.** Para aquellos trabajadores que, en el momento de la terminación de su contrato de trabajo, se encontraren en incapacidad médica, la liquidación se hará teniendo en cuenta el promedio de salarios devengados en el último año de servicios antes de tal incapacidad.*
>
> ***Parágrafo 3.** Además de la pensión a que el trabajador tenga derecho, de acuerdo con las leyes del trabajo y con lo dispuesto en la norma anterior, la Empresa aumentará el monto de esta pensión en dos puntos cinco por ciento (2.5%) por cada año que el trabajador haya servido a la empresa por encima de los veinte (20) años que le dan derecho a la pensión"*

Ahora, en lo que atañe a la vigencia de la convención, debe recordarse que en el parágrafo segundo del Acto Legislativo 01 de 2005 se determinó:

> "***Parágrafo 2o.**: A partir de la vigencia del presente Acto Legislativo **no podrán establecerse en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acto jurídico alguno, condiciones pensionales diferentes a las establecidas en las leyes del Sistema General de Pensiones**".*
>
> *"**Parágrafo Transitorio 3o**: Las reglas de carácter pensional que rigen a la fecha de vigencia de este Acto Legislativo contenidas en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acuerdos válidamente celebrados, se mantendrán por el término inicialmente estipulado. En los pactos, convenciones o laudos que se suscriban entre la vigencia de este Acto Legislativo y el 31 de julio de 2010, no podrán estipularse condiciones pensionales más favorables que las que se encuentren actualmente vigentes. En todo caso perderán vigencia el 31 de julio de 2010.".*

Conforme lo anterior, no puede perderse de vista que para la calenda en que fue suscrito el acuerdo colectivo referido -10 de septiembre de 2009-, ya se

encontraba en vigor el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003, disposición aplicable para la definición legal del derecho pensional, encontrándose por tanto vedado a las partes pactar *"…condiciones pensionales diferentes a las establecidas en las leyes del Sistema General de Pensiones"*, por así preverlo la reforma constitucional.

Bajo tal entendido, claro resulta que la referida cláusula cuya aplicación se implora, contravino la prohibición expresa consagrada en el parágrafo 2º del Acto Legislativo 01 de 2005 recién citado y, por ende, carece de eficacia, no siendo posible su aplicación, pues allí se acordó el reconocimiento de la pensión a una edad menor a la prevista para el sistema de seguridad social en pensiones y con menos semanas de cotización.

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL634 del 11 de septiembre de 2013, dentro de la Radicación No. 42210, consideró:

> *"Solo hasta la expedición del AL 01 de 2005, modificatorio del artículo 48 Constitucional, fue que el Constituyente le puso límite a la vigencia de las normas convencionales sobre pensiones, después de que se había dado un tiempo más que razonable (más de 10 años) a los empleadores y sindicatos para que hicieran la respectiva adecuación de las pensiones convencionales al sistema integral de seguridad social establecido desde 1993. Derogatoria esta que dejó a salvo los derechos adquiridos, al igual que estableció una transición hasta el 31 de julio de 2010; a partir del siguiente día de esa fecha no puede haber norma convencional alguna sobre el tema de pensiones. Así lo tiene asentado esta Sala, como se puede ver en la sentencia 30077 de 1999, y más recientemente en la sentencia 39797 de 2012, donde sobre el particular se anotó:*
>
> *"…con la expedición del Acto Legislativo No. 01 de 2005 que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política, las reglas de carácter pensional de derechos extralegales y convencionales tomaron otro rumbo, en la medida que por voluntad del constituyente, a partir de su vigencia* ***no es dable en ningún caso pactar beneficios o prerrogativas que desarticulen el sistema general de pensiones, o alteren la uniformidad de prestaciones respecto de un grupo particular de ciudadanos, pues tajantemente prohíbe convenir condiciones pensionales diferentes a las legalmente establecidas, aún cuando sean más favorables a los trabajadores****. Con todo, ello no significa la afectación del derecho constitucional a la negociación colectiva, ya que* ***la reforma constitucional del 2005 –que aquí se refiere- focaliza a ésta exclusivamente en el ámbito de las condiciones generales de trabajo, dejando así constitucionalmente consagrado que en adelante las condiciones pensionales se definirán sólo en el marco de la ley de seguridad social (parágrafo 2º),*** *cuando señala que 'A partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán establecerse en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acto jurídico*

> *alguno, condiciones pensionales diferentes a las establecidas en las leyes del Sistema General de Pensiones'.*
>
> *A su vez, en el parágrafo transitorio 3°, el Acto Legislativo establece que 'Las reglas de carácter pensional que rigen a la fecha de vigencia de este Acto Legislativo contenidas en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acuerdos válidamente celebrados, se mantendrán por el término inicialmente estipulado. En los pactos, convenciones o laudos que se suscriban entre la vigencia de este Acto Legislativo y el 31 de julio de 2010, no podrán estipularse condiciones pensionales más favorables que las que se encuentren actualmente vigentes. En todo caso perderán vigencia el 31 de julio de 2010'.(Negrilla y Subrayado de la Sala)*

No obstante lo advertido, aún si en gracia de la discusión se analizara el asunto bajo el supuesto de que el artículo en mención no fue suscrito en el año 2009, sino que se trata de una prórroga de convenciones anteriores -como lo hizo en su oportunidad la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL2080 de 2021-, en tanto en su tenor literal se indica que "*la empresa* ***continuará reconociendo…****"*, conforme al parágrafo transitorio 3, deben atenderse las reglas del Acto Legislativo 01 de 2005 sobre el término de vigencia de las convenciones colectivas, respecto de las cuales el órgano de cierre de esta jurisdicción en sentencia SL3635 de 2020, reiterada en la SL2080 de 2021, siguiendo las recomendaciones adoptadas por el Comité de Libertad Sindical de la OIT, rectificó parcialmente su criterio y fijó la posición actual bajo los siguientes parámetros:

> *"En conclusión, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, rectifica parcialmente su criterio sentado en las sentencias precitadas y, en su lugar, precisa que, en materia pensional consagrada en convenciones colectivas de trabajo, laudos o pactos, a la luz del Acto Legislativo 01 de 2005 las pautas que regulan el asunto son las siguientes:*
>
> *En los eventos en que las reglas pensionales de carácter convencional suscritas antes de la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005 y al 29 de julio del mismo año se encontraban en curso, mantendrá su eficacia por el término inicialmente pactado, aún con posterioridad al 31 de julio de 2010, hasta cuando se llegue al plazo acordado.*
>
> *Si al 29 de julio de 2005, fecha de entrada en vigencia del acto legislativo en mención, respecto del convenio colectivo estaba operando la prórroga automática consagrada en el artículo 478 del Código Sustantivo de Trabajo y las partes no presentaron la denuncia en los términos del artículo 479 ibídem, las prerrogativas pensionales se extendieron solo hasta el 31 de julio de 2010.*
>
> *Si la convención colectiva de trabajo se denunció y se trabó el conflicto colectivo, los acuerdos pensionales, por ministerio de la ley se mantuvieron según las reglas legales de la prórroga automática, hasta el 31 de julio de 2010 y, en tal caso, ni las partes ni los árbitros podían establecer condiciones más favorables a las*

> *previstas en el sistema general de pensiones entre la fecha en la que entró en vigencia el Acto Legislativo y el 31 de julio de 2010."*

En consonancia con tal postura, aunque el criterio vigente sobre la materia admite que las reglas pensionales contenidas en convenciones colectivas mantengan su eficacia **por el término inicialmente establecido**, **aún con posterioridad al 31 de julio de 2010,** ello solo resulta posible única y exclusivamente tratándose de aquellas reglas pensionales convencionales suscritas antes de la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005 que al 29 de julio del mismo año se encontraban en curso y en las cuales las partes hubieran establecido expresamente una mayor estabilidad en el tiempo con posterioridad al 31 de julio de 2010, situación ésta que no se acaece en el *sub judice*.

Bajo tal entendido, salvo cuando concurra la situación anteriormente descrita, la vigencia de la norma pensional convencional no puede ser extendida más allá del 31 de julio de 2010 y, por ende, hasta esa fecha límite pueden cumplirse los requisitos previstos convencionalmente para causar la pensión.

Ahora, en el asunto de marras se tiene entonces, de conformidad con el artículo 109 de la Convención, para acceder a la pensión convencional los demandantes debían acreditar 20 años de servicios y reunir 70 puntos, entendiendo que cada año de edad y de servicio equivalen a un punto, lo que se traduce en que los dos componentes son necesarios para alcanzar el puntaje requerido, los cuales, conforme lo analizado, deben confluir antes del 31 de julio de 2010.

Al revisar la concurrencia de tales presupuestos en el examine, encuentra la Sala, aunque los demandantes prestaron sus servicios a ECOPETROL S.A., ello fue de manera interrumpida, lo que permite conlcuir que los actores laboraron efectivamente para la demandada, al 31 de julio de 2010, por espacio de 18 años, 2 meses y 22 días para el caso del señor RIGOBERTO BARRERO y LILIA RODRIGUEZ laboró 18 años, 10 meses y 4 dias, por lo que, a pesar de

que contaban con más de 50 años de edad[4], no cumplieron con los presupuestos para acceder a la pensión antes de que esta perdiera vigor.

Téngase en cuenta que el señor RIGOBERTO BARRERO ACOSTA ingresó a la empresa demandada a través de un contrato a término indefinido el 10 de septiembre de 1991[5]. Por tanto, al no contar con el tiempo de servicios no alcanzó a reunir los puntos minimos requeridos, siendo 70, contando unicamente con **68 puntos** sumando la edad y el tiempo de servicios.

La señora LILIA RODRIGUEZ RODRIGUEZ[6] ingresó a la empresa a través de un contrato fijo por un año el 10 de septiembre de 1991. Luego, suscribió un contrato indefinido el 28 de septiembre de 1992, reuniendo tan solo **68 puntos**.

Las anteriores conclusiones encuentran respaldo jurisprudencial además, en los razonamientos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia 38074[7], proveído en el cual indicó la Corporación que "*la*

---

[4] ***RIGOBERTO BARRERO ACOSTA**, nació el 22 de agosto de 1959, según copia de la cédula que obra en la página 722 del archivo 01, cumpliendo 50 años el mismo mes y día del año 2009.*

*La señora **LILIA RODRIGUEZ**, nació el 29 de enero de 1960, según copia de la cédula que obra en la página 744 del archivo 01, cumpliendo 50 años el mismo mes y día del año 2010.*

[5] *Ver certificaciones expedidas por Ecopetrol S.A. y que reposa a página 936 del archivo 01.*

[6] [6] *Ver certificaciones expedidas por Ecopetrol S.A. y que reposa a página 963 del archivo 01.*

[7] "*Consciente el constituyente de la existencia, al momento de comenzar a regir el Acto Legislativo 01 de 2005, de convenciones colectivas, pactos colectivos, laudos arbitrales o acuerdos válidamente celebrados, dispuso de una especie de régimen de transición, en los siguientes términos:*

*"*Las reglas de carácter pensional que rigen a la fecha de vigencia de este acto legislativo contenidas en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acuerdos válidamente celebrados, se mantendrán por el término inicialmente estipulado. En los pactos, convenciones o laudos que se suscriban entre la vigencia de este acto legislativo y el 31 de julio de 2010, no podrán estipularse condiciones pensionales más favorables que se encuentren actualmente vigentes. En todo caso perderán vigencia el 31 de julio de 2010*."*

Del texto citado se desprende que las que perderán vigor el 31 de julio de 2010 serán las "reglas de carácter pensional que rigen a la vigencia de este acto legislativo", pero, como es obvio concluir, no los derechos que se hubieren causado antes de esa fecha, al amparo de esas reglas pensionales.

No encuentra la Corte que el propósito del constituyente al reformar el artículo 48 de la Carta Política fuese el de eliminar los derechos pensionales de naturaleza extralegal adquiridos antes del 31 de julio de 2010, pues en la exposición de motivos siempre se hizo referencia a los regímenes pensionales y en el texto presentado a consideración del Congreso, que se mantuvo en la norma finalmente aprobada, se habló de las reglas especiales en materia pensional. Un derecho no puede ser confundido con un régimen o con una regla. Y ese entendimiento resulta acorde con el propósito del constituyente de garantizar los derechos adquiridos, pues una cosa es la vigencia de un acto jurídico creador de un

existencia del derecho y su exigibilidad no dependen del aliento jurídico de la norma que lo creó, pues lo que interesa es que se haya causado o consolidado, esto es, entrado al patrimonio del titular, mientras esa norma rigió" situación que en los términos analizados no se presentó en autos.

En igual sentido, resulta oportuno traer a colación lo expuesto sentencia SL3114-2022, donde plasmó:

> *"En ese orden, los accionantes no son beneficiarios de la pensión de jubilación prevista en la convención colectiva pactada para la vigencia 2001-2002 entre Ecopetrol y la USO, ya que no reunieron los requisitos con antelación al 31 de julio de 2010, fecha límite dispuesta en el AL 01 de 2005.*
>
> *El artículo 279 de la Ley 100 de 1993 contempló a los trabajadores de la accionada dentro de las excepciones al Sistema general, el AL 01 de 2005 dispuso la extinción de esos regímenes, como máximo en la última fecha indicada. Así las cosas, la pertenencia a este grupo de trabajadores, daba derecho a pensionarse bajo unos criterios más benéficos, siempre y cuando, los requisitos previstos en las disposiciones extralegales fueran satisfechos con antelación a la finalización del régimen especial que, como ya se dijo, acaeció el 31 de julio de 2010.*
>
> *De otro lado, es cierto que a partir de 2006 Ecopetrol y la USO pactaron condiciones pensionales más favorables, en similares términos a los previstos en el Laudo Arbitral proferido el 09 de diciembre de 2003, sin embargo, por disposición de la tantas veces mencionada reforma constitucional, dichos acuerdos no estuvieron llamados a surtir efecto.*
>
> *Ahora, la Ley 1118 de 2006, en su artículo 7 consagró:*
>
> > *ARTÍCULO 7o. RÉGIMEN LABORAL. Una vez ocurra el cambio de naturaleza jurídica de Ecopetrol S. A., la totalidad de los servidores públicos de Ecopetrol S. A. tendrán el carácter de trabajadores particulares y por ende, a los contratos individuales de trabajo continuarán aplicándoles las disposiciones contenidas en el Código Sustantivo del Trabajo, en la Convención Colectiva de Trabajo y en el Acuerdo 01 de 1977, según sea el caso, con las modificaciones y adiciones que se presenten.*
>
> *Aún cuando la norma disponga que los contratos de trabajo se siguen rigiendo por las normas convencionales, la Ley se subordina a lo previsto en estatuto superior, según el cual, no era dable «establecerse en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acto jurídico alguno, condiciones pensionales diferentes a las establecidas en las leyes del Sistema General de Pensiones». Es decir que, en virtud a ese precepto legal, lo acordado convencionalmente después de la entrada en vigor del Acto Legislativo, en materia de beneficios pensionales, no resulta aplicable.*
>
> *De igual forma, el artículo 1 del Decreto 807 de 1994, que reglamentó el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, debe entenderse bajo los límites impuestos en la misma enmienda constitucional, es decir, decayó el 31 de julio de 2010.*

---

derecho, para este caso una regla, y otra, diferente, la vigencia de ese derecho una vez que ha sido adquirido por cumplir el destinatario de la norma con los requisitos establecidos en dicho acto.

Desde luego, la existencia del derecho y su exigibilidad no dependen del aliento jurídico de la norma que lo creó, pues lo que interesa es que se haya causado o consolidado, esto es, entrado al patrimonio del titular, mientras esa norma rigió. Así secularmente se ha entendido la tradicional doctrina de los derechos adquiridos y obviamente ello no podía ser cambiado por el Acto Legislativo No. 1 de 2005."

En lo que tiene que ver con la interpretación del Acto Legislativo 01 de 2005, la Sala se remite al recuento de las convenciones colectivas efectuado líneas arriba para señalar que las condiciones pensionales sujetas a ciertos plazos debían respetarse por el tiempo inicialmente estipulado de acuerdo con la mencionada norma. En otras palabras, los plazos a tener presente eran aquellos contemplados en el instrumento vigente a la fecha de promulgación de la reforma a la Constitución. En aquel entonces, como se indicó, regía para los trabajadores el Laudo Arbitral emanando el 09 de diciembre de 2003, disposición que solo tuvo aplicación hasta el 06 de junio de 2006. Ahora, el precepto constitucional señala:

> *Parágrafo transitorio 3o. Las reglas de carácter pensional que rigen a la fecha de vigencia de este Acto Legislativo contenidas en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acuerdos válidamente celebrados, se mantendrán por el término inicialmente estipulado*

Interpretado en armonía con las restantes disposiciones se encuentra que, del límite temporal previsto en esa reforma, esto es, del 31 de julio de 2010, solo se escapan las condiciones estipuladas a futuro, es decir, aquellas que señalaban plazos más allá de esa data, situación que no se corresponde con la analizada, ya que los periodos de aplicación de las convenciones estuvieron expresamente señalados en los instrumentos colectivos, sin que se previeran situaciones a posteriori.

Tampoco son exigibles las cláusulas convencionales a la luz del artículo 30 de la Ley 153 de 1887 que señala:

> *ART 30. Los derechos deferidos bajo una condición que, atendidas las disposiciones de una ley posterior, debe reputarse fallida si no se realiza dentro de cierto plazo, subsistirán bajo el imperio de la ley nueva y por el tiempo que señalare la precedente, á menos que este tiempo, en la parte de su extensión que corriere después de la expedición de la ley nueva, exceda del plazo íntegro que ésta señala, pues en tal caso, si dentro del plazo así contado no se cumpliere la condición, se mirará como fallida.*

Como puede verse, la norma prevé la realización de condiciones en los plazos indicados en la legislación previa ya que, de no ser así, la condición «se mirará como fallida». En este caso, las condiciones pensionales deben observarse de conformidad con los plazos señalados en la reforma constitucional y, conforme a lo indicado, no se verificaron los presupuestos del derecho antes de esa data.

En lo que tiene que ver con el argumento según el cual la Sentencia CC SU 555-2014 era regresiva y por tanto los criterios en ella plasmados no debieron acogerse ya que allí no se cumplía con lo dispuesto por la OIT, esta Corporación, en sentencia CSJ SL5116-2020, tuvo en cuenta que el Comité de Libertad Sindical emitió unas recomendaciones dirigidas al Estado Colombiano, las cuales fueron adoptadas por el Consejo de Administración de la aludida organización, relativas a que se debía adoptar «las medidas necesarias a fin de que los convenios colectivos que contienen cláusulas sobre pensiones, cuya vigencia va más allá del 31 de julio de 2010, mantengan sus efectos hasta su vencimiento».

Acorde con esas recomendaciones, la Corte se refirió al plazo límite previsto en el AL 01 de 2005, y concluyó que,

> *(…) cuando una disposición colectiva consagre una vigencia que cobije un periodo superior a esa data, debe respetarse, pues, es claro, de una parte, que si se previó de esa manera desde su inicio, es porque la voluntad de las partes fue la de darle a dichas disposiciones jubilatorias mayor estabilidad en el tiempo y, de otra, al quedar incorporadas en el texto convencional, constituyen derechos adquiridos y garantía a la legítima expectativa de adquirir el derecho pensional de acuerdo a las reglas del pacto o convención colectiva de trabajo que firmaron, mientras continúe vigente, así esa vigencia supere el límite del 31 de julio de 2010.*

> *Corolario, las vigencias que excedieran el 31 de julio de 2010 debían estar expresas en los acuerdos colectivos pactados con antelación al AL 01 de 2005, sin que sean exigibles así las disposiciones fruto de acuerdos posteriores.".*

Aquí resulta oportuno precisar a los recurrentes, cuando la norma refiere a que el tiempo de servicios puede ser discontinuo, quiere con ello decir que es posible sumar todas las vinculaciones que haya tenido con la entidad de carácter laboral, con independencia de que se hayan o no presentado interrupciones entre estas, pues lo que da lugar al reconocimiento de la pensión es el tiempo efectivamente servido al empleador, y en ese entendido, solo es posible tener en cuenta los días en que el servicio se prestó a traves de un vinculo laboral y no civil como se pretende.

Con base en lo expuesto, encuentra esta Sala, en vista de que la convención colectiva en la que se funda la reclamación de los accionantes fue suscrita con posterioridad al 29 de julio de 2005, sus efectos en materia pensional no se extendieron más allá del 31 de julio de 2010 por lo que debían cumplir los requisitos antes de dicha data y no pretender a través de esta demanda computar tiempos en que prestaron servicios como contratistas, pues al respecto, resáltese, ninguna pretensión se dirigió a solicitar la declaratoria de un contrato de trabajo, no siendo este el escenario donde se analice la procedencia de un contrato realidad, pues al tratarse las pretensiones del reconocimiento y pago de una pensión convencional, solo es oportuno analizar los presupuestos para su procedencia exclusivamente[8].

---

[8] *Tiempos como contratista de Rigoberto Barrero:*

ORDEN DE SERVICIO	**TIEMPO**	**PÁGINAS**
9/05/89	90 DIAS	695 y 696
8/09/89	120 DIAS	699 y 700
6/12/89	90 DIAS	701 y 702
8/03/90	6 MESES	703 a 706

Tiempo como contratista de Lilia Rodríguez

FECHA ORDEN DE SERVICIO	**PÁGINAS**
10/04/89	729 a 731
13/06/89	732
13/10/89	733 a 734
27/11/89	735 a 736

De esta manera, ante la ausencia de fundamento normativo, no existe base legal en orden acceder a las pretensiones del libelo, pues sería inoperante el mandato constitucional aquí aludido, el cual ha sido incluso examinado por las Altas Corporaciones de Justicia.

Igualmente, resulta atinado mencionar, frente a las súplicas subsidiarias que no tienen vocacion de prosperidad, nótese, la cláusula convencional a que hacen referencia los accionantes es la 106, la cual tiene una redacción idéntica a la 109 de la convención colectiva vigente para el periodo 2009 – 2014, y en su literalidad prevé 20 años de servicios, 50 años de edad y 70 puntos en un sistema en el cual cada año de servicio a Ecopetrol S.A. equivale a un (1) punto y cada año de edad equivale a otro punto, requisitos que como ya se advirtió, no fueron satisfechos por los demandantes. Se reitera, conforme al parágrafo transitorio 2 del artículo 1° del Acto Legislativo 01 de 2005, la vigencia de los regímenes pensionales exceptuados expiraba el 31 de julio de 2010, en otras palabras, los trabajadores de Ecopetrol S.A. que aspiraran a pensionarse a la luz de las disposiciones normativas vigentes antes de la Ley 100 de 1993, debían cumplir los requisitos de causación del derecho antes de esa fecha y ello no ocurrió en esta litis.

En otro giro, en lo que tiene que ver con la aplicación del régimen previsto en el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, no debe perderse de vista que también este al ser un esquema legal pensional especial, quedó abolido por virtud del Acto Legislativo 01 de 2005, de modo que, si los trabajadores pretendían beneficiarse de tal régimen, debían dar cumplimiento a sus requisitos de causación (edad y tiempo de servicio) a más tardar en la fecha antes mencionada, es decir, el 31 de julio de 2010.

Así quedó establecido en el parágrafo transitorio 2º de la mencionada reforma constitucional cuando estipuló que «*Sin perjuicio de los derechos adquiridos, el régimen aplicable a los miembros de la Fuerza Pública y al Presidente de la República, y lo establecido en los parágrafos del presente artículo, la vigencia*

1/02/90	738 a 740
1/03/90	737

de los regímenes pensionales especiales, los exceptuados, así como cualquier otro distinto al establecido de manera permanente en las leyes del Sistema General de Pensiones expirará el 31 de julio del año 2010". Luego, no tiene relevancia alguna que los señores RIGOBERTO BARRERO ACOSTA y LILIA RODRIGUEZ hubieran pretendido beneficiarse de un régimen pensional extralegal o uno de origen legal especial.

Con todo, como quiera que también el Acto Legislativo 01 de 2005 deja a salvo los derechos adquiridos de los trabajadores, la vigencia del artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo –derogado expresamente por el 289 de la Ley 100 de 1993-, se mantuvo excepcionalmente aplicable a favor de los trabajadores de Ecopetrol S.A. vinculados con antelación a la vigencia de la Ley 797 de 2003 –como los demandantes-, en razón a que el artículo 279 de aquella norma excluyó expresamente de su aplicación a los trabajadores en las condiciones allí dispuestas, lo que reglamentó, el Decreto 807 de 1994 y fue ratificado más tarde por la Ley 1118 de 2006.

Bajo este panorama, la procedencia del artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo estaba intrínsecamente supeditada al cumplimiento de los requisitos señalados en aquel, antes del 31 de julio de 2010. Con posterioridad, el régimen pensional que sería aplicable sería a plenitud el previsto en la Ley 100 de 1993 previa afiliación al Sistema. De esta forma, aunque los trabajadores no fueran beneficiarios de un régimen especial, exceptuado o excepcional, de todas maneras, no quedarían desprotegidos frente al riesgo de vejez y tampoco sería desconocido su trabajo personal como edificador de una pensión (así lo recordó la CSJ en providencia SL1870-2020).

Igualmente, sea oportuno exponer, este reconocimiento (artículo 260 ibidem) es un planteamiento que desborda la competencia del recurso de la Sala, pues, alude a asuntos no formulados en el acápite de pretensiones, pese a mencionarse en el recurso que ocupa a la Sala.

Al respecto, la sentencia CSJ SL2966-2022 explicó sobre este aspecto lo siguiente:

> *"Ha dicho la Corte que la relación jurídico procesal debe quedar planteada en el proceso desde su inicio, tanto en la demanda como en la contestación, cuya alteración resulta inadmisible por vulnerar garantías fundamentales como el derecho de defensa, contradicción, debido proceso, lealtad y buena fe, pues el recurso extraordinario de casación no es el escenario propicio para debatir fundamentos o supuestos fácticos sobre los cuales se guardó mutismo en las instancias; lo que la jurisprudencia ha denominado como medio nuevo, marco general que enmarca los hechos, planteamientos y pedimentos novedosos que son conceptualmente diferentes, así como cuando los dislates en la apreciación de la plataforma probatoria no se alegaron o controvirtieron en las instancias.*
>
> *En efecto, los hechos nuevos son circunstancias fácticas que no se plantearon en la demanda que sirven de soporte a las pretensiones y sobre los cuales la parte demandada no tuvo oportunidad de resistir. Cuando nos referimos a planteamientos nuevos, hacemos referencia a aspectos factuales con repercusión jurídica que no se trajeron a la palestra en el juicio con el fin de controvertirlos oportunamente en las instancias, y, finalmente, los pedimentos nuevos que son aquellas pretensiones que no fueron propuestas en el escrito inicial y que solamente en casación se procuran introducir como parte del petitum. Podemos agregar también las pruebas incorporadas en casación sobre las cuales no hubo contradicción en las instancias y que conllevan un asunto novedoso que no se planteó desde el inicio en el juicio.*
>
> *A ese respecto, la Corte, en providencia CSJ SC, del 10 de mar.1977, rad. 4331, recordó que:*
>
> *[Se quebrantaría] "El derecho de defensa si uno de los litigantes pudiera echar mano en casación de hechos, extremos o planteamientos no alegados o formados en instancia, respecto de los cuales, si los hubiesen sido entonces, la contraparte habría podido defender su causa […] La sentencia no puede enjuiciarse en casación sino con los materiales que sirvieron para estructurarla, no con materiales distintos, extraños o desconocidos. Sería, de lo contrario, una lucha desleal, no solo entre las partes, sino también respecto al Tribunal fallador a quien se le emplazaría a responder en relación con hechos o planteamientos que no tuvo ante sus ojos, y aún [sic] respecto del fallo mismo que tendría que defenderse de armas para él hasta entonces ignoradas. (G.J. LXXXIII, p. 76)".*
>
> *Valga anotar que la Corte ha señalado que, por regla general, los aspectos meramente jurídicos o razonamientos de puro derecho y los medios de orden público, no constituyen medios nuevos, aunque no se hayan alegado en las instancias, como por ejemplo la discusión sobre la aportación de una prueba al proceso en las oportunidades probatorias previstas en la legislación adjetiva (CSJ SL, 6 may. 2010, rad. 35107).".*

Atendiendo lo anterior, una vez revisada la demanda inicial, no se evidencia súplica alguna dirigida a la procedencia de la pensión legal de jubilación del artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo. Ahora bien, en el caso en que la Sala decidiera proceder con el estudio de la causación de la pensión legal de jubilación con base en la normatividad en cita, lo cierto es que llegaría a la misma conclusión arriba plasmada frente al no cumplimiento del tiempo de servicios.

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, por las razones consignadas en esta providencia.

COSTAS en esta instancia a cargo de la 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

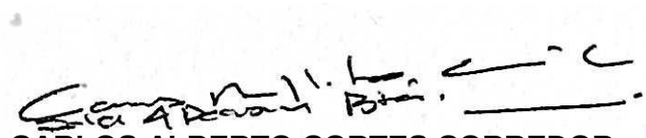
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por la Juez Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las motivaciones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: COSTAS de esta instancia a cargo de los demandantes.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN



CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

AGENCIAS EN DERECHO: Se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de $1.160.000, cada uno, la cual deberá ser incluida en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL

BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR LUZ MERY BELTRÁN CAMPOS CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- (RAD. 39 2021 00002 02).

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

AUTO

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

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

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

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, en virtud de los recursos de apelación interpuestos por ambas partes y el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, de la sentencia proferida por el Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 26 de enero del 2023 (*Archivo 22 expediente digital "Audiencia virtual", récord 37:10)*, en la que se resolvió:

"PRIMERO**: **ORDENAR** a **COLPENSIONES** integrar los periodos en mora por parte de **INDUSTRIA COLOMBIANA DE BICICLETAS ESTÁNDAR LTDA y

***COLCADENAS Y PIÑONES LTDA**, como empleadores de la señora **LUZ MERY BELTRÁN CAMPOS** a la historia laboral de la actora, los cuales se relacionaron en la parte motiva de la sentencia, de conformidad con lo ya expuesto, sin que sea necesario, traerlos a colación simplemente se deja constancia que dichos cuadros de los montos de mes a mes se incorporarán en el Acta y hace parte integral de la presente sentencia.*

***SEGUNDO: DECLARAR** que la señora **LUZ MERY BELTRÁN CAMPOS** es beneficiaria de una pensión de vejez vitalicia a luz la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, a partir del momento en que se desafilie del sistema.*

***TERCERO: CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES** a que reconozca y pague a la señora **LUZ MERY**, la pensión de vejez vitalicia a luz la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, una vez se desafilie del sistema la demandante.*

***CUARTO: DENEGAR** las demás pretensiones de la demanda, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*
***QUINTO: DECLARAR PROBADA PARCIALMENTE** la excepción denominada cobro de lo no debido, frente a los intereses moratorios, y **NO PROBADAS** las demás.*

***SEXTO: CONDENAR** en **COSTAS** a la parte demandada **COLPENSIONES**, dentro de las cuales deberá fijar como agencias en Derecho, la suma de un millón de pesos.*

SÉPTIMO: CONSÚLTESE** la presente decisión con el Superior, por resultar adversa a **COLPENSIONES.”

Inconforme con la decisión los apoderados de las partes, interponen recurso de apelación, inicialmente el apoderado de la actora señalando su inconformidad respecto de la fecha en que se debe reconocer la prestación pensional aduciendo debe ser desde el momento en que cumplió los 57 años de edad es decir desde el 23 de marzo del 2018 que ya tenía todos los requisitos para acceder al derecho, precisando que si las empresas hubiesen hecho los aportes y el ISS hoy Colpensiones hubiera realizado el cobro coactivo, se habría integrado de manera efectiva y eficaz la historia laboral y así accedido a la prestación afirmando “*y no le habrá tocado seguir trabajando como actualmente está trabajando vinculada con relación laboral, pagando para lograr su prestación”,* reiterando se debe establecer como fecha de causación y pago de la prestación pensional el 23 de marzo del 2018 (*Archivo 22 expediente digital “Audiencia virtual”, récord 38:50*[1]*)*

[1] **APODERADO PARTE DEMANDANTE:** Muchas gracias, Señora juez, eh bueno, voy a presentar el recurso de apelación de manera parcial, eh, manifiesta (sic) manifestando que la gran mayoría de su fallo, estoy de acuerdo, como es el hecho de que se integren las semanas de cotización, como es el hecho de que COLPENSIONES reconozca de manera ha, eh inmediata la pensión de vejez después de su desafiliación del sistema, ahí es en dónde, eh, señora Juez, eh, no me encuentro conforme con el fallo en el sentido de que se debe reconocer la prestación a la demandante desde el momento en que cumplió sus 57 años de edad, aquí quedó probado de que existió una relación laboral, bueno, este recurso de apelación de manera (sic) de manera parcial, lo presento ante el Honorable Tribunal Judicial del Distrito (sic) de distrito judicial de Bogotá Sala Laboral, para que en sede de instancia se revoque, parcialmente, se modifique perdón, parcialmente el fallo de primera instancia, el cual argumento pues, de la siguiente manera y de manera concreta:

Por su parte COLPENSIONES en su apelación expresa que la señora LUZ MERY BELTRÁN no cumple con los requisitos de semanas cotizadas en la ley 797 del 2003 a la fecha de la contestación de la misma, pues a pesar de contar con 61 años, tan solo acredita 1252 semanas, del mismo modo, solicita la absolución de la condena en costas y agencias en derecho. (*Archivo 22 expediente digital "Audiencia virtual", récord 43:09*[2]*)*

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante LUZ MERY BELTRAN CAMPOS las pretensiones visibles en el escrito de la demandada páginas 5 y 6 (Archivo 01 expediente digital) las cuales tienen sustento fáctico en los

---

Se solicita en la demanda que se reconozca la prestación de conformidad con la Ley 100 de 1993, es decir, a partir del momento del cumplimiento de los requisitos de la demandante, esto es a partir del 23 de marzo del 2018, cuando ella cumple sus 57 años de edad y se prueba que si las empresas hubiesen hecho los aportes y si la administradora colombiana de pensiones COLPENSIONES y el antiguo Instituto de los seguros sociales hubiesen realizado el cobro coactivo, hubiesen integrado de manera efectiva y eficaz, la historia laboral, pues mi cliente habría accedido simplemente a la prestación y no le habrá tocado seguir trabajando como actualmente está trabajando vinculada con relación laboral, pagando para lograr su prestación.

Esta negligencia de la administradora no puede como dice la Corte, trasladarse al trabajador, que sí ha cumplido y que cumplió esto fue realmente sería, estaríamos en contra de un derecho adquirido, eh, eh y de la Seguridad Social, mi cliente, de conformidad con la práctica de pruebas y con el juicioso análisis que hace la juez de primera instancia, se logra probar de que eh, mi cliente habría accedido a la pensión de vejez el 23 de marzo del 2018, pero por negligencia de la administradora, mi cliente ha tenido que seguir trabajando y aportando al sistema, entonces, eh, se solicita al Honorable Tribunal, que se modifique el fallo de primera instancia en ese sentido eh, concediendo la fecha de causación de la prestación 23 de marzo del 2018 y el pago, entre otras cosas, eh, la ley establece que quien causa un daño debe pagar, entonces acá la administradora tuvo una negligencia en la eh (sic) en el recaudo de las cotizaciones y por ello, debe asumir en un momento dado esta prestación a partir de la fecha en que la demandante cumplió sus 57 años de edad.

De esa manera, señora juez, dejó argumentado mi recurso de apelación, solicitando al honorable tribunal, tenga en cuenta este recurso y se conceda la pensión de vejez de la demandante a partir del cumplimiento de los requisitos establecidos en la Ley 100 del 93 y ley 797 del 2003.

[2] **APODERADA PARTE DEMANDADA (COLPENSIONES):** Gracias su Señoría, de manera respetuosa, dentro de la oportunidad procesal y siguiendo los lineamientos que debo seguir por la entidad que represento para ejercer su defensa, se presenta recurso de apelación, teniendo en cuenta que mi representada lo que pretende es evitar la presentación de presuntos fraudes en la consolidación de las historias laborales, ya que en la experiencia de mi representada se han visto muchos casos en los cuales se han efectuado cotizaciones en espacios de historias laborales para completar períodos, sin haber efectivamente elaborado estos dichos tiempos.

Eh, lo mismo, lo ha notado en las sentencias de SL-3692 del 2020 SL-514 del 2020 y la SL- 263 de 2020, la Corte Suprema de Justicia. Así las cosas, a la luz de los mismos la señora LUZ MERY BELTRÁN no cumple con los requisitos de semanas cotizadas en la ley 797 del 2003 a la fecha de la contestación de la misma, pues a pesar de contar con 61 años, tan solo acredita 1252 semanas, del mismo modo, solicitó la absolución a mi representada la condena en costas y agencias, en derecho impuestas en sentencia toda vez que COLPENSIONES ha actuado en estricto cumplimiento del orden legal. Así las cosas, solicito respetuosamente al honorable sala del Tribunal que revoque la presente sentencia, conforme lo expuesto. En estos términos, dejo sustentado mi recurso su Señoría.

hechos narrados en las páginas 2 a 5 ibídem, encaminadas a que se condene a Colpensiones a integrar debidamente la historia laboral con los ciclos dejados en mora por sus ex empleadores INDUSTRIA COLOMBIANA DE BICICLETAS ESTANDAR y COLCADENAS Y PIÑONES LTDA, y en consecuencia se reconozca, liquide y pague la pensión de vejez establecida en la Ley 100 de 1993, derechos *ultra y extra petita* y costas procesales. **Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus aspiraciones**, pues se condenó a la demandada al reconocimiento pensional en virtud de lo establecido en la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 del 2003, tras considerar, que la demandante cumple con los requisitos establecidos en la mencionada norma, precisando que la prestación se debe otorgar desde el día siguiente a la última cotización que realice la demandante, en tanto continua afiliada y cotizando al sistema, teniendo en cuenta para todos los efectos los periodos que COLPENSIONES no contabilizó y que corresponden a los aportes que debió efectuar INDUSTRIA COLOMBIANA DE BICICLETAS ESTÁNDAR LTDA. y COLCADENAS Y PIÑONES LTDA.

De esta manera, con ocasión de los recursos de apelación promovidos por las partes y el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, se examinarán además de los motivos expuestos por ésta en la alzada, la decisión en lo que le fue desfavorable a la encartada.

Dilucidado lo anterior, se procede entonces a determinar si a la demandante le asiste el derecho a acceder a la pensión solicitada con fundamento en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993[3], disposición que exige para el caso de las mujeres, haber alcanzado 57 años, y cotizaciones en total de 1.000 semanas las cuales se aumentaron desde el 1° de enero del año 2005 en 50 y a partir del 1° de enero de 2006 en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.

---

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

1. *Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre*.

A partir del 1° de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.

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

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

Al efecto, se encuentra la copia del documento de identidad de la accionante (pág. 16 Archivo 01 expediente digital), en el cual se consigna como fecha de nacimiento el 23 de marzo de 1961, por lo que acreditó la edad exigida de 57 años, el mismo día y mes del año **2018**; ahora bien, en cuanto a la cantidad de semanas de cotización para tal calenda, se concluye que la actora tiene cotizadas **1071,14 semanas** al 31 de mayo del 2021 (historia laboral aportada por Colpensiones en la contestación de la demanda Archivo 9 expediente digital págs. 51 a 58 actualizada al 13 de julio del 2021), esto es, en principio no acreditaría el requisito de semanas previsto en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, pues para ese entonces (2018) las semanas exigidas eran 1300.

No obstante, lo anterior alega el demandante existen unos periodos que no han sido tenidos en cuenta así (hechos Nos. 4, 5, 6, 7 y 9):

6. La empresa **INDUSTRIA COLOMBIANA DE BICICLETAS ESTÁNDAR LTDA** no pagó al Sistema de la Seguridad Social en Pensión en los siguientes ciclos:

   -Año 1995: Septiembre y Diciembre
   -Año 1996: Enero, Febrero, Marzo, Abril, Mayo, Junio, Julio, Agosto, Septiembre, Octubre, Noviembre y Diciembre.
   -Año 1997: Enero, Febrero, Marzo, Abril, Mayo y Junio.

11. Al revisar minuciosamente la historia laboral expedida por Colpensiones se detalla que la empresa **COLCADENAS Y PIÑONES LTDA**, incurrió en mora al realizar los aportes a la seguridad social en pensiones para los siguientes periodos:

- **AÑO 1998:** MARZO, ABRIL, MAYO.
- **AÑO 2001:** DICIEMBRE.
- **AÑO 2002:** ENERO FEBRERO, MARZO, ABRIL, JUNIO, JULIO y SEPTIEMBRE.
- **AÑO 2003:** ENERO, FEBRERO, MARZO, JUNIO, JULIO, AGOSTO, OCTUBRE, NOVIEMBRE y DICIEMBRE.
- **AÑO 2004:** ENERO, FEBRERO, MARZO, ABRIL, MAYO, JUNIO, JULIO, AGOSTO, SEPTIEMBRE, OCTUBRE, NOVIEMBRE y DICIEMBRE.
- **AÑO 2005:** ENERO, FEBRERO, MARZO, ABRIL, MAYO, JUNIO, JULIO, AGOSTO, SEPTIEMBRE, OCTUBRE, NOVIEMBRE y DICIEMBRE.
- **AÑO 2006:** ENERO, FEBRERO, MARZO, ABRIL, MAYO, JUNIO, JULIO, AGOSTO, SEPTIEMBRE, OCTUBRE, NOVIEMBRE y DICIEMBRE.
- **AÑO 2007:** ENERO, FEBRERO, MARZO, ABRIL, MAYO, JUNIO, JULIO, AGOSTO, SEPTIEMBRE, OCTUBRE, NOVIEMBRE y DICIEMBRE.
- **AÑO 2008:** ENERO, FEBRERO, MARZO, ABRIL, MAYO, JUNIO, JULIO, AGOSTO, SEPTIEMBRE, OCTUBRE, NOVIEMBRE y DICIEMBRE.
- **AÑO 2009:** ENERO, FEBRERO, MARZO, ABRIL, MAYO, JUNIO, JULIO, AGOSTO, SEPTIEMBRE, OCTUBRE, NOVIEMBRE y DICIEMBRE.
- **AÑO 2010:** ENERO, FEBRERO, MARZO, ABRIL, MAYO, JUNIO, JULIO, AGOSTO, SEPTIEMBRE, OCTUBRE, NOVIEMBRE y DICIEMBRE.
- **AÑO 2011:** ENERO, FEBRERO, MARZO, ABRIL, MAYO, JUNIO, JULIO y AGOSTO.

De este modo revisado el material probatorio obrante dentro del expediente se aportaron las siguientes documentales (Archivo 01 expediente digital):

- Certificación de INDUSTRIA COLOMBIANA DE BICICLETAS ESTÁNDAR LTDA. donde se señala que la actora laboró allí del 15 de junio de 1992 hasta el 3 de julio de 1997 (pág. 24).

- Contrato individual de trabajo a término indefinido suscrito con la empresa COLCADENAS Y PIÑONES LTDA el 14 de enero de 1998 (págs. 30 y 31 ibidem).

- Formulario de afiliación al ISS por parte de COLCADENAS y PIÑONES con sello de recibido de esa entidad, pero con data de radicación ilegible (pág. 32 ibidem).
- Certificación de COLCADENAS Y PIÑONES LTDA. señalando que la actora presto servicios del 14 de enero de 1998 al 31 de agosto de 2011 (pág. 33).

- Respuesta de Colpensiones de fecha 29 de mayo del 2013 a petición elevada por la parte actora donde manifiesta (Págs. 49 y 50):

Con respecto a su petición, mediante la cual solicita se adelanten las acciones de fiscalización y cobro a los empleadores **COLCADENAS Y PIÑONES LTDA** e **INDUSTRIA COLOMBIANA DE BICICLETAS ESTÁNDAR** por concepto de aportes pensionales al respecto nos permitimos informarle lo siguiente:

Revisada la base de datos de consulta de pagos de la entidad, se registran pagos de cotizaciones en pensión no continuas, del empleador **COLCADENAS Y PIÑONES LTDA**, con NIT.860.402.023 por el afiliado LUZ MERY BELTRAN con C.C. 35.330.092, del periodo 02 de 1998 al 10 de 2003. El empleador registra deuda presunta por aportes en pensión, por el no pago de los periodos que se relacionan a continuación: 03, 04, 05 de 1998; 12 de 2001; 02, 03, 04, 06, 07, 09 de 2002; 01, 02, 03, 06, 07, 08, 11, 12 de 2003; 01 de 2004 hasta la fecha de terminación del vinculo laboral teniendo en cuenta que la base de datos no registra novedad de retiro alguno por ese afillado.

Así mismo una vez revisada la base de datos de consulta de pagos de la entidad, se registran pagos de cotizaciones en pensión no continuas, del empleador **INDUSTRIA COLOMBIANA DE BICICLETAS ESTÁNDAR**, con NIT.860.055.863 por el afiliado LUZ MERY BELTRAN con C.C. 35.330.092, del periodo 01 de 1995 al 11 de 1996. El empleador registra deuda presunta por aportes en pensión, por el no pago de los periodos que se relacionan a continuación: 09 y 12 de 1995; 01, 10 de 1996; 12 de 1996 hasta la fecha de terminación del vinculo laboral teniendo en cuenta que la base de datos no registra novedad de retiro alguno por ese afiliado.

- Respuesta de Colpensiones de fecha 11 de julio del 2013 a petición elevada por la parte actora donde señala (Págs. 56 y 57):

Tal como se le indicaba en la comunicación anterior, bajo la razón social **COLCADENAS Y PIÑONES LTDA**, con **NIT.860.402.023** el empleador registra deuda presunta por aportes en pensión a su favor por los periodos que se relacionan a continuación: 03, 04, 05 de 1998; 12 de 2001; 02, 03, 04, 06, 07, 09 de 2002; 01, 02, 03, 06, 07, 08, 11, 12 de 2003 y de 01 de 2004 hasta la fecha de terminación del vinculo laboral, teniendo en cuenta que la base de datos no registra novedad de retiro en el ultimo pago realizado a su favor.

Situación similar se presenta con el empleador INDUSTRIA COLOMBIANA DE BICICLETAS ESTÁNDAR, con NIT.860.055.863 por el cual registra deuda presunta por aportes en pensión, para los períodos 09 y 12 de 1995; 01, 10 de 1996; 12 de 1996 hasta la fecha de terminación de su vínculo laboral, teniendo en cuenta que no registra novedad de retiro reportada por el empleador en el ultimo ciclo cotizado a su favor.

- Liquidación de prestaciones sociales de COLCADENAS Y PIÑONES LTDA. con fecha de ingreso 14 de enero de 1998 y de retiro el 30 de agosto de 2011 (Carpeta 9.1 ExpedienteAdministrativo Archivo: GEN-ANX-CI-2013_8376634-20140610005325 pág. 17).
- Misiva de COLCADENAS Y PIÑONES LTDA. dirigida al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social con fecha 15 de febrero del 2010 solicitando la autorización de pago de cesantías (Carpeta 9.1 ExpedienteAdministrativo Archivo: GEN-ANX-CI-2013_8376634-20140610005325 pág. 21).

De la anterior documental y concretamente frente a las certificaciones aportadas por la parte actora, baste con señalar al litigio no fueron llamados dichos empleadores en aras de corroborar lo allí señalado, sin embargo se tiene que Colpensiones en las respuestas dadas a la parte actora sí acepta los periodos en que existe mora frente a tales sociedades, lo cual se corrobora con el contenido del reporte de semanas expedido por la enjuiciada en donde se evidencia que existe una afiliación por parte de las citadas empresas y cuyos aportes no fueron continuos.

Razón por la cual, revisada la última historia laboral expedida por COLPENSIONES en el año 2021, concretamente el DETALLE DE PAGOS EFECTUADOS A PARTIR DE 1995 se evidencia que con el empleador INDUSTRIA COLOMBIANA DE BICICLETAS ESTANDAR hay cotizaciones de enero a noviembre de 1995 y luego una cotización en noviembre de 1996 por 10 días, es decir, que teniendo en cuenta la documental atrás referida faltan los siguientes aportes:

- 1995: Septiembre y Diciembre (60 días)
- 1996: Enero a Diciembre (360 días menos los 10 días cotizados en noviembre son 350 días)
- 1997: Enero al 3 de julio (183 días)

TOTAL= 593 días o 84.71 semanas

Frente a COLCADENAS Y PIÑONES LTDA, desde febrero de 1998 a octubre del 2003, evidenciando mora en el pago de aportes así:

- 1999: Agosto y Septiembre (60 días)
- 2003: Noviembre y Diciembre (60 días)
- 2004: Enero a Diciembre (360 días)
- 2005: Enero a Diciembre (360 días)
- 2006: Enero a Diciembre (360 días)
- 2007: Enero a Diciembre (360 días)
- 2008: Enero a Diciembre (360 días)
- 2009: Enero a Diciembre (360 días)
- 2010: Enero a Julio (210 días)

TOTAL= 2490 días o 355,71 semanas

Precisándose de agosto del 2010 al mes de agosto del 2011 donde no obran cotizaciones por parte de ese empleador si se evidencian aportes efectuados por la demandante en calidad de TRABAJADORA INDEPENDIENTE, por lo que ese lapso no puede ser contabilizado dos veces, en tanto existiría simultaneidad de aportes que impide incrementar semanas, advirtiéndose ello únicamente serviría para aumentar el IBC mas no el numero de semanas.

Al respecto la sentencia 42299 del 5 de junio de 2012, indicó:

> *"De tal modo que independiente de que los aportes que reclama la censura estuvieran o no en mora, lo cierto es que no es dable sumarlos al total de semanas cotizadas, habida cuenta que el ISS subroga el riesgo por un mismo período y no por tiempos dobles. Por tanto, en los eventos de servicios prestados por el asegurado en forma simultánea a varios empleadores, los diferentes aportes se tienen en cuenta únicamente "para establecer el promedio del salario de base correspondiente, para efectos del pago de las prestaciones económicas, sin que sobrepase el salario base máxime asegurable al momento de causarse el derecho" conforme lo dispone el artículo 81 del Acuerdo 044 de 1989 aprobado por el Decreto 3063 del mismo año,* ***es decir, incrementa el ingreso base de cotización más no aumenta el tiempo de cotización o semanas aportadas****."* (Negrillas fuera de texto)

Nótese frente a dichos empleadores se acreditó la vinculación laboral en los periodos señalados en la demanda (hechos 4 y 7 pág. 2 Archivo 01 expediente digital), conforme lo aceptado por la encartada en las respuestas a las peticiones

dadas a la accionante donde manifiesta que en efecto existe una deuda de aportes respecto de tales empleadores, advirtiéndose no se evidencien las gestiones de cobro oportunas pues lo que manifestó Colpensiones en sus respuestas es que solo en virtud de peticiones elevadas por la actora en el año 2011 se dio inicio a tal gestión de cobro indicando como argumento lo siguiente (Archivo 01 pág. 57):

> Cabe resaltar que en su solicitud inicial para que se realizaran las acciones de cobro a sus dos ex empleadores, tal como lo indica fue el año 2011, a lo cual tal como se le indicó en la comunicación FE /21240 de fecha octubre 25 de 2011 suscrita por parte de la Jefe del Departamento Financiero Seccional Cundinamarca – ISS en Liquidación, la cual fue generada como respuesta a su derecho de petición ID110271, las empresas antes mencionadas a esa fecha ya se encontraban disueltas y en estado de liquidación, lo cual se le indico y es ratificado al consultar la información pública suministrada por la Cámara de Comercio de Bogotá y/o la Superintendencia de Sociedades.
>
> Adicionalmente a lo enunciado en párrafos anteriores, nos permitimos mencionar que Colpensiones entró en operación como Administradora del Régimen de Prima Madia con Prestación definida a partir del 01 de octubre de 2012 en reemplazo del Instituto de Seguros Sociales, de acuerdo a lo ordenado en el Decreto 2011 de septiembre 28 de 2012, fecha posterior a la liquidación de las empresas motivo de su solicitud, razón por la cual en contra de sus dos ex empleadores, no es procedente las respectivas acciones de cobro por parte de Colpensiones, toda vez que el sujeto pasivo de la acción (empleadores), en quienes recaería las correspondientes acciones de cobro por los aportes adeudados a su favor, ya no existen.
>
> Teniendo en cuenta todo lo anteriormente expresado, y que sus empleadores jurídicamente ya no existen, Usted puede recurrir a un proceso de Recuperación de Semanas, mecanismo que le permite a los trabajadores que se vean afectados por el incumplimiento de sus empleadores, lo cual afecta su pensión, y en concordancia con lo dispuesto por la Sala de Consulta del Consejo de Estado, respecto al parágrafo del artículo 2o del Acuerdo 027 de 1993, norma que se estableció, precisamente, como lo señaló la citada Corporación, para permitir que "*el beneficiario o trabajador subsanara los errores que por circunstancias ajenas a su voluntad le afectaban el derecho a su pensión, pagando la deuda con sus respectivos intereses moratorios y accediendo al derecho que no había podido hacer efectivo por causa de la mora en que había incurrido el empleador*".

Precisándose si bien la enjuiciada señala que las sociedades INDUSTRIA COLOMBIANA DE BICICLETAS ESTANDAR y COLCADENAS Y PIÑONES LTDA. al año 2011 ya se encontraban disueltas y en estado de liquidación conforme lo informado en su momento por el ISS, ha de tenerse en cuenta la mora data de años anteriores, esto es, de 1995 a 2010, por lo que su deber era el de perseguir, a través de los mecanismos legales pertinentes, el pago de las cotizaciones de su afiliada desde el momento en que se presentó la primera mora por parte de sus empleadores, sin que en el plenario tampoco obre prueba de que dada la disolución de las referidas sociedades se hubiese calificado como incobrable la deuda por aportes, y en ese orden se hayan declarados inexistentes tales cotizaciones (Estatuto de Cobranzas previsto en el Decreto 2665 de 1988).

Razón por la cual el lapso donde existe la mora debe ser tenido en cuenta y así incrementársele a la actora las semanas que no fueron aportadas por sus empleadores, sin que la trabajadora pueda ver truncado su derecho pensional por el hecho de la mora en el pago de las mismas, ello por cuanto tal situación en manera alguna puede acarrear consecuencias negativas para el afiliado, debiendo contabilizarse dichas semanas en la sumatoria total, a efecto de corroborar el cumplimiento del requisito de semanas para acceder al derecho pensional.

Lo anterior en tanto, la mora en el pago de los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, no resta validez a las semanas a contabilizar para efecto de acreditar el cumplimiento del tiempo exigido para efectos del reconocimiento pensional, debido a que además de la mora, se presenta también una actitud omisiva de la entidad de seguridad social en adelantar las respectivas gestiones de cobro, pues es a las administradora del sistema y no a los trabajadores, a quienes de acuerdo con el artículo 24 de la Ley 100 de 1993 "*Corresponde adelantar las acciones de cobro con motivo del incumplimiento de las obligaciones del empleador*". Al respecto puede consultarse la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia condensada en las sentencias con radicación 34202[4], 34270 de 2008, así como 31307 y 35477 de 2009, y más recientemente en sentencia proferida dentro de la radicación No. 43781[5] del 14 de

---

[4] "*Y es que si bien la Sala mayoritariamente, venía sosteniendo que los períodos laborados pero no cotizados por los empleadores para pensiones, no podían tenerse en cuenta, y era éste quien debía cubrir los riegos de IVM debido a la mora; tal posición jurisprudencial fue modificada, también por mayoría de sus miembros, a partir de la sentencia del 22 de julio de 2008 radicación 34270, que en esta oportunidad se reitera, en el sentido de considerar, que para establecer las consecuencias del incumplimiento del empleador, en el pago las cotizaciones al sistema, es preciso examinar las acciones desplegadas por la administradora de pensiones, para el recaudo efectivo de los correspondientes aportes, pues si ésta ha omitido hacerlas o ha sido negligente en las gestiones de cobro, es ella quien debe asumir el pago de la pensión.*"

[5] *"El censor controvierte el cómputo de las semanas realizado por el Tribunal y se centra en los siguientes puntos: i) que en el folio 8 están acreditadas 4,285 semanas que no fueron tenidas en cuenta; ii) que antes de 1994 y dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad de 60 años, se reportaron 86,857 semanas, con el empleador Justo Jaramillo e Hijos Ltda., que tampoco fueron contabilizadas; iii) y que el examen correcto de los listados de periodos cotizados en el régimen subsidiado, determina un total de 411,428 semanas, "(…) pues ha de tenerse en cuenta que las fechas que se repiten son las del recaudo más no hace referencia a los meses cotizados, como en forma errada lo hizo el sentenciador de segunda instancia."*

Planteada la acusación en los referidos términos, la Sala observa, en primer lugar, que en el documento de folio 11 se encuentra reflejado un periodo de afiliación del actor con el empleador Justo Jaramillo e Hijos Ltda., entre el 1 de diciembre de 1992 y el 8 de agosto de 1994, que, efectivamente, no se replica en el resumen de periodos pagados del folio 13, y que determinaría un total de 608 días, como lo alega el censor.

Es cierto también que dicho periodo no fue asumido por el Tribunal en su cómputo y debió serlo, pues está incluido dentro de los 20 años anteriores a la fecha en la que el actor cumplió la edad de 60 años, esto es, en el periodo comprendido entre el 4 de enero de 1986 y el 4 de enero de 2006. Por otra parte, ni el Instituto de Seguros Sociales ni el Tribunal opusieron alguna razón jurídica válida para restarle efectividad a ese ciclo. Y aunque en el documento de folio 11 se registra la anotación de deuda, ello no impide que se tenga en cuenta como tiempo valido de cotización.

Esta Sala de la Corte ha sostenido al respecto que las entidades de seguridad social tienen el deber de perseguir, a través de los mecanismos legales pertinentes, el pago de las cotizaciones de sus afiliados, so

agosto de 2013, SL-552 de 2013, SL2882 de 2020, SL1047 de 2020 y SL 2652 de 2020.

Así pues, en el evento en que la administradora de pensiones no realice las gestiones de cobro respectivas al empleador moroso, es a dicha entidad a quien corresponde asumir las prestaciones, según lo dejó sentado la Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicación No. 35777 del 25 de mayo de 2009 al indicar que *"Las cotizaciones causadas, consignadas en la historia de la seguridad social como créditos, se han de contabilizar como cotización, aún sea de manera transitoria, hasta tanto la administradora haga efectivo el cobro, caso en el cual la cotización adquiere su valor definitivo, o hasta que acredite ser incobrable, luego de haber gestionado diligentemente su pago al empleador, caso en el cual, la cotización se declara inexistente".*

Recordando frente a los aportes a seguridad social en pensiones, conforme lo ha dispuesto por la Ley 100 de 1993, en su artículo 22, el empleador será responsable del pago de los mismos, para tal efecto, descontará del salario de cada afiliado, al momento de su pago, el monto de las cotizaciones obligatorias y el de las voluntarias que expresamente haya autorizado por escrito el afiliado y trasladará estas sumas a la entidad elegida por el trabajador, junto con las correspondientes a su aporte, dentro de los plazos que para el efecto determine el Gobierno.

Así también, conforme el contenido del artículo 9° literal d) y parágrafo de la Ley 797 de 2003 y del artículo 17 del Decreto 3798 de 2003 y lo reiterado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en sentencias con radicaciones 32096 del 2 de septiembre de 2008 y 32179 del 27 de enero de 2009, es evidente que el tiempo dejado de cotizar durante la vinculación laboral tiene la virtud de perjudicar la eventual expectativa pensional de la demandante.

---

pena de que asuman la responsabilidad por el pago de las prestaciones, y que, "(…) para el caso específico del ISS, de conformidad con el Estatuto de Cobranzas previsto en el Decreto 2665 de 1988, debe tener por válidas transitoriamente las cotizaciones hasta tanto no se de por calificada de incobrable la deuda por aportes, y sean declaradas inexistentes. Estas disposiciones se han de considerar vigentes por disposición de la Ley 100 de 1993, artículo 31, y por cuanto si bien se han expedido reglamentos en materia de afiliaciones, cotizaciones y aportes, no se ha hecho lo propio en materia de cobranzas." Sentencia del 22 de julio de 2008, Rad. 34270, reiterada en la del 21 de marzo de 2012, Rad. 38756.

En ese sentido, el Tribunal incurrió en el error de hecho denunciado por la censura, de no dar por demostrado, estándolo, que el actor cotizó como trabajador dependiente 608 días, entre el 1 de diciembre de 1992 y el 8 de agosto de 1994".

Razones por las cuales, sumando las citadas semanas que no están registradas en la historia laboral -593 días o **84.71** semanas con INDUSTRIA COLOMBIANA DE BICICLETAS ESTANDAR y 2490 días o **355,71** semanas de COLCADENAS Y PIÑONES LTDA- que totalizan **440,42,** arrojan un total de **1511,56** semanas de aportes al sistema, teniendo en cuenta las ya reconocidas por Colpensiones de 1071,14, reuniendo con ello los requisitos previstos en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, para el reconocimiento del derecho pensional, pues como se anunció para el 2018 data en que la promotora del litigio cumplió los 57 años las exigidas eran 1300.

Ahora, respecto de la fecha desde la cual debe ser otorgada la prestación, punto objeto de apelación de la parte actora, ha de recordarse el artículo 17 de la Ley 100 de 1993 modificado por el 4 de la Ley 797 del 2003 señala que "*La obligación de cotizar cesa al momento en que el afiliado reúna los requisitos para acceder a la pensión mínima de vejez, o cuando el afiliado se pensione por invalidez o anticipadamente.*", en concordancia con el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, el cual dispone que *"La pensión de vejez se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos establecidos en el artículo anterior, pero será necesaria su desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar de la misma",* mientras que en el artículo 35 indica *"Las pensiones del seguro social se pagarán por mensualidades vencidas, previo el retiro del asegurado del servicio o del régimen, según el caso, para que pueda entrar a disfrutar de la pensión",* situación que en el examine no ha ocurrido según se puede constatar del reporte de semanas expedidos por Colpensiones (*Archivo 9 expediente digital págs. 51 a 58*), pues la demandante continúa realizando cotizaciones y ha venido efectuando aportes aún con posterioridad a la radicación de la demanda el 18 de diciembre del 2020 (*acta de reparto – Archivo 02 expediente digital*), nótese el último ciclo que figura dentro de la historia laboral corresponde a mayo del 2021, y la expedición de tal documento por parte de la administradora colombiana de pensiones -13 de julio del 2021-, y que fuera aportado con la contestación de la demanda.

Por lo anterior, el reconocimiento pensional conforme a lo considerado por la Juez de primer grado sí debe supeditarse al día siguiente de la fecha de la última cotización o cuando se reporte la novedad de retiro, pues si bien el derecho pensional se causó el 23 de marzo del 2018, por el cumplimiento de los requisitos exigidos para la pensión de vejez (edad y semanas), no es posible disfrutarla ni

exigirla sino hasta el momento en que se haya efectuado el retiro del sistema de la actora.

Al punto es importante precisar, si bien es cierto ha sido criterio de la Sala, respaldado en la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia con radicación 35605[6], que deben

[6] *"No hay controversia, en este estadio procesal, acerca de que, en virtud de la petición elevada por EVANGELISTA IBAÑEZ BARRERA, el 8 de marzo de 2005, mediante Resolución No. 002940 de 27 de mayo de 2005, el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES le reconoció pensión de vejez, a partir del mes de junio del mismo año, en cuantía de $1.554.044.oo. También, son pacíficos los supuestos fácticos referentes a que el demandante nació el 17 de agosto de 1942, por lo cual, ese mismo día del año 2002, cumplió 60 años, cuando ya había cotizado más de 1000 semanas para el riesgo de vejez.*

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

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

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

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

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

Soluciones diferentes se han tomado en otros casos, cuando el afiliado, no obstante cumplir los requisitos, sigue cotizando, pues no se le puede impedir que amplíe cuantitativamente su pensión, como efecto de una mayor densidad de cotizaciones, siempre y cuando esos aportes adicionales no contribuyan a desmejorar el monto final de la prestación pensional, como se definió en sentencia de 7 de septiembre de 2004, radicación

examinarse las circunstancias especiales que rodean cada caso con el fin de establecer la fecha de desafiliación o retiro del afiliado, en tanto se han establecido algunas excepciones sobre las cuales ha tenido oportunidad de pronunciarse la jurisprudencia, las cuales se han circunscrito a aquellos casos en los que el afiliado, no obstante haber causado la prestación por reunir requisitos de edad y tiempo de servicios y solicitado su reconocimiento en forma oportuna, se ha visto obligado a seguir cotizando frente a la actitud renuente de la administradora de pensiones a reconocer el derecho, por ejemplo alegando déficit de aportes[7], tal situación, contrario a lo concluido por el apelante, no se encuentra acreditada en el plenario pues, si bien, conforme al estudio atrás efectuado, COLPENSIONES era conocedora de la mora que existía con los empleadores INDUSTRIA COLOMBIANA DE BICIBLETAS y COLCADENAS Y PIÑONES LTDA. y no demostró las gestiones de cobro correspondientes, lo cierto es que en el examine no se halla probado que la actora se vio compelida a seguir cotizando por la negativa de la entidad de reconocerle la prestación, pues aunque reclamó su reconocimiento y pago ante la administradora el 19 de octubre de 2020 (*página 75 y 75 Archivo 01 expediente digital*) COLPENSIONES en ningún momento aludió a fundamento alguno para negarle la prestación a la actora y menos aún, le indicó que debía continuar cotizando para completar los requisitos exigidos en la ley para acceder a la pensión de vejez.

En ese orden, y como con lo incorporado al expediente no hay manera de concluir que las cotizaciones que se hicieron con posterioridad al cumplimiento de los requisitos o de la solicitud de pensión, se efectuaron por razones imputables a la demandada, en virtud de la consulta a favor de la llamada a juicio, debe confirmarse la sentencia de primer grado en cuanto ordenó el pago de la prestación por vejez a partir del retiro o la desafiliación del sistema.

En lo que respecta al monto de la mesada, atendiendo lo discurrido de manera precedente, esta Sala se abstiene de liquidarla en esta oportunidad pero, se precisa, la pensión deberá ser calculada por COLPENSIONES conforme lo

---

*22630**,** ó en los eventos en que la permanencia del trabajador en el sistema, obedeció a error de la entidad de seguridad social (34514; septiembre 1/09). En cambio, en este proceso, dado el supuesto fáctico no controvertido de que la última cotización se efectuó por el ciclo 06-01, no aflora dubitación respecto de que la pensión debe reconocerse desde la fecha en que alcanzó la edad legalmente exigida, por manera que, de otra parte, se atiende el mandato contenido en la parte final del mencionado artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, en cuanto que, para liquidar la pensión, se debe colacionar hasta la última semana cotizada".*

[7] Frente al particular pueden consultarse las sentencias con radicación 34514 de 2011, 39391 de 2011, 38558 de 2011, 97798 de 2011, SL 6159 de 2016 y SL 17999 de 2017.

previsto en el inciso 3º del artículo 21 de la ley 100 de 1993, esto es, tomando como ingreso base de liquidación el promedio de lo devengado en toda la vida o durante los 10 últimos años anteriores al reconocimiento, debidamente actualizado, toda vez que cuenta con más de 1250 semanas de cotización, dependiendo lo que le resulte más favorable, cual se deberá aplicar la tasa de remplazo que se obtenga de conformidad con el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, todo ello al momento del retiro del servicio.

Frente a la excepción de prescripción, propuesta en oportunidad por la demandada Colpensiones[8], baste con señalar en este especial asunto no se encuentra configurada atendiendo a que no hay desafiliación del sistema.

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 la parte demandada, lo atinente a derecho es que sean condenadas en costas, iterando, la única valoración a tener en cuenta en este aspecto, es las resultas del proceso.

De esta manera se agota la competencia frente a los recursos de apelación interpuestos por ambas partes y en el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, procediendo a confirmar la sentencia de primera instancia, de acuerdo a lo expuesto.

SIN COSTAS en esta instancia.

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

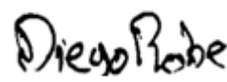
[8] Desde la contestación de la demanda página 26 (Archivo 9) , la cual se admitió por el juzgado mediante auto del 1º de marzo del 2022 (Archivo 12).

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR el fallo apelado y consultado, por las razones aquí expuestas**.**

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

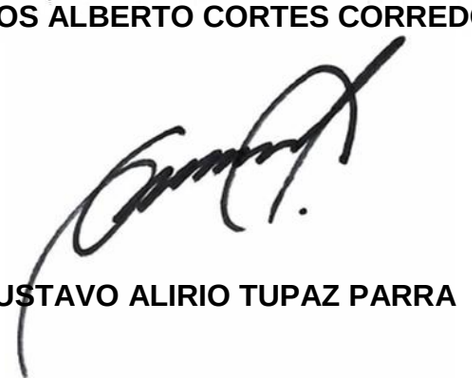
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN



CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MARTHA LUCIA MENDOZA PRIETO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- y COLFONDOS S.A. (RAD. 40 2021 00100 01).

Bogotá D.C. treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

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

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en su favor, contra la sentencia proferida por el Juez Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 18 de abril del 2023 *(Audiencia virtual, archivo 42, expediente digital récord:1:27:38),* en la que se resolvió:

> *"**PRIMERO: DECLARAR** ineficaz el traslado efectuado por la demandante, Martha Lucía Mendoza Prieto identificada con cedula de ciudadanía número 51.686.804 en el año de 1995 del régimen de prima media con prestación definida, administrado por el Instituto de Seguros Sociales, actualmente COLPENSIONES, al régimen de ahorro individual con solidaridad conocido como RAIS administrado por la AFP COLFONDOS S.A. por omitirse el deber de información que rige en materia de seguridad social de conformidad con las razones expuestas en esta providencia.*
>
> ***SEGUNDO: DECLARAR** que la demandante, Martha Lucía Mendoza Prieto, con cedula de ciudadanía número 51.686.804 ha estado afiliada al régimen de solidaridad de prima media, con prestación definida, sin solución de continuidad desde su elección inicial, conforme a las consideraciones expuestas en esta decisión.*

> ***TERCERO: DECLARAR*** *no probados los medios exceptivos formulados por los apoderados judiciales de las demandadas ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES- y la administradora de fondos de pensiones y cesantías COLFONDOS S.A., conforme a las razones expuestas.*
>
> ***CUARTO: CONDENAR*** *a la demandada administradora de fondos de pensiones y cesantías COLFONDOS S.A. a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES- las sumas de dinero que están consignadas en la cuenta de ahorro individual de la demandante Martha Lucía Mendoza Prieto identificada con cedula de ciudadanía número 51686804, incluidos los rendimientos financieros, así como los porcentajes correspondientes a los gastos y/o comisiones de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia cobrados, al igual que los aportes con destino al Fondo de Garantía de pensión mínima, con cargo a sus propios recursos y eventualmente, los bonos pensionales si los hubiere o en su defecto, cuando estos se rediman.*
>
> ***QUINTO: CONDENAR*** *a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES- a que una vez la administradora de fondos de pensiones y cesantías COLFONDOS traslade los recursos a su cargo, los reciba a satisfacción a efectos de reflejarlos en la historia laboral de la demandante, con sus respectivos valores, IBC índice base de cotización y un detalle pormenorizado de los ciclos de cotización.*
>
> ***SEXTO: CONDENAR*** *en costas a COLFONDOS S.A. en favor de la demandante. Fijando como agencias en Derecho, la suma equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente.*
>
> ***SÉPTIMO: REMITIR*** *en el grado jurisdiccional de consulta esta decisión ante el Tribunal Superior de Bogotá – Sala de decisión laboral en lo desfavorable a la administradora colombiana de pensiones -COLPENSIONES-. En los términos ya señalados en precedencia.".*

Inconforme con la sentencia COLPENSIONES solicitó sea revocada la decisión, advirtiendo la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal establecida en el artículo 2 de la Ley 797 del 2003, razón por la cual en su sentir no es posible que se haya declarado la nulidad de la afiliación pues quien debe asumir la prestación es la sociedad COLFONDOS S.A. y no es atribuible que su representada COLPENSIONES deba asumir esa responsabilidad de recibir los aportes, beneficios, bonos pensionales y resolver la pensión de vejez cuando esta logre acreditar los requisitos en edad y semanas de cotización.

Igualmente resalta que las administradoras, tanto públicas como privadas, están en el deber de entregarle al afiliado todos los beneficios, simulaciones y no podrá entenderse que la demandante o el afiliado alegue un una falta de información o un deber de información, por cuanto ya es obligación de las administradoras brindar todo este tipo de información a sus afiliados *(Audiencia virtual, archivo 42, expediente digital récord:1:31:42[1])*

[1] Gracias señor Juez con mucho respeto, procedo a interponer recurso de apelación en contra del fallo dictado el día de hoy, 18 de abril de 2023, en estrados judiciales de forma virtual. Sea lo primero señalar, señor juez,

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda (*Página 2 del archivo 05 expediente digital),* las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (*Páginas 3 a 5, ibidem),* aspirando de manera principal se declare la ineficacia del traslado del RPM al RAIS administrado pro COLFONDOS S.A., en consecuencia se condene a esa entidad a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere 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 como lo dispone el artículo 1746, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, junto con el pago de las agencias en derecho y las costas del presente proceso, derechos *ultra y extra petita*. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante en 1995 al RAIS, en consecuencia, ordenó a Colfondos a devolver a **COLPENSIONES** las sumas percibidas por concepto de aportes, rendimientos, gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de

---

que no es posible declarar la nulidad de la afiliación realizada por la demandante, señora Martha Lucía Mendoza con la sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías COLFONDOS S.A. toda vez que la misma se encuentra inmersa en la prohibición legal establecida en el artículo 2 de la Ley 797 del 2003, en el cual señala lo siguiente "Los afiliados al sistema de Seguridad Social en pensión podrán escoger el régimen de pensión que prefieran y una vez efectuada la selección inicial, esta solo podrá trasladarse de régimen por una sola vez cada 5 años, contados a partir de la selección inicial. Después de 1 año de vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen, cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez" exclusivamente por el cargo analizado en esta oportunidad tenemos que las personas que, habiéndose trasladado al régimen de ahorro individual con solidaridad, no hayan regresado al régimen de prima media con prestación definida, no podrán regresar conforme a la prohibición legal establecida.

Dicho lo anterior señor Juez, no es posible que se haya declarado la nulidad de esta afiliación, toda vez que quien debe asumir la prestación es la sociedad administradora de fondos de pensiones y cesantías COLFONDOS S.A. última entidad en la cual se encuentra afiliada la demandante, señora Martha Lucía Mendoza, y no es atribuible a que mi representada COLPENSIONES deba asumir esa responsabilidad de recibir estos aportes, beneficios bonos pensionales y resolver la pensión de vejez cuando esta logre acreditar los requisitos en edad y semanas de cotización.

Dicho lo anterior, también es importante resaltar que las administradoras, tanto públicas como privadas, están en el deber de información de entregarle al afiliado todos los beneficios, simulaciones y no podrá entenderse que el demandante o el afiliado alegue un una falta de información o un deber de información, por cuanto ya es obligación de las administradoras brindar todo este tipo de información a sus afiliados. Dicho lo anterior, solicito a la honorable Tribunal Superior del distrito judicial de Bogotá se sirva revocar la sentencia dictada por este despacho que acceda a las pretensiones y en su lugar se revoque la decisión adoptada, es todo señor juez, muchas gracias.

pensión mínima, debidamente indexados por el periodo en que la demandante permaneció afiliada a esa administradora, precisando que al momento de cumplirse esta orden los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes, así mismo, ordenó a COLPENSIONES que una vez se efectué el trámite anterior, acepte sin dilación alguna el traslado de la demandante al régimen de prima media con prestación definida junto con sus correspondientes aportes. 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 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 2002[2].

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía de la demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 9 de marzo de 1962 *(Página 1, Archivo 03 expediente digital)*, por lo que la edad de 57 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2019, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante Colfondos y Colpensiones el 19 de marzo de 2020 *(Páginas 17 a 22, Archivo 04 expediente digital)* esto es, cuando ya había cumplido la edad para adquirir el derecho pensional y, otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1° de abril de 1994- (*vinculada a Elementos Industriales y Técnicos ELITEC LTDA. conforme*

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

al formulario de afiliación a Colfondos pág. 28 Archivo 03 expediente digital) por cuanto para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, apenas había cotizado 579,14 semanas (*pág. 26 ibídem)*, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

En este orden de ideas, se tiene que es con fundamento en la ausencia del suministro de información que pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente 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 diciembre de 1995** con fecha de efectividad a partir del **1° de enero de 1996** (*páginas 94 y 95, archivo "16ContestacionDemandaColfondos.pdf)* por afiliación que hiciera a COLFONDOS*,* específicamente conforme a la información consignada en el formulario de afiliación suscrito con esa AFP y reporte SIAFF expedido por ASOFONDOS.

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

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

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

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

> *Es evidente que cualquier determinación personal de la índole que aquí se discute**, es eficaz**, cuando existe un consentimiento informado; en materia de seguridad social, el juez no puede ignorar que por la trascendencia de los derechos pensionales, la información, en este caso, del traslado de régimen, debe ser de transparencia máxima.*
>
> *Para este tipo de asuntos, se repite, tales asertos no comprenden solo los beneficios que dispense el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.*
>
> *El juez no puede pasar inadvertidas falencias informativas, menos considerar que ello no es de su resorte, pues es claro que cuando quien acude a la jurisdicción reclama que se le respete el régimen de transición, indiscutiblemente, como se anotó, surge la perentoriedad de estudiar los elementos estructurales para que el mismo opere, es decir, debe constatar que el traslado se produjo en términos de eficacia, para luego, determinar las consecuencias propias».*

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

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

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

> *«(…) De modo que al no existir una norma explícita que regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico en la legislación civil, acudió al aludido precepto relativo a las consecuencias de la nulidad, el cual consagra las mismas consecuencias de aquella. Dicha disposición establece:*
>
> > *Artículo 1746. La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita (subrayas fuera de texto).*

[3] *Al tema puede consultarse la sentencia SL2877 de 2020 y SL4875 de 2020.*

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

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

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

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

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

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

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

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

> *[2: La ineficacia del acto posee las mismas consecuencias prácticas de la nulidad. Al*

> *respecto, la Sala Civil de esta Corporación ha sostenido que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, de suerte que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (SC3201-2018).]*
>
> *Lo anterior, debido a que en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el legislador consagró de manera expresa en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia. En efecto, el citado precepto refiere que cuando «el empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral […] la afiliación respectiva quedará sin efecto».*
>
> *Si esto es claro, resulta equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues el legislador expresamente consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL3464-2019, y especialmente la CSJ SL4360-2019)».*

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

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

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

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

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011[4], Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y en las

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

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

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

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

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

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

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

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

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

esperado llegando incluso a ser temporal, todo esto, frente a un derecho en el régimen de prima media que ya estaba causado, era cierto y de valor vitalicio constante.

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

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

"El yerro del Tribunal estuvo entonces, en no haberse percatado de que el documento analizado, muestra que evidentemente al actor no se le suministró la información adecuada, suficiente y cierta para su traslado.
"(...).
"Las administradoras de pensiones lo son de un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados, según lo prescribe el artículo 97 de la Ley 100 de 1993; la Ley radica en ellas el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, y cuyos deberes surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

> *"(…)* ***Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto.***
>
> *(…)*
>
> *Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*
>
> *(…).*
>
> *Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede 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 en los términos aquí referidos, pues en manera alguna se evidencia en el plenario que se le informó sobre las condiciones

---

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

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

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la accionante[5] no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que para el año 1995 llegó la asesora de Colfondos e hizo una reunión y explicó que el ISS se iba acabar y que Colfondos era una buena opción pues recibiría una mesada más alta, razón por la cual decidió trasladarse, precisando no le explicaron de forma clara las consecuencias del traslado en ese momento ni sobre aportes pensionales.

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

A efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a COLFONDOS *(pág. 95 Archivo 16 expediente digital),* este no constituye en manera alguna medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la AFP demandada (sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019) y, en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus,* pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que se advierten ausentes en el plenario.

[5] *Interrogatorio del demandante, audiencia del 18 de abril del 2023 - Récord 31:18.*

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el fondo de pensiones COLFONDOS proporcionara a la afiliada una suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna información sobre las reales implicaciones de abandonar el régimen de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras. No obstante, esa administradora 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.° del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

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

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

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

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

Como se ve, ya para el año 1995, cuando se produjo el traslado de la aquí demandante, la AFP COLFONDOS estaba en la obligación de informar a su futura afiliada sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada

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

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada COLFONDOS, omitió en el momento del traslado de régimen **(5 de diciembre de 1995, efectivo el 1º de enero de 1996),** el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es, relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

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

En ese orden, la ineficacia del traslado de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado por parte de la administradora de pensiones COLFONDOS a la que se encuentra actualmente afiliada la actora, del saldo o aportes existentes en su cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos rendimientos, los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexadas, por el periodo en que permaneció afiliada a esa administradora, como también resulta acertado, la decisión impuesta por el a quo en cuanto a que para el momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

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

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

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

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

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

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

En punto a la indexación de los gastos de administración, en un caso similar al de autos en el que se resolvió lo atinente a la ineficacia de traslado, el órgano de cierre de esta jurisdicción, en providencia SL 3207, radicación No. 83586 del 18 de agosto de 2020, indicó:

> ***"7. Consecuencias de la declaración de ineficacia***
>
> *Por no estar acreditado que PORVENIR S. A. hubiere consignado a COLPENSIONES, los aportes que la demandante tenía en su cuenta individual con sus rendimientos, incluyendo también los valores correspondientes a gastos de administración, los cuales según se expuso en las sentencias CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019, debe asumir con cargo a sus propios recursos,* ***se le ordenará la devolución de esos dineros, debidamente indexados,*** *junto con el valor del bono a COLPENSIONES y a favor del actor."* (Negrillas y subrayas fuera de texto)

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

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

Ahora, en lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES respecto de quien se surte el grado jurisdiccional de Consulta (*Archivo 17 expediente digital página 23*[6]) basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL1689 de 2019, el

[6] Se tuvo por contestada mediante auto del 12 de diciembre de 1992 (Archivo 30 expediente digital)

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

Agotada la competencia de la Sala por el estudio del grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones y su recurso de apelación, conforme las motivaciones que preceden, se confirmará la decisión de primer grado.

SIN COSTAS en esta instancia.

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

RESUELVE

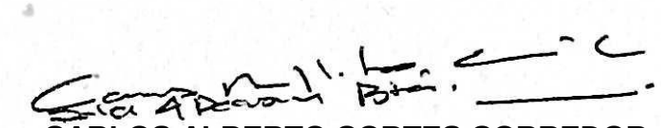
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 40 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN



CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA