TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL

BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MARGARITA ROSA TORRES PÉREZ CONTRA CORPORACIÓN NUESTRA IPS (RAD. 01 2019 00083 01).

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre 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 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 presentado por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juez (1º) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 31 de marzo del 2023 (*Exp. Digital: Audio archivo 07, récord 1:09:32),* en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO: DECLARAR** la existencia de una relación laboral mediante contrato a término fijo entre la señora MARGARITA ROSA TORRES PÉREZ, identificada con la C.C 32.878.185 y la demandada CORPORACIÓN NUESTRA IPS, con vigencia entre el 08 de febrero de 2016 hasta el día 03 de noviembre de 2016, conforme lo expuesto en la parte motiva de la presente decisión*
>
> ***SEGUNDO: ORDENAR** a la demandada CORPORACIÓN NUESTRA IPS, a pagar a la demandante MARGARITA ROSA TORRES PÉREZ, identificada con la C.C 32.878.185, las siguientes sumas de dinero por los conceptos que se indican a continuación:*
>
> *• La suma de DOS MILLONES CIENTO VEINTINUEVE MIL CIENTO OCHO PESOS M/CTE ($2.129.108), por concepto de auxilio de cesantía.*
>
> *• La suma de CIENTO OCHENTA Y OCHO MIL SETECIENTOS OCHENTA PESOS M/CTE ($188.780) por concepto de intereses a la cesantía.*
>
> *• La suma de NOVECIENTOS OCHENTA Y CUATRO MIL QUINIENTOS DOCE PESOS M/CTE ($984.512) por concepto de prima de servicios.*

• La suma de UN MILLÓN SESENTA Y CUATRO MIL QUINIENTOS CINCUENTA Y CUATRO PESOS CON DOCE CENTAVOS M/CTE ($1.064.554) por concepto de compensación de vacaciones.

Y también en el presente proceso judicial se dispone también por la condena y por las operaciones aritméticas efectuadas en este proceso judicial a lo referente a los 3 días adeudados de salario del mes de noviembre, en este caso del año de vinculación de la aquí demandante, esto es, del 1° al 3 de noviembre del año 2016, teniendo en cuenta también el salario indicado en la presente decisión judicial.

***TERCERO: CONDENAR** a la demandada al reconocimiento y pago de la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST, en la suma equivalente de NOVENTA Y SEIS MIL CINCUENTA PESOS diarios ($96.050) la cual se pagará por los primeros 24 meses subsiguientes a la terminación del contrato, y a partir del mes 25 se pagaran los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación, según la certificación que expida en este caso la Superintendencia Financiera, conforme también a lo expuesto en la parte motiva de la presente decisión.*

***CUARTO: ABSOLVER** a la demandada CORPORACIÓN NUESTRA IPS de las demás pretensiones incoadas por la señora MARGARITA ROSA TORRES PÉREZ, de condiciones civiles indicadas conforme lo expuesto en la parte, motiva la presente decisión*

***QUINTO: DECLARAR** probadas las excepciones propuestas por la Curadora Ad litem en este caso INEXISTENCIA DEL DESPIDO INDIRECTO, NATURALEZA NO SALARIAL DEL AUXILIO DE ALIMENTACION Y RODAMIENTO, y el Despacho se releva del estudio de las demás excepciones propuestas por sustracción de materia.*

***SEXTO**: Teniendo en cuenta que la parte demandada termina vencida en esta primera instancia judicial, el despacho también tiene en cuenta que se encuentra representada por Curador Ad litem se procederá entonces, a no imponer costas en esta primera instancia.*

***SÉPTIMO**: para efectos también de reafirmar lo indicado por parte de este despacho judicial, se ABSUELVE y se NIEGAN las otras pretensiones incoadas las cuales salieron, en este caso, acorde a lo indicado en la parte motiva de la presente decisión.".*

Contra la decisión de primera instancia la parte demandante presentó inconformidad[1], ya que en su sentir hubo una indebida valoración probatoria

[1] ***Recurso Demandante (archivo 07, récord 1:13:02):*** *"Gracias, señor juez. Bueno, escuchando razonamientos y los análisis jurídicos que el despacho exceptúa frente a las pretensiones esbozadas en la demanda, me permito interponer recurso de reposición y en subsidio apelación en el sentido de manera parcial en cuanto a que considero respetuosamente que hubo una indebida valoración probatoria tanto de los efectos jurídicos de las declaraciones del interrogatorio de parte rendida por la demandada la doctora Margarita Torres y sobre la valoración y efecto legal que se le da a la prueba documental debidamente allegado a la demanda en relación con los desprendibles de pago y la constancia o certificación laboral.*

Paso entonces a explicar los motivos de razonamiento el cual considero que hubo una indebida valoración probatoria y se le dio a la prueba un sentido o valor que no tiene para poder justificar entonces que se adecue la sentencia en relación a lo dicho.

Primero, si bien es cierto se probó y así está, que la prueba documental certifica la relación laboral en los extremos de los cuales no hay disentimiento, si lo hay frente al razonamiento del juzgado de no reconocer, los pagos relacionados al auxilio de transporte y auxilio a alimentación como calificados, como que hubo o existió un pacto de calificación no salarial, por el hecho de que la demandante reconoce dentro de su interrogatorio, que en el momento en que ella la contrataron siempre le manifestaron que su salario era de 3'600.000, pero que se tenía que someter de manera unilateral, sin poder decidir las cláusulas del contrato, siendo la parte débil del contrato y no teniendo la capacidad de cambiar las cláusulas que se le imponían con una necesidad laboral, ella entendió que su salario eran 3'600.000 y así lo manifestó en el interrogatorio y lo reconoció el juez en el recuento que hizo ahorita, y que, sin embargo, se le hacía el pago de ese salario completo en la forma y oportunidad debidas, que constan en los desprendibles de pago, pero que ella no tuvo ninguna oportunidad de manifestar su desacuerdo, porque si ella no aceptaba eso, simplemente no laboraba y tenía 3 hijos a su cargo y un crédito del ICETEX.

Por esa razón, considero que, si siempre en el Derecho laboral, se entiende y se basa en que el trabajador es la parte débil de la relación laboral y que si no puede negociar las condiciones del contrato, pues simplemente es un contrato de adhesión que ella no puede decidir y no se le pueden entonces, imponer de manera negativa unos deberes y unas cargas como no haber aceptado el contrato o haber dejado expresa su voluntad, de que ese salario que ella recibía de 3'600.000, para su entender y su actuación siempre consideró, ganarse 3'600.000, y que si se sometió a ese pago de la seguridad social, no fue por su voluntad, entonces por eso digo que se valora de manera indebida, tanto el efecto que tiene su interrogatorio, donde ella es honesta y manifiesta que no tuvo opción y que para eso el Estado, a través del Derecho laboral, siempre debe proteger a la parte débil, y no se le puede exigir que por haber firmado ese contrato, entonces el contrato es un pacto de calificación no salarial, cuando leyendo detenidamente la sentencia que el Despacho bien trae acá dice exactamente que debe ser clara la voluntad de las partes, que sea consagrado en un contrato laboral o en un documento aparte, donde ellos, de manera bilateral, bilateral y de conciencia decidan excluir esos pagos, tales como, en este caso, el auxilio de transporte y el auxilio de alimentación, y es su deseo de ambas partes no someterlo al régimen de Constitución del IBL para efectos de liquidación de salario, prestaciones sociales y, lo más importante, el pago a los sistemas de seguridad social para su derecho pensional.

Consideramos nosotros que ese dinero, que es la diferencia que corresponde a los auxilios, si va a enriquecer el patrimonio de la trabajadora, en ningún momento ella sintió que esos aportes disfrazados de auxilios fueran entonces a mejorar sus condiciones de trabajo, porque en ningún momento ella tomaba ese auxilio para alimentarse en el horario del trabajo, ni para hacer algo diferente que destinarlo para los gastos personales y de su familia, como lo explicó.

Segundo, la certificación laboral es clara en decir que existió el tipo de contrato laboral a término fijo, pero no habla de los factores salariales, los factores salariales los probamos nosotros frente a los desprendibles de nómina en los cuales es claro que ellos los establecen de esa manera y los pagan al mismo tiempo, teniendo otra condición señor juez, la continuidad, o sea, siempre que se hacía el pago de salario, se incluían esas denominaciones, que lo único que buscan en la realidad señor juez y yo le pido que por favor estamos en un contexto de una reforma Laboral, donde se está viendo siempre que se buscan maneras por parte de los empleadores para evadir sus cargas prestacionales, siempre en contra de los derechos del trabajador y el trabajador se somete, pero no tiene su voluntad, es como un contrato de adhesión, no lo puede pelear, es la parte débil, el empleador, en este caso tiene la posición dominante y es un derecho irrenunciable, así el trabajador firme un contrato que, para su entender, lo dijo claro, su salario eran 3 millones, ella dijo, si yo no acepto, no me dan el trabajo, si yo coloco problema, no trabajo, entonces la situación está o trabajo y mantengo a mi familia y en mis gastos o simplemente me voy; trató de trabajar, estuvo un tiempo trabajando, cumplió su contrato, empezaron a pagarle tarde el salario completo, pues ella ante la situación de ser madre de 3 hijos y tener un préstamo del ICETEX, de pagar su carrera, pues se vio obligada a renunciar y efectivamente consiguió trabajo, donde sí le pagaban de manera cumplida. Entonces, si bien es cierto, yo reconozco que ella cuando pasó la carta, colocó que, por motivos de índole personal, en ningún momento se puede entender que el hecho de que en la palabra motivos personales, ajenos a mi voluntad, claro, ¿Qué motivo personal, no va a ser no poder pagar la manutención de sus hijos y un préstamo del ICETEX para que la reporten? ¿Qué más motivo personal puede ser que no pueda sostenerse en un trabajo donde no le pagan cumplidamente, cuando tiene obligaciones financieras y sus hijos en ese momento eran menores de edad? Yo no creo que haya otro motivo diferente al personal que la subsistencia de ella y de su familia. Sí, de pronto el despacho juzgará por qué no puso de manera clara, precisa y directa que renunciaba por el no pago y por la tardía, bueno no lo hizo, pero en su declaración y en las reclamaciones laborales que presentó ella sola en el año 2017, señor juez, yo le pido porque no hizo mención a esa prueba en la reclamación laboral que ella presentó solita en el 2017 y la que presentó con esta apoderada en el 2018, somos claros y tajantes en manifestarle

al empleador, quien sí recibió las reclamaciones y le dio contestación a las mismas, que realmente ella había renunciado por el incumplimiento de ellos en el pago.

Entonces, por eso nosotros consideramos que el despacho evaluó de manera indebida y le dio unos efectos a la prueba porque debió reconocer el despido indirecto, porque el hecho de no recibir el trabajador, la remuneración en la forma pactada en el contrato, entonces nosotros no podemos darle un efecto completo al contrato y decir que el contrato es plenamente válido, plena entre ambos, para aceptar que existió una exclusión de ambas partes contractuales del salario y del auxilio de transporte y no aceptar que, el contrato también es plena prueba de que el empleador tenía que pagar sus obligaciones laborales, como era el pago de salarios y prestaciones sociales en la oportunidad debida.

Entonces, si el contrato es válido para ambas partes, ese análisis debe comprender ambos beneficios, entonces, en ese sentido, si el empleador incumple y la coloca en una situación de menoscabo de sus derechos laborales, que terminan afectando de manera directa a sus 3 menores hijas, pues también debe ser el contrato prueba suficiente para inferir que hubo un incumplimiento y que ella realmente estaba diciendo la verdad, porque en ningún momento se le tachó su declaración ni se le dijo por parte del juez, la curadora, que su testimonio no era creíble y entonces, sí se puede tomar que ella renunció porque necesitaba el dinero para sostener a su familia, entonces por eso digo que no se le dio la valoración en el sentido.

Tercero: Si nosotros aceptamos que ella renunció por la necesidad de tener un ingreso fijo que le permitiera su subsistencia, pues se da la figura de despido indirecto y por eso pedíamos nosotros dos situaciones, una que se le obligara al empleador a cumplirle el término del contrato, porque esa es la sanción laboral, porque es un contrato a término fijo e igualmente se aceptara que esa disposición de excluir del salario, los auxilios ya mencionados, no tuvo la voluntad del trabajador, entonces no se cumple el requisito de la Corte Suprema de Justicia, donde dice que ambas partes de manera voluntaria excluye porque no aumenta el patrimonio, no!, ella sí necesitaba que el salario completo fuera su patrimonio, porque de ahí pagaba sus gastos de subsistencia y eso está totalmente debatido.

En tercer lugar, también se le dice al despacho, que como no reconoce qué no existió un pacto, calificación salarial y que no existió la voluntad del trabajador como parte débil y que, por lo tanto, ahí hay nulidad porque su consentimiento, no estuvo libre de vicios por la necesidad, entonces se le pedía que reconociera esa diferencia como salario y, sobre todo, IBL de lo pactado como auxilios. Entonces, por eso tampoco estamos de acuerdo en que el despacho de niegue esa pretensión, porque consideramos que lo justo es que si ella consideraba que su salario eran 3'600.000 y así se le pagaba en los desprendibles de pago, pues ese debería ser el IBL para efectos de cotización de su sistema de seguridad social, pero sobre todo su sistema pensional, que es el que viene a reflejarse en su edad de vejez, cuando va a ser una sujeta a protección especial por vejez. Entonces, más allá de eso, nosotros pedimos que el juez estudie las pruebas y le dé el razonamiento jurídico a eso.

Tercero, en relación a que no se reconoce las indemnizaciones por cesantías y la indemnización, estamos de acuerdo en el razonamiento del juez, claro, le asiste razón, no se cumplió el requisito objetivo, que era que pasara la fecha del 14/02/2017, entonces estamos de acuerdo, pero no, no estamos de acuerdo con la declaratoria de las excepciones, primero, por el argumento de la indebida valoración probatoria, y segundo, porque consideramos que si se dio un despido indirecto por incumplimiento, y que si se dio las condiciones para que no se declare la no existencia de pacto calificación salarial y se declare la posición dominante del empleador. Por último, señor juez y no menos importante, porque es fundamental la curadora ad litem en la audiencia pasada dijo que quería que la desvinculara de su cargo como Curadora Ad Litem, por cuanto en el proceso existe prueba de que está apoderada en el momento debido del traslado de la demanda, cuando se admitió la demanda, ellos habían tenido comunicación con la empleada, la doctora Margarita, a través de un correo que se llama nómina corporación IPS, que fue a través del cual se le mandó la liquidación, se le mandaron las certificaciones laborales y se le mandaron los desprendibles de pago y me contestaron a mí, la petición de reclamación laboral.

Cuando se dio la admisión de la demanda, procedí a hacer la notificación por correo certificado física y al correo electrónico, de la cual el empleador siempre mantuvo comunicación con mi cliente, por lo tanto en el momento en que yo les di a conocer a ellos la demanda, sí tuvieron la oportunidad de pronunciarse y poder ejercer su derecho de defensa desvirtuando a las presunciones legales que usted a bien pudo demostrar que no se desvirtuó la presunción de mala fe y por eso condena en la sanción moratoria, pero también el mismo razonamiento, si ellos tuvieron la oportunidad de conocer la demanda, de conocer la reclamación laboral, reconocer la notificación y no quisieron defenderse, entonces, ese silencio, sí puede ser calificado por parte del despacho, porque si bien es cierto, usted le asiste razón al decir que, no se puede dar la confesión frente a la actuación de la curadora, también no es menos cierto que, la actuación de la curadora y su posesión en el cargo se dio posterior a la notificación del demandado en la dirección

tanto de los efectos jurídicos de las declaraciones del interrogatorio de parte rendido por la señora Margarita Torres y sobre la valoración y efecto legal que se le da a la prueba documental debidamente aportada a la demanda consistente en los desprendibles de pago y la certificación laboral.

Lo anterior, por cuanto considera la recurrente que se le dio a la prueba un sentido o valor que no tiene, pues si bien es cierto se probó la relación laboral en los extremos de los cuales no hay disentimiento, si lo hay frente al razonamiento del juzgado de no reconocer los pagos relacionados con los auxilios de transporte y alimentación como salariales conforme lo reconoció la demandante en el interrogatorio de parte, ya que afirmó, en el momento en que la contrataron siempre le manifestaron que su salario era de $3.600.000, pero que se tenía que someter de manera unilateral, sin poder decidir las cláusulas del contrato, siendo la parte débil del contrato y no teniendo la capacidad de

---

electrónica, que comúnmente se comunicaba con la trabajadora, entonces en desarrollo del Código General del proceso del Decreto 803 de 2020, cuando estábamos en pandemia y de la ahora Ley 2213 del 2022, dice que si se mantiene una notificación por los canales digitales es carga de quien ejerce la notificación en el canal digital, probar que dicha comunicación a ese canal digital se había dado con anterioridad entre las partes. Esa ese requisito que, la Corte Suprema de Justicia analizó, se entiende más que probado y más prueba lo que estoy diciendo, que la misma aclaración de la curadora, donde ella pedía que no siguiera vinculada como curadora, porque el demandado había sido notificado y no había querido contestar. Entonces ese efecto, de que guardó silencio de manera intencional, porque sabía que al presentarse el proceso tenía que entrar a justificar, si esa actuación de no calificar ese auxilio como no laboral, contó con la voluntad y la opción del trabajador de no acogerse a él, o si por el contrario era un contrato hecho que solo el trabajador se sometía por la necesidad de trabajar, porque nosotros no estamos en una realidad jurídica o práctica, estamos en una realidad donde en Colombia la violación de derechos Laborales son grandísimos y donde el personal de salud, a pesar de que atendió la pandemia, es el personal de salud más desprotegido en Colombia y que los tienen con contratos donde lo sometan y no se les permite a ellos tener una garantía en igualdad que tiene un trabajador aforado, un trabajador sindical, un trabajador que gana el mínimo, ellos por ser médico siempre tienen que someterse a lo que la IPS les quiera pagar y en las condiciones para poder trabajar.

Y por último, señor juez, miremos qué profesional Médico trabaja casi 8 horas diarias, haciendo turnos, cumpliendo reglas, con toda la responsabilidad por un salario inferior a 3'600.000, todos los médicos en Colombia, los Médicos Generales, según el estudio de movilidad laboral y de salarios, estima que los médicos Generales en Colombia en general ganan en un salario promedio de entre 3 y 3'600.000, entonces si nosotros nos vamos a esos estudios no es raro o no está por fuera de la realidad, pretender que ella considerara que según el medio laboral, los médicos ganaban 3'600.000, como ella, solo que le tocó someterse, entonces yo sí pido al juez que tenga en cuenta el sentido en que ella lo reconoció, ella fue honesta en su declaración y reconoció y dijo, es que si yo no aceptaba, no me contrataban y si no me contrataban, no mantenía mis hijas, eso es el punto en que yo llamo, más allá señor juez de la legalidad o la valoración probatoria, hay una realidad social que está sobrepasando el país y no podemos nosotros en esas instancias laborales, cuando el demandado no quiere comparecer de manera intencional, cuando no quiere responder porque sabe que está actuando mal, simplemente desatiende el llamado de un juez laboral, sí, de que sí que tiene todas las facultades y potestades. Para finalizar, entonces evaluará los puntos de análisis de las pruebas aportadas y entonces se revocará parcialmente la sentencia y se concederá el despido indirecto, con la consecuencial condena en los meses que hacían falta para el cumplimiento del contrato y la sanción que trae el Código Sustantivo del Trabajo para los casos de despido indirecto. Igualmente solicito se reconozca que el IBL durante la relación laboral es el conformado por el salario básico más, la sumatoria de lo denominado falsamente auxilio de alimentación y transporte y en orden se adecuarán entonces las condenas, ósea que se declaran no probadas las excepciones presentadas por la curadora.".

cambiar las cláusulas que se le imponían con una necesidad laboral, la demandada le efectuó el pago de ese salario completo en la forma y oportunidad debida, lo cual consta en los desprendibles de pago y la actora no tuvo ninguna oportunidad de manifestar su desacuerdo, al contar con 3 hijos a su cargo y un crédito del ICETEX.

Consideró, ese dinero que es la diferencia que corresponde a los auxilios, si va a enriquecer el patrimonio de la trabajadora, en ningún momento ella sintió que esos aportes disfrazados de auxilios fueran entonces a mejorar sus condiciones de trabajo, porque en ningún momento ella tomaba ese auxilio para alimentarse en el horario del trabajo, ni para hacer algo diferente que destinarlo para los gastos personales y de su familia. La certificación laboral es clara en decir que un contrato a término fijo, pero no habla de los factores salariales, los factores salariales se prueban con los desprendibles de nómina en los cuales se establecen de esa manera y se pagaban al mismo tiempo, por ende, es un derecho irrenunciable, debiendo tenerse en cuenta que el empleador, en este caso tiene la posición dominante, así el trabajador firme un contrato debe tenerse en cuenta que la demandante no podía manifestar su inconformidad al tener obligaciones a su cargo.

Por otra parte, esgrimió, la actora al pasar la carta de renuncia mencionó que obedecía a motivos de índole personal, siendo estos, no poder pagar la manutención de sus hijos y un préstamo del ICETEX debido a que en el trabajo no le pagaban cumplidamente y tenía obligaciones financieras siendo un motivo que se ajusta al despido indirecto, sustentando esta situación la demandante en su declaración y en las reclamaciones laborales que presentó en el año 2017. Entonces, el despacho evaluó de manera indebida e impartió unos efectos a la prueba de manera equivocada ya que debió reconocer el despido indirecto, porque la actora no recibía la remuneración en la forma pactada en el contrato.

Por último, indicó, la curadora ad litem en la audiencia anterior expresó que quería que la desvinculara de su cargo por cuanto en el proceso existe prueba de que la apoderada en el momento debido del traslado de la demanda, cuando se admitió la misma, la empresa tuvo contacto con la demandante a través de un correo que se llama nómina Corporación IPS, que fue a través del cual se remitió la liquidación, las certificaciones laborales y los desprendibles de pago.

Cuando se dio la admisión de la demanda, se procedió a notificar por correo certificado físico y al correo electrónico, por lo cual el empleador siempre mantuvo comunicación con la actora, por lo tanto, en el momento en que se le dio a conocer la demanda, si tuvieron la oportunidad de pronunciarse y poder ejercer su derecho de defensa desvirtuándose las presunciones legales y no quisieron defenderse, entonces, ese silencio sí pudo ser calificado por parte del *a quo.*

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 MARGARITA ROSA TORRES PÉREZ las pretensiones elevadas a páginas 62 a 65 del archivo digital 01 – subsanación-, las cuales encuentran sustentó fáctico en los hechos narrados a páginas 58 a 61, solicitando se declare:

Primera: Que se declare que entre la Dra. MARGARITA ROSA TORRES PEREZ, y el empleador CORPORACION NUESTRA IPS, existió relación laboral, mediante contrato de trabajo a término fijo a un año. Fecha de inicio 08 de febrero de 2016 al 07 de febrero de 2017.

Segunda: Que se declare que la labor contratada era la de médico general.

Tercera: Que se declare que el salario mensual real devengado por el trabajador durante la vigencia de la relación laboral es la suma de dinero de $3.601.500,00.

Cuarta: Que se declare que el INGRESO BASE DE LIQUIDACION (IBL) para liquidar y pagar al sistema general de seguridad social en pensión y salud de la trabajadora es la suma mensual de $3.601.500,00, vigente durante toda la relación laboral.

Quinta: Que se declare que el demandado adeuda a la demandante el pago del salario correspondiente a tres (3) días del mes de noviembre de 2016.

Sexta: Que se declare que el demandado adeuda a la demandante el pago de la liquidación de prestaciones sociales causadas durante la vigencia de la relación laboral.

Séptima: Que se declare que el demandado debe a la demandante el pago de la **prima de servicios** del periodo comprendido entre el 01 de julio al 03 de noviembre de 2016, liquidada sobre el salario real devengado de $3.601.500,00.

Octava: Que se declare que el demandado debe a la demandante el pago de las **cesantías** correspondientes al tiempo laborado del 08 de febrero al 03 de noviembre de 2016, liquidada sobre el salario real devengado de $3.601.500,00.

Novena: Que se declare que el demandado debe a la demandante el pago de los **intereses a las cesantías** correspondientes al tiempo laborado del 08 de febrero al 03 de noviembre de 2016, liquidada sobre el salario real devengado de $3.601.500,00.

Decimo: Que se declare que el demandado debe a la demandante el pago la **compensación de vacaciones** no disfrutadas correspondientes al tiempo laborado del 08 de febrero al 03 de noviembre de 2016, liquidada sobre el salario real devengado de $3.601.500,00.

Decima primera: Que se declare que el demandado causo el despido injustificado indirecto al trabajador, por su grave e injustificado incumplimiento de sus obligaciones legales y contractuales.

Décima segunda: Que se declare que el demandado debe a la demandante el pago el pago de la indemnización por despido injustificado indirecto por parte del empleador, de que trata el artículo 64 del C.S.T.; Causándose los salarios correspondientes a los meses de noviembre y diciembre de 2016, enero y hasta 7 días del mes de febrero de 2017, Pagados sobre el valor real devengado por la trabajadora de $3.601.500,00.

Decima tercera: Que se declare que el demandado debe a la demandante, el pago de la sanción consagrada en el artículo **65 del CST**. Modificado por la Ley **789 de 2002 art 29**. Pagados sobre el valor real devengado por la trabajadora de $3.601.500,00.

Decima Cuarta: Que se declare que el demandado debe a la demandante, el pago de la sanción consagrada en el artículo Artículo 99 numeral 3 de la ley 50 de 1990. Pagados sobre el valor real devengado por la trabajadora de $3.601.500,00.

Decima quinta: Que se declare que el demandado debe realizar los pagos al sistema general de seguridad social en salud y pensión a los que está afiliada la trabajadora: E.P.S. SANITAS S.A y PROTECCION FONDO DE PENSIONES S.A., por el valor IBL real devengado por el trabajador $3.601.500,00., desde el día 08 de febrero de 2016 al 03 de noviembre de 2016, más los intereses moratorios desde que se debió general el pago hasta que se haga el pago real del trabajador.

Consecuente con ello solicito se condene:

Primera: Que se condene al demandado al pago del **salario del mes de noviembre** de 2016, por valor de: $360.190,00

Segunda: Que se condene al demandado al pago de la **prima de servicios** del periodo comprendido entre el 01 de julio al 03 de noviembre de 2016, liquidada sobre el salario real devengado de $3.601.500,00, por valor de: $2.661.108,33

Tercera: Que se condene al demandado al pago de las **cesantías** del periodo comprendido entre el 01 de julio al 03 de noviembre de 2016, liquidada sobre el salario real devengado de $3.601.500,00, por valor de: $2.661.108,33

Cuarta: Que se condene al demandado al pago de los **intereses de las cesantías** del periodo comprendido entre el 01 de julio al 03 de noviembre de 2016, liquidada sobre el salario real devengado de $3.601.500,00, por valor de: $233.951,00

Quinta: Que se condene al demandado al pago de la **compensación de vacaciones** del periodo comprendido entre el 01 de julio al 03 de noviembre de 2016, liquidada sobre el salario real devengado de $3.601.500,00, por valor de: $1.330.554,17

Sexta: Que se condene al demandado al pago de la indemnización por despido injustificado al trabajador, por valor de $ 11.405.750,00.

Séptima: Que se condene al demandado al pago de la sanción consagrada en el artículo 65 del CST. Modificado por la Ley 789 de 2002 art 29, a favor del trabajador por valor de: $95.079.600,00.

Octava: Que se condene al demandado al pago de la sanción consagrada en el artículo Artículo 99 numeral 3 de la ley 50 de 1990, a favor del trabajador por valor de: $95.079.600,00.

Novena: Que se condene al demandado, a efectuar los pagos correspondientes al empleador de manera retroactiva, a las entidades de E.P.S. SANITAS S.A y PROTECCION FONDO DE PENSIONES S.A., en donde estaba afiliada la demandante, durante el periodo de cotización del 08 de febrero de al 03 de noviembre de 2016, sobre un IBL correspondiente a la suma de $3.601.500,00, junto con los intereses de mora respectivos establecido por cada entidad del sistema de seguridad social.

Decima: Que se condene a la parte demandada a favor de mi poderdante al pago de todo lo que ultra y extra petita se encuentre probado dentro del proceso.

Undécima: Que se condene en costas a la parte demandada.

Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a las aspiraciones por cuanto el *a quo* declaró la existencia de una relación laboral mediante contrato a término fijo con vigencia entre el 08 de febrero de 2016 hasta el día 03 de noviembre de 2016, ordenó a la demandada CORPORACIÓN NUESTRA IPS, a pagar a la demandante las prestaciones sociales y vacaciones causadas, 3 días de salario de noviembre, asimismo condenó al reconocimiento y pago de la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T., absolvió de las demás pretensiones incoadas por la demandada, declaró probadas las excepciones propuestas por la Curadora Ad litem en este caso inexistencia del despido indirecto, naturaleza no salarial del auxilio de alimentación y rodamiento y no condenó en costas. **Lo anterior tras considerar el juez de primer grado,** no existe discusión de la relación laboral ejecutada entre las partes con los documentos aportados al plenario, sin embargo, al evidenciar que la liquidación de prestaciones sociales, vacaciones y salarios de noviembre de 2016 no ha sido reconocida a la demandante, fulminó condena conforme a la liquidación aportada. Frente a los auxilios de

alimentación y rodamiento consideró que los mismos tienen el carácter no salarial por cuanto no retribuía las funciones de la demandante y se pactó por escrito dicha situación, siendo aceptada por la demandante desde el inicio de la relación laboral.

Con relación a la indemnización moratoria, estimó que la demandada actuó de mala fe al no haber reconocido el pago de las prestaciones y los 3 días de salario a la actora al finalizar la relación laboral, pues pese a que elaboró la liquidación nunca la hizo efectiva. En cuanto a la sanción por no consignación de cesantías declaró la improcedencia ya que la relación culminó antes del 15 de febrero del año siguiente, debiéndose pagar este rubro a la finalización del contrato. Frente a la indemnización por despido no accedió al argumentar que la actora fue quien renunció de manera libre y voluntaria.

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

La Sala empieza por definir que no es objeto de discusión la decisión a la que arribó el Juez de primer grado en cuanto a que entre las partes existió un contrato de trabajo a término fijo con vigencia entre el 08 de febrero de 2016 al 03 de noviembre de 2016, fungiendo la demandante como Médico General, pues así se corrobora con las certificaciones aportadas al plenario de fechas 09 de agosto y 7 de diciembre de 2016, la liquidación final del contrato de fecha 11 de noviembre de 2016 y desprendibles de nómina de los periodos marzo, abril, mayo, junio, julio, agosto, septiembre y octubre (páginas 33 a 54, archivo 01), pues ello no fue objeto de apelación por la parte actora.

Acreditada así entonces la existencia del contrato de trabajo que resulta ser la fuente o causa de los derechos laborales reclamados, resulta factible pasar al estudio de los puntos de inconformidad de la recurrente.

De conformidad con el discurrir procesal, esta sala de decisión define como

problemas jurídicos: determinar si los pagos devengados por la actora durante la vigencia de la relación laboral con CORPORACIÓN NUESTRA IPS y denominados «*auxilios*» constituyen factor salarial, estableciendo si dan lugar a la reliquidación de prestaciones sociales vacaciones, aportes pensionales y salud y si es procedente la indemnización por despido.

Así las cosas, sobre los puntos indicados versará el estudio de esta instancia.

Pues bien para resolver el primer problema jurídico -**pagos no constitutivos de salario**- se tiene que la parte demandante solicitó en las pretensiones declarativas y de condena (págs. 64 y 65, archivo 01 del expediente digital) que se condene a la demandada a efectuar el pago de las prestaciones sociales y vacaciones sobre el salario real así como los pagos correspondientes y de manera retroactiva, a las entidades de E.P.S. SANITAS S.A y PROTECCIÓN FONDO DE PENSIONES S.A., en donde se encuentra afiliada la demandante, durante el periodo de cotización del 08 de febrero al 03 de noviembre de 2016, sobre un IBL correspondiente a la suma de $3,601,500,00, junto con los intereses de mora respectivos establecido por cada entidad del Sistema de Seguridad Social.

Lo anterior, teniendo en cuenta para tal fin, los auxilios reconocidos durante el vínculo laboral a la demandante y denominados “*alimentación y rodamiento*”, por considerarlos factor salarial.

Para resolver ha de tenerse en cuenta que la Jurisprudencia del órgano de cierre de esta jurisdicción ha sido reiterativa en indicar que en los litigios que propenden por el reconocimiento del carácter salarial de un pago reconocido al trabajador este debe demostrar que el pago era realizado por su empleador de manera constante y habitual y al empleador convocado a juicio le corresponde acreditar que los pagos estaban dirigidos a otro propósito, menos la retribución directa del servicio; al respecto las sentencias SL12220-2017, SL1437-2018, SL5159-2018, SL 986-2021, reiteradas en sentencia SL-4313-2021 explican:

> *«Inicia la Sala por precisar que, conforme al precedente de la Corporación, «el empleador […] tiene la carga de demostrar que ciertos pagos regulares no tienen como finalidad directa la de retribuir los servicios del trabajador ni enriquecer su patrimonio, sino que tienen una destinación diferente, como puede ser la de garantizar el cabal cumplimiento de las labores o cubrir determinadas contingencias.*

> *Luego al trabajador le basta con demostrar que el pago era realizado por su empleador de manera constante y habitual y el empleador quien tiene la carga de la prueba de demostrar lo contrario. Señala el precedente que:*
>
> *Al trabajador le basta con demostrar que el pago era realizado por su empleador de manera constante y habitual, y a éste, con el fin de no quedar compelido a asumir los efectos jurídicos que le son propios a un estipendio de esta naturaleza, deberá demostrar que los pagos estaban dirigidos a otro propósito, menos la retribución directa del servicio.//De ahí, que para la Sala, el solo dicho del empleador sin prueba alguna que acredite sus manifestaciones, carecen del mérito suficiente para descartar la naturaleza salarial del estipendio económico entregado de manera habitual y constante en la cuenta de ahorros del trabajador, en igualdad de condiciones al pago efectuado del salario básico (CSJ SL986-2021)».*

Siguiendo el precedente reseñado se tiene que la parte demandante aportó a folios 39 a 52 del expediente digitalizado - archivo 01-, los comprobantes de pago de nómina correspondientes a los periodos de marzo a octubre de 2016, documentos que fueron aportados al proceso por la parte demandante y que en virtud de lo dispuesto en el art. 244 del C.G.P. gozan de autenticidad.

De la revisión de dichos folios se logra extraer que a partir del mes de marzo a octubre de 2016 CORPORACIÓN NUESTRA IPS empezó a pagar a la actora, adicional al sueldo básico ($2.881.500), los conceptos de auxilio de alimentación y rodamiento por valor de $720.400, conceptos que, de acuerdo con lo allí descrito eran pagados directamente a la trabajadora. En este punto, resulta palmario indicar que no existe documento alguno que permita inferir que las partes pactaron como no salariales estos auxilios, debiéndose remitir la Sala a lo dispuesto por la Corte Suprema de Justicia, en la Sala de Casación Laboral, radicación No 68303, 5159 del 2018, donde explicó frente a las cargas probatorias cuando se trata de salario:

> *"3.4. LAS CARGAS PROBATORIAS DE LA EMPRESA*
>
> *Por último, esta Corte ha insistido en que por regla general los ingresos que reciben los trabajadores son salario, a menos que el empleador demuestre su destinación especifica, es decir, que su entrega obedece a una causa distinta a la prestación del servicio. Lo anterior, hace justicia al hecho de que el empresario es el dueño de la información y quien diseña los planes de beneficios, de Radicación No. 68303 37 allí que se encuentre en una mejor posición probatoria para acreditar la destinación especifica de los beneficios no salariales, como podría ser cubrir una contingencia, satisfacer una necesidad particular del empleado, facilitar sus funciones o elevar su calidad de vida. [...].*

De las pruebas relacionadas advierte esta instancia que la parte demandante acreditó que los referidos pagos eran reconocidos por la demandada de manera constante, durante el vínculo laboral. De lo cual, también se infiere, el valor

señalado como constitutivo de salario, más el intitulado como no constitutivo de aquel, conformaban la totalidad de la remuneración por los servicios prestados por la demandante, lo que correspondía a la distribución de la contraprestación total, solo que con denominación diferente: una a título de salario y la otra, como *«auxilios».*

Aunado a lo anterior, no se aportó medio probatorio alguno que permita verificar bajo qué condiciones las partes de común acuerdo pactaron como no salarial dichos auxilios, pues nótese, la demandada no compareció a ejercer el derecho de defensa que le asiste, así como brilla por su ausencia el pacto escrito de la connotación no salarial del auxilio de alimentación y rodamiento, el cual, se insiste, fue reconocido en toda la vigencia de la relación laboral a la señora MARGARITA ROSA TORRES PÉREZ como Médico General. Adviértase, le incumbía a la empresa demandada demostrar en esta litis el por qué reconocía dichos pagos a la demandante, por ejemplo, demostrar que se tenía que desplazar y era necesario cubrir el trasporte y la alimentación así fuera de manera esporádica.

Por lo anterior, se concluye, los auxilios eran pagados con la misma finalidad retributiva, conservando su común naturaleza salarial, lo cual además se puede constatar en los aludidos comprobantes de nómina allegados, que como ya se dijo, corroboran el pago habitual “mensual”, características que, más allá de las formalidades y denominaciones que pretendió dársele como rodamiento y alimentación, no corresponden al contenido del artículo 127 del C.S.T., que define los elementos que integran esa categoría jurídica.

Por otra parte, la actora al absolver interrogatorio manifestó (archivo 04, récord 14:23): “*Mi empleador me afilió a la ARL, Salud y Pensiones, al fondo de Cesantías es Protección, el término de duración del contrato era a un año, no fue renovado el contrato porque yo renuncié en noviembre de 2016, el auxilio de alimentación y rodamiento fue pagado pero no estuve de acuerdo desde el principio y nadie estaba de acuerdo, solo pagaba prestaciones sobre $2.800.000, se me informó que me pagarían así y por eso me tocó aceptar, me contrató Corporación Nuestra IPS y laboraba en una sede que estaba en al Calle 30, mi Coordinadora era Maira Cañón, el acuerdo de los auxilios me lo pagaban en el sueldo y ahí iba incluido todo, cuando nos contratan nos dicen*

que nos pagarían $3.600.000 pero las prestaciones son solo sobre $2.800.000 y nos toca aceptar, siempre es así, acepté porque tenía que pagar colegios y créditos, yo laboré hasta el 3 de noviembre de 2016, mi salario estaba en $3.601.000, la suma de $2.800.081 era salarial y $720.000 que era el auxilio de alimentación y rodamiento era no salarial". De otro lado, no se advierte confesión u otra prueba en donde conste pacto sobre la exclusión salarial de los auxilios, pues sus respuestas fueron insistentes en advertir que solo le "informaron" las sumas que devengaría, lo que permite concluir que la empresa enjuciada de manera unilateral decidió pagar el valor de $720.400 como no salarial y a título de auxilios inexistentes.

Asi las cosas, contrario a lo decidido por el *a quo*, se concluye que no existe prueba de la que se pueda inferir que los beneficios que devengó la actora durante su periodo de vinculación con CORPORACIÓN NUESTRA IPS demandada tenían el carácter no salarial, quedando demostrado que estos pagos eran retributivos del servicio de la actora, al ser percibidos como ya se dijo de manera habitual y no estaban destinadas a un medio de transporte o alimentación sino propiamente tales auxilios eran destinados a retribuir su servicio como Médico General y en sentir de la Sala, el hecho que siempre fueren cancelados es un indicio de que tal emolumento constituía salario pues no representaba un premio o bonificación por mera liberalidad de la empleadora, por lo que efectivamente constituye factor salarial y debió ser tenida en cuenta para liquidar prestaciones sociales, vacaciones y aportes a seguridad social, en salud y pensiones.

En gracia a la discusión y aun en el caso de aportarse la cláusula de exclusión salarial, se debe advertir, tal y como lo ha expresado la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral, la potestad de las partes para determinar que pagos no constituyen salarios **no es absoluta**, y encuentra su límite en la prohibición de desnaturalizar los pagos con carácter salarial, por manera que el acuerdo de voluntades que le reste naturaleza salarial a un pago que en verdad lo es, deviene en insuficiente para desvirtuar su condición remuneratoria directa del servicio, pues tal determinación no está sujeta al arbitrio de las partes.

De lo anterior, si un pago cumple las condiciones previstas en la ley para ser salario, seguirá predicándose como tal, a pesar de su denominación, en la

medida que, se itera, **los pagos habituales que retribuyen directa y realmente el servicio configuran ese elemento del contrato laboral y no pueden dejar de serlo por acuerdo entre las partes**, pues como se indicó en la sentencia CSJ SL3272-2018:

> *«[…] el carácter remuneratorio de un pago no emana directamente de la ley ni del pacto de exclusión salarial, sino que en cada caso deben analizarse elementos fácticos en aras de establecer cómo fue consagrado y si con él se retribuyen directamente los servicios prestados».*

La tesis expuesta, ha sido reiterada en las sentencias CSJ SL5328-2019 y CSJ SL4663-2021, donde el Órgano de Cierre al estudiar el carácter salarial de los emolumentos no constitutivos de salarios consideró, verbigracia, en la primera de ellas:

> *«…la condición de salario de determinado pago, no deriva de la denominación que convengan las partes en el contrato de trabajo o en cualquier otro documento suscrito con posterioridad, sino de que retribuya directamente el servicio personal del trabajador; así lo adoctrinó la Sala de Casación Laboral en sentencia CSJ SL8216-2016 y si bien, las partes tienen la facultad de acordar que determinado ingreso no tenga incidencia prestacional, por así autorizarlo el artículo 128 del mismo estatuto, tal posibilidad no puede convertirse en una especie de patente para restar connotación salarial a pagos que por su naturaleza y esencia la tengan, en tanto recompensan el trabajo personal y subordinado que realiza un trabajador. Así lo señaló esta Corporación en la sentencia CSJ SL12220-2017:*
> *(…)*
>
> *De la lectura del artículo 128 del estatuto laboral, que enuncia algunos ingresos no salariales, dado su carácter ocasional y la liberalidad con la que el empleador los entrega al trabajador, sin ambages se colige que las sumas recibidas por Miller Augusto García Puyo, representadas en bonos para combustible, alimentación, pagos a créditos de vivienda, «aporte voluntario empresa», solo para citar algunos, constituyen salario, pues se trató de desembolsos estables y permanentes al trabajador, directamente retributivos del servicio, condición que no varía por la denominación que se le dio, con la anuencia del trabajador de que se les denominara de esa forma.*
>
> *A la anterior conclusión arriba la Sala, a pesar que los comprobantes de pago reflejan que los componentes de los «beneficios» y «beneficios adicionales» variaban, los valores pagados por tales prestaciones «no salariales» se distribuían de manera que sumadas representaban cerca del 50% de la retribución total, lo cual fue una constante en vigencia del contrato. A manera de ilustración, se observa que los folios 2 a 9, corresponden a los comprobantes de nómina de octubre de 2000 a mayo de 2001, tiempo durante el cual se le pagó al trabajador «subsidio de transporte y/o alimentación», en un monto que fluctuó entre $267.208 y $291.257, pero para junio de 2001 se eliminó ese rubro; a cambio, recibía bonos de alimentación y combustible, «arriendo vivienda», «aporte voluntario a empresa», seguro de vida y seguro de incapacidad.».*

Acorde con la línea jurisprudencial expuesta, resulta evidente, que los emolumentos adicionales percibidos por la actora eran retributivos de la prestación del servicio, toda vez que reúnen las siguientes características: (i) se percibía de manera periódica (mensualmente) y (ii) era retributivo del servicio; pues no se evidencia una mera liberalidad por parte de la empleadora,

por el contrario, si se encuentra un claro propósito encubierto de disminuir el importe constitutivo de salario, por lo que resulta una antinomia concluir que no era retributivo del servicio prestado por la trabajadora, máxime que el mismo art. 127 del C.S.T., le ha dado a la remuneración fija y ordinaria el carácter de salario, cualquiera que sea la denominación que le den las partes, sin perjuicio de dejar sentado que, en estos eventos, la ineficacia de las cláusulas contractuales que desconozcan el carácter salarial del equivalente en sumas dinerarias de conceptos que si retribuyen el servicio del trabajador y se reciben para su propio beneficio es de pleno derecho, también resulta reprochable la aceptación por parte de sus destinatarios del beneficio indirecto de estos conceptos y valores durante el tiempo de la relación laboral.

Consecuente con lo anterior, es dable reliquidar las prestaciones sociales y la compensación de vacaciones ordenadas en primera instancia, debiéndose modificar el numeral segundo y quinto de la sentencia de primer grado en el sentido de ordenar que la suma NO SALARIAL que ascendió a $720.400 sea incluida en la base salarial de la demandante, así:

SALARIO INCLUIDOS LOS AUXILIOS	**INICIO**	**FINAL**	**DIAS**	**CONCEPTO**	**TOTAL**
$ 3.601.900	8/02/16	3/11/16	266	CESANTIAS	$ 2.661.404
$ 3.601.900	8/02/16	3/11/16	266	INTERESES A LAS CESANTIAS	$ 235.978
$ 3.601.900	1/07/16	3/11/16	123	PRIMA DE SERVICIOS	$ 1.230.649
$ 3.601.900	8/02/16	3/11/16	266	VACACIONES	$ 1.330.702
				TOTAL	**$ 5.458.733**

Igualmente se aclara, la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T. y que fue objeto de condena en el numeral tercero del fallo de primera instancia deberá ejecutarse atendiendo que el valor del día de salario asciende a la suma de $120.063 pesos.

Por último, se adicionará la sentencia en el sentido de CONDENAR a la demandada CORPORACIÓN NUESTRA IPS a corregir el IBC reportado ante el Sistema de Seguridad Social Integral por medio de la planilla integrada de liquidación de aportes -PILA- y realizar los correspondiente aportes en los periodos del 8 de febrero de 2016 al 03 de noviembre de 2016 sobre la suma de

$3.601.900, asumiendo los respectivos intereses que liquide el operador al momento del pago.

Lo anterior, atendiendo la figura de corrección de la planilla (intereses de mora) por cuanto la demandante aceptó que fue afiliada al sistema de seguridad social integral por parte de la llamada a juicio.

Continuando con la resolución del segundo problema jurídico planteado por la parte actora, consistente en la indemnización por despido indirecto, 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.

Tratándose de la figura del **despido indirecto**, a la luz de lo previsto por el artículo 167 del C.G.P., cuando se aduce su ocurrencia, es a la parte demandante, a quien le corresponde acreditar la alegación y existencia de la conducta que invoca para dar por terminado el contrato de trabajo, con ocasión de un hecho atribuible a su empleador, para que el fallador valore si es constitutiva de justa causa, de lo contrario se estará en presencia de una renuncia voluntaria al mismo[2].

Igualmente, en palabras de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, el despido indirecto obedece a una conducta consciente y deliberada del trabajador encaminada a dar por terminada la relación contractual, por su iniciativa, pero por justa causa contemplada en la ley, imputable al empleador, caso en el cual los hechos o motivos aducidos deben ser alegados al momento de la terminación del vínculo, y estar contemplados como justa causa en el literal b) del artículo 7º del decreto 2351 de 1965,

---

[2] ***Sala de Casación Laboral Corte Suprema de Justicia, diciembre 11 de 1980: "En el despido directo la contingencia del proceso es mayor para el patrono, que en la incertidumbre del litigio debe resolverse si el hecho imputable al trabajador constituye o no una causa justa y de identidad para la finalización unilateral del contrato, mientras que*** *en el despido indirecto la contingencia procesal es mayor para el trabajador, debiendo decirse inversamente: Si el hecho imputado al patrono constituye o no una justa causa para la terminación del contrato, si tiene la gravedad requerida para ello y si se logró demostrar en el curso del litigio"****(Negrilla de la Sala).***

debiendo ser notificados al empleador *"con tanta oportunidad que no quede duda que la dimisión obedece realmente a los hechos alegados y no a otros distintos"* [3], ello en armonía con el parágrafo del literal b) del artículo 62 del C.S.T., que prescribe 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". (Nota: Declarado exequible por la Corte Constitucional en la Sentencia C-594 de 1997).*

Bajo tal entendido, en la terminación del contrato por despido indirecto le corresponde al trabajador demostrar que los hechos generadores sí ocurrieron y que estos fueron comunicados al empleador en la carta de dimisión[4], pero si este último, a su vez, alega hechos con los cuales pretende justificar su conducta, es indiscutible que a él le corresponde el deber de probarlos[5].

Así las cosas, procede la Sala a determinar si en autos se encuentra acreditada la alegación y existencia de una conducta que justifique la renuncia motivada de la demandante, para ello debemos remitirnos en primer lugar a la misiva por medio de la cual la actora dio terminación al contrato de trabajo (pág. 27 Archivo 01 expediente digital), en la cual expresó:

---

[3] ***Sentencia de Casación Laboral, Radicación No. 26521 del 4 de julio de 2006***

"(…) Sobre el tema del despido indirecto o auto despido resulta oportuno traer a colación la sentencia de esta Sala de 6 de abril de 2001, radicación número 13648, en la cual al resolver una controversia semejante a la que ahora ocupa su atención, dijo textualmente:

"... el auto despido o despido indirecto obedece a una conducta consciente y deliberada del trabajador encaminada a dar por terminada la relación contractual, por su iniciativa, pero por justa causa contemplada en la ley, imputable al empleador."

"En este caso, los hechos o motivos aducidos por el dimitente deben ser alegados al momento del rompimiento del vínculo contractual y estar contemplados como justa causa de terminación, en el literal b) del artículo 7º del decreto 2351 de 1965, debiendo ser notificados, además, al empleador con tanta oportunidad que no quede duda que la dimisión obedece realmente a los hechos alegados y no a otros distintos."

[4] Al tema pueden consultarse las sentencias SL4691-2018, SL13681-2016, SL3288-2018, SL, 9 ago. 2011, rad. 41490, reiteradas en la SL417 de 2021.

[5] SL 417 de 2021: "*Antes de adentrarse la Sala en el análisis de los medios de convicción acusados en lo atinente a esta súplica, es pertinente recordar, lo que de antaño ha adoctrinado esta Corporación, en el sentido de que cuando el empleado termina unilateralmente el contrato de trabajo aduciendo justas causas para ello, mediante la figura del despido indirecto o auto despido, le corresponderá demostrar el despido, esto es, los motivos que indicó para imputarle dichas causales a su empleador. Pero sí este último, a su vez, alega hechos con los cuales pretende justificar su conducta, es incuestionable que a él corresponde el deber de probarlos. Situación muy diferente acontece cuando el empleador rompe el vínculo contractual en forma unilateral, invocando justas causas para esa decisión, en cuyo caso el trabajador sólo tiene que comprobar el hecho del despido y al patrono las razones o motivos por él señalados (Sentencia del 22 de abril de 1993 radicado 5272)*".

BOGOTA, 2 DE NOVIEMBRE DE 2016

DOCTORA

MAIRA CAÑON

COORDINADORA DE SEDE PRIMERA DE MAYO 2

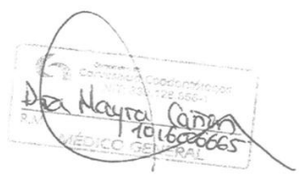
POR MEDIO DE LA PRESENTE , LES COMUNICO A USTEDES MI DECISION DE RENUNCIAR A MI CARGO COMO MEDICO DE CONSULTA EXTERNA , A PARTIR DEL DIA DEL 3 DE NOVIEMBRE DE 2016 , POR MOTIVOS PERSONALES AJENOS A MI VOLUNTAD , DE ANTEMANO AGRADEZCO TODO LO OFRECIDO DURANTE MI ESTANCIA EN LA INSTITUCION.

GRACIAS POR LA ATENCION PRESTADA DE LA PRESENTE.

ATTE Margarita Torres Pérez

MARGARITA ROSA TORRES PEREZ

CC 32878185



Conforme lo anterior, las manifestaciones expuestas por la actora en la carta de renuncia, como motivantes para la terminación del vínculo en síntesis hacen referencia a que su decisión fue una consecuencia de: "*motivos personales a ajenos a mi voluntad",* hechos que no se describieron el día de radicación de la renuncia, no pudiéndose en esta alzada pretender el pago de la indemnización cuando la parte actora no cumplió con la carga procesal que le incumbe cuando se alega un despido indirecto, debiendo narrar los hechos que provocaron dicha decisión en la misiva de renuncia, no pudiéndose comprobar un estado incumplimiento del empleador. Valga decir, el despido –indirecto-, **tiene ocurrencia cuando el empleador ha incurrido en conductas que se enmarcan dentro de las taxativamente señaladas en el literal b) del art. 62 del C.S.T.[6] y, a consecuencia de ello, el trabajador se ve forzado a concluir**

[6] *B). Por parte del trabajador:*

1. El haber sufrido engaño por parte del {empleador}, respecto de las condiciones de trabajo.

2. Todo acto de violencia, malos tratamientos o amenazas graves inferidas por el {empleador} contra el trabajador o los miembros de su familia, dentro o fuera del servicio, o inferidas dentro del servicio por

su contrato laboral de manera anticipada, es decir, se debió probar el incumplimiento del empleador frente alguna de estas causales, aspecto que no logra acreditar por cuanto su comunicación de retiro lo que señala es que fue por motivos ajenos a su voluntad sin que las razones aducidas en el recurso de apelación fueran puestas en conocimiento de su empleador oportunamente.

Por lo expuesto, a juicio de esta Sala de decisión resulta acertada la decisión de la *a quo,* en cuanto a la absolución de la encartada frente a la pretensión de la indemnización de que trata el art. 64 del C.S.T., pues se itera no se evidencian las causas motivantes de la terminación del vínculo, lo que conlleva a que se entienda que la decisión de la demandante de finalizar el vínculo laboral fue libre y voluntaria.

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 segundo y quinto, se aclara el numeral tercero, se adicionará y confirmará en los demás la sentencia de primer grado, según las disquisiciones hechas por la Sala de Decisión.

SIN COSTAS en esta instancia.

---

los parientes, representantes o dependientes del {empleador} con el consentimiento o la tolerancia de éste.

3. Cualquier acto del {empleador} o de sus representantes que induzca al trabajador a cometer un acto ilícito o contrario a sus convicciones políticas o religiosas.

4. Todas las circunstancias que el trabajador no pueda prever al celebrar el contrato, y que pongan en peligro su seguridad o su salud, y que el {empleador} no se allane a modificar.

5. Todo perjuicio causado maliciosamente por el {empleador} al trabajador en la prestación del servicio.

6. El incumplimiento sistemático sin razones válidas por parte del {empleador}, de sus obligaciones convencionales o legales.

7. La exigencia del {empleador}, sin razones válidas, de la prestación de un servicio distinto, o en lugares diversos de aquél para el cual se le contrató, y

8. Cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones que incumben al empleador, de acuerdo con los artículos 57 y 59 del Código Sustantivo del Trabajo, o cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos.

PARAGRAFO. 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.".

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 parcialmente los numerales **SEGUNDO y QUINTO** de la sentencia de primera instancia para en su lugar **DECLARAR** que el auxilio de rodamiento y alimentación devengado por la demandante tiene carácter salarial en los términos del artículo 127 del C.S.T. En consecuencia, se **CONDENA** a la demandada CORPORACIÓN NUESTRA IPS a reliquidar y pagar las prestaciones sociales y la compensación por vacaciones en las siguientes sumas:

SALARIO INCLUIDOS LOS AUXILIOS	INICIO	FINAL	DIAS	CONCEPTO	TOTAL
$ 3.601.900	8/02/16	3/11/16	266	CESANTIAS	$ 2.661.404
$ 3.601.900	8/02/16	3/11/16	266	INTERESES A LAS CESANTIAS	$ 235.978
$ 3.601.900	1/07/16	3/11/16	123	PRIMA DE SERVICIOS	$ 1.230.649
$ 3.601.900	8/02/16	3/11/16	266	VACACIONES	$ 1.330.702
				TOTAL	**$ 5.458.733**

SEGUNDO: ACLARAR el numeral **TERCERO** del fallo de primer grado en el sentido de indicar que la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T. y que fue objeto de condena en primer grado, se hará sobre la suma diaria de **$120.063**, conforme al carácter salarial del auxilio de rodamiento y alimentación, según las consideraciones que anteceden.

TERCERO: ADICIONAR la sentencia de primera instancia en el sentido de **CONDENAR** a la demandada CORPORACIÓN NUESTRA IPS a **CORREGIR** el IBC reportado ante el Sistema de Seguridad Social Integral por medio de la planilla integrada de liquidación de aportes -PILA- y realizar los correspondiente aportes sobre el salario real en los periodos del **8 de febrero de 2016** al **03 de noviembre de 2016**, esto es, sobre la suma de **$3.601.900**, asumiendo los respectivos intereses de mora que liquide el operador al momento del pago, conforme a lo expuesto en precedencia.

CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

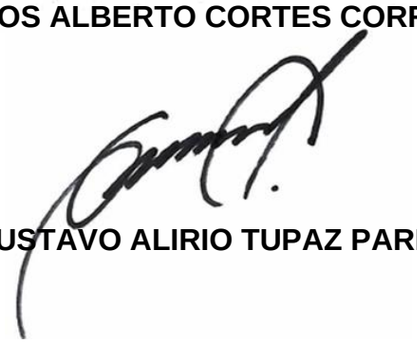
QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL

BOGOTA D.C.

SALA LABORAL.

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR JOSE ALEXANDER PARDO CASTRO CONTRA AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. (RAD. 01 2020 00056 01).

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre 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 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 del demandante, de la sentencia proferida por el Juez Primero Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 5 de julio del 2023 (Audiencia virtual archivo 21, récord: 1:09:09), en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO: DECLARAR*** *probadas las excepciones de IMPROCEDENCIA DEL REINTEGRO LABORAL e INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, propuestas oportunamente por la demandada AGUAS DE BOGOTA S.A E.S.P., según lo expuesto en la parte motiva la presente decisión y se releva el despacho del estudio de las demás excepciones propuestas por sustracción de materia.*
>
> ***SEGUNDO:*** *En consecuencia,* ***SE ABSUELVE*** *a la demandada AGUAS DE BOGOTA S.A. E.S.P., de todas y cada una de las pretensiones incoadas por el demandante señor JOSE ALEXANDER PARDO CASTRO identificado con la C.C 79.699.017, conforme lo motivado en el presente pronunciamiento.*
>
> ***TERCERO:*** *Teniendo en cuenta que la parte actora resulta vencida en esta primera instancia objeto de condena en costas, las cuales serán debidamente tasadas en su momento por la Secretaría del Despacho.*
>
> ***CUARTO:*** *Enviar el proceso al Superior en el evento de no presentarse recurso de apelación para surtir el grado jurisdiccional de CONSULTA."*

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante, señor JOSÉ ALEXANDER PARDO CASTRO, las pretensiones visibles en las páginas 71 a 73 del Archivo 1 expediente digital, las cuales encontraron soporte en los fundamentos fácticos de páginas 73 a 87 del mismo archivo, y las cuales son del siguiente tenor:

> ***PRETENSIONES DECLARATIVAS***
>
> *1. Que se declare que entre JOSE ALEXANDER PARDO CASTRO en calidad de trabajador y AGUAS DE BOGOTA S.A ESP en calidad de empleador se celebró un contrato de trabajo escrito pactado a término FIJO a partir del Diecinueve (19) de diciembre (12) del año dos mil doce (2.012).*
>
> *2. Se declare que el cargo que desempeñaba durante la relación laboral con AGUAS DE BOGOTA S.A ESP por parte del señor JOSE ALEXANDER PARDO CASTRO fue CONDUCTOR DE RECOLECCIÓN.*
>
> *3. Se declare como inexistente el contrato por obra o labor determinada, suscrito el diecinueve (19) de Junio (06) de dos mil trece (2.013), por no contar con validez pata el nacimiento a su vida jurídica.*
>
> *4. Se declare que mi representado en calidad de trabajador de AGUAS DE BOGOTA S.A ESP devengó como último salario la suma de UN MILLÓN QUINIENTOS SETENTA Y SEIS MIL CIENTO TREINTA Y SIETE PESOS M/CTE ($1.576.137).*
>
> *5. Se declare que AGUAS DE BOGOTA S.A ESP terminó el contrato de trabajo a mi representado de forma ilegal.*
>
> *6. Se declare la ineficacia de la terminación del contrato de trabajo celebrado entre mi poderdante y AGUAS DE BOGOTA S.A ESP.*
>
> *7. Se declare que mi representado en el momento de la desvinculación se encontraba amparado bajo el fuero circunstancial al ser trabajador afiliado al SINDICATO DE TRABAJADORES Y EMPLEADOS DEL SERVICIO PUBLICO DE ASEO DE LA EMPRESA AGUAS DE BOGOTA S.A. ESO "SINTRAGUAS y que el mismo el día 15 de Diciembre de 2017 radicó la presentación de pliego de peticiones de Sindicato de trabajadores y empleados del servicio Público de Aseo de la empresa de Aguas de Bogotá SINTRAGUAS a la empresa AGUAS DE BOGOTA S.A ESP.*
>
> *8. Que se reconozcan todas las garantías de estabilidad en el empleo acorde a la continuidad de los contratos laborales conforme se pactó en el acuerdo de formalización Laboral firmado entre la Empresa AGUAS DE BOGOTA S.A. ESP, la empresa de ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTA ESP y el MINISTERIO DE TRABAJO con fecha del 20 de septiembre de 2013.*

9. Que se declare que mi representado el señor JOSE ALEXANDER PARDO CASTRO al momento de la desvinculación hacia parte de la Junta Directiva como PRESIDENTE del SINDICATO DE TRABAJADORES Y EMPLEADOS DEL SERVICIO PUBLICO DE ASEO DE LA EMPRESA AGUAS DE BOGOTA S.A. ESO "SINTRAGUAS".

10. Que se declare que AGUAS DE BOGOTA S.A ESP. despidió a mi representado sin permiso o autorización de autoridad competente.

11. Que se declare que el convenio administrativo 1-07-10200-08009-12 de 2012 continuo vigente después del 11 de febrero de 2018, fecha en la cual fue desvinculado mi representado.

12. Que se declare que en la cláusula séptima del contrato obra o labor en la cual se determinaron las justas causas de terminación del contrato, no fue contemplada la finalización del convenio administrativo 1-07-10200-0800912 de 2012, como fue condicionado en la cláusula segunda del mencionado contrato.
PRETENSION DE REINTEGRO LABORAL

1. Se ordene al empleador AGUAS DE BOGOTA S.A ESP a REINTEGRAR LABORALMENTE a mi representado en calidad de trabajador al mismo cargo que desempeñaba al momento de la terminación, o a uno de mejores condiciones, a la reubicación y/o reinstalación laboral, sin solución de continuidad.

PRETENSIONES CONDENATORIAS PRINCIPALES

1. Se condene a AGUAS DE BOGOTA S.A ESP a cancelar al señor JOSE ALEXANDER PARDO CASTRO los salarios dejados de percibir desde el momento de la terminación ilegal.

2. Se condene a AGUAS DE BOGOTA S.A ESP al pago de la prima de servicios de acuerdo al reajuste correspondiente al real salario que debió devengar mi representado.

3. Se condene a AGUAS DE BOGOTA S.A ESP al pago de las cesantías de acuerdo al reajuste correspondiente al real salario que debió devengar mi representado.

4. Se condene a AGUAS DE BOGOTA S.A ESP al pago de los intereses de cesantías de acuerdo al reajuste correspondiente al real salario que debió devengar mi representado.

5. Se condene a AGUAS DE BOGOTA S.A ESP al pago de las vacaciones de acuerdo al reajuste correspondiente al real salario que debió devengar mi representado.

6. Que se ordene el pago de la Indemnización por no consignación de cesantías a tiempo, de que trata el artículo 99 de la ley 50/90.

7. Se condene a AGUAS DE BOGOTA S.A ESP al pago de las primas de acuerdo al reajuste correspondiente al real salario que debió devengar mi representado.
8. Se condene a AGUAS DE BOGOTA S.A ESP a cancelar a JOSE ALEXANDER PARDO CASTRO las sumas adeudadas de manera indexada.

9. Que se ordene a la parte Demandada, al pago de la Indemnización Moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T., hasta el momento en que se cancelen la totalidad de los salarios y prestaciones sociales debidas a mi mandante.

> *10. Que se ordene el pago de los intereses moratorios sobre las sumas adeudadas desde el momento en que se hicieron exigibles hasta el día en que se paguen efectivamente.*
>
> *11. Se condene a AGUAS DE BOGOTA S.A ESP a cancelar JOSE ALEXANDERPARDO CASTRO aquel concepto que se encuentre demostrado al señor Juez en la Litis, en virtud de la facultad Ultra y Extra petita consagrada en el artículo 50 de Código procesal de Trabajo.*
>
> *12. Se condene al AGUAS DE BOGOTA S.A ESP a cancelar las costas de agencias en derecho producto del proceso.*
>
> ***PETICIONES SUBSIDIARIAS***
>
> *01. Que en caso que no proceder la petición de reintegro laboral, se condene a AGUAS DE BOGOTA S.A ESP a cancelar a JOSE ALEXANDER PARDO CASTRO la indemnización estipulada en el artículo 64 del C.S.T.*

Obtuvo sentencia de primera instancia desfavorable a sus aspiraciones, en tanto el Juez a quo concluyó, la contratación del demandante lo fue mediante un contrato a término fijo el cual fue modificado a un contrato de obra y se supeditó su duración a la vigencia del convenio interadministrativo; el contrato a término fijo que sostuvieron las partes quedó finalizado y es diferente al de obra o labor, que las partes pactaron voluntariamente y con diferentes condiciones; tampoco encontró incidencia en que el contrato interadministrativo por virtud del cual fue contratado el demandante hubiera sufrido 21 prórrogas, pues ello no cambia la naturaleza del contrato por obra suscrito entre el actor y la convocada, que se supeditó a la vigencia del citado convenio y en consecuencia, señaló el contrato terminó por una causa legal, por lo que no hay lugar al reintegro y pago de salarios y prestaciones solicitadas. Frente al fuero circunstancial señaló que el demandante no gozaba del mismo porque no hubo denuncia de la convención y además dicha convención estaba vigente hasta el 31 de diciembre del 2017, por lo que la demandada no requería autorización para terminar el contrato aunado a que desde el inicio se estableció su duración finalizándose por una causa legal.

Establecido lo anterior se abordará el estudio del presente asunto en el grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante iniciando con la existencia de un único contrato de trabajo a término fijo del 19 de diciembre del 2012 hasta el 11 de febrero del 2018. Frente a lo cual, advierte la Sala obran los siguientes contratos (Archivo 01 expediente digital):

1. Contrato a término fijo inferior a un año con fecha de inicio de labores 19 de diciembre del 2012 y fecha de terminación 18 de abril del 2013 (págs. 7 y 8), en el cargo de CONDUCTOR DE RECOLECCIÓN.

2. Contrato individual de trabajo por duración de la obra o por la naturaleza de la labor determinada (pág. 9) con fecha de inicio de labores el 19 de junio del 2013 y en el mismo cargo de CONDUCTOR.

Advirtiéndose conforme lo aceptado por la demandada en su contestación la relación laboral con el demandante se dio de manera ininterrumpida desde el 19 de diciembre del 2012, esto es, no hubo solución de continuidad, lo que ocurrió fue que el 19 de junio del 2013 se suscribió un contrato de obra para que el actor desempeñara el mismo cargo de conductor que estaba ejecutando desde el 19 de diciembre del 2012, aunado a que en la liquidación final obrante en el expediente se tomó como fecha inicial de contratación *19 de diciembre del 2012* y como fecha retiro *11 de febrero del 2018* (pág. 11 Archivo 1 expediente digital).

Razones por las cuales, debe advertirse en el presente asunto conforme a la REALIDAD vivida no es que se hayan generado dos relaciones laborales independientes, pues de acuerdo a lo analizado lo que ocurrió es que el actor fue vinculado inicialmente bajo la modalidad de un contrato a término fijo pero posteriormente fue modificado de término fijo al de obra o labor determinada conforme lo dicho, esto es, mutó la modalidad contractual de un contrato a término fijo al de obra o labor y en esa medida no se puede entender que la relación laboral siempre estuvo regida fue por un contrato a término fijo, pues se itera dicha modalidad cambio al de obra o labor.

Acuerdo al que no es dable restarle validez, pues no quedó acreditado vicio alguno que conlleve a la declaratoria de su ineficacia; o el ánimo de desfalcar o eludir obligaciones laborales a favor del trabajador, o por lo menos ello no luce acreditado en el expediente, pues se insiste, los contratantes de manera libre y voluntaria decidieron modificar la modalidad del contrato de trabajo que suscribieron para dar paso a condiciones laborales que obedecieron igualmente al consenso de los contratantes, razones que llevan por ende a esta Sala de decisión a confirmar en este aspecto la decisión de primer grado.

Así las cosas, procede entonces esta Sala de decisión analizar el segundo problema jurídico, esto es si el demandante se encontraba amparado bajo el fuero circunstancial, advirtiéndose en autos se encuentra acreditada la existencia de la organización sindical denominada SINDICATO DE TRABAJADORES Y EMPLEADOS DEL SERVICIO PUBLICO DE ASEO DE LA EMPRESA AGUAS DE BOGOTÁ S.A. ESP “SINTRAGUAS” en donde el demandante fungía como presidente según la junta directiva del 28 de julio del 2017, conforme lo certifica el Ministerio de trabajo el 9 de marzo del 2018 (pág. 29 Archivo 01).

Ahora bien, teniendo en cuenta que las pretensiones derivan de la declaración dirigida a que, para la fecha de la terminación del contrato -11 de febrero del 2018- el actor se encontraba cobijado 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.

En este orden, lo primero que se advierte dentro del presente litigio es que si bien el mencionado sindicato elevó pliego de peticiones ante la empresa demandada, como se lee de la misiva del 18 de diciembre del 2017 (pág. 31 del Archivo 01), lo cierto es que conforme al informe juramentado rendido por el representante legal de la enjuiciada el mismo fue devuelto sin tramitar con oficio del 20 de diciembre del 2017 dado que la Convención Colectiva continuaba vigente hasta el 31 de diciembre del 2019, sumado a que no se presentó denuncia de la misma, respuestas que son del siguiente tenor (Archivo 17 págs. 4 a 6):

QUINTA PREGUNTA: Sírvase indicar si el SINDICATO DE TRABAJADORES Y EMPLEADOS DEL SECTOR PUBLICO DE ASEO DE LA EMPRESA AGUAS DE BOGOTA S.A. EPS SINTRAAGUAS presentó a la empresa AGUAS DE BOGOTA S.A. EPS el día 11 de diciembre de 2017 denuncia de la convención colectiva.

RESPUESTA: El Sindicato de Trabajadores y Empleados del Servicio Público de Aseo de la Empresa Aguas de Bogotá SA ESP -SINTRAGUAS- radicó en la Unidad de Correspondencia de la Empresa Aguas de Bogotá S.A. E.S.P. un pliego de peticiones, recibido mediante radicado AB005671 del 15 de diciembre de 2017.

Es bueno precisar que para la fecha la empresa y los diferentes sindicatos contaban con convención colectiva vigente y que nunca fue objeto de denuncia.

SEXTA PREGUNTA: Sírvase indicar cual fue la respuesta emitida por parte de la empresa AGUAS DE BOGOTA S.A. EPS al SINDICATO DE TRABAJADORES Y EMPLEADOS DEL SECTOR PUBLICO DE ASEO DE LA EMPRESA AGUAS DE BOGOTA S.A. EPS SINTRAAGUAS con base en la denuncia de la convención colectiva que les fue radicada.

RESPUESTA: Cabe aclarar que no hubo denuncia de la convención colectiva por parte del SINDICATO DE TRABAJADORES Y EMPLEADOR DEL SECTOR PÚBLICO DE ASEO DE LA EMPRESA AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P SINTRAGUAS, puesto que, como se contestó en el numeral inmediatamente anterior, a través del comunicado No. GG-100-2017-330, fechado el 20 de diciembre de 2017, la Empresa AGUAS DE BOGOTÁ S.A. ESP devolvió el pliego de peticiones informándole al presidente de la Organización Sindical Sintraaguas, señor Alexander Pardo, lo siguiente:

> *"teniendo en cuenta que la convención colectiva se halla vigente hasta el 31 de diciembre de 2019, de la cual esa organización sindical es parte, le comunico que no es posible acceder a la negociación pretendida y, en consecuencia, devuelvo sin tramitar el pliego de peticiones presentado".*

Adicionalmente, debe indicarse que la Organización Sindical -Sintraguas-, de acuerdo con lo establecido en los artículos 478 y 479 del Código Sustantivo del Trabajo, no ha presentado en tiempo la denuncia de la convención colectiva, por lo cual la misma está vigente hasta el 31 de diciembre de 2022.

La Organización Sindical referida, desde el 20 de diciembre de 2017, guardó silencio frente a la devolución del pliego de peticiones y se tiene conocimiento de dicha organización desde hace más de 4 años, esto es, desde el 11 de febrero de 2018, cuando terminó el Contrato Interadministrativo No. 1.07.10200-0809- 2012 "Proyecto aseo".

---

[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"*

SÉPTIMA PREGUNTA: Sírvase indicar si la empresa AGUAS DE BOGOTA S.A ESP, se negó a acceder a la negociación pretendida por el SINDICATO DE TRABAJADORES Y EMPLEADOS DEL SECTOR PUBLICO DE ASEO DE LA EMPRESA AGUAS DE BOGOTA S.A. EPS SINTRAAGUAS y devolvió sin tramitar el pliego presentado.

RESPUESTA: No. Puesto que la Organización Sindical -Sintraguas-, de acuerdo con lo establecido en los artículos 478 y 479 del Código Sustantivo del Trabajo, no presentó en tiempo la denuncia de la convención colectiva, por lo cual la misma está vigente hasta el 31 de diciembre de 2022.

La Organización Sindical referida, desde el 20 de diciembre de 2017, guardó silencio frente a la devolución del pliego de peticiones y se tiene conocimiento de dicha organización desde hace más de 4 años, esto es, desde el 11 de febrero de 2018, cuando terminó el Contrato Interadministrativo No. 1.07.10200-0809- 2012 "Proyecto aseo".

Téngase en cuenta en efecto obra la Convención Colectiva suscrita entre SINTRANAL, SINTRASEO, SINTRAEMP, SINTRACOLOMBIA y AGUAS DE BOGOTÁ S.A. ESP. del 17 de marzo del 2015, la cual fue adicionada el 13 de febrero del 2017, y en su artículo cuarto se estableció en efecto su vigencia hasta el 31 de diciembre del 2019 así: (pág. 377 Archivo 02)

ARTÍCULO CUARTO: Se modifica el Artículo 39 de la Convención Colectiva de Trabajo, el cual quedará así: "ARTÍCULO 39. VIGENCIA DE LA CONVENCIÓN. La convención colectiva de trabajo tendrá una vigencia de tres (3) años, contados así: El primer año de vigencia será a partir del primero (1) de enero de 2017, hasta el treinta y uno (31) de diciembre de 2017; el segundo año de vigencia será a partir del primero (1) de enero de 2018, hasta el treinta y uno (31) de diciembre de 2018. El tercer año de vigencia será a partir del primero (1) de enero de 2019, hasta el treinta y uno (31) de diciembre de 2019."

En esa medida y como bien lo señaló el representante legal de la demandada en su informe juramentado, para el momento en que se presentó el pliego de peticiones -15 de diciembre del 2017- la Convención se encontraba en su primer año de vigencia (del 01/01/2017 al 31/12/2017) brillando por su ausencia denuncia de la misma en los términos del artículo 478 y 479 del C.S.T., por ende, no podía dársele tramite a dicho pliego de peticiones, razón por la cual es clara la inexistencia de algún conflicto colectivo para el 11 de febrero del 2018 cuando finalizó el contrato del trabajo del actor y en consecuencia del fuero circunstancial alegado.

Ahora, respecto de la finalización del vínculo laboral del actor con Aguas de Bogotá S.A. E.S.P. obra en la página 192 del expediente (Archivo 02) la comunicación dirigida al demandante el 11 de febrero de 2018, donde se le informa la terminación de la relación contractual a partir de ese mismo día 11 de febrero del 2018 en razón a la culminación de la obra por la expiración del

Convenio Interadministrativo número 1.7-10200-809-2012 en los siguientes términos:

> *"En razón a la terminación del* ***CONVENIO INTERADMINISTRATIVO 1.7-10200-809-2012*** *perteneciente al* ***Proyecto Aseo****, hecho público y notorio que hace imposible la continuidad de su relación laboral, en los términos del Art. 61 del CST literal D, le informó que a partir de la finalización de la jornada laboral del día domingo 11 de febrero de 2018, se dará por terminado de forma legal, el contrato que por duración de la obra o por la naturaleza de la labor contratada que tenemos suscrito por usted"*

En esa dirección y teniendo en cuenta los argumentos expuestos en la demanda frente a este punto, conviene traer a colación el contenido de la cláusula segunda del *"Contrato individual de trabajo por duración de la obra o por la naturaleza de la labor determinada"*, suscrito por las partes que es del siguiente tenor (pág. 185 archivo 02 expediente digital):

> ***"SEGUNDA:*** *El término de duración del Contrato será el requerido para la ejecución de la obra o labor contratada.* ***Está condicionado a la existencia del Contrato Interadministrativo*** *No. 1-07-10200-08009-2012, celebrado entre LA EMPRESA y la Empresa de Acueducto y Alcantarillado S.A ESP, conforme lo previenen las cláusulas de terminación del citado contrato"* (negrillas y subrayas fuera de texto)

De igual forma, se allegó como prueba la prórroga No. 21 del plazo de ejecución del contrato interadministrativo 1-07-10200-0809-2012 del 15 de enero de 2018 (fls. 128 y 12º Archivo 02) suscrito entre el Acueducto de Bogotá y Aguas de Bogotá donde se indicó:

> *"(…)* ***CLAUSULAS: PRIMERA: OBJETO****. - Prorrogar el plazo de ejecución del Contrato citado en VEINTIOCHO (28) DÍAS CALENDARIO, esto es hasta el* ***12 de febrero de 2018*** *y adicionar su valor en la suma de ($16.972.317.000) M/TE, para un valor total del contrato de SEISIENTOS TREINTA Y CINCO MIL SEIS MILLONES OCHENTA Y TRES MIL CUATROSCIENTOS CUARENTA PESOS ($635.006.083.440) M/TE. …(…)"*

Pues bien, de conformidad con el material probatorio vertido al plenario, en especial las documentales citadas, a juicio de esta Sala de decisión, resulta evidente que como al inicio de este proveído se estableció la contratación del demandante se enmarcó dentro de los contratos denominados por obra o labor, dado que desde el inicio de ésta modalidad de vinculación (19/06/2013), en el mismo contrato (pág. 185 Archivo 02), se definió, que la actividad para la cual fue contratado era la de conductor y se supeditó la duración de su vínculo a la vigencia del convenio interadministrativo 1-07-10200-0809-2012.

Así las cosas, se tiene que las partes acordaron que la vigencia de la relación contractual **estaría supeditada a la duración del convenio interadministrativo 1-07-10200-0809-2012**, aunado a ello no se probó de forma alguna que la actividad del demandante como conductor se realizará por razones diferentes a la ejecución del convenio interadministrativo, es decir no se demostraron actividades ajenas a las que se impusieron para la ejecución del convenio interadministrativo 1-07-10200-0809-2012, en orden interpretar que la contratación del demandante en la realidad no fue bajo la modalidad establecida en el contrato de trabajo, contrario a ello, como ya se indicó se demostró que de forma expresa las partes acordaron supeditar la duración del vínculo a la vigencia del convenio interadministrativo.

De esta manera, 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** contenida en el C.S.T., artículo 61 literal "d", esto es, por **terminación de la obra o labor contratada**, pues no a otra conclusión se puede arribar, teniendo en cuenta que como se ha venido señalando, en el contrato de trabajo que ató a las partes y que finalizó el 11 de febrero de 2018 se estableció que el vínculo se supeditaba a la vigencia del convenio interadministrativo 1-07-10200-0809-2012 *(obra para la cual fue contratado el demandante)*, el cual conforme la modificación, denominada prórroga del plazo de ejecución del 15 de enero de 2018, finalizó el 12 de febrero de 2018 (págs. 128 y 129 Archivo 02).

En suma, 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 conforme lo dispone el artículo 61 del C.S.T. literal D, esto es, la *"terminación de la obra o labor contratada"*

Por lo anterior, no puede concluirse que la terminación del vínculo contractual del promotor de la acción fue sin justa causa y mucho menos se reputa como un despido ilegal, puesto que se itera operó en virtud de la causal contenida en el literal D del numeral 1° del artículo 61 del CST, por lo que conforme lo señaló el Juez de primer grado devienen imprósperas todas las solicitudes del actor, debiéndose confirmar la decisión de primera instancia.

SIN COSTAS en esta instancia.

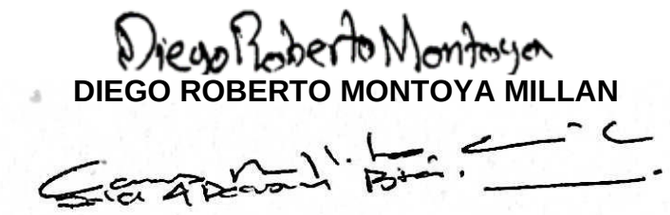
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juez 1° Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN



CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL

BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

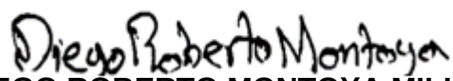
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR LUIS VICENTE BELTRÁN HERRERA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES – y la vinculada como litisconsorte necesaria la EMPRESA DE ENERGÍA DE BOGOTÁ S.A. ESP hoy GRUPO DE ENERGÍA DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. (RAD. 02 2019 00848 01).

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023)

AUTO

Se reconoce personería adjetiva a la abogada **BRAYAN LEON COCA** como apoderado sustituto de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES,** en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por **JAHNNIKI WEIMANNS SANCLEMENTE,** en su calidad de representante legal de la sociedad **UNION TEMPORAL W&WLC UT**



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

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

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 el apoderado de COLPENSIONES y el grado jurisdiccional de consulta en su favor, de la sentencia proferida por la Juez

Segunda Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 15 de agosto del 2023 (Audio Archivo 19, record: 36:44), en la que se resolvió:

> *"**PRIMERO: DECLARAR** que el señor LUIS VICENTE BELTRAN HERRERA, es beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.*
>
> ***SEGUNDO: CONDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES., a pagar la pensión de vejez al señor LUIS VICENTE BELTRAN HERRERA, identificado con la C.C. No. 3.063.830, la suma de $120.076.512, por concepto de retroactivo de las mesadas pensionales causadas, y las que se sigan causando hasta cuando el demandante sea incluido en la nómina. Conforme a la parte considerativa de esta sentencia.*
>
> ***TERCERO: CONDENESE** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, a reconocer la pensión de vejez a favor del señor VICENTE BELTRAN HERRERA, identificado con la C.C. No. 3.063.830, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta sentencia.*
>
> ***CUARTO: CONDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES al pago intereses de mora del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, por la suma de $135.393.753 al 31 de julio, suma que deberá ser indexada al momento del pago.*
>
> ***QUINTO: DECLARAR PARCIALMENTE** probada la excepción de prescripción conforme las mesadas pensionales causadas desde el 12 de mayo de 2010 al 08 de diciembre de 2016.*
>
> ***SEXTO: ABSOLVER** al GRUPO DE ENERGÍA DE BOGOTA S.A. E.S.P. de cualquier pretensión incoada en su contra.*
>
> ***SEPTIMO: NO DECLARAR PROBADAS** las excepciones restantes propuestas por las demandadas.*
>
> ***OCTAVO: NEGAR** las demás pretensiones incoadas en la demanda.*
>
> ***NOVENO: CONDENAR** en costas a la parte accionada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, dentro de las que deberá incluirse por concepto de agencias en derecho la suma equivalente a un (1) Salario Mínimo Legal Mensual Vigente.*
> ***DÉCIMO:** Por Secretaría **REMÍTASE** copia de esta sentencia a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, conforme lo establece la Ley 2080 de 2021.*
>
> ***DECIMO PRIMERO: REMITIR** por secretaría el proceso al Tribunal Superior de Bogotá D.C., en grado jurisdiccional de consulta en su favor.*
>
> ***DÉCIMO SEGUNDO:** Si no fuere apelado el presente fallo, CONSÚLTESE con el Superior Jerárquico."*

Inconforme con la decisión, el apoderado de COLPENSIONES recurre la decisión señalando la encartada en ningún momento está desconociendo que el demandante es beneficiario del régimen de transición, no obstante indica no le puede ser aplicada la Ley 33 de 1985 pues aun cuando contaba con 55 años de

edad, no cumplió con los 20 años continuos o discontinuos de servicios públicos equivalentes a 1029 semanas, ello por cuanto los tiempos de servicios prestados a la empresa de energía de Bogotá con anterioridad al 3 de junio de 1996, se entienden como tiempos públicos, no obstante, el periodo laborado con posterioridad al 3 de junio del 96, se deben entender como privados.

Precisando al ser la empresa de energía de Bogotá, una empresa de servicios públicos de carácter mixto, con participación estatal inferior al 90% de sus trabajadores, no ostentan la calidad de servidores públicos, situación por la cual los periodos de cotización efectuados con posterioridad a la transformación de la empresa de energía a empresas de servicios públicos de carácter mixto deben ser tomados como tiempos privados.

Así las cosas, señala el demandante logró acreditar un total de 1227 semanas durante toda su vida laboral, sin embargo, como tiempos públicos solo registra 966 semanas válidamente cotizadas, razón por la cual no sería procedente el reconocimiento de la pensión de vejez en virtud de la Ley 33 de 1985.

De igual manera expresa tampoco acredita los requisitos consignados en el acuerdo 049 de 1990 ni los de la ley 71 del 88 como tampoco las disposiciones consignadas en la ley 100 de 1993 modificada por la ley 797 del 2003.

Razones por las cuales solicita tener en cuenta aquellas situaciones fácticas y jurídicas que rodean el caso en particular, y por ende revocar la sentencia en este punto, precisando la demandada no puede ser condenada al pago de intereses moratorios, como quiera que si bien es cierto, existió una negativa en sede administrativa al reconocimiento de la prestación solicitada, no con ello quiere decir que actuó de manera cegada a la ley o en efecto, de manera caprichosa, pues actuó apegada a lo establecido en la norma (Audio Archivo 19, record: 40:47[1])

[1] **APODERADO COLPENSIONES:** Gracias, su Señoría, me permito presentar recurso de apelación para efectos de que el honorable Tribunal Superior de Bogotá, Sala laboral revoque parcialmente la sentencia anteriormente proferida por su despacho, así las cosas, que se tiene que, en principio, pues el demandante en ningún momento se desconoce por parte de mi representada como beneficiario del régimen de transición.

Así las cosas, se tiene que el demandante en principio, pues se le podría o se le hizo un estudio por parte de mi representada de acuerdo, pues con la normatividad regulada o establecida en la ley 33 de 1985, en la cual, pues se exige para acceder a aquella prestación o aquella o ser beneficiario, pues de esta normatividad y que se le aplique lo concerniente el demandante, pues tendría que acreditar más de 55 años de edad y un mínimo de 20 años continuos o discontinuos de los servicios públicos. Se tiene que pues el demandante cuenta o

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del actor LUIS VICENTE BELTRÁN HERRERA las pretensiones señaladas en el escrito de demanda (págs. 4 y 5 Archivo 01), las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos relatados en las páginas 5 y 6 ibídem, pretendiendo se declare tiene derecho a que COLPENSIONES reconozca, liquide y pague la pensión de vejez aplicando la Ley 33 de 1985 en virtud del régimen de transición, en consecuencia se cancele el retroactivo pensional por concepto de mesadas causadas y dejadas de percibir, intereses corrientes, intereses moratorios, indexación de los valores adeudados, derechos *ultra y extra petita* y costas del proceso. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus aspiraciones** pues dispuso el reconocimiento de la prestación con base en la Ley 33 de 1985 efectiva a partir del 8 de diciembre

---

contaba con la edad para acceder a la pensión de vejez, su situación, que pues no se acredita o no se tiene lo mismo con los 20 años continuos o discontinuos de servicios públicos equivalentes a 1029 semanas teniendo en cuenta, pues lo anterior, los tiempos de servicios prestados a la empresa de energía de Bogotá con anterioridad al 3 de junio de 1996, se entienden como tiempos públicos, no obstante, el periodo laborado con posterioridad al 3 de junio del 96, se deben entender como privados, de conformidad con lo desarrollado por la Corte Constitucional, a través de sentencias C-736 del 19 de septiembre del 2007, en donde se señala aquella prohibición.

Teniendo en cuenta pues lo anterior, al ser una empresa de energía de Bogotá, una empresa de servicios públicos de carácter mixto, con participación estatal inferior al 90% de sus trabajadores, no ostentan la calidad de servidores públicos, situación por la cual los periodos de cotización efectuados con posterioridad a la transformación de la empresa de energía a empresas de servicios públicos de carácter mixto deben ser tomados como en tiempos privados, así las cosas, se tiene que el demandante logró acreditar un total de 1227 semanas durante toda su tiempo o su cotización o su tiempo de vida laboral, sin embargo, el demandante pues no logró acreditar los siguientes tiempos públicos al computar, pues va a ser un examen, se tiene que el demandante registra 966 semanas válidamente cotizadas, por lo que pues no logró acreditar el requisito de las semanas, esto es, 1029 semanas o 20 años de servicio, razón por la cual no sería procedente el reconocimiento de la pensión de vejez en virtud de la Ley 33 de 1985.

Así mismo, teniendo en cuenta, pues, que tampoco acredita los requisitos consignados en el acuerdo 049 de 1990 y su decreto reglamentario 758 del mismo año. Así mismo tampoco, pues se le puede aplicar las disposiciones de la ley 71 del 88 y ni siquiera el demandante en la actualidad, pues puede hacerse acreedor las disposiciones consignadas en la ley 100 del 93, que modificada por la ley 797 del 2003.

Así las cosas, le solicitó a los Honorables Magistrados, tener en cuenta aquellas situaciones fácticas y jurídicas que rodean el caso en particular, y por ende pues revocar la sentencia en este punto, así mismo le solicito, pues a los Magistrados se tenga en cuenta que mi representada no puede ser condenada al pago de intereses moratorios, como quiera que si bien es cierto, pues existió una negativa en sede administrativa al reconocimiento de la prestación solicitada, no con ello quiere decir que mi representada actuó de manera cegada a la ley o en efecto, de manera caprichosa, como quiera que mi representada está sujeta, está pues, digamos, como al no cumplir los requisitos exigidos en la normativa, pues por ende, mi representada no puede extralimitarse en sus funciones constitucionales y legales al reconocimiento de las prestaciones.

Es por ello que les solicitó a los señores magistrados que en caso de que salga avante pues el reconocimiento de la prestación no se condene al pago de los intereses moratorios por las razones expuestas, de esta manera dejo sustentado mi recurso de apelación, muchas gracias.

del 2016 (3 años anteriores a la interposición de la demanda) ordenando el pago de una retroactivo de mesadas por $120.076.512 más $135.393.753 por intereses moratorios al 31 de julio del 2023, todo lo anterior tras considerar que el actor es beneficiario del régimen de transición, ostentando la calidad de trabajador oficial y por ende acreditar 55 años de edad, al igual que 20 años de servicios oficiales, señalando los 20 años del servicio el actor los cumplió antes del cambio de naturaleza jurídica dela Empresa de Energía de Bogotá.

En ese orden, y dado que el presente asunto además del recurso de apelación, arriba a esta Corporación a efectos de que se surta el grado jurisdiccional de consulta en favor de la encartada, entrara la Sala a verificar la procedencia de las condenas impuestas, en atención a que la prestación pensional fue otorgada con base en la Ley 33 de 1985, la cual exige en su artículo 1° como requisitos para acceder a la pensión de jubilación, acreditar 20 años continuos o discontinuos de servicio oficial y 55 años de edad.

Así las cosas, en primer lugar, corresponde a la Sala establecer si el demandante es beneficiario y conserva el derecho al régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, de acuerdo con la modificación introducida al artículo 48 de la Constitución Política, por medio del Acto Legislativo 01 de 2005.

Sobre el punto resulta pertinente señalar, la encartada desde la Resolución GNR 222441 del 31 de agosto del 2013 acepta la condición de beneficiario del régimen de transición del demandante, por acreditar 15 años o más de servicios a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones -1 de abril de 1994- (pág. 40 Archivo 07), situación reafirmada en las Resoluciones SUB 293134 del 10 de noviembre del 2018 (pág. 58 ibídem) y DIR 20381 del 21 de noviembre del 2018 (pág. 66 ibídem) y se corrobora con el REPORTE DE SEMANAS COTIZADAS EN PENSIONES aportado por la demandada visible a folios 69 a 76 del Archivo 07, de donde se colige que el actor para el 1° de abril de 1994 contaba con **879.43 semanas cotizadas al sistema**, equivalentes a 17 años, 1 mes y 6 días de servicios prestados, punto que por demás no es motivo de discusión.

Dilucidado lo anterior y previo a determinar si el promotor del litigio cumple con los requisitos establecidos en el artículo 1° de la Ley 33 de 1985 para ser acreedor de la Pensión de Jubilación que reclama, debe la Sala en primer lugar estudiar el

tiempo durante el cual acreditó el señor BELTRÁN HERRERA la condición de trabajador al servicio de entidades oficiales, advirtiéndose COLPENSIONES señala tanto en sus actos administrativos con la Historia Laboral que el accionante laboró para las siguientes entidades:

-DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA del 21 de abril de 1976 al 13 de febrero de 1980.
-EMPRESA DE ENERGIA DE BOGOTÁ del 6 de agosto de 1981 al 31 de octubre de 1997.

Frente a este último periodo debe aclarar la Sala que la EMPRESA DE ENERGIA DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. hoy GRUPO DE ENERGIA DE BOGOTÁ S.A. ESP es una empresa de servicios públicos constituida como sociedad anónima por acciones, conforme se extrae de sus estatutos así[2]:

ESTATUTOS SOCIALES DE GRUPO ENERGÍA BOGOTÁ S.A E.S.P.

Capítulo I. Nombre, naturaleza jurídica, domicilio, duración y objeto

Artículo 1. Nombre: La sociedad se denominará Grupo Energía Bogotá S.A. ESP, pudiendo utilizar para todos los efectos, en todas sus actuaciones jurídicas y todas sus actuaciones comerciales la sigla GEB S.A. ESP

Artículo 2. Naturaleza jurídica: El Grupo Energía Bogotá S.A. ESP., es una empresa de servicios públicos, constituida como sociedad anónima por acciones, conforme a las disposiciones de la Ley 142 de 1994. La Sociedad tiene autonomía administrativa, patrimonial y presupuestal, ejerce sus actividades dentro del ámbito del derecho privado como empresario mercantil de carácter sui generis, dada su función de prestación de servicios públicos domiciliarios.

Parágrafo: Por la composición y el origen de su capital el Grupo Energía Bogotá S.A. ESP., es una sociedad constituida con aportes estatales y de capital privado, de carácter u orden distrital, en la cual los entes del Estado poseerán por lo menos el cincuenta y uno por ciento (51%) de su capital social, de conformidad con el acuerdo 001 de 1996 del Concejo de Bogotá (antes Concejo de Santa Fe de Bogotá), Distrito Capital, que autorizó su organización como sociedad por acciones en desarrollo de las disposiciones del artículo 17 de la Ley 142 de 1994 y del artículo 164 del Decreto ley 1421 de 1993.

De igual manera ha de recordarse que mediante Escritura Pública 610 del 3 de junio de 1996 la Empresa de Energía de Bogotá S.A. ESP se transformó de EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO DEL ORDEN DISTRITAL, A EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS constituida como **SOCIEDAD POR ACCIONES[3],** por ende y atendiendo lo dispuesto en la Ley 142 de 1994 "*por la*

[2] Tomado de la página de internet: https://www.grupoenergiabogota.com/gobierno-corporativo/documentos-de-gobierno-corporativo/estatutos-sociales

[3] Tomado de la página de internet https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=6856

cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones" sus trabajadores tienen el carácter de particulares desde esa fecha así:

> **ARTÍCULO 17. NATURALEZA.** Las empresas de servicios públicos son sociedades por acciones cuyo objeto es la prestación de los servicios públicos de que trata esta Ley.
>
> **ARTÍCULO 41. APLICACIÓN DEL CÓDIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO.** <Aparte tachado INEXEQUIBLE> Las personas que presten sus servicios a las empresas de servicios públicos privadas o mixtas, tendrán el carácter de trabajadores particulares y estarán sometidas a las normas del Código Sustantivo del Trabajo y a lo dispuesto en esta Ley. Las personas que presten sus servicios a aquellas empresas que a partir de la vigencia de esta Ley se acojan a lo establecido en el parágrafo del artículo 17o., se regirán por las normas establecidas en el ~~**inciso primero del**~~ artículo 5o. del Decreto-Ley 3135 de 1968. - *Aparte tachado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-253-96 del 6 de junio de 1996, Magistrado Ponente Dr. Hernando Herrera Vergara-*

Frente a este aspecto y en casos como el que aquí se estudia la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en sentencia Rad. 33932 del 20 de octubre de 2009 señaló:

> "Por tanto, no generan controversia los siguientes supuestos que halló probados el Tribunal:
>
> 1.-Que el demandante prestó sus servicios como servidor público del 16 de febrero de 1967 al 16 de octubre de 1972, en el Departamento Administrativo de Acción Comunal Distrital - Alcaldía Mayor de Santafé de Bogotá D. C.
>
> 2.-Que igualmente prestó sus servicios al sector oficial del 30 de junio de 1973 al 19 de enero de 1987, en el Instituto de Mercadeo Agropecuario IDEMA.
>
> 3.-Que estuvo vinculado del 6 de diciembre de 1988 al 28 de diciembre de 1998, en la Empresa de Energía de Bogotá S. A. ESP.
>
> **4.-Que la Empresa de Energía de Bogotá se transformó en una empresa de servicios públicos, regulada por la Ley 142 de 1994, mediante escritura pública No. 0610 de 3 de junio de 1996.**
>
> (…)
>
> **En esas condiciones, se exhibe evidente que, para el 5 de junio de 1996, cuando la Empresa de Energía de Bogotá, en desarrollo del mandato contenido en la Ley 142 de 1994, se transformó en Empresa de Servicios Públicos, como Sociedad Por Acciones, el demandante llevaba más de veinte (20) años de servicios al Estado.**
>
> El Tribunal, sobre esas bases fácticas, y con apoyo en una sentencia de esta Sala de la Corte, que como se explicará más adelante no se corresponde con el actual criterio que orienta sus decisiones en casos como el presente, proclamó que "…a la fecha de

la extinción del vínculo laboral del demandante no era servidor público de la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá, sino un trabajador del sector privado, lo cual da al traste con su pretensión pensional".

Para la Corte no es acertado este entendimiento jurídico del Tribunal, en tanto que la privatización del empleador no se traduce en la extinción de obligaciones causadas, ni de las laborales, ni de las de cualquiera otra naturaleza y por ello ha explicado, de manera reiterada, al analizar situaciones análogas a la que ahora ocupa su atención, **que quienes como trabajadores oficiales cumplieron veinte años de servicio en una entidad estatal no pueden ver afectado su derecho a obtener la pensión de jubilación establecida en las leyes aplicables a ese grupo de trabajadores por el hecho de la privatización o el cambio de naturaleza jurídica de su empleadora**, criterio que también se puede predicar respecto de quienes siendo empleados públicos fueron afiliados al Seguro Social." (Negrillas y subrayas fuera de texto)

Y en la SL 2018-2022 Rad. 86123 del 25 de junio del 2022 se dijo:

"En lo que concierne, de manera amplia, pacífica y reiterada, al decidir causas promovidas contra la misma entidad, esta Corporación ha adoctrinado, que una vez los trabajadores cumplen al menos 20 años de servicio en calidad de servidores públicos, la privatización de la empleadora no afecta el derecho pensional, así la edad se cumpla con posterioridad a la mutación de naturaleza jurídica de la entidad financiera.

Sobre la temática en discusión, es del caso rememorar lo analizado en sentencia CSJ SL3801-2018, en la que al dirimir un litigio de similares contornos al que se estudia, señaló:

> *En el mismo orden, resulta procedente advertir, que conforme a la reiterada jurisprudencia de la Sala,* ***la privatización del banco demandado no implica la pérdida del derecho a la pensión de jubilación de quienes le prestaron más de veinte años de servicio como trabajadores oficiales, independientemente de que con posterioridad cumplieran la edad para pensionarse y, de otro lado, que la afiliación de esos trabajadores al Seguro Social no les impedía obtener la pensión de jubilación oficial, porque para ellos no se previó, como en el sector particular, un principio de transitoriedad del régimen pensional a cargo del empleador*** *para derivar en la asunción total del riesgo por el Seguro. Ver CSJ SL, 6 dic. 2008, rad. 35796, SL, 18 sep. 2012, rad. 38027, SL 143 de 2013, reiterada en la SL 15178 de 2017, SL 18463 de 2017 y SL 4648 de 2017. (Resalta la Sala)*
>
> *Es así como, la calidad de trabajador oficial no desaparece por motivo del cambio de naturaleza jurídica de la entidad, pues tal y como como lo ha precisado esta Corporación, dicha mutación no comporta la entidad suficiente a fin de afectar el escenario jurídico, respecto de la pensión* ***de un trabajador que completó el tiempo de servicios que le asigna la ley antes de la privatización del ente empleador*** *(sentencias CSJ CSJ SL, 10 nov. 1998, rad. 10876).* (Negrillas y subrayas fuera de texto)

(…)

De acuerdo con lo descrito, al haber cumplido Jesús Serrano Ochoa 20 años de servicio público, estando vinculado a la entidad bancaria demandada en calidad de trabajador oficial, hecho indiscutido, el sentenciador plural acertó al concluir que sí le corresponde el derecho a la pensión consagrada en la Ley 33 de 1985, toda vez, que cumplir los 55 años de edad con posterioridad al cambio de naturaleza jurídica de la entidad financiera, no es argumento plausible para cercenar su derecho pues, lo preponderante es el cumplimiento del tiempo de servicios como trabajador oficial. (subrayas fuera de texto)"

Conforme al anterior recuento normativo y jurisprudencial luce entonces claro para esta Sala de decisión que para efectos de la contabilización del tiempo del demandante como trabajador oficial de la EMPRESA DE ENERGIA DE BOGOTÁ solo se puede tener en cuenta hasta el **3 de junio de 1996**, pues posterior a ello ostentó la calidad de trabajador particular, por ende ese tiempo no se puede contabilizar, y en esa medida conforme la prueba documental obrante en el expediente se ha de contabilizar el tiempo de servicios públicos a favor de esta entidad así:

- 6 de agosto de 1981 al 3 de junio de 1996 = 5538 días equivalentes a 14 años, 9 meses y 27 días.

Así las cosas, se puede concluir que el actor habiendo nacido el 11 de mayo de 1955 (pág. 2 Archivo 8 expediente administrativo) cumplió 55 años de edad el mismo mes y día del año 2010 -**11 de mayo del 2010-** satisfaciendo de ese modo la edad exigida, no obstante, en lo que tiene que ver con los **20 años de servicios en calidad de trabajador oficial**, el actor laboró en tal condición tan solo **18 años, 7 meses y 17 días** o 958.14 semanas por los siguientes periodos:

-DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA del 21 de abril de 1976 al 13 de febrero de 1980 = 1373 días equivalentes a **196,14** semanas.

-EMPRESA DE ENERGIA DE BOGOTÁ del 6 de agosto de 1981 al 3 de junio de 1996 = 5538 días equivalentes a **762** semanas.

De modo que tal como lo aduce COLPENSIONES tanto en sus actos administrativos que negaron el derecho pensional como en la apelación de esta sentencia el actor no cumplió con la totalidad de los requisitos para ser acreedor de la pensión de jubilación contemplada en la Ley 33 de 1985, razones por la cuales la decisión de la *a quo* no se puede prohijar es este aspecto y deberá ser revocada en su totalidad.

Ahora bien, como lo solicitado en últimas por la parte actora es el reconocimiento de la pensión de vejez, teniendo en cuenta que es beneficiario del régimen de transición, examinado su derecho a la luz del Acuerdo 049 de 1990 y de la Ley 71 de 1988 que permiten la acumulación de tiempos públicos y privados, se debe

indicar que dicho beneficio de acuerdo con la modificación introducida al artículo 48 de la Constitución Política, por medio del parágrafo transitorio 4 del Acto Legislativo 01 de 2005[3], 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.

De esta manera y como al inicio de este proveído se anotó el actor para el 1° de abril de 1994 superaba con suficiencia las 750 de cotización por cuanto contaba con 879,43 semanas, por ende, debió haber cumplido con los requisitos para pensionarse en virtud de las citadas normas Acuerdo 049 de 1990[4] o Ley 71 de 1988[5] a más tardar el 31 de diciembre de 2014, advirtiéndose si bien cuenta con las semanas exigidas en una u otra norma lo cierto es que los 60 años de edad exigidos en ambas normativas los cumplió el **11 de mayo del año 2015**, esto es, en tiempo posterior al límite establecido por el régimen de transición.

Razón por la cual, pese a que el afiliado cumplió con los requisitos para ser beneficiario del régimen de transición conforme el inciso 2 del artículo 36 de la ley 100 de 1993, no acreditó al 31 de diciembre del 2014 la edad para pensionarse con la normativa que le resultaba aplicable, y en esa medida se itera ya no le ampara el régimen de transición.

---

[4] **ARTÍCULO 12**. REQUISITOS DE LA PENSION POR VEJEZ. Tendrán derecho a la pensión de vejez las personas que reúnan los siguientes requisitos:

a) **Sesenta (60) o más años de edad si se es varón** o cincuenta y cinco (55) o más años de edad, si se es mujer y,

b) Un mínimo de quinientas (500) semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de un mil (1.0.00) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo.

[5]**ARTÍCULO 7 .-** Reglamentado por el Decreto Nacional 2709 de 1994. A partir de la vigencia de la presente ley, los empleados oficiales y trabajadores que acrediten 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, tendrán derecho a una pensión de jubilación siempre que cumplan sesenta **(60) años de edad o más si es varón** y cincuenta y cinco (55) años o más si es mujer.

No obstante lo anterior, la prestación pensional de la accionante si puede ser estudiada con fundamento en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993[6], 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 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 2 del archivo 08, copia del documento de identidad del demandante, en el cual se consigna como fecha de nacimiento el 11 de mayo de 1955, por lo que acreditó la edad exigida de 62 años, el mismo día y mes del año **2017** ahora bien, en cuanto a la cantidad de semanas de cotización, se encuentra a páginas 69 a 76 del archivo digital 07, la HISTORIA LABORAL generada por COLPENSIONES actualizada al 27 de abril del 2021 y con corte a febrero de 2021 en la que se desprende que el demandante contaba a dicha data con 1346.15[7] semanas, discriminadas en

---

[6] **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".

[7]

[10] TOTAL SEMANAS COTIZADAS:	1.149,86
[11] SEMANAS COTIZADAS CON TARIFA DE ALTO RIESGO(INCLUIDAS EN EL CAMPO 10 " "TOTAL SEMANAS COTIZADAS"):	0,00

RESUMEN DE TIEMPOS PÚBLICOS NO COTIZADOS A COLPENSIONES

El siguiente resumen **INFORMATIVO** refleja los periodos laborados en el sector público y no cotizados al ISS hoy Colpensiones.

[12]Identificación Empleador	[13]Nombre o Razón Social	[14]Desde	[15]Hasta	[16]Último Salario	[17]Semanas	[18]Lic	[19]Sim	[20]Total
899999114900	SECRETARIA DE EDUCACION DE CUNDINAMARCA	21/04/1976	14/02/1980	$9.200	196,29	0,00	0,00	196,29
						[21]TOTAL SEMANAS REPORTADAS:		196,29

RESUMEN TIEMPO PÚBLICO SIMULTÁNEO CON TRADICIONAL (67 - 94) Y POST 94

El siguiente resumen refleja los periodos laborados que presentan simultaneidad, es decir aquellos en los que usted prestó servicios para varios empleadores en el mismo periodo de tiempo.

[22]Desde	[23]Hasta	[24]Semanas Simultáneas
NO REGISTRA INFORMACIÓN		
		[25] TOTAL SEMANAS SIMULTÁNEAS:

[26]TOTAL SEMANAS (cotizadas[10] + reportadas tiempos públicos[21] - simultáneos[25])	1346,15

1149,86 aportadas a Colpensiones y 196.29 de tiempos públicos no cotizados a Colpensiones, razón por la cual es claro que actualmente el promotor de este litigio reúne los requisitos previstos en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, por lo que se ordenará el pago de la prestación pensional en virtud de lo establecido en la Ley 100 de 1993.

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

No obstante, lo anterior, en autos no hay certeza frente a la última cotización efectuada por el demandante, por el contrario, en dicho reporte, se precisa que el estado de la afiliación del actor es “activo cotizante”, aunado a que ha venido efectuando aportes aún con posterioridad a la radicación de la demanda el 5 de diciembre del 2019 (*acta de reparto - página 82, archivo 01 expediente digital*), nótese el último ciclo que figura dentro de la historia laboral corresponde a febrero del 2021.

Por lo anterior, el reconocimiento pensional debe supeditarse al día siguiente de la fecha de la última cotización o cuando se reporte la novedad de retiro, pues no es posible disfrutarla ni exigirla sino hasta el momento en que se haya efectuado el retiro del sistema del actor.

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 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, pues cuenta con más de 1300 semanas, a la 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 sistema.

Con relación a los intereses moratorios previstos en el artículo 141 la Ley 100 de 1993, debe decirse, como quiera que la obligación a cargo de la entidad demandada no se ha hecho exigible, no puede imponerse su pago a cargo de esta, sumado a que si bien Colpensiones no reconoció la pensión baja esta normativa ello fue porque para el año 2018 data en que se profirió la última resolución que obra en el expediente DIR 20381 del 21 de noviembre del 2018, el actor contaba apenas con 1227 semanas siendo las requeridas 1300, por ende se justifica su actuar, apegado a la Ley.

Sin embargo, se ordenará que el retroactivo, en el evento que hubiera lugar a ello, sea reconocido de manera indexada, como quiera que entre la fecha en que se reconozca la prestación y la calenda en que se paguen las mesadas adeudadas, habrá transcurrido un tiempo considerable durante el cual dichos valores han perdido poder adquisitivo.

Finalmente, frente a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES (pág. 16 Archivo 07[8]) la misma se ha declarar no probaba como quiera que la pensión aquí reconocida solo se hace exigible una vez se acredite el retiro del sistema del actor lo cual como se vio no ha ocurrido.

Agotada la competencia de la Sala por el estudio de los motivos de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, conforme las motivaciones que preceden, se revocará en su integridad la providencia apelada y consultada, para en su lugar disponer que COLPENSIONES deberá 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 debiendo indexar el retroactivo en caso de causarse el mismo, conforme a lo dispuesto en la parte motiva de la providencia.

SIN COSTAS en esta instancia.

[8] Se tuvo por contestada la demanda mediante auto del 29 de noviembre del 2021 (archivo 09 expediente digital).

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

REVOCAR la sentencia proferida por el **JUZGADO SEGUNDO LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** y, en su lugar:

PRIMERO: CONDENAR a **COLPENSIONES** a reconocer a favor de **LUIS VICENTE BELTRAN HERRERA** 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, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a COLPENSIONES **INDEXAR** el retroactivo de mesadas pensionales del actor, en caso de causarse el mismo.

TERCERO: DECLARAR NO PROBADA la excepción de prescripción.

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 SONIA DEL PILAR CABRERA ZAMBRANO CONTRA COLFONDOS S.A. y COMO LITIS CONSORTE LA NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO (RAD. 03 2022 000108 01).

Bogotá D.C. treinta (30) de noviembre 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 del recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia proferida por el Juez Tercero (3º) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 23 de octubre de 2023 (Audiencia virtual 18VideoSentencia, récord 1:21:54) en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO: ABSOLVER** a COLFONDOS S.A. de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por la parte demandante SONIA MARIA DEL PILAR CABRERA ZAMBRANO, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.*
>
> ***SEGUNDO: DECLARAR PROBADA** la excepción propuesta por la demandada la NACION MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO, denominada FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA conforme a la parte considerativa de esta providencia.*
>
> ***TERCERO: SIN COSTAS** ni AGENCIAS EN DERECHO en esta instancia.*
>
> ***CUARTO**: En caso de no ser apelada la presente decisión por la parte demandante, CONSULTESE con el superior en los términos del artículo 69 del C.P.T. y SS.".*

Inconforme con la decisión, la demandante presentó recurso de apelación[1] argumentando, la señora Sonia María del Pilar al cumplir su edad de pensión en el mes de agosto de 2020, solicitó su pensión y cumplió con las semanas mínimas para pensionarse por la garantía de pensión mínima de vejez, dejando de cotizar al régimen en el mes de septiembre de 2019, encontrándose cesante desde dicho periodo, cumpliendo su edad de pensión en el 2020 y solicitándola en el mismo año a la AFP Colfondos, causando así el derecho del retroactivo pensional desde el día 12/08/2020, y no la fecha en que fue pensionada, esto es, julio de 2021, es decir, 11 meses después de su pensión, data en la cual nunca obtuvo ningún ingreso como producto de la pensión o 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 la demandante SONIA DEL PILAR CABRERA ZAMBRANO en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda (archivo 01 expediente digital pág. 3) las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (págs. 3 a 4, ibidem), aspirando:

---

[1]***Recurso Demandante (récord 1:22:59, archivo 18): "*** *Señor Juez, encontrándome dentro del término, me permito presentar recurso de apelación en contra de la sentencia preferida por el señor juez, de fecha 23/10/2023 notificada por estrados, en los términos de interponer recurso de apelación en efectos suspensivo contra la sentencia de fecha 23/10/2023, de conformidad con lo expuesto por la sentencia, brevemente expongo que la demanda radicada el 15/03/2022, admitida mediante auto de fecha de 16/09/2022, contestada por la parte demandada del 05/10/2022, el despacho fija fecha de audiencia para el 03/05/2023, solicitando por la parte de demandada, inclusión del proceso del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, quienes oportunamente respondieron la demanda, y sin tener ningún interés en la presente demanda ni tampoco legitimarse en la causa de conformidad con el artículo 323 del Código General del Proceso, aplicable por analogía por el artículo 145 del Código Procesal del Trabajo. Sustento mi recurso de apelación, en el entendido en que la señora Sonia María del Pilar, al cumplir su edad de pensión en el mes de agosto de 2020, solicitar su pensión y cumplir con las semanas mínimas para pensionarse por la garantía de pensión mínima de vejez y dejando de cotizar al régimen en el mes de septiembre de 2019, se encontraba cesante desde el mes de septiembre de 2019, cumpliendo su edad de pensión en el 2020 y solicitándola en el mismo año 2020 a la AFP Colfondos; obteniendo así, el derecho del retroactivo pensional causado desde el día 12/08/2020, y no la fecha en que la señora Sonia fue pensionada, que fue julio de 2021, 11 meses después de su pensión, fecha en la cual nunca obtuvo ningún ingreso ni de pensión ni de trabajo.".*

1. *‘‘Que se le reconozca a la señora SONIA MARIA DEL PILAR CABRERA ZAMBRANO el retroactivo pensional.*

2. *Que se condene al FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A.S. al pago del retroactivo pensional generado desde el día 13 de agosto de 2020 al 30 de junio de 2021.*

3. *Que se condene al FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A.S. a reconocer y pagar a la Señora Sonia María Del Pilar Cabrera Zambrano la indexación de todas las sumas adeudadas en el mismo porcentaje en que se aumente el índice de precios al consumidor (IPC).*

4. *Que se condene al FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A.S. a reconocer y pagar a la Señora Sonia María del Pilar Cabrera Zambrano los intereses de mora más altos sobre las sumas adeudadas.*

5. *Que se condene al FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A.S. de conformidad con el Art. 16 de la Ley 446 de 1998 al reconocimiento y pago de los perjuicios materiales y morales objetivados que se probaran en juicio causados a la Señora Sonia María Del Pilar Cabrera Zambrano*

6. *Que se condene a FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A.S. de conformidad con el Art. 16 de la Ley 446 de 1998 al reconocimiento y pago de los perjuicios morales subjetivados que se probaran en juicio causados a la Señora Sonia María Del Pilar Cabrera Zambrano*

7. *Que se condene a FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A.S. a pagar las costas y agencias en derecho que ocasionare el juicio que con esta demanda se incoa.’’.*

La demandante obtuvo sentencia de primera instancia desfavorable a sus pretensiones, por cuanto se absolvió a COLFONDOS S.A. de todas y cada una de las pretensiones incoadas, se declaró probada la excepción propuesta por la demandada la NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, denominada falta de legitimación en la causa por pasiva y no se condenó en costas. **Lo anterior tras considerar el *a quo***, obra correo electrónico enviado al buzón de servicio al cliente de la AFP de fecha 18 de agosto del año 2020, sin que exista un contenido sobre el mismo, no pudiéndose hacer inferencias o conjeturas de la solicitud, por cuanto no se aportó el texto completo de la misiva. Asimismo, obra respuesta por parte de la dirección de servicio al cliente del día 18 de agosto del año 2020, la cual no permite verificar qué se solicitó. Contrario a ello, la AFP aportó el formato de solicitud de pensión y ahí aparece que la señora María del Pilar Cabrera el 15 de junio del año 2021 solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez. Además, de las documentales extrajo la copia de la comunicación de fecha 15 de julio del 2021, mediante la cual la AFP le informó a la demandante que la solicitud de reconocimiento pensional había sido aprobada a partir del 1º de julio del año 2021 y mediante comunicación del 24 de agosto de la

misma anualidad se notificó a la actora la nómina de pensionar, estableciéndose que el Fondo accionado reconoció y pagó la prestación económica dentro de los términos establecidos en el artículo 9º del Decreto 832 de 1996, modificado por el artículo 2º del Decreto 142 de 2006, esto es, dentro de los cuatro meses contados a partir de la fecha de radicación de la solicitud de reconocimiento de la prestación económica. Frente al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, encontró que dicha entidad no tiene obligación alguna en el pago de la prestación reclamada ya que emitió los bonos pensionales que estaban a su cargo.

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 este orden, 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[2] 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*

[2] *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.*

> *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 la 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 2º 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[3].**

En sintonía con dicho pronunciamiento, y descendiendo al caso de autos, no es objeto de discusión que COLFONDOS S.A., realizó el estudio pensional de la demandante y mediante escrito de fecha 15 de julio de 2021, le reconoció la Garantía de Pensión Mínima de vejez a la señora SONIA MARIA DEL PILAR CABRERA ZAMBRANO, con una mesada pensional por valor de $908.526 a partir de **julio de 2021.** Tal reconocimiento pensional se efectuó teniendo en cuenta el cumplimiento de requisitos por parte de la demandante, esto es edad y semanas. (ver certificado aportado a página 29 del archivo 01)[4]

---

[3] *Así lo consideró la Corte Suprema de Justicia en la sentencia con radicación 833998 (SL4531 de 2020).*

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS

CERTIFICA QUE:

El (La) Señor(a) SONIA MARIA DEL PILAR CABRERA ZAMBRANO identificado(a) con C.C No. 30.727.480 se encuentra pensionado(a) por el FONDO DE PENSIONES OBLIGATORIAS COLFONDOS RETIRO PROGRAMADO Nit. 900.391.901-2, desde el 01 de julio del 2021, fecha en la cual adquirió el derecho de pensión, contando actualmente con una mesada pensional de $908.526,00 (novecientos ocho mil quinientos veintiseis pesos con cero centavos), en 13 mesadas anuales.

A esta mesada se le realiza descuento para el aporte de salud, según normatividad vigente.

Se expide la presente certificación a solicitud del (de la) pensionado(a) el día 23 de septiembre del 2021.

El presente certificado es emitido como un archivo PDF y contiene una firma digitalizada válida para todos sus efectos de conformidad con lo dispuesto en la Ley 527 de 1999.

Cualquier duda o inquietud referente a este certificado, comuníquese con nuestro Contact center al 748 4888 en Bogotá, 386 9888 en Barranquilla, 698 5888 en Bucaramanga, 489 9888 en Cali, 694 9888 en Cartagena, 604 2888 en Medellín, gratis desde el resto del país al 01 800 05 10000.

4

En estos términos el problema jurídico gira en torno a establecer si la demandante tiene derecho al reconocimiento y pago a la Garantía de Pensión Mínima de vejez a partir del **13 de agosto de 2020** y no julio de 2021, como le fue reconocida por la AFP demandada.

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.

De lo dicho es dable entender entonces que en lo que atiende a la garantía contenida en el artículo 65 del estatuto de la seguridad social, concurre en su causación no sólo el cumplimiento de la edad y las semanas mínimas exigidas en dicha normativa, **sino también la voluntad del afiliado manifestada en la solicitud o reclamación de dicha garantía pensional,** pues los efectos del parágrafo 1° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003, la obligación de los fondos encargados de reconocer la pensión, dentro del término legal establecido, **procederá una vez se presente la solicitud de reconocimiento junto con la documentación requerida para acreditar el derecho,** a través de la cual se prueben los presupuestos de hecho y de derecho de la norma que confiere la respectiva prestación.

Asi las cosas procede la Sala al análisis del material probatorio recaudado con el fin de establecer la fecha en que la demandante solicitó la garantía de pensión mínima de vejez, evidenciando al efecto, la actora al absolver interrogatorio de parte manifestó[5], que cumplió los 57 años de edad el 12 de agosto de 2020 y a partir de ese momento se comunicó con Colfondos, ellos le enviaron los formularios que debía diligenciar porque faltaba el bono pensional por parte del Ministerio de Hacienda, aseguró, se hicieron todos los procesos, luego, salió el bono pensional y solo fue diligenciar los respectivos formularios.

---

[5] ***Interrogatorio Demandante, récord 16:59, archivo 18:*** *"yo cumplí los 57 años de edad de mi pensión en el 2020 el 12/08/2020, a partir de ese momento, cuando ya iba a cumplir los 57 años, yo me comunicó con Colfondos, ellos me enviaron los formularios que debía llenar, porque a mí me faltaba el bono pensional, mandarlo al Ministerio de Hacienda, se hicieron todos los procesos, dijeron que ese bono se demoraba 3 meses, era un bono de $6.000.000 de pesos porque mi sueldo no fue grandísimo y empezaron que el Ministerio de Hacienda no lo hace que el Ministerio de Hacienda no sé qué, bueno, por fin ya se llenó, salió el bono pensional. Después ya era diligenciar los formularios, era una cantidad por cosas mínimas, ¿Después era que no, señorita, por qué no me sale? No es que en 15 días y como allá es así, usted llama le dan un número de aprobación y en 15 días tiene que volver a llamar cuando vuelve a llamar no le contesta la misma persona, sino que es otro asesor, porque allá son asesores y así no es que falta esto es que falta no sé qué y no era así, señorita, ya todo estaba yo, les envié tal como me lo pidieron y se demoró 1 año cuando ya por fin me dijeron que supuestamente en junio del 2021 dijeron por fin señora Sonia, entonces le dije yo mire, porque yo dependo de esa pensión, señorita. Veníamos de una pandemia, yo trabajo ahorita sí por días ayudando en un almacén, ayudando en otro, veníamos de una pandemia, entonces dije, no, yo dije enero, febrero, ya tengo mi principio y no, pasó así 1 año de demora, entonces, cuando ya en junio del 2021 me dijeron ya va a salir su pensión, entonces le dije, Ay señorita, y será que me alcanza a llegarla con la prima Porque pues sí, ya no me dieron mi prima de ese año y el primer pago de pensión fue el hasta el 25/07/2021. Yo tenía todas mis semanas, miré, yo trabajé en CAFAM, en Marquis, es decir, no tenían nada que buscar nada en absoluto, es un derecho adquirido, es plata que yo coloqué todos los años y trabajé, a mí me causaron un perjuicio porque yo dependo de esa pensión. Ahorita doy gracias a Dios que ya recibo mensual y me la pagan hasta las 6:00 de la tarde de ese día, entonces, obviamente que sí me perjudicaron, porque yo llame y llame y llame y llamo y vuelve y me dicen que llame en 15 días y vuelve y llame en 15 días, yo les enviaba, iba de chía, me trasladaba a Bogotá a Colfondos a decirle, por favor, Ayúdeme y la señorita ya compañera de los señores de Colfondos Ay, sí, señora, pero tan raro, si usted ya tiene todo al día, la última vez que yo cotice fue en el 2019, fue mi último trabajo, fue a mediados del 2019 como el 15 o 16 del 2019, fue 1 año de trámite, 1 año de trámites, que me embolataron".*

Aunado a ello, se aportó al plenario la solicitud de bono pensional de fecha 25 de febrero de 2021, reporte de días acreditados del bono con sello del 25 de marzo de 2021, historia laboral del fondo de pensiones obligatorias registradas en los periodos octubre de 1999 a septiembre de 2019, escrito del 24 de agosto de 2021 suscrito por la Coordinadora de Gestión al Pensionado de Colfondos, por medio del cual le comunica a la aquí demandante el ingreso a nómina de pensionados al siguiente tenor :

Bogotá., 24 de agosto de 2021

Señor(a):
Sonia Cabrera Zambrano
Dirección:
Correo Electrónico: somapi123@hotmail.com
Celular/Teléfono: 3123402341
CAJICA - CUNDINAMARCA

Identificación: 30727480
Pensión: VEJEZ
Asunto: **Notificación Ingreso a Nómina de Pensionados**

Reciba un cordial saludo de Colfondos S.A., Pensiones y Cesantías

Es grato saludarlo e informarle que a partir del mes de Julio hace parte de nuestra nómina de pensionados, agradecemos la confianza depositada en nuestra empresa al habernos escogido como la entidad que administrará su pensión.

A continuación, le explicamos en detalle el primer pago que hemos realizado, con el fin de que el mismo sea claro para Usted.

FECHA DE PAGO	PERIODOS PAGADOS	CONCEPTO DE PAGO	VALOR BRUTO	DESCUENTO EPS	NOMBRE EPS	VALOR CONSIGNADO
202107	202107-202107					$-
202107	202107	MESADA	$ 908.526	$ 72.700	SANITAS	$ 835.826
	TOTALES		**$ 1.889.752**	**$ 72.700**		**$ 835.826**

También queremos que conozca información relevante de su pensión

La cotización mensual de salud es determinada por la siguiente tabla:

Mesada en Salarios mínimos mensuales Vigentes (SMMLV)	Cotización mensual en Salud	
	% Años 2020 y 2021	A partir del año 2022
1 SMMLV	8%	4%
1 SMMLV y hasta 2 SMMLV	10%	10%
Más de 2 SMMLV	12%	12%

Como consecuencia de la anterior tabla, en adelante de su mesada pensional se descontará el porcentaje (%) correspondiente como aporte en salud con destino a la EPS en la cual se encuentre registrado(a) al momento del pago. Si Usted pertenece a un régimen de excepción en salud, su aporte se realiza con destino a la ADRES.

Tenga en cuenta que es necesario que legalice su afiliación como pensionado ante su EPS para garantizar su servicio de salud, esta afiliación no es requerida por Colfondos y aplica solo para los residentes en Colombia.

Es obligación del fondo de pensiones realizar el descuento a salud sobre las mesadas retroactivas, por tal razón se ha realizado el descuento correspondiente con destino a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES).

Mensualmente recibirá **en su correo electrónico la planilla de pago de seguridad social,** por lo cual es importante que mantenga actualizada su información.

El pago de su mesada pensional se realizará el día veinticinco (25) de cada mes, en el evento que ese día no sea hábil, la transferencia se realizará el día hábil inmediatamente anterior.

El pago de su **mesada adicional o mesada trece (13) se realizará únicamente en el mes de junio** de cada año, junto con la respectiva mesada.

El pago de su mesada pensional será consignado a la cuenta bancaria que usted informe, sin embargo, le informamos que Colfondos tiene convenio con el banco de Bogotá para apertura de cuentas pensionales, si Usted desea puede realizar apertura con esa entidad que ofrece sus servicios a nuestros pensionados.

Acérquese a cualquier oficina del banco de Bogotá e informe los siguientes datos: cuenta dispersora (Ahorros 009-35477-0) y código de convenio (55G).

Esta es una cuenta opcional, los pagos se seguirán realizando a la entidad que usted nos informe.

La fecha límite para radicación de documentación de descuentos adicionales o en general toda actualización requerida para la continuidad de sus pagos, deberá ser radicada máximo el día quince (15) del mes, a través de nuestra página web www.colfondos.com.co opción contáctanos o en cualquiera de las oficinas corporativas de Colfondos S.A.,.

Cada año en el mes de enero será reajustado el valor de su mesada, información que será informada junto con el extracto de ese mes, por lo cual lo invitamos a mantener actualizada su información de contacto a fin de que reciba oportunamente todas las comunicaciones referentes a su pensión.

Trimestralmente recibirá su extracto a la dirección informada, con el detalle de los saldos, rendimientos, pagos y descuentos que se realicen durante el periodo.

Lo invitamos a registrarse en nuestra zona transaccional afiliados para que pueda descargar sus comprobantes de pago mensuales o certificados como pensionado, ingresando al siguiente link https://www.colfondos.com.co/dxp/web/guest/registro/registro-de-afiliado.

Esperamos haberle brindado información clara y suficiente, para nosotros es importante seguir atendiendo a nuestros pensionados con oportunidad y calidad.

Cualquier inquietud adicional no dude en contactarnos a través de nuestro portal transaccional www.colfondos.com.co opción contáctanos, o comuníquese con nuestro Contact Center a través de las siguientes líneas Bogotá 7484888, Barranquilla 3869888, Bucaramanga 6985888, Cali 4899888, Cartagena 6949888, Medellín 6042888 y en el resto del país 01 800 05 10000.

Igualmente, se aportó correo de fecha 18 de agosto de 2020, remitido inicialmente por Colfondos a la demandante desde el email servicioclienteⓐcolfondos.com.co, donde informó a la señora SONIA DEL PILAR CABRERA ZAMBRANO:

From: Servicio Colfondos <servicioclienteⓐcolfondos.com.co>
Sent: Tuesday, August 18, 2020 5:53:27 PM
To: somapi123ⓐhotmail.com <somapi123ⓐhotmail.com>
Subject: Respuesta a su solicitud [Solicitud: 200731-000976]

Reciba un cordial saludo en nombre de Colfondos Pensiones y Cesantías S. A. en atención a su comunicación recibida en días anteriores en la cual nos solicita corrección tiempos faltantes , le informamos lo siguiente:

De acuerdo a su información procedimos a validar en el sistema y teniendo en cuenta los soportes allegados por usted se solicito recuperación de tiempos bajo radicado 2020_7729446.

Quedamos a la espera de corrección, una vez finalice el proceso le estaremos notificando.

En Colfondos siempre nos encontramos dispuestos a atender sus solicitudes; cualquier inquietud adicional no dude en contactarnos a través de nuestro portal transaccional www.colfondos.com.co opción contáctenos, o comuníquese con nuestro Contact Center a través de las siguientes líneas Bogotá 7484888, Barranquilla 3869888, Bucaramanga 6985888, Cali 4899888, Cartagena 6949888, Medellín 6042888 y en el resto del país 01 800 05 10000.

Cordialmente,

Colfondos Pensiones y Cesantías S.A.
Dirección de Servicio al Cliente
Elaboró: A. Rivera - Canal Oficinas

Como respuesta al anterior email, la demandante contestó el 19 del mismo mes y año, lo siguiente:

Re: Respuesta a su solicitud [Solicitud: 200731-000976]

Sonia Cabrera Zambrano <somapi123@hotmail.com>
Mié 19/08/2020 7:30 PM
Para: Servicio Colfondos <serviciocliente@colfondos.com.co>
Muchas gracias, quedó muy atenta que se revise mi petición y tenga respuesta lo más pronto posible,ya cumplí los 57 años y no tengo trabajo así que por favor sean muy diligentes con esta mi petición. Gracias

Respuesta por parte de COLFONDOS (el correo carece de fecha de envío), a través del cual a la AFP enjuciada manifestó a la demandante:

> *"Reciba un cordial saludo en nombre de Colfondos Pensiones y Cesantías S. A. en atención a su comunicación recibida en días anteriores en la cual nos solicita información del pago del retroactivo, le informamos lo siguiente:*
>
> *Una vez finalizado el proceso de validación en nuestro sistema de información, le confirmamos que la pensión de vejez en el Régimen de Ahorro individual con Solidaridad (RAIS), no se reconoce de manera retroactiva, dado que la norma:*
>
> *No indica desde que fecha el Fondo de Pensiones debe iniciar el pago de la mesada pensional sino el término legal para la definición de esta, en cumplimiento de la norma expuesta.*
>
> *La pensión es financiada con su propio capital y no se depende de sumas adicionales.*
>
> *La retroactividad se aplica en el Régimen de Ahorro Individual para los casos para las pensiones por invalidez y sobrevivencia; el cual expresa una fecha de siniestro (estructuración de una invalidez o fallecimiento del afiliado). Por lo anterior, la figura de retroactivos desde el momento en que cumplió la edad de jubilación es aplicada únicamente en el Régimen de Prima Media (administrado por Colpensiones), que establece como requisito principal haber cumplido, en el caso de los hombres 62 años de edad.*
>
> *Adicionalmente, estimado afiliado respetuosamente le manifestamos que de acuerdo a lo estipulado en el artículo 13 del decreto 758 de 1990 se establece que el retroactivo solamente se reconoce en el evento que la afiliada hubiese dejado de cotizar al régimen, situación que para el caso particular no ocurrió ya que su última cotización se realizó en el mes de* ***julio de 2021****, mes en el cual adquirió el derecho pensional:*
>
> *Articulo 13 Del Decreto 758 De 1990: Causación Y Disfrute De La Pensión Por Vejez. 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. Para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada por este riesgo.".*

Asimismo, la encartada al dar respuesta a la demanda aportó comunicación del 15 de julio de 2021, dirigido a la demandante con el fin de dar a conocer el reconocimiento pensional a partir del 1º de julio de 2021:

Beneficiario principal y sustitutos							
Número de ID.	**Nombre y Apellidos**	**F. de Nacimiento**	**Género**	**% de Distribución**	**Extinción del Derecho**	**Parentesco**	**Estado Beneficiario**
30727480	SONIA MARIA DEL PILAR CABRERA ZAMBRANO	12/08/1963	Femenino	100%		Principal	Activo

Fecha de Adquisición del derecho: 01 de julio de 2021

Información General

Edad del afiliado	57	Saldo Cuenta de Ahorro Individual	$ 75.580.278
% de Pérdida de Capacidad Laboral		**Valor Mesada**	**$ 908.526**
Total semanas cotizadas	1192	**Fecha inicio pago retroactivo:**	01/07/2021
Estado del Bono Pensional	Emitido	**Fecha final pago retroactivo:**	

Obra solicitud de pensión de fecha 15 de junio de 2021, denominado – aceptación de riesgos y recálculo en la modalidad de retiro programado, escrito que se encuentra diligenciado a puño y letra por la demandante, asimismo, en esta misma calenda se diligenció el formato de – SOLICITUD PENSIÓN-, siendo suscrito por la demandante con huella dactilar.

Por último, se observa una declaración extra-juicio de fecha 05 de junio de 2021, rendida por la actora con el fin de solicitar la pensión de vejez, veamos (Páginas 9 a 58, archivo 01, páginas 26 a 53, archivo 06):



NOTARÍA SEGUNDA (2ª) DE CHÍA CUNDINAMARCA
ACTA, DECLARACIÓN JURAMENTADA

Nº 1024

En el municipio de Chía, Departamento de Cundinamarca, República de Colombia, a los Cinco (05) días del mes de Junio de 2021, ante mí: **LUIS ALEXANDER ARIAS BETANCOURT**, Notario Segundo Encargado del Círculo de Chía, según Resolución No.04929 del 01 de Junio de 2.021 expedida por la Superintendencia de Notariado y Registro, compareció (eron)**: SONIA MARÍA DEL PILAR CABRERA ZAMBRANO** Identificado (a) con la Contraseña No.30.727.480 de Cajicá, domicilio: Carrera 6 Calle 11 # 4 A – 57 El Misterio de Cajica , de paso por el Municipio de Chía, Teléfono: 3123402341, manifestó (aron) : **PRIMERO: A)** Que soy (somos)titular (es) de los generales de Ley antes citados. **B)** Que me (nos) encuentro (amos) en pleno uso de mis (nuestras) facultades mentales y no tengo (enemos) impedimento legal alguno para formular la siguiente declaración, aceptando expresamente las consecuencias penales por falsedad o falso testimonio y civiles a que haya lugar, en caso de que los hechos no sean ciertos. **C)** Manifiesto que mi estado civil que es separada, que no he convivido desde hace dieciocho (18) años con el señor **LAUREANO JAVIER MESA TOBAR**. **D)** Que esa unión existen tres (03) hijos de nombres **JUDITH, DAVID ALEJANDRO Y SOFIA MESA CABRERA, mayores de edad**, sin impedimentos físicos ni mentales. **F)** Que esta declaración se hace para solicitar mi pensión de Vejez. **SEGUNDO:** Este testimonio se rinde con sujeción a lo dispuesto en el Decreto 1557 de 1989.
Con destino A: "FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS"
NOTA: Esta declaración se toma por solicitud e insistencia de los interesados.**IMPORTANTE: LEA BIEN SU DECLARACIÓN EXTRAJUICIO, DESPUÉS DE FIRMADA Y RETIRADA DE LA NOTARIA NO SE ACEPTA RECLAMOS.**

DERECHOS NOTARIALES.....$13800,oo

IVA.....$ 2622,oo

EL(LOS) DECLARANTE(S):

Sonia María del Pilar Cabrera Z

SONIA MARÍA DEL PILAR CABRERA ZAMBRANO
C.C. 30.727.480

De los anteriores medios probatorios, esta Sala de Decisión concluye que la señora SONIA DEL PILAR CABRERA ZAMBRANO el día 18 de agosto de 2020 en efecto remitió una solicitud a través de la página web de COLFONDOS S.A.,

con el fin de corregir la historia laboral de tiempos faltantes, conforme se desprende del contenido del correo enviado por Colfondos el 19 de agosto de 2020, sin que se pueda extraer que la actora en dicha época solicitó el reconocimiento y pago de la pensión que hoy devenga, siendo importante recalcar en este punto, que le correspondía a la actora acreditar cuál fue o en qué consistió la solicitud remitida a la AFP, pues no se aportó nada al respecto y solo quedó en afirmaciones, incumpliendo la carga de la prueba dispuesta en el artículo 167 del C.G.P.

Contrario a ello, se logra corroborar que solo hasta el 15 de junio de 2021 la actora diligenció el formulario de solicitud pensional, siendo consciente de dicha situación, al punto que ella mismo rindió declaración ante una notaría con el fin de solicitar la pensión de vejez-, entonces, si persigue en esta litis el pago del retroactivo pensional desde el 19 de agosto de 2020 debió allegar las pruebas que acrediten que fue en esta fecha de diligenció el formulario y realizó los trámites pertinentes, no pudiendo acceder a lo solicitado en esta alzada, pues es claro que la señora SONIA DEL PILAR CABRERA ZAMBRANO diligenció y solicitó la pensión hasta el **15 de junio de 2021**, contado la respectiva entidad con 4 meses para resolver la prestación económica, misma que fue resuelta el 15 de julio de 2021 (páginas 27 a 29, archivo 06), es decir, dentro del plazo señalado en la normatividad sin que haya lugar a endilgar mora alguna a la AFP llamada a juicio.

En síntesis, para esta Sala ningún medio probatorio aportado genera convicción de la radicación de la solicitud de la pensión por parte de la demandante, pues dicho procedimiento se cumplió el 15 de junio de 2021 y no el 19 de agosto de 2020 como lo aduce la actora. Además, en el interrogatorio de parte absuelto por la promotora del litigio, ésta manifestó que en la fecha anhelada solicitó unas correcciones junto con la emisión del bono y, posteriormente diligenció los formularios para el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, pudiéndose colegir que fue después de las correcciones que solicitó la prestación.
Agotada como se encuentra la competencia de esta instancia por el estudio de los puntos de la apelación de la demandante, lo que sigue es la confirmación de la sentencia de primer grado.

COSTAS en esta instancia a cargo de la demandante.

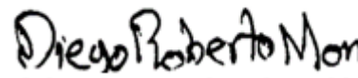
En mérito de lo expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C**., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

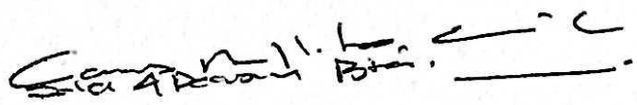
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 3º Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

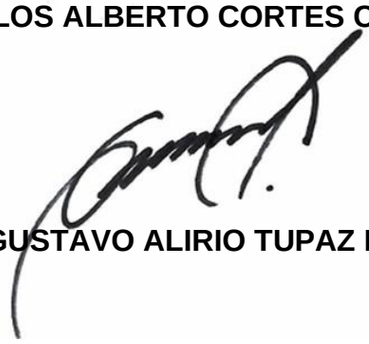
NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

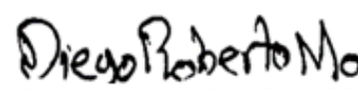


CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR



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 en favor de las demandadas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MARIA CONSTANZA TALERO VARGAS CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y PORVENIR S.A. (RAD. 08 2020 00333 02).

Bogotá D.C. treinta (30) de noviembre 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 de 2022, profieren la siguiente:

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver los recursos de apelación interpuestos por la demandante, PORVENIR y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, contra la sentencia proferida por la Juez 8 Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 27 de septiembre de 2023 *(Exp. Digital: audio archivo 30, récord: 33:49),* en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia del traslado del régimen pensional de la señora MARÍA CONSTANZA TALERO VARGAS realizado de régimen de prima media al RAIS acaecido el día 31 de agosto de 1994 mediante su afiliación a PORVENIR, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.*
>
> ***SEGUNDO: CONDENAR** a COLPENSIONES admitir el traslado de régimen pensional de la señora MARÍA CONSTANZA TALERO VARGAS, conforme a lo señalado.*
>
> ***TERCERO: CONDENAR** a la demandada PORVENIR a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido por motivo de la afiliación de la señora MARÍA CONSTANZA TALERO VARGAS, tales como cotizaciones, bonos, pensionales, costos cobrados por administración debidamente indexados y sumas adicionales con los respectivos intereses de conformidad con las previsiones del artículo 1746 del Código Civil, aplicable por remisión analógica en materia laboral, esto junto con los rendimientos que se hubieren causado.*
>
> ***CUARTO: CONDENAR** a COLPENSIONES a aceptar todos los valores que devuelva PORVENIR que reposaban en la cuenta de ahorro individual de la demandante y efectuar todos los ajustes en la historia pensional de la actora.*

> ***QUINTO: COSTAS*** *en esta instancia, a cargo de la parte demandada PORVENIR liquidarse por Secretaría, fijando agencias en derecho en la suma de $1.160.000 de pesos.*
>
> ***SEXTO****: Como quiera que la presente decisión resulta adversa a los intereses de COLPENSIONES, se remitirá las diligencias al Honorable Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral para que se surta el grado jurisdiccional de consulta en favor de dicha entidad.".*

Inconforme con la decisión los apoderados de la demandante, PORVENIR y COLPENSIONES presentaron recurso de apelación.

Así en primer lugar, la demandante recurrió la decisión[1], manifestando, nació el 12 de abril de 1962, es decir, la fecha en la que tenía derecho a reclamar su pensión, teniendo las semanas acreditadas era el 12 de abril de 2019. Lo que quiere decir que lleva 4 años sin pensión y por esta situación no se va a poder reclamar el retroactivo pensional como quiera que el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, es claro en señalar que no hay lugar a retroactivo pensional ni intereses moratorios, no siendo el ánimo seguir haciendo aportes a pensión. Por ende, como Porvenir no contestó la demanda y pudo haber afectado la fijación de la audiencia que hoy nos ocupa. Ante el recurso propuesto por la AFP solicitó al Honorable Tribunal fije de acuerdo con el artículo 365 del Código General del Proceso las **costas** a nombre de Porvenir y Colpensiones.

Por su parte, la enjuiciada PORVENIR recurrió la decisión[2] en lo concerniente al traslado de los rendimientos y aportes, tal como lo concede el artículo 113 de la Ley

---

[1] ***Recurso Demandante, Récord 35:12, archivo 30:*** *"Interpongo desde ya el recurso de apelación basado en las siguientes consideraciones. Es necesario aclarar, señora juez, que mi cliente nació el 12 de abril de 1962, su fecha de causación, es decir, la fecha en la que mi cliente tenía derecho a reclamar su pensión, teniendo las semanas acreditadas. Era el 12 de abril de 2019. ¿Qué quiere decir esto? Lleva 4 años sin pensión y que quiere decir esta situación que no se va a poder reclamar el retroactivo pensional como quiera que el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 el mismo año, es claro, no va a haber retroactivo pensional, no van a existir intereses moratorios, no era el ánimo de mi cliente seguir haciendo aporte en pensión, era el ánimo de mi cliente vivir al lado del mar, vivir con tranquilidad y tener derecho a lo justo, una pensión de vejez. ¿Pero por qué el artículo 365 del Código General del Proceso? Esta demanda en su despacho ha tenido una demora más allá de lo normal, como quiera que Porvenir no contestó la demanda y ese alargue de ese proceso dio fruto a que la no contestación pudo prolongar la fecha que hoy nos ocupa. La fecha de la sentencia que decide usted es 1 de los juzgados más rápidos que existen, de los 42 que conozco, pero el hecho de que Porvenir no haya contestado la demanda pudo haber afectado la fijación de la audiencia que hoy nos ocupa. Por eso advierto que, si hoy Porvenir interpone el recurso de apelación, solicitó al honorable tribunal fije de acuerdo con el artículo 365 del Código General del Proceso las costas a nombre de Porvenir, también Colpensiones debe responder, tenía la obligación de hacer en el año 1994 la recomendación de advertir que su traslado iba a provocar una deficiencia en el ingreso base de cotización de liquidación y tasa de reemplazo. Son situaciones que no vemos solo hasta que recogemos la pensión y esas situaciones van a provocar que, a futuro, advirtiéndole al cliente que en el tribunal hay veces se demora cuatro meses, a veces 8 meses, a veces 1 año, radicar las copias auténticas ante el Instituto de Seguro Social hoy Colpensiones tiene un término de cuatro meses, ellos están cumpliendo muy bien. La demora es que su despacho recoja las copias auténticas para que el abogado pueda radicar la solicitud de pensión de vejez. Todo esto es un tiempo que va a demorar si se provoca el recurso de apelación, solicito al Honorable Tribunal se tenga en cuenta gracias, señora juez".*

[2] ***Recurso Porvenir, Récord 38:11, archivo 30: "****En esta oportunidad procedo con la presentación de recurso de apelación de forma parcial en lo que tiene que ver que en el numeral tercero solicitando amablemente señores magistrados revocar la decisión en lo que respecta a los valores, a trasladar diferentes a los rendimientos y aportes, tal como lo concede el artículo 113 de la Ley 100 de 1993. Bajo este criterio, señores magistrados, se ha de señalar que los gastos de administración obedecieron al artículo 20 de la Ley 100 de 1993 y bajo este criterio no es dable la devolución de estos conceptos, toda vez que los mismos obedecieron a*

100 de 1993. Esto, por cuanto los gastos de administración obedecieron al artículo 20 de la Ley 100 de 1993 y bajo este criterio no es dable la devolución de estos conceptos, toda vez que los mismos obedecieron a esa financiación y para que la actora pudiese recibir rendimientos en más del 64%. Adicionalmente, atacó la indexación, ya con el traslado de los rendimientos, estos incluyen frutos e intereses y no hay lugar a una indexación, máxime cuando los valores de la cuenta se encuentran debidamente actualizados y se está impartiendo una doble condena para Porvenir.

Adicionalmente, pidió, la aplicación de la figura de prescripción sobre los gastos de administración, toda vez que los mismos no tienen la naturaleza de financiar una mesada pensional y en y en todo caso, se estaría generando un enriquecimiento sin justa causa para Colpensiones al verificar que estos conceptos o atendiendo que, a partir del año 1994 fue la entidad que administró los aportes de la demandante y no Colpensiones.

Finalmente, COLPENSIONES advirtió[3], no se reunieron los requisitos legales y jurisprudenciales de unificación que ha trazado la Corte Constitucional en sentencia

---

esa financiación y para que la actora pudiese recibir rendimientos como se ha venido insistiendo esperan más del 64%. Adicionalmente, se debe señalar que en lo que respecta a la indexación, ya con el traslado de los rendimientos, estos incluyen frutos e intereses y razón suficiente. Esta determina que no hay lugar a una indexación, máxime cuando los valores de la cuenta se encuentran debidamente actualizados y se están divulgando una doble condena para Porvenir al generarse una devolución de rendimientos y así mismo una indexación de sumas. Y al resultar esta una doble condena, pues amablemente, señores magistrados, solicitamos la revocatoria de la decisión, la aplicación de la figura de prescripción sobre los gastos de administración, toda vez que los mismos no tienen la naturaleza de financiar una mesada pensional y en y en todo caso, pues señores magistrados se estaría generando un enriquecimiento sin justa causa para Colpensiones al verificar que estos conceptos o al tratarse de que mi representada a partir del año 1994 fue la entidad que administra los aportes de la demandante y no como lo como en efecto no lo hizo Colpensiones, bajo estos criterios, pues señores magistrados solicitamos la aplicación de la figura de prescripción sobre las sumas que no tienen lugar de naturaleza de pensional o financiación de una pensión.".

[3]***Apoderado de Colpensiones, récord 40:18, archivo 30:*** *"Su señoría, gracias, me dispongo a presentar recurso de apelación en contra de la decisión que usted acaba de proferir y lo hago de la siguiente manera. Considera el suscrito que no se reunieron los requisitos legales y jurisprudenciales de unificación que ha trazado la Corte Constitucional en sentencia de ese de sentido y es la SU 130 del 2013 y es que pudieran permitir en la parte actora regresar al régimen de prima media en cualquier tiempo, eso, en concordancia con el Decreto 3800 del 2003, el cual limitó los traslados por razones financieras desde el momento en que el afiliado le faltará 10 años o menos para cumplir la detención, salvo para quienes en vigencia en la entrada en vigencia, la Ley 100 de 1993 contarán con 15 años de cotizaciones o 35 años en el caso de las mujeres. En el presente caso, la parte actora no reunió ninguno de los requisitos antes señalados.*

En este sentido, debo manifestar de manera muy respetuosa que hubo por parte del despacho una inadecuada aplicación de las normas y jurisprudencia antes señaladas, así como una indebida valoración de los elementos de prueba aportados al proceso, en donde no se logró demostrar por la parte actora que su consentimiento fue viciado por error, fuerza o dolo. Tampoco se logró probar como lo encontró el despacho, que el traslado se hizo por desconocimiento de las circunstancias de este, ni que se le hubiese hecho incurrir en engaño por parte de la AFP del fondo privado. Ahora bien, la declaratoria de nulidad o ineficacia resulta evidentemente vulneradora de los derechos procesales ya que mi defendida es un tercero de buena fe en este caso, pues al momento de traslado, quien asesoró y quien digamos que brindó la información para que esto sucediera fue el fondo privado, no mi representada.

Por otro lado, se desconoció un fallo de la Corte Suprema de Justicia en el sentido de que no se tuvieron en cuenta las cotizaciones como esa vocación de permanencia de afiliada l RAIS. y se desconoció en ese sentido, el demandante demostró su vocación de permanencia al RAIS, donde duró más de 20 años cotizando. Por otro lado, se aplicó de manera retroactiva la Ley 1748 del 2014 y la Circular 016 de la Superfinanciera de

SU 130 del 2013, consistente en permitir a la parte actora regresar al régimen de prima media en cualquier tiempo, eso, en concordancia con el Decreto 3800 del 2003, el cual limitó los traslados por razones financieras desde el momento en que el afiliado le faltará 10 años o menos, salvo para quienes en vigencia en la entrada en vigencia, la Ley 100 de 1993 contarán con 15 años de cotizaciones o 35 años en el caso de las mujeres y, en el presente caso, la parte actora no reunió ninguno de los requisitos antes señalados.

En este sentido, hubo una inadecuada aplicación de las normas y jurisprudencia antes señaladas, así como una indebida valoración de los elementos de prueba aportados al proceso, en donde no se logró demostrar un consentimiento viciado por error, fuerza o dolo. Tampoco se logró probar que el traslado se hizo por desconocimiento de las circunstancias de este, ni que se le hubiese hecho incurrir en engaño por parte de la AFP del fondo privado.

Agregó, la declaratoria de nulidad o ineficacia resulta evidentemente vulneradora de los derechos procesales ya que la entidad es un tercero de buena fe y al momento de traslado, quien no asesoró y no brindó la información fue el fondo privado.

En su sentir, se desconoció un fallo de la Corte Suprema de Justicia en el sentido de que no se tuvieron en cuenta las cotizaciones con esa vocación de permanencia de afiliada al RAIS, en este caso, la demandante demostró su vocación de permanencia al permanecer por más de 20 años cotizando. Por otro lado, se aplicó de manera retroactiva la Ley 1748 del 2014 y la Circular 016 de la Superfinanciera de Colombia, que establecen tanto para la AFP del RAIS como para Colpensiones que realicen una asesoría simultánea apenas hasta el 1º de octubre del 2016 y no para el año 94, fecha en la cual la hoy demandante realizó su traslado de régimen pensional.

Colombia, que establecen tanto para la AFP del RAIS como para Colpensiones que realicen una asesoría simultánea apenas hasta el 1º de octubre del 2016 y no para el año 94, fecha en la cual la hoy demandante realizó su traslado de régimen pensional, en ese sentido, dejo sentado mi recurso de apelación solicitando al Tribunal Superior que revoque la decisión que se acaba de proferir muchísimas gracias.".

En ese orden, el despacho en primer lugar se pronuncia frente a las manifestaciones del apoderado de la parte actora, en el sentido que, en principio tendría que rechazar el recurso por improcedente en razón a que nos atacó de fondo la decisión proferida por la suscrita jueza, sino que se hizo referencia, pues a situaciones adicionales que bien podrían caber en términos de alegatos de conclusión. Que se vienen presentar ante el Tribunal Superior de Bogotá. No obstante, al final del apoderado de la parte actora hace alusión a la imposición de costas de Colpensiones, situación que no fue objeto de condena por parte de las suscrita y en esa medida, pues se concede el recurso bajo esa precisión y frente a los demás aspectos, pues queda a cargo del honorable Tribunal Superior de Bogotá decidir si concede o no el recurso o si estudia o no las valoraciones expuestas por el apoderado judicial de la parte actora, únicamente pues se concede frente a lo que atañe a las costas que no se fueron impuestas a Colpensiones y como quiera que el apoderado de Colpensiones y Porvenir presentan y de igual forma sustentan en debida forma, oportunidad, los recursos de apelación en contra de la sentencia proferida por la suscrita se conceden los mismos. En consecuencia, remítase al Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral para que resuelva lo que en derecho corresponde".

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

CONSIDERACIONES

**Constituyeron los anhelos de la demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda (*Páginas 6 a 7, del archivo 01 y 05 del expediente digital),* las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (*Páginas 5 y 6, ibidem),* aspirando de manera principal:

DECLARATORIAS

1. Solicito se efectué la nulidad de traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida Colpensiones, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad Porvenir

2. Solicito se efectué la totalidad del traslado de aportes de Protección a Colpensiones.
3. Solicito de oficio cual sería el monto de ingreso base de liquidación (IBL) por parte del fondo privado

CONDENATORIAS

4. Solicito se efectúe la nulidad de traslado del Régimen de Prima media Con Prestación Definida Colpensiones, al Régimen de Ahorro Individual Protección.
5. Solicito se efectué la Nulidad del traslado de aportes de porvenir a protección.
6. Solicito se efectué la vinculación de mi mandante al Régimen de Prima Media Colpensiones.
7. Se ordene al pago de las costas procesales y agencias en derecho.

Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado del régimen pensional de la señora MARÍA CONSTANZA TALERO VARGAS realizado de régimen de prima media al RAIS acaecido el día 31 de agosto de 1994 mediante su afiliación a PORVENIR, se condenó a COLPENSIONES a admitir el traslado de régimen pensional de la actora, Se condenó a PORVENIR a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido por motivo de la afiliación de la señora MARÍA CONSTANZA TALERO VARGAS, tales como cotizaciones, bonos, pensionales, costos cobrados por administración debidamente indexados y sumas adicionales con los respectivos intereses de conformidad con las previsiones del artículo 1746 del Código Civil, aplicable por remisión analógica en materia laboral junto con los rendimientos que

se hubieren causado, se condenó a COLPENSIONES a aceptar todos los valores que devuelva PORVENIR que reposaban en la cuenta de ahorro individual de la demandante y efectuar todos los ajustes en la historia pensional de la actora y se condenó en costas. **Lo anterior tras considerar la *a quo***, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la enjuiciada PORVENIR no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía para con la demandante al momento del traslado de régimen.

Pues bien, para resolver la controversia, es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002[4].

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía de la demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 12 de abril de 1962 *(Página 26, archivo 01 del expediente digital)*, por lo que la edad de 57 años, los cumplió el mismo día y mes del año 2019, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 08 de diciembre de 2019 y PORVENIR el 29 de noviembre de 2019 *(Página 38 a 41, Archivo 01),* 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 por parte de PORVENIR había cotizado al sistema 450,14[5]

[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]

LABORADOS		LICENCIAS / MORAS		SIMULTANEOS		LABORADOS		LICENCIAS / MORAS		SIMULTANEOS	
Días	Semanas	Días	Semanas	Días	Semanas	Días	Semanas	Días	Semanas	Días	Semanas
3151	450.14	0	0.00	0	0.00	3151	450.14	0	0.00	0	0.00

TOTALES : LABORADOS-LICENCIAS-SIMULTANEOS				TOTALES : LABORADOS-LICENCIAS-SIMULTANEOS			
DIAS:	3151	SEMANAS:	450.14	DIAS:	3151	SEMANAS:	450.14

El número de semanas se calculó con días calendario

semanas (*Historia Laboral válida para bono pensional Página 150 Archivo 11 expediente digital*), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

Ahora, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el **31 de agosto de 1994** con fecha de efectividad a partir del **01 de septiembre de 1994 (***Páginas 81 y 83, Archivo 11)* por la afiliación que hiciera inicialmente 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 la existencia de 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 a 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[6], en los términos del artículo 1746 del Código Civil, ante la inexistencia de una norma distinta que de manera explícita regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico.

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

> *«(…)*
> *De modo que al no existir una norma explícita que regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico en la legislación civil, acudió al aludido precepto relativo a las consecuencias de la nulidad, el cual consagra las mismas consecuencias de aquella. Dicha disposición establece:*
>
> > *Artículo 1746. La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita (subrayas fuera de texto).*
> >
> > *En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.*
>
> ***Entonces, según la norma precedente, el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición.*** *En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia»*.

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

Frente a este tema, 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 cada AFP en cuanto 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 demandado 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[7], Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y en las sentencias SL

---

[7] *"Además, debe la Corte destacar que no fue objeto de controversia que el actor estuvo afiliado al régimen pensional que administra el Instituto de Seguros Sociales desde el 12 de marzo de 1969 hasta el 12 de agosto de 2002, fecha ésta en la que se trasladó a la 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

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 (…)"*

---

es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña".

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

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

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

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen la demandante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, 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 a PORVENIR.

Al punto sea del caso precisar, si bien al absolver el interrogatorio de parte la demandante[8] refirió que una asesora de Porvenir llegó a su casa y le dijo que el ISS se acabaría y que podría estar en el mejor fondo, no le informaron aspectos como la existencia de una cuenta de ahorro individual, pensión heredable, rendimientos, que las semanas cotizadas en el ISS serían enviadas al fondo privado y la importancia de los aportes voluntarios para incrementar su capital.

Conforme tal medio de prueba, 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, en tanto con sus dichos no se acredita de manera alguna que conociera las implicaciones del traslado de régimen, olvidando PORVENIR ponerle de presente aspectos tan importantes como el requisito para acceder al derecho pensional en ese régimen, las modalidades de pensión y los factores a tener en cuenta para calcular el monto de la mesada pensional, los que de conocerlos, pudieron haber incidido en la decisión tomada por la demandante.

Ahora, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR (Página 83 Archivo 11), este no constituye en manera alguna medio probatorio que permita inferir que la actora recibió la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la AFP demandada -PORVENIR- (sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019) y, en

---

[8] ***Interrogatorio Demandante, récord 10:14, archivo 30****: "el 31 de agosto de 1994 no recibí asesoría, fue una asesora de Porvenir legó a mi casa porque en esa época decían que e ISS dejaría de existir, ella llegó y me dijo que el fondo de pensiones que existía era mejor, yo le dije que no quería trasladarme y que quería seguir en el ISS, ella me dijo que podía pasar los aportes de pensión, no me explicó las diferencias, no me pidió la historia laboral, no me entregaron historia laborales, yo solicité la misma por medio del computador pero hay unas cosas que no corresponde a todo el tiempo que he laborado, en el 2005 cuando estaba trabajando salí de la comunidad franciscana y llegaron allá los asesores en el 2005 y le dije que quería cambiarme a ellos y le dije que no podía porque tenía más de 40 años, tenía 42 años, en Colpensiones empecé a trabajar en 1984y más o menos hasta 1993 – 1994, no estoy segura de la fecha exacta, lo único que me interfirió a mí en el traslado era que en esa época cuando trabajaba era que se acababa el ISS, llegó esta niña a mi casa y me dijo que era importante que yo estuviera en un mejor fondo y le dije que yo que no quería trasladarme, ella me dijo que iba a perder los aportes porque se acababa, por esa época empezaron a hablar de la liquidez de ISS, yo no le ponía mucha atención porque estaba joven. Realmente no sabía".*

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, la administradora no logró demostrar, como era su deber, que suministró a la convocante una información de tales características, porque, aun cuando 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.

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

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR, omitió en el momento del traslado de régimen **(31 de agosto de 1994 efectivo el 01 de**

septiembre 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 de 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 vigor de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación con la información que se le debía suministrar cuando se trasladó de régimen. Al respecto se puede consultar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia STL 11385 del 18 de julio de 2017, radicado 47646.

En ese orden, la ineficacia del 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 debidamente indexados, como también la activación de su afiliación por parte de COLPENSIONES en el régimen de prima media con prestación definida, de tal manera se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto.

No obstante, debe precisarse en virtud de la consulta que se surte en favor de Colpensiones en este punto ésta Sala de Decisión adicionará el numeral tercero del fallo de primer grado, en cuanto a que PORVENIR además de lo ordenado por la Juez *a quo* deberán retornar las comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia[9] y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, todo debidamente indexado con cargo a sus propias utilidades[10].

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***

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

> ***consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones."***

Lo anterior, por el tiempo en que la demandante estuvo aparentemente afiliada a esa administradora, por virtud del restablecimiento de las cosas a su estado inicial. Igualmente se dispondrá que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

> *«Las consecuencias de la nulidad de la vinculación respecto a las prestaciones acaecidas no es plenamente retroactiva como lo determina la normatividad del derecho privado, la que no tienen cabida enteramente en el derecho social, de manera que a diferencia de propender por el retorno al estado original, al momento en que se formalizó el acto anulado, mediante la restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubieren dado o recibido, ha de valer el carácter tutelar y preservar situaciones consolidadas ya en el ámbito del derecho laboral ora en el de la seguridad social; en la doctrina es indiscutido que la nulidad del contrato de trabajo, no priva al trabajador del derecho a su remuneración; o que en materia de seguridad social, en el laboral administrativo, según el mandato expreso del artículo 136 del C.C.A. el trabajador o el afiliado de buena fe, tiene el derecho a conservar, sin deber de restituir las prestaciones que le hubieren sido pagadas.*
>
> *[…]*
>
> *La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C.,* ***esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.***
>
> *Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual,* ***ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.***
>
> *Las consecuencias de la nulidad no pueden ser extendidos a terceros, en este caso, a la administradora del régimen de prima media en el que se hallaba el actor antes de producirse la vinculación cuya nulidad se declara, de modo que no debe asumir por el sistema de pensiones sanciones derivadas de la mora en el pago íntegro del derecho pensional,*

> *obligaciones por las que sólo ha de responder a partir de cuándo le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada."*

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

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

Ahora, con relación a la orden de disponer el pago debidamente indexado objeto de 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 lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES[11] *(Página 6, Archivo 09 Contestación Colpensiones expediente digital)*, entidad ésta última a favor de quien se surte la consulta, basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la 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.

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

Sobre esto último, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2611, Radicación N° 67972 del 1° de julio de 2020, señaló que las consecuencias que deriven de la declaratoria de ineficacia, tales como la

[11] Se tuvo por contestada la demanda en auto del 30 de marzo de 2022, archivo 17 expediente digital.

devolución de los gastos de administración y demás restituciones, hace inoperante dicho fenómeno extintivo frente a los mismos. Puntualmente dijo esa Corporación:

> *"…recientemente, en la sentencia CSJ SL1421-2019, tuvo la oportunidad de pronunciarse al respecto, sosteniéndose que en materia del derecho del trabajo y la seguridad social, las disposiciones que gobiernan la extinción de la acción son los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS, que consagran un periodo trienal para que opere ese fenómeno; sin embargo, se adujo que tal normativa no resulta aplicable a los casos de ineficacia del traslado, por cuanto se trata de una pretensión de carácter declarativa, que es precisamente lo que sucede en el sub examine, en la aludida providencia se dijo:*
>
> > *Al efecto, aun cuando en las controversias suscitadas en el ámbito del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, los preceptos llamados a regular la extinción de la acción, son los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, normativa en virtud de la cual opera el término trienal, con un periodo de consolidación contabilizado desde la exigibilidad de la obligación, en el asunto bajo estudio, dicho concepto se torna inaplicable, toda vez que* ***las pretensiones encaminadas a obtener la nulidad del traslado de régimen y sus respectivas consecuencias ostentan un carácter declarativo,*** *en la medida en que se relacionan con el deber de examinar la expectativa del afiliado a fin de recuperar el régimen de prima media con prestación definida, y en tal virtud acceder al reconocimiento de la prestación pensional, previo cumplimiento de los presupuestos legales establecidos para tal fin. CSJ AL1663-2018, CSJ AL3807-2018.*
> >
> > *De igual forma, destaca la Sala la inoperancia del medio exceptivo, frente a nulidad del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, acorde a los lineamientos normativos del artículo 48 de la Constitución Nacional, sino por el carácter declarativo que ostenta la pretensión inicial, en sí misma, acaecimiento ultimo frente al que además no resulta dable alegar el fenómeno advertido, en tanto los sustentos facticos que soportan la pretensión se hayan encaminados a demostrar su existencia e inexistencia como acto jurídico, lo que a su vez da lugar a consolidar el estado de pensionado, y en consecuencia propiciar la posibilidad del disfrute de un derecho económico no susceptible de extinción por el trascurso del tiempo. Ver sentencia CSJ SL 8. mar. 2013 rad. 49741.*
>
> *Conforme a lo discurrido, fuerza concluir entonces, que debe declararse la ineficacia de la afiliación de la demandante al sistema pensional de ahorro individual, debiendo retrotraerse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir este, es decir, como si ello no se hubiera producido, (…)"* (Negrillas y subrayas fuera de texto)

Igualmente, resulta pertinente acotar, de cara a la alzada propuesta por COLPENSIONES que las circulares emitidas por la Superintendencia Financiera no resultan vinculantes, y en todo caso, se aclara al apelante que justamente con la decisión que aquí se está tomando se está ordenando la devolución de los rendimientos y todos los rubros implícitos al declararse la ineficacia del traslado.

Finalmente, respecto de las costas solicitadas por la demandante, téngase en cuenta que en efecto, 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 resulta viable imponer condena a COLPENSIONES al haber sido desfavorable la sentencia de primer

grado a esta demandada, pues 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 adicionará la sentencia de primer grado en tal sentido. Adviértase, no se accede a imponer costas en esta instancia dado que, aunado al recurso interpuesto por las codemandadas se surtió el grado jurisdiccional de consulta y esta Sala acoge el criterio de no hacer más gravosa la situación de la entidad.

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,

R E S U E L V E

PRIMERO: ADICIONAR el ordinal **TERCERO** del fallo de primer grado, para ordenar a PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES, además de lo señalado por la Juez *a quo,* las comisiones, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima todo debidamente **indexado** con cargo a sus propias utilidades, por el tiempo en que la demandante estuvo aparentemente afiliada a esas administradoras, conforme lo considerado.

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

TERCERO: ADICIONAR el numeral **QUINTO** en el sentido de condenar a COLPENSIONES al pago de las costas procesales en primer grado, conforme a lo expuesto**.**

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

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

V

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL

BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

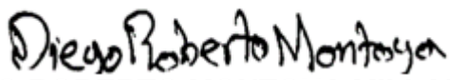
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MARIA CONSUELO CEPEDA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- (RAD. 08 2021 00425 01).

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022)

AUTO

Se reconoce personería adjetiva a la abogada **LIZETH DANIELA LOZANO ROJAS** como apoderada sustituta de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por **MARCELA PATRICIA CEBALLOS OSORIO**, en su calidad de abogada perteneciente a la **UNIÓN TEMPORAL DEFENSA PENSIONES.**



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 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, en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte actora, frente a la sentencia proferida por la Juez Octava del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 26 de septiembre del

2023 *(Audiencia virtual realizada a través de la plataforma Microsoft Teams Archivo 19 expediente digital, récord: 13:42),* en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO: DECLARAR PROBADA LA EXCEPCION** de **INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION POR FALTA DE CAUSA Y TITULO PARA PEDIR** propuesta por la COLPENSIONES de conformidad con las consideraciones expuestas en esta providencia.*
>
> ***SEGUNDO: ABSOLVER** a la demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** de todas y cada una de las pretensiones incoadas en la demanda*
>
> ***TERCERO: CONDENAR EN COSTAS DE INSTANCIA A LA PARTE DEMANDANTE**, liquídense por secretaria fijando como agencias en derecho la suma de Un Millón Ciento Sesenta Mil pesos ($1.160.000)*
>
> ***CUARTO**: En caso de no ser apelada, la presente decisión por resultar adversa a los intereses de la parte actora se **REMITIRÁ** las diligencias al Honorable Tribunal Superior de Bogotá – Sala Laboral para que se surta el grado jurisdiccional de consulta en favor de la demandante**"***

Inconforme con la decisión el apoderado de la demandante interpone recurso de apelación expresando no estar de acuerdo con el argumento de la Juez de primera grado en cuanto a que para el año 1994 fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 no estaba afiliada al ISS pues la Ley nunca estableció tal condicionamiento, ya que la Ley simplemente estableció que si se encuentra dentro del régimen de transición, simplemente la demandante debió acreditar 500 semanas dentro de los 20 años antes de cumplir la edad de pensión, es decir, del 19 de noviembre de 1989 hasta el 19 de noviembre del año 2009 acreditando la actora un total de 534 semanas lo cual no fue analizado por el Juzgado, sino que se limitó a aplicar otros regímenes pensionales, como es la Ley 71 de 1988 y otras en las cuales exige otros requisitos, como es tener 20 años de servicio, los cuales lógicamente no va a cumplir la demandante, considerando hubo una equivocación aduciendo no se quiso tener en cuenta los fundamentos de la demanda, esto es que se acreditan las 500 semanas de cotización dentro de los 20 años anteriores a la fecha de cumplimiento de la edad de pensión, solicitando por ende se revoque la sentencia de primer grado. *(Audiencia virtual Archivo 19 expediente digital, récord: 14:26)*[1]

[1] **APODERADO PARTE DEMANDANTE (14:26)** Desde luego que deseo presentar el respectivo recurso de apelación para ante la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, el cual sustento en los siguientes términos.

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante MARIA CONSUELO CEPEDA CASTRO, las pretensiones relacionadas en las páginas 5 y 6 (Archivo 5 expediente digital) las cuales encuentran sustento en los hechos relatados en las páginas 3 a 6 ibidem; solicitando principalmente se declare tiene derecho a que se le reconozca y pague la pensión de vejez y/o de jubilación a partir del 19 de noviembre del 2009, junto con los intereses moratorios o en subsidio la indexación de las sumas adeudadas, derechos *ultra y extra petita,* costas y costos del proceso de conformidad con el régimen de transición establecido por la Ley 100 de 1993, teniendo en cuenta lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990 que conforme a la nueva línea jurisprudencial permite acumular tiempos laborados en el sector público y las cotizaciones a otras cajas o fondos de previsión social y los cotizados al ISS (*conforme lo expuesto en el acápite de fundamentos y razones de derecho).* **Obteniendo sentencia desfavorable a sus aspiraciones**, por cuanto se absolvió de todas las pretensiones, tras considerarse que si bien la accionante es beneficiaria del régimen de transición por edad la primera cotización efectuada por la demandante del sistema general de pensiones lo

---

A ver, el despacho judicial manifiesta o niega mejor la pensión de vejez a la señora María Consuelo Cepeda Castro con el argumento de que para el año 1994, fecha de entrada de la Ley 100 del 93, no estaba afiliada a COLPENSIONES, en ese caso al Instituto de Seguros Sociales, manifestación, pues que no compartimos desde ningún de vista, pues la Ley nunca estableció tal condicionamiento, son condicionamientos que hasta ahora, pues tanto la parte demandada como el despacho judicial manifiestan que por unas sentencias, pero es que la Ley nunca estableció esos condicionamientos, la Ley simplemente estableció, pues que si se cumple con el requisito o es decir si se encuentra dentro del régimen de transición, simplemente la demandante debió acreditar 500 semanas dentro de los 20 años antes de cumplir la edad de pensión, es decir, dentro del 19 de noviembre de 1989 hasta el 19 de noviembre del año 2009 y revisadas las afiliaciones acredita un total de 534 semanas que por ningún motivo el despacho hizo este análisis, sino que se limitó a aplicar otros regímenes pensionales, como es la Ley 71 del 88 y otras en las cuales exige otros requisitos, como es tener 20 años de servicio. Entonces, pues lógicamente, que, si le aplicamos esos regímenes pues lógico que no va a cumplir, hay que aplicar es precisamente, o el despacho se abstuvo de aplicar lo que está establecido en el régimen de transición de la ley 100, que es acreditar 500 semanas dentro de los últimos 20 años, antes de cumplir la edad de pensión.

Por los anteriores motivos, considero que hubo una equivocación o el despacho judicial no quiso tener en cuenta los fundamentos por nosotros expuestos en la demanda, donde se acreditan las 500 semanas de cotización dentro de los 20 años anteriores a la fecha de cumplimiento de la edad de pensión. Por el motivo, solicito al Honorable Tribunal se estudie de nuevo esta situación y se amparen los derechos lógicamente de la demandante, reconociendo la pensión de jubilación. Muchas gracias.

fue para el periodo de octubre del año 1995 es decir en vigencia la ley 100 de 1993, razón por la cual no hay lugar a la aplicación del acuerdo 049 de 1990 en virtud del régimen de transición por cuanto la actora no se encontraba afiliada a este régimen con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, precisando debía haber estado afiliada al sistema anterior con el que se pretendía pensionar ya que ello generaría una expectativa legítima susceptible de protección legal, advirtiendo el régimen que la favorecería seria el establecido en la Ley 71 de 1988 o en la Ley 33 de 1985 pues acreditó servicios tanto públicos como privados.

De manera preliminar y para resolver el presente asunto conforme a la apelación de la demandante, 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 4 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.

De tal manera, en el expediente reposa copia de la cedula de ciudadanía de la actora (Archivo 1 expediente digital, página 16) que da cuenta que su fecha de nacimiento el 19 de noviembre de 1954, ello permite concluir que a la fecha de entrada de vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es, 1° de abril de 1994 la demandante contaba con 39 años de edad cumplidos. Por lo tanto,

---

[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"

se concluye que en principio- seria 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 ese orden, como ya se dijo se debe establecer cuál era el régimen anterior aplicable a la situación pensional de la demandante a efectos de determinar si cumple 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 demandante al sistema general de pensiones administrado por el ISS lo fue para el periodo de **octubre de 1995**[3], es decir en vigencia de la ley 100 de 1993, conforme se constata en el reporte de semanas de cotización actualizado al 26 de septiembre del 2023 y aportado por Colpensiones (Archivo 17 expediente digital), 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 actora no se encontraba afiliada a éste régimen con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, siendo 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*

3

Colpensiones 10 años

COLPENSIONES Nit 900.336.004-7
REPORTE DE SEMANAS COTIZADAS EN PENSIONES
PERIODO DE INFORME: Enero 1967 septiembre/2023
ACTUALIZADO A: 26 septiembre 2023

INFORMACIÓN DEL AFILIADO

Tipo de Documento:	**Cédula de Ciudadanía**	Fecha de Nacimiento:	**19/11/1954**
Número de Documento:	**41658068**	Fecha Afiliación:	**05/10/1995**
Nombre:	**MARIA CONSUELO CEPEDA CASTRO**	Correo Electrónico:	**diaco31@gmail.com**
Dirección:	**CL 19 4 56**	Ubicación:	**Urbana**
Estado Afiliación:	**Novedad de pensiÃ³n**		

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
891801069	INTITUTO DE TRANSITO	01/10/1995	31/12/1995	$215.000	12,86	0,00	12,86	0,00

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 (1 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 1 de 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."***

Precisándose al apelante que esta Sala de Decisión se acoge a la jurisprudencia en cita como posición auxiliar en casos como el de autos, por constituir doctrina probable, al tenor de lo consagrado en el artículo 10º de la Ley 153 de 1887[4], persuasiva por provenir del máximo ente rector de la jurisdicción ordinaria, postura que se ha asumido en ejercicio de la autonomía judicial, sin que acoger el criterio expuesto en sede de Casación Laboral sobre el tema, implique tornar este proveído en carente de razonabilidad, pues precisamente soportar la decisión en criterio reiterado apunta al respeto por la seguridad jurídica en esta temática, siendo ello plausible.

Precisándose como la promotora del litigio durante su vida laboral tiene aportes a CAJANAL con la CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA del 16 noviembre de 1975 al 23 de marzo de 1982 y a la CAJA DE PREVISION SOCIAL DEL INSTITUTO DE TRANSITO DE BOYACA del 27 de septiembre de 1993 al 30 de septiembre de 1995 y también en Colpensiones ante ISS como del 1° de octubre de 1995 hasta el 30 de septiembre de 2017 (Historia Laboral Archivo 17 expediente digital y pág. 29 Archivo 02 ibídem), el régimen aplicable a la situación pensional de la actora lo sería el establecido en el artículo 7º de la Ley 71 de 1988 o el de la Ley 33 de 1985, frente a los cuales COLPENSIONES en la Resolución SUB 73497 del 24 de marzo del 2021 así (Archivo 02 págs. 24 y 25):

---

[4] *"ARTÍCULO 10. Artículo subrogado por el artículo 4. de la Ley 169 de 1889, el nuevo texto es el siguiente: Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema, como tribunal de casación, sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina probable, y los jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores".*

Que el artículo 7 de la Ley 71 de 1988, señala: *"los empleados oficiales y trabajadores que acrediten 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, intendencia, comisaria o distrital y en el Instituto de los Seguros Sociales, tendrán derecho a una pensión de jubilación siempre que cumplan sesenta (60) años de edad o más si es varón y cincuenta y cinco (55) años o más si es mujer".*

Que consultada la historia laboral se evidencia que el peticionario registra un total de **952 semanas cotizadas** equivalente a **18 años 6 meses 4 días** de aportes acumulados entre cotizaciones al ISS hoy Colpensiones y a la Entidad de previsión a través de la cual aporto en servicio del Banco Cafetero Liquidado detallada en los tiempos de servicios, razón por la cual no es procedente el reconocimiento de la pensión de vejez con fundamento en una Ley 71 de 1988 por no acreditar 1.029 semanas **a 31 de diciembre de 2014.**

(…)

Que por otro lado, el artículo 1 de la Ley 33 de 1985 establece lo siguiente: *"Artículo 1.- El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio"*

Que conforme a lo reglado por la Ley 33 de 1985, la peticionaria tiene la edad de 55 años, sin embargo no adquiere el derecho a una pensión de vejez, al no contar con 20 años (1029 semanas) de servicio cotizado en el sector público, verificada la historia laboral acredita **772 semanas** exclusivamente en el sector público lo que representa 15 años, y 04 días, **a 31 de diciembre de 2014.**

Misma situación que definió la Juez de primer grado y frente a lo cual no mostró reparo el apelante, quien por demás señala que efecto la actora no cumple con el tiempo de servicios exigidos por esas preceptivas, siendo su único anhelo el reconocimiento de la pensión de vejez con aplicación del Acuerdo 049 de 1990, respecto del cual se reitera no le resulta aplicable por cuanto no estructuró una expectativa legítima, ya que empezó a cotizar al ISS solo tras la vigencia del sistema general de pensiones creado por la Ley 100 de 1993 -01 de octubre de 1995-, de modo que antes de la creación de esta ley, la actora únicamente podía pensionarse con apego a la Ley 33 de 1985 y con posterioridad a 1995 con la Ley 71 de 1988, pero jamás con los reglamentos del ISS, donde nunca estuvo afiliada para el 1° de abril de 1994 fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

Ahora bien, como lo solicitado en últimas por la parte actora es el reconocimiento de la pensión de vejez, examinado su derecho a la luz de la

Ley 797 de 2003, se advierte que tampoco reúne los requisitos establecidos en la misma, en atención a que en toda su vida laboral, únicamente cuenta con 964 semanas de cotizaciones (incluidas las aportadas a CAJANAL y a la CAJA DE PREVISION DEL INSTITUTO DE TRANSITO DE BOYACA teniendo en cuenta el resumen de tiempos de servicio señala por Colpensiones en el acto administrativo que negó el derecho pensional (Archivo 02 expediente digital págs. 22 y 23), habiendo efectuado la última el 30 de septiembre del 2017, anualidad para la cual se exigían 1300 semanas para quienes no eran beneficiarios del régimen de transición, de acuerdo a lo establecido en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003.

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 –Acuerdo 049 de 1990-, pues se repite, la actora no estuvo afiliada antes de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 al ISS.

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

SIN COSTAS en esta instancia.

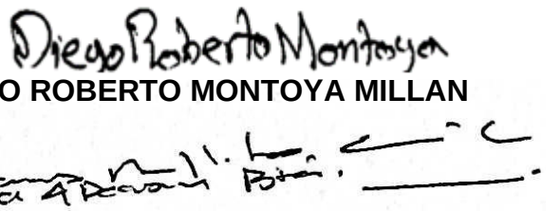
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por la Juez 8 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las motivaciones precedentemente expuestas.

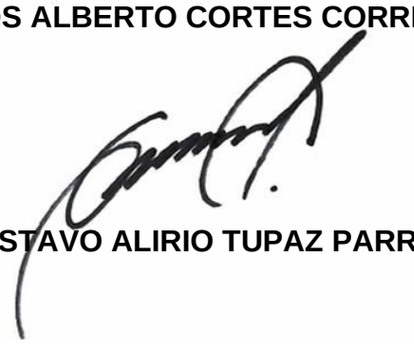
SEGUNDO: **SIN COSTAS** en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR OSCAR ALBERTO RAMIREZ QUINTERO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. (RAD. 08 2022 00214 01).

Bogotá D.C. treinta (30) de noviembre 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 de 2022, profieren la siguiente:

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver los recursos de apelación interpuestos por PORVENIR y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, contra la sentencia proferida por la Juez 8 Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 25 de septiembre de 2023 *(Exp. Digital: audio archivo 28, récord: 52:51),* en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia del traslado del régimen pensional del señor OSCAR ALBERTO RAMIREZ realizado de régimen de prima media al RAIS acaecido el día **23 de mayo de 1994**, mediante su afiliación a HORIZONTE hoy PORVENIR S.A, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.*
>
> ***SEGUNDO: CONDENAR** a COLPENSIONES admitir el traslado de régimen pensional del señor OSCAR ALBERTO RAMIREZ, conforme a lo señalado.*
>
> ***TERCERO: CONDENAR** a las demandadas PORVENIR y PROTECCIÓN, a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido por motivo de la afiliación del señor OSCAR ALBERTO RAMIREZ, tales como cotizaciones, bonos, pensionales, costos cobrados por administración debidamente indexados y sumas adicionales con los respectivos frutos e intereses de conformidad con las previsiones del artículo 1746 del Código Civil.*
>
> ***CUARTO: CONDENAR** a COLPENSIONES a aceptar todos los valores que devuelva PORVENIR y PROTECCIÓN, que reposaban o reposaron en la cuenta de ahorro individual de la demandante y efectuar todos los ajustes en la historia pensional del actor-*

> ***QUINTO: COSTAS*** *en esta instancia, a cargo de la parte demandada PROTECCIÓN y PORVENIR, liquídense por Secretaría, fijando como agencias en derecho a cargo de cada una de ellas, la suma de $1.160.000 M/cte.*
>
> ***SEXTO:*** *Como quiera que la presente decisión resulta adversa a los intereses de COLPENSIONES, se remitirá las diligencias al Honorable Tribunal Superior de Bogotá - Sala Laboral para que se surta el grado jurisdiccional de consulta en favor de dicha entidad.".*

Inconforme con la decisión los apoderados de PORVENIR y COLPENSIONES presentaron recurso de apelación.

Así en primer lugar, PORVENIR manifestó[1], no existe causal legal para declarar la ineficacia de la afiliación del actor a Horizonte, pues se cumplió a cabalidad con las obligaciones interpuestas para el año 1994, aunado a que resulta improcedente el reconocimiento de indexación de rubros que en primer término no deberían trasladarse ya que se estaría generando un enriquecimiento sin causa favor del actor carente de aplicación del principio de buena fe, equidad y justicia. Agregó, teniendo en cuenta que la indexación consiste en traer a valor presente el dinero para que no pierda su poder adquisitivo, manifestó, que los gastos de administración que estuvieron en poder de la AFP Horizonte no perdieron poder adquisitivo, contrario a ello lograron incrementarse en la cuenta de ahorro individual de la parte actora y la totalidad de los saldos fueron debidamente trasladados a la AFP de elección del actor en el año 2009, por lo cual, la cuenta de ahorro individual del actor a la fecha se encuentran en ceros.

---

[1] ***Recurso Porvenir, Récord 54:27, archivo 28:*** *"Sí, señora juez, propongo recurso de apelación en contra de la sentencia preferida en el presente proceso, toda vez que no existe causal legal para declarar la ineficacia de la afiliación del actor a Horizonte, pues se cumplió a cabalidad con las obligaciones interpuestas para el año 1994 y en segundo lugar, por lo que resulta improcedente el reconocimiento de indexación de rubros que en primer término no deberían trasladarse y que previo al reconocimiento de esta figura se esté se estaría generando un enriquecimiento sin causa favor de la actora carente de aplicación del principio de buena fe, equidad e injusticia, igualmente, teniendo en cuenta que la indexación consiste en traer a valor presente el dinero para que no pierda su poder adquisitivo, debo manifestar que los gastos de administración que estuvieron en poder de mi representada Horizonte no perdieron poder adquisitivo, contrario a ello lograron incrementarse en la cuenta de ahorro individual de la parte actora y la totalidad de estos saldos fueron debidamente trasladados a la AFP de elección del actor en el año 2009, por lo cual, la cuenta de ahorro individual del actor a la fecha se encuentran en ceros. Adicional a ello, los gastos de administración fueron debidamente ejecutoriados por Horizonte previa fusión con Porvenir, por lo cual estos saldos no ingresaron al activo ni al pasivo de la misma al momento de fusionarse, imponer la devolución de los mismos no solamente genera un perjuicio injustificado en contra de mi representada, sino que reitero nuevamente un enriquecimiento sin causa en favor de la parte actora. Igualmente, los rubros destinados al Fondo de Garantía, Pensión mínima, seguro provisional, son porcentajes de origen legal cuya destinación fue debidamente ejecutoriada por mi representada y propiciaron al actor protegerlo por todos los riesgos de invalidez y muerte durante el tiempo que estuvo con mi representada.*

En cuanto a las costas, Porvenir en representación de Horizonte, ha propendido por la eficacia del presente proceso y resultaría muy justo someter a costas a una parte procesal, quien se encuentra sometido a un proceso que no tiene solución diferente y que ha propendido por la eficacia del mismo, por la buena fe y por el cumplimiento de todas las obligaciones exigibles a la fecha de afiliación del actor de traslado y durante el tiempo que estuvo vinculada a la misma. En este sentido, dejo interpuesto mi recurso de apelación con el fin de que el honorable tribunal del superior del distrito revoque las condenas interpuestas a mí representada, especialmente en los puntos de traslado e ***indexación y de gastos de administración a los que fue condenado.*** *Igualmente, las* ***costas****."*.

Adicional a ello, expuso, los gastos de administración fueron debidamente ejecutoriados por Horizonte previa fusión con Porvenir, por lo cual estos saldos no ingresaron al activo ni al pasivo al momento de fusionarse, por ende, imponer la devolución de los mismos no solamente genera un perjuicio injustificado en contra de la AFP, sino un enriquecimiento sin causa en favor de la parte actora. Igualmente, los rubros destinados al Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los Seguros Previsionales, son porcentajes de origen legal cuya destinación fue debidamente ejecutoriada por la AFP y propiciaron proteger al demandante por todos los riesgos de invalidez y muerte durante el tiempo que estuvo afiliado.

En cuanto a las costas, Porvenir en representación de Horizonte, ha propendido por la eficacia del presente proceso y resultaría muy injusto someter a costas a una parte procesal, quien se encuentra sometido a un proceso que no tiene solución diferente y que ha propendido por la eficacia del mismo, por la buena fe y por el cumplimiento de todas las obligaciones exigibles a la fecha de afiliación del actor de traslado y durante el tiempo que estuvo vinculada a la misma.

Por su parte, Colpensiones indicó[2], lo primero que hay que mencionar es la carga de la prueba, si bien ese extremo procesal comparte y respeta lo manifestado por

[2]***Recurso Colpensiones, récord 57:11, archivo 28: "****Gracias sus Señoría, estando dentro de la oportunidad procesal para ello, me permito interponer y sustentar el recurso de apelación de acuerdo a lo siguiente, lo primero se refiere a la carga de la prueba, si bien ese extremo procesal comparte y respeta lo manifestado por el fallador de primera instancia, en tanto la carga fue trasladada a las demandadas. Considera la suscrita que no es posible exigirse la exhibición de pruebas, inexistente para la época de los hechos, dado que la normatividad para el año de 1994 imponía el deber a los fondos de pensiones de brindar información clara, precisa, detallada y veraz. Pero ciertamente el deber consistía en suministrar la información, más no en dejar constancia del suministro de la misma, dado que ésta se brindaba de manera verbal y con la firma del formulario se entendía el consentimiento informado otorgado por el afiliado, por lo que exige un documento adicional, un medio de convicción diferente al formulario de afiliación que se allegó, considera esta parte que es una carga desproporcionada para la demandada, atendiendo el caso concreto, se itera a los Honorables Magistrados que de acuerdo a lo establecido en el artículo 2 de la Ley 797 del año 2003, la parte actora, esto es, el señor Óscar Alberto Ramírez Quintero, no se encuentra dentro del límite temporal allí consagrado para si quiera haber solicitado el traslado a algún otro régimen pensionales, dado que para la fecha que pretendió esto, esto es decir, presentó la demanda, ya contaba con 61 años de edad, teniendo en cuenta que nació el 31/01/1961, por lo que ya se encontraba inmerso dentro de la provisión legal. Además de ello, la parte actora tampoco es beneficiaria al régimen de transición, porque al igual de lo anterior, no cumple con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, dado que tampoco cumple con el requisito de tiempo de servicio flexible, atendiendo que para el 01/04/1994 solamente contaba con 614 semanas cotizadas al régimen de prima media.*

Es por lo anterior que se le solicita a los falladores de segunda instancia reconocerse el traslado realizado por la parte actora en el año 1994, Horizonte - Porvenir, pues fue efectuado en ejercicio del derecho de libre escogencia de régimen pensional que se consagra la Ley 100 de 1993, y además de ello también en respeto de la autonomía, de la voluntad con la que contaba la parte actora, quien de manera libre y voluntaria y sin ningún tipo de coacción, o por lo menos ningún tipo de coacción ejercidas por la aquí demandadas, procedió al traslado de régimen.

Así las cosas, respetuosamente se le solicita a los honorables magistrados revocar la sentencia de primera instancia, en consecuencia, negar las pretensiones de la parte demandante, absolviendo la a las demandadas, así como también se le solicita respetuosamente no imponer costas a cargo de Colpensiones, dado la buena fe con la que siempre ha actuado esta entidad y en que en la misma solamente ha sido un tercero incitado a un pleito en la que nada tuvo que ver.".

el fallador de primera instancia, en tanto la carga fue trasladada a las demandadas, no es posible exigir la exhibición de pruebas, inexistente para la época de los hechos, dado que la normatividad para el año 1994 imponía el deber a los fondos de pensiones de brindar información clara, precisa, detallada y veraz. Ciertamente el deber consistía en suministrar la información, más no en dejar constancia del suministro de la misma, dado que ésta se brindaba de manera verbal y con la firma del formulario se entendía el consentimiento informado otorgado por el afiliado, por lo que, al exigir un medio de convicción diferente al formulario de afiliación es una carga desproporcionada para la demandada.

Señaló, atendiendo el caso concreto, de acuerdo a lo establecido en el artículo 2º de la Ley 797 del año 2003, el señor Óscar Alberto Ramírez Quintero, no se encuentra dentro del límite temporal allí consagrado para si quiera haber solicitado el traslado a algún otro régimen pensional, dado que para la fecha que presentó la demanda, ya contaba con 61 años de edad, teniendo en cuenta que nació el 31/01/1961, por lo que ya se encontraba inmerso dentro de la prohibición legal. Además de ello, tampoco es beneficiario del régimen de transición, porque al igual de lo anterior, no cumple con lo establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, atendiendo que para el 01/04/1994 solamente contaba con 614 semanas cotizadas al régimen de prima media.

Por lo expuesto, solicitó, reconocerse el traslado realizado por la parte actora en el año 1994 a Horizonte hoy Porvenir, pues fue efectuado en ejercicio del derecho de libre escogencia de régimen pensional que se consagra la Ley 100 de 1993, y además de ello también en respeto de la autonomía y la voluntad con la que contaba la parte actora, quien de manera libre y voluntaria y sin ningún tipo de coacción ejercida por las aquí demandadas, procedió al traslado de régimen.

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 5 y 6, del archivo 02 del expediente digital),* las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (*Páginas 6 a 8, ibidem),* aspirando:

1. *Declarar la ineficacia o nulidad de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual actualmente* ***PROTECCIÓN S.A.*** *por vicios en el consentimiento de mi mandante* ***OSCAR ALBERTO RAMIREZ QUINTERO,*** *al omitir la asesoría acerca de las bondades, requisitos y/o condiciones de uno u otro régimen pensional.*

2. *Declarar que la asesoría del régimen de ahorro individual ha sido falaz y conduce a la ineficacia jurídica de la afiliación.*

3. *Declarar que la simple firma del formulario de afiliación, tramitado por los agentes comerciales del RAIS, no sugiere de forma ineludible la debida asesoría que se impone y menos el consentimiento informado acerca de las bondades, requisitos y/o condiciones de uno u otro régimen pensional.*

4. *Declarar vigente y sin solución de continuidad la afiliación al Régimen de Prima Media con Prestación Definida del ISS, que actualmente administra* ***COLPENSIONES.***

B. *Como consecuencia de las anteriores declaraciones, respetuosamente solicito al señor Juez condenar a* ***PROTECCION S.A.*** *a:*

1. *Reconocer la ineficacia de la afiliación al* ***RAIS – PROTECCIÓN S.A.***

2. *Tramitar el correspondiente traslado de capital integrado por aportes, bonos pensionales y rendimiento financiero de los mismos, que se encuentren en la cuenta de Ahorro Individual, a nombre de mi mandante* ***OSCAR ALBERTO RAMIREZ QUINTERO.***

3. *Devolver a Colpensiones, las sumas percibidas por concepto de gastos de administración, debidamente indexadas, por el periodo en que mi mandante* ***OSCAR ALBERTO RAMIREZ QUINTERO,*** *permaneció afiliado a esa administradora.*

4. *Condenar a la demandada al reconocimiento y pago de los demás derechos que resulten probados en el curso del proceso, con base en las facultades ultra y extra Petita.*

5. *Condenar a la demandada al reconocimiento y pago de las costas y agencias en derecho a que hubiere lugar.*

C. *Como consecuencia de las anteriores declaraciones, respetuosamente solicito al señor Juez condenar a* ***COLPENSIONES,*** *a:*

1. *Formalizar la vigencia de la afiliación del señor* ***OSCAR ALBERTO RAMIREZ QUINTERO,*** *sin solución de continuidad en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.*

2. *Condenar a la demandada a realizar ante* ***PROTECCIÓN S.A.*** *el correspondiente traslado de capital integrado por aportes, bonos pensionales y rendimiento financiero de los mismos, que se encuentren en la cuenta de Ahorro Individual, a nombre de mi mandante* ***ROSA NELLY VANEGAS LEON.***

3. *Condenar a la demandada a realizar ante* ***PROTECCIÓN S.A.*** *el correspondiente retorno de las sumas percibidas por concepto de gastos de administración, debidamente indexadas, por el periodo en que mi mandante* ***OSCAR ALBERTO RAMIREZ QUINTERO,*** *permaneció afiliado a esa administradora.*

4. *Condenar a la demandada al reconocimiento y pago de los demás derechos que resulten probados en el curso del proceso, con base en las facultades ultra y extra Petita.*

5. *Condenar a la demandada al reconocimiento y pago de las costas y agencias en derecho a que hubiere lugar.*

Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado del régimen pensional del señor OSCAR ALBERTO RAMIREZ realizado de régimen de prima media al RAIS acaecido el día 23 de mayo de 1994, mediante su afiliación a HORIZONTE hoy PORVENIR S.A, se condenó a COLPENSIONES admitir el traslado de régimen pensional del señor OSCAR ALBERTO RAMIREZ, se condenó a las demandadas PORVENIR y PROTECCIÓN, a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido por motivo de la afiliación del señor OSCAR ALBERTO RAMIREZ, tales como cotizaciones, bonos, pensionales, costos cobrados por administración debidamente indexados y sumas adicionales con los respectivos frutos e intereses de conformidad con las previsiones del artículo 1746 del Código Civil, se condenó a COLPENSIONES a aceptar todos los valores que devuelva PORVENIR y PROTECCIÓN, que reposaban o reposaron en la cuenta de ahorro individual del demandante y efectuar todos los ajustes en la historia pensional del actor y se condenó en costas a las codemandadas. **Lo anterior tras considerar la *a quo***, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la enjuiciada HORIZONTE hoy PORVENIR no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía para con el demandante al momento del traslado de régimen.

Pues bien, para resolver la controversia, es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma, se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002[3].

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 31 de enero de 1961 *(Página 4, documento pdf 1, archivo 10 del expediente digital)*, por lo que la edad de 62 años, los cumplió el mismo día y mes del año 2023, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 26 de abril de

---

[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".

2022 *(Página 1 a 5, Archivo 04),* esto es, esto es, cuando se encontraba a menos de 10 años para adquirir el derecho pensional y, de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1º de abril de 1994, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos por parte de PROTECCIÓN había cotizado al sistema **610,29**[4] semanas (*Historia Laboral válida para bono pensional Página 79 Archivo 11 expediente digital*), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

Ahora, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculado al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el **23 de mayo de 1994** con fecha de efectividad a partir del **01 de junio de 1994 (***Páginas 33 y 72, Archivo 11 y 19, respectivamente),* por la afiliación que hiciera inicialmente a HORIZONTE hoy PORVENIR, específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP y en el formulario de afiliación suscrito con esa AFP.

---

[4] **Reporte PROTECCIÓN S.A**.

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
4272	610.29	0	0.00	0	0.00	4426	632.29	0	0.00	0	0.00

TOTALES : LABORADOS-LICENCIAS-SIMULTANEOS				TOTALES : LABORADOS-LICENCIAS-SIMULTANEOS			
DIAS:	4272	SEMANAS:	610.29	DIAS:	4426	SEMANAS:	632.29

El número de semanas se calculó con días calendario

Reporte COLPENSIONES

INFORMACIÓN DEL AFILIADO

Tipo de Documento:	**Cédula de Ciudadanía**	Fecha de Nacimiento:	**31/01/1961**
Número de Documento:	**19456663**	Fecha Afiliación:	**18/08/1980**
Nombre:	**OSCAR ALBERTO RAMIREZ QUINTERO**	Correo Electrónico:	
Dirección:	**CRA 114 F N. 146 05**	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
1006122279	GARAY BARRETO HERNAN	18/08/1980	01/10/1980	$4.410	6,43	0,00	0,00	6,43
1008215831	PUBLI SE&ALES LTDA	16/12/1981	28/06/1984	$9.480	132,29	0,00	0,00	132,29
1006200718	CORP GRANC AHORRO Y	18/03/1985	31/05/1994	$305.229	480,29	0,00	0,00	480,29
					[10] TOTAL SEMANAS COTIZADAS: 619,00			
					[11] SEMANAS COTIZADAS CON TARIFA DE ALTO RIESGO(INCLUIDAS EN EL CAMPO 10 " "TOTAL SEMANAS COTIZADAS"): 0,00			

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 la existencia de 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 a otro.

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

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

> *«Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos del tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.*
>
> *Es evidente que cualquier determinación personal de la índole que aquí se discute**, es eficaz**, cuando existe un consentimiento informado; en materia de seguridad social, el juez no puede ignorar que, por la trascendencia de los derechos pensionales, la información, en este caso, del traslado de régimen, debe ser de transparencia máxima*.
>
> *Para este tipo de asuntos, se repite, tales asertos no comprenden solo los beneficios que dispense el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.*
>
> *El juez no puede pasar inadvertidas falencias informativas, menos considerar que ello no es de su resorte, pues es claro que cuando quien acude a la jurisdicción reclama que se le respete el régimen de transición, indiscutiblemente, como se anotó, surge la perentoriedad de estudiar los elementos estructurales para que el mismo opere, es decir, debe constatar que el traslado se produjo en términos de eficacia, para luego, determinar las consecuencias propias»*.

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

En consecuencia, no solo es menester demostrar la existencia del traslado, sino que impone verificarse que este acto se produjo bajo el presupuesto de la libertad informada, pues de no cumplirse con dicho presupuesto, se incurriría en un vicio

que invalidaría dicho acto jurídico, lo que trae como consecuencia o efecto, retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, con ineficacia ex tunc[5], en los términos del artículo 1746 del Código Civil, ante la inexistencia de una norma distinta que de manera explícita regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico.

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

> *«(…)*
> *De modo que al no existir una norma explícita que regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico en la legislación civil, acudió al aludido precepto relativo a las consecuencias de la nulidad, el cual consagra las mismas consecuencias de aquella. Dicha disposición establece:*
>
> > *Artículo 1746. La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita (subrayas fuera de texto).*
> >
> > *En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.*
>
> ***Entonces, según la norma precedente, el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición.*** *En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia».*

Frente a este tema, 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*

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

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 cada AFP en cuanto 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 demandado 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[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 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

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:

---

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.

> *"(…)* ***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 pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional a PORVENIR.

Al punto sea del caso precisar, si bien al absolver el interrogatorio de parte el demandante[7] refirió que en ese momento se encontraba trabajando en el Banco

[7]***Interrogatorio Demandante, récord 12:49, archivo 28:*** *"Me afilié a Horizonte en el año 1994, en ese momento me encontraba trabajando en el Banco Granahorrar, en ese momento ellos se fusionaron para crear Horizonte, que era el Banco Ganadero en ese momento y otras compañías que no recuerdo, Nos dijeron que iban a pasar todos los empleados de esas compañías a formar parte de ese fondo de pensiones. Entonces, fue como una obligación. Sí, lo coaccionaron a uno a que se tenía que afiliarse a ese a ese fondo de Horizonte. eso es básicamente. En cuanto a las preguntas que yo hacía en ese momento, yo no tenía conocimientos de cómo era el sistema pensional y cómo se iba a realizar, pues los aportes y la edad de la pensión, y todo eso, entonces por ignorancia, sí y por coacción de la empresa, pues uno tenía que firmar. En ese momento no tuve la oportunidad de hacer preguntas, firmé el formulario, en el 2009, ING absorbió a Horizonte. No, no estoy*

Granahorrar, siendo fusionado para crear Horizonte, en ese momento le dijeron que iban a pasar todos los empleados de esas compañías a formar parte de ese fondo de pensiones, tornándose como una obligación, sintiéndose coaccionado a afiliarse a ese fondo de pensiones. Igualmente manifestó, firmó el formulario, pero no tenia conocimiento de los puntos a indagar en aquel momento, asimismo, no le informaron aspectos como la existencia de una cuenta de ahorro individual, pensión heredable, rendimientos, que las semanas cotizadas en el ISS serían enviadas al fondo privado y la importancia de los aportes voluntarios para incrementar su capital.

Conforme a tal medio de prueba, de lo relatado por el demandante no es posible colegir de forma alguna que haya confesado la recepción de una información, clara, oportuna y certera y muchos menos que la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR haya cumplido con su obligación de buen consejo, en tanto con sus dichos no se acredita de manera alguna que conociera las implicaciones del traslado de régimen, olvidando PORVENIR ponerle de presente aspectos tan importantes como el requisito para acceder al derecho pensional en ese régimen, las modalidades de pensión y los factores a tener en cuenta para calcular el monto de la mesada pensional, los que de conocerlos, pudieron haber incidido en la decisión tomada por el demandante.

---

seguro, pero yo no tenía conocimiento simplemente porque el formulario me llegó, yo lo firmé porque pues no tenía conocimiento qué era lo que iban a hacer, el año pasado perdóneme yo tenía 61 años, fui a Protección y pregunté que yo ya me iba a pensionar, que necesitaba saber cómo iba a ser mi mesada pensional y cómo me quedaba la cantidad, me dijeron que yo tenía un ahorro que no me alcanzaba a pensionarme por el mínimo, sabiendo que yo tengo 1800 semanas cotizadas, entonces me dijeron que según el ahorro que yo tenía no me alcanzaba a pensionar ni con el mínimo. Entonces yo le dije, pero por qué entonces me dijo el asesor que debía tener más de 300 millones de ahorros para poderme pensionar con el mínimo, y yo tenía $270.000.000. Entonces supuestamente no me alcanzaba a pensionar con el mínimo, por eso entonces consulté con un con un asesor, con un abogado y me dijo que mi pensión sí, yo me trasladaba mejor dicho que la liquidación para la pensión de pensión me quedaba por encima del salario mínimo y obviamente pues yo mirando el Estado en que estamos así sean $200.000 o $300.000 pesos, que me pague, que me suba la pensión, pues obviamente que para mí va a ser un beneficio, yo soy técnico en sistema. Con el traslado de 1994 fueron a la oficina, fueron como 23 y nos reunieron en un salón allá y nos dijeron, pues lo concerniente a los beneficios, pues nos dijeron que, si uno se metía a un fondo privado que le iban a aumentar los dividendos, que iba a tener rendimientos, que iba a tener todo eso, pero no más. Ósea, no, nos dijeron si individualmente, eso sí nos dijeron, vea, este es el formulario, entonces, si quiere, llene los espacios y lo firma, Eso fue básicamente. Hubo traslado del fondo de pensiones, entonces le toca firmar esto, pero yo, en mi ignorancia, no tenía conocimiento de eso, me dijeron, llene los espacios, inclusive yo ni lo llene, sino la señora que estaba ahí me iba preguntó nombre, y cédula, me imagino que sería una asesora de allá ING, uno no lee y no cuestiona, pues porque está brindando información, simplemente firma y ya, yo confío en la gente, no es que yo haya firmado a ciegas, di todos los requisitos de ley, asesoría de Colpensiones no recibí, no busqué trasladarme, me vine a enterar que uno se podía pasar a Colpensiones, pero fue demasiado tarde, fui y desafortunadamente me dijeron, usted llegó muy tarde porque pues me faltaron como 8 años para la pensión. En ese momento entonces yo dije ya no se puede hacer nada y me dijeron que no, que por ley tenía que haberlo hecho antes de los 52 años, cuando yo ingresé al banco a trabajar al Baco Granahorrar, yo estaba afiliado por pensión al seguro social que, en ese momento, después, cuando vino, fue el tema de los nuevos fondos de pensiones fue que el Banco nos obligó a afiliarnos a ese fondo. Pero no, o sea, no, en ningún momento me dio asesoría Colpensiones, yo empecé con Colpensiones a trabajar después, cuando en el banco me trasladaron a Horizonte, supuestamente ING sí y ahora Protección, me dijo un asesor de Protección y dijeron que uno se podía pensionar anticipadamente. Cuando fui me dijo que no, que lo que yo le comento, que no tenía los ahorros porque no lo tenía los ahorros para para pensionarme anticipadamente, sí, yo me podía trasladar, me dijeron que no, que por el tiempo no, ya no podía, solicité el traslado que ya me faltaba muy poco tiempo".

Ahora, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a HORIZONTE hoy PORVENIR (Página 72, archivo 19), este no constituye en manera alguna medio probatorio que permita inferir que el actor recibió la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la AFP demandada -PORVENIR- (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, la administradora no logró demostrar, como era su deber, que suministró al convocante una información de tales características, porque, aun cuando 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.

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 a 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 **(23 de mayo de 1994 efectivo el 01 de junio de ese año),** el deber de información para con el promotor del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es, relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio de 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 vigor de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación con la información que se le debía suministrar cuando se trasladó de régimen. Al respecto se puede consultar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia STL 11385 del 18 de julio de 2017, radicado 47646.

En ese orden, la ineficacia del tránsito de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado por parte de PORVENIR y PROTECCIÓN del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con las cotizaciones, bonos, pensionales, costos cobrados por administración debidamente indexados y sumas adicionales con los respectivos frutos e intereses de conformidad con las previsiones del artículo 1746 del Código Civil, como también la activación de su afiliación por parte de COLPENSIONES en el régimen de prima media con prestación definida, de tal manera se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto.

No obstante, debe precisarse en virtud de la consulta que se surte en favor de Colpensiones en este punto ésta Sala de Decisión adicionará el numeral **tercero** del fallo de primer grado, en cuanto a que PORVENIR y PROTECCIÓN además de lo ordenado por la Juez *a quo* deberán retornar las comisiones, gastos de administración, rendimientos, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia[8] y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de

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

Pensión Mínima, **todo debidamente indexado con cargo a sus propias utilidades**[9].

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

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

Lo anterior, por el tiempo en que el demandante estuvo aparentemente afiliado a esa administradora, por virtud del restablecimiento de las cosas a su estado inicial. Igualmente se dispondrá que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

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

[9] *Conforme lo señala la SL2209-2021 y SL2207-2021*

> *social, en el laboral administrativo, según el mandato expreso del artículo 136 del C.C.A. el trabajador o el afiliado de buena fe, tiene el derecho a conservar, sin deber de restituir las prestaciones que le hubieren sido pagadas.*
>
> *[…]*
>
> *La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C.,* ***esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.***
>
> *Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual,* ***ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.***
>
> *Las consecuencias de la nulidad no pueden ser extendidos a terceros, en este caso, a la administradora del régimen de prima media en el que se hallaba el actor antes de producirse la vinculación cuya nulidad se declara, de modo que no debe asumir por el sistema de pensiones sanciones derivadas de la mora en el pago íntegro del derecho pensional, obligaciones por las que sólo ha de responder a partir de cuándo le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada."*

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

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

Ahora, con relación a la orden de disponer el pago debidamente indexado objeto de 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 lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES[10] *(Página 06, Archivo 09 Contestación Colpensiones expediente digital)*, entidad ésta última a favor de quien se surte la consulta, basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la 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 demanda en auto del 22 de agosto de 2023, archivo 20 expediente digital.*

Finalmente, respecto de las costas procesales objeto de apelación por parte de PORVENIR, téngase en cuenta que el legislador nacional ha acogido el criterio objetivo, en virtud del cual, las costas corren siempre a cargo de la parte vencida en juicio, por así disponerlo el numeral 1º del artículo 365 C.G.P., el cual contiene el principio general, según el cual *"se condenará en costas a la parte vencida en el proceso (…)"*, sin consideración a su intención, razonabilidad de su discusión en el conflicto jurídico en litigio o su conducta en el trámite procesal, sino el hecho de haber sido vencido en juicio, por manera que al haber sido desfavorable la sentencia de primer grado a Colpensiones y a Porvenir, lo atinente a derecho es que sean condenada en costas, iterando, la única valoración a tener en cuenta en este aspecto, es las resultas del proceso, por lo que se confirmará este aspecto.

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,

R E S U E L V E

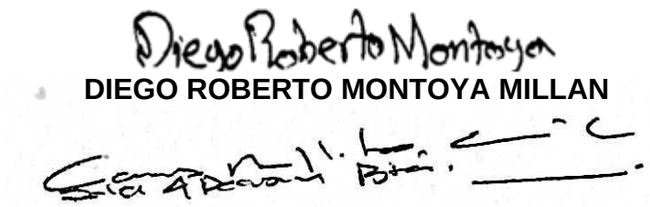
PRIMERO: ADICIONAR el ordinal **TERCERO** del fallo de primer grado, para ordenar a PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. a devolver a COLPENSIONES, además de lo señalado por la Juez *a quo,* las comisiones, gastos de administración, rendimientos, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia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

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

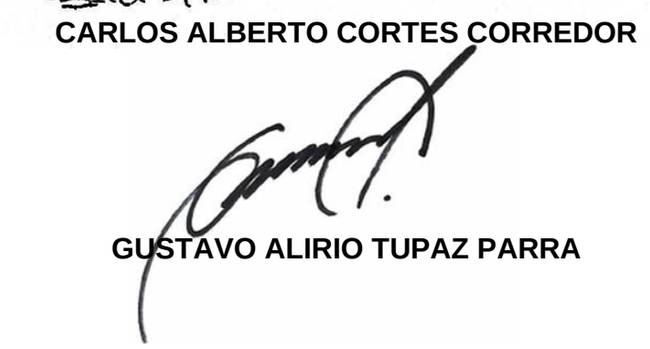
TERCERO: CONFIRMAR en lo demás, la sentencia de primera instancia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA 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 LUZ ADRIANA MEJIA ALVAREZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- y COLFONDOS S.A. (RAD. 08 2022 00422 01).

Bogotá D.C. treinta (30) de noviembre 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 de 2022, profieren la siguiente:

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver los recursos de apelación interpuestos por COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en su favor, contra la sentencia proferida por la Juez 8 Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 12 de octubre del 2023 *(Exp. Digital: audio archivo 21, récord: 30:16),* en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia del traslado de la señora luz Adriana Mejía Álvarez, realizado del régimen de prima media al RAIS acaecido el 03 de febrero de 1995 mediante su afiliación a Colfondos, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.*
>
> ***SEGUNDO: CONDENAR** a **COLPENSIONES** admitir el traslado de régimen pensional de la señora luz Adriana Mejía Álvarez.*
>
> ***TERCERO: CONDENAR** a la demandada COLFONDOS a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido por motivo de la afiliación de la señora luz Adriana Mejía Álvarez, tales como cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados por administración debidamente indexados, sumas adicionales con los respectivos frutos e intereses, de conformidad con las previsiones de que trata el artículo 1747 Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubiesen causado.*
>
> ***CUARTO: CONDENAR** a COLPENSIONES, aceptar todos los valores que devuelva COLFONDOS y que reposaban en la cuenta de ahorro individual de la demandante y efectuar todos los ajustes en la historia pensional de la actora.*

> ***QUINTO: COSTAS*** *en esta instancia a cargo de la demandada COLFONDOS liquídense por secretaría, fijando como agencias en derecho la suma de $1.160.000.*
>
> ***SEXTO:*** *Como quiera que esta decisión resulta adversa en los intereses de colpensiones, se remitirá a las diligencias al honorable Tribunal Superior de Bogotá, Sala laboral para que se surta el grado jurisdiccional de consulta en favor de dicha entidad".*

Inconforme con la decisión las apoderadas de COLFONDOS y COLPENSIONES presentaron recurso de apelación.

Así en primer lugar, COLFONDOS[1] solicita la revocatoria de la misma y la absolución de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, pues no se configuraron las causas para que fuera procedente la nulidad y la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado por la demandante, ello en virtud de lo dispuesto en el artículo 13 y el artículo 271 de la ley 100 de 1993, expresando que contrario a lo manifestado por el despacho, lo cierto es que para el momento en el que se realizó la afiliación y atendiendo a que el acto jurídico que se desplegó solamente puede ser verificado para dichos momentos, sin que sea posible y oponible aplicarle normas que salieron con posterioridad, precisando el formulario

[1] **APODERADA COLFONDOS (Récord: 31:35)**

Gracias señoría, en este estado de la dirigencia me permito presentar recurso de apelación contra la providencia preferida por su despacho el día de hoy, solicitando desde ya la revocatoria de la misma y la absolución de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, tal como se manifestó durante todo el proceso en el presente asunto no se configuraron las causas para que fuera procedente la nulidad y la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado por la demandante, esto en virtud de lo dispuesto en el artículo 13 y el artículo 271 de la ley 100 de 1993., contrario a lo manifestado por el despacho, lo cierto es que para el momento en el que se realizó la afiliación y atendiendo a que el acto jurídico que se desplegó solamente puede ser verificado para dichos momentos, sin que sea posible y oponible aplicarle normas que salieron con posterioridad, el formulario de afiliación constituía un medio idóneo para acreditar la voluntad de la parte en realizar dicha afiliación. Por eso, considera la suscrita, que en este evento debió tomarse en cuenta todos los elementos contenidos en el documento para acreditar que, en efecto, se respetó el principio de la libre escogencia. Por otro lado, no se tuvo en cuenta que si bien al entrar en vigencia de la ley, existía un deber de información para con el afiliado dicho deber de información no constituía una obligación de realizar doble asesoría o de realizar un buen consejo frente al traslado del régimen, razón por la cual, en su momento, mi representada cumplió con la obligación de realizar una asesoría en punto de informarle cuáles eran las ventajas desventajas y características del régimen.

Por otro lado, y frente a los gastos de administración, también se interpone el recurso de apelación, pues aún en el evento en el que procediera la ineficacia, lo cual también se discute en este punto de la diligencia, lo cierto es que dicho dinero ya no pertenecían a la demandante y ya no hacen parte de su cuenta de ahorro individual, por lo tanto, devolverlos o hacer una devolución a la administradora de pensiones Colpensiones de dichos dineros sería un detrimento para la entidad que represento y además constituiría un enriquecimiento sin justa causa.

En virtud de lo anteriormente expuesto, reiteró mi solicitud inicial de que se conceda el recurso de apelación a fin de que se estudie por el superior y de encontrarlo procedente se revoque en todas sus partes la sentencia preferida por el despacho y se absuelva a mi representada de cada una de las pretensiones de la demanda. Muchas gracias, señora.

de afiliación constituía un medio idóneo para acreditar la voluntad de la parte en realizar dicha afiliación.

Por otro lado, y frente a los gastos de administración, también se interpone el recurso de apelación, aduciendo que aún en el evento en el que procediera la ineficacia, lo cierto es que dicho dinero ya no pertenecía a la demandante y ya no hacen parte de su cuenta de ahorro individual, por lo tanto, devolverlos o hacer una devolución a la administradora de pensiones Colpensiones sería un detrimento para la entidad y además constituiría un enriquecimiento sin justa causa.

COLPENSIONES[2] por su parte expresa , si bien comparte y respeta lo manifestado por fallador de primera instancia, en cuanto a la carga que le fue trasladada a las demandadas, no es posible exigírsele la exhibición de pruebas

[2] **APODERADA COLPENSIONES (Récord: 34:38)**

Muchas gracias su Señoría por el uso de la palabra estando dentro de la oportunidad procesal, para ello me permito interponer y sustentar el recurso de apelación de la siguiente manera:

Primero, manifestando que respecto a la carga de la prueba, si bien este extremo procesal comparte y respeta lo manifestado por fallador de primera instancia, en cuanto a la carga que le fue trasladada a las demandadas, no es posible exigírsele la exhibición de pruebas inexistentes para la época de los hechos, dado que la normatividad para el año 1995, imponía el deber a los fondos de pensiones de brindar información clara, precisa, detallada, veraz, pero ciertamente el deber consistía en suministrar información más no en dejar constancia del suministro de la misma, dado que ésta se brindaba de manera verbal y con la firma del formulario se entendía el consentimiento informado otorgado por el afiliado, por lo que exigírsele un documento adicional o una prueba de convicción diferente al formulario de afiliación que se allegó por parte de la demandada, considera la suscrita que es una carga desproporcionada para la demandada.

Además de lo anterior, me permite iterar que conforme a lo establecido en el artículo 2 de la Ley 797 del año 2003, que modificó el literal e del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, la parte actora no se encuentra entre el límite temporal y consagrado para traslado alguno entre regímenes pensionales, dado que para la fecha en la que presentó la demanda ya contaba con 60 años de edad y lo otro es que la parte actora no es beneficiaria del régimen de transición, dado que no cumple con los requisitos del artículo 36 de la ley 100 de 1993, por requisito de tiempo de servicios, toda vez que para el 01/04/1994 solo contaba con 65,43 semanas cotizadas al régimen de prima media.

Es por lo anterior que se le solicita al fallador de segunda instancia reconocer que el traslado realizado por la parte actora el día 03/02/1995 a Colfondos fue efectuado en ejercicio del derecho de libre escogencia de régimen pensional, consagrado en el artículo 13 de la ley de 1993 y en respeto de la autonomía de la voluntad de la parte actora, toda vez que fue esta quien de manera libre y voluntaria, sin ningún tipo de coacción o por lo menos no coacción ejercidas por las aquí demandadas procedió al traslado del régimen.

Por todo lo anterior, respetuosamente se le solicita a los falladores de segunda instancia revocar la sentencia de primera instancia y en consecuencia, negar las pretensiones de la demandante, absolviendo a colpensiones, así como también respetuosamente se le solicita no imponer costas en esta instancia, dado la buena fe con la que siempre ha actuado Colpensiones y en que la misma solamente ha sido un tercero invitado a un pleito en la que nada tuvo que ver muchas gracias a su señoría.

inexistentes para la época de los hechos, dado que la normatividad para el año 1995, imponía el deber a los fondos de pensiones de brindar información clara, precisa, detallada, veraz, pero ciertamente el deber consistía en suministrar información más no en dejar constancia del suministro de la misma, dado que ésta se brindaba de manera verbal y con la firma del formulario se entendía el consentimiento informado otorgado por el afiliado, por lo que exigírsele un documento adicional o una prueba de convicción diferente al formulario de afiliación que se allegó por parte de la demandada, considera la suscrita que es una carga desproporcionada para la demandada.

Además de lo anterior, indica que conforme a lo establecido en el artículo 2 de la Ley 797 del año 2003, que modificó el literal e del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, la parte actora no se encuentra entre el límite temporal consagrado para traslado alguno entre regímenes pensionales, dado que para la fecha en la que presentó la demanda ya contaba con 60 años de edad y lo otro es que la parte actora no es beneficiaria del régimen de transición, dado que no cumple con los requisitos del artículo 36 de la ley 100 de 1993, por requisito de tiempo de servicios, toda vez que para el 01/04/1994 solo contaba con 65,43 semanas cotizadas al régimen de prima media.

Solicitando por ende reconocer que el traslado realizado por la parte actora el día 03/02/1995 a Colfondos fue efectuado en ejercicio del derecho de libre escogencia de régimen pensional, consagrado en el artículo 13 de la ley de 1993 y en respeto de la autonomía de la voluntad de la parte actora, toda vez que fue esta quien, de manera libre y voluntaria, sin ningún tipo de coacción procedió al traslado del régimen.

Por todo lo anterior, expresa se debe revocar la sentencia de primera instancia y, en consecuencia, negar las pretensiones de la demandante, absolviendo a Colpensiones, solicitando no imponer costas en esta instancia, dada la buena fe con la que siempre ha actuado y en que la misma solamente ha sido un tercero invitado a un pleito en la que nada tuvo que ver.

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 01Demanda expediente digital),* las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (*Páginas 3 a 6, ibidem),* aspirando de manera principal se declare la nulidad o ineficacia del traslado de régimen o en subsidio la ineficacia del traslado, en consecuencia se ordene a Colfondos S.A. la devolución a Colpensiones de todas las sumas de dinero, saldos con todos sus frutos e intereses (rendimientos) o en subsidio se declare que no dejo de estar afiliada al RPM y por ende se ordene a Colpensiones a recibir todos los valores que sean devueltos procediendo a la actualización de la historia laboral, teniendo en cuenta el detalle de la devolución de aportes que efectuó en el RIAS para que se vean reflejados en la totalidad de las semanas cotizadas, costas y agencias en derecho, condenas *ultra y extra petita*. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante a COLFONDOS el 3 de febrero de 1995, en consecuencia, ordenó a COLFONDOS a trasladar a COLPENSIONES, todos los valores que hubieren recibido por motivo de la afiliación de la accionante tales como cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados por administración debidamente indexados y sumas adicionales con los respectivos intereses de conformidad con las previsiones del artículo 1746 del Código Civil, esto es, con todos los rendimientos que se hubiesen causado. A su vez, la juez condenó a COLPENSIONES a recibir a la actora en el régimen de prima media con prestación definida junto con los aportes que ésta hubiese efectuado a la administradora de pensiones y cesantías COLFONDOS. Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la enjuiciada COLFONDOS no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía para con la demandante al momento del traslado de régimen.

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

antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002[3].

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 14 de enero de 1963 *(Páginas 2 y 3, Archivo 04Anexos expediente digital)*, por lo que la edad de 57 años, los cumplió el mismo día y mes del año 2020, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES y COLFONDOS el 15 de septiembre del 2022 *(Páginas 9 a 16 y 20 a 27, Archivo 04Anexos expediente digital),* esto es, cuando ya había cumplido la edad para adquirir el derecho pensional, y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos por parte de COLFONDOS al momento de allegar la contestación, había cotizado al sistema 65.43[4] semanas (*rta a derecho de petición elevado por la actora Página 52 Archivo 11 expediente digital*), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

Ahora, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el **3 de febrero de 1995** con fecha de efectividad a partir del **01 de marzo de ese año** *(Páginas 25 y 54 expediente digital Archivo 11)* por la

---

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

[4]

HISTORIA HASTA 31/03/1994					
LABORADOS		LICENCIAS / MORAS		SIMULTANEOS	
Dias	Semanas	Dias	Semanas	Dias	Semanas
458	65.43	0	0.00	0	0.00
TOTALES : LABORADOS-LICENCIAS-SIMULTANEOS					
DIAS:	458		SEMANAS:	65.43	

afiliación que hiciera inicialmente a COLFONDOS*,* específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP y en el formulario de afiliación suscrito con esa AFP.

Así las cosas, parte la Sala por indicar, las entidades encargadas de la administración y dirección de los diferentes regímenes pensionales tienen el deber de garantizar la existencia de 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 a otro.

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

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

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

> *decir, debe constatar que el traslado se produjo en términos de eficacia, para luego, determinar las consecuencias propias».*

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

En consecuencia, no solo es menester demostrar la existencia del traslado, sino que impone verificarse que este acto se produjo bajo el presupuesto de la libertad informada, pues de no cumplirse con dicho presupuesto, se incurriría en un vicio que invalidaría dicho acto jurídico, lo que trae como consecuencia o efecto, retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, con ineficacia ex tunc[5], en los términos del artículo 1746 del Código Civil, ante la inexistencia de una norma distinta que de manera explícita regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico.

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

> *«(…)*
> *De modo que al no existir una norma explícita que regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico en la legislación civil, acudió al aludido precepto relativo a las consecuencias de la nulidad, el cual consagra las mismas consecuencias de aquella. Dicha disposición establece:*
>
> > *Artículo 1746. La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita (subrayas fuera de texto).*
> >
> > *En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.*
>
> ***Entonces, según la norma precedente, el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición.*** *En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia».*

Frente a este tema, esa alta Corporación en sentencia CS SL-1948-2021 tuvo la oportunidad de precisar que la consecuencia de la inobservancia del deber de

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

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 cada AFP en cuanto 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 demandado COLFONDOS S.A.

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011[6], Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y en las

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Al punto sea del caso precisar, al absolver el interrogatorio de parte la demandante[7] refirió que los asesores de COLFONDOS lo único que le dijeron fue que el ISS se iba acabar y que en dicho fondo podía pensionarse a una edad menor.

Conforme tal medio de prueba, 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, en tanto con sus dichos no se acredita de manera alguna que conociera las implicaciones del traslado de

[7] Audiencia 12 de octubre del 2023, récord 12:12.

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

Ahora, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a COLFONDOS (Página 54 Archivo 08ContestacionPorvenir11), este no constituye en manera alguna medio probatorio que permita inferir que la actora recibió la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la AFP demandada -COLFONDOS- (sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019) y, en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus,* pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que se advierten ausentes en el plenario.

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

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 a 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 **(3 de febrero de 1995 efectivo el 01 de marzo 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 de régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

Por otro lado, es menester precisar a COLPENSIONES, no tiene incidencia alguna que la actora no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicios antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación con la información que se le debía suministrar cuando se trasladó de régimen. Al respecto se puede consultar la

sentencia de la Corte Suprema de Justicia STL 11385 del 18 de julio de 2017, radicado 47646.

En ese orden, la ineficacia del tránsito de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado por parte de COLFONDOS, del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos y gastos de administración 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, aunque esta entidad no intervino de manera directa en el acto jurídico de traslado, no puede perderse de vista que en la actualidad dentro de la estructura del sistema de pensiones es la única entidad administradora del régimen de prima media con prestación definida, siendo de contera la llamada a recibir nuevamente a la demandante como su afiliada.

No obstante, debe precisarse en virtud de la consulta que se surte en favor de Colpensiones en este punto ésta Sala de Decisión adicionará el numeral tercero del fallo de primer grado, en cuanto a que COLFONDOS además de lo ordenado por la Juez *a quo* deberá retornar las comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia[8] y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, todo debidamente indexado con cargo a sus propias utilidades[9].

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."***

[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

Lo anterior, por el tiempo en que la demandante estuvo aparentemente afiliada a esa administradora, por virtud del restablecimiento de las cosas a su estado inicial.

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

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

Así lo 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)

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

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

> *[…]*
>
> *La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C.,* ***esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.***
>
> *Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual,* ***ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.***
>
> *Las consecuencias de la nulidad no pueden ser extendidos a terceros, en este caso, a la administradora del régimen de prima media en el que se hallaba el actor antes de producirse la vinculación cuya nulidad se declara, de modo que no debe asumir por el sistema de pensiones sanciones derivadas de la mora en el pago íntegro del derecho pensional, obligaciones por las que sólo ha de responder a partir de cuándo le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada».*

Igualmente, en la sentencia CSJ SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, se expuso:

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

Por otro lado, conviene 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.

Ahora bien, en cuanto al principio de la sostenibilidad financiera, recuérdese 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[10] *(Página 7, Archivo 08 Contestación Colpensiones expediente digital)*, entidad ésta última a favor de quien se surte la consulta*,* basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la mencionada sentencia SL-1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por la encartada, acogiendo esta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

Agotada la competencia de la Sala, 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,

R E S U E L V E

PRIMERO: ADICIONAR el ordinal **TERCERO** del fallo de primer grado, para ordenar a COLFONDOS S.A. a devolver a COLPENSIONES, además de lo señalado por la Juez *a quo,* las comisiones, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima todo debidamente **indexado** con cargo a sus propias

[10] Se tuvo por contestada la demanda en auto del 25 de agosto del 2023, archivo 15 expediente digital.

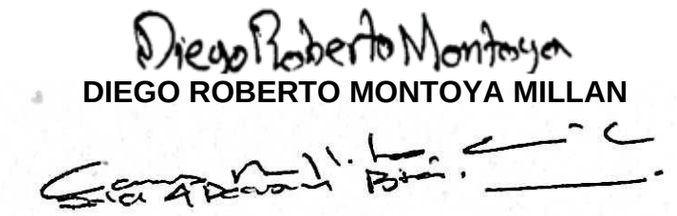
utilidades, por el tiempo en que el demandante estuvo aparentemente afiliada a esas administradoras, conforme lo considerado.

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

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

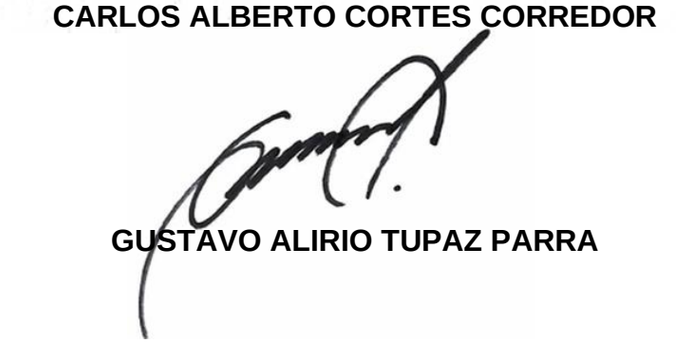
CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL

BOGOTA D.C.

SALA LABORAL.

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR JOHARE ALMANZA MONTERO CONTRA RODRIGUEZ ANGEL Y CIA S.A.S. -RODRIANGEL S.A.S.- (RAD. 09 2021 00259 01).

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre 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, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 13 numeral primero del artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio del 2022, profieren la siguiente

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por el apoderado del demandante y por la apoderada de la parte demandada, contra la sentencia proferida por la Juez Novena Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 16 de febrero del 2023 (Audiencia virtual, archivo 16, récord: 26:01), en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO. DECLARAR*** *la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre el señor Johare Almanza Montero y Rodríguez Ángel y CIA S.A.S. – Rodriangel S.A.S. desde el 8 de julio de 2013 hasta el 26 de marzo de 2021, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*
>
> ***SEGUNDO. CONDENAR*** *a la sociedad Rodriangel S.A.S. a pagar al demandante las siguientes cifras:*
>
> *Cesantías:*
>
> - *2014: $2.671.388,89*
> - *2015: $3.450.000*
> - *2016: $3.450.000*
> - *2017: $3.691.500*
> - *2018: $3.842.000*
> - *2019: $4.037.000*
> - *2020: $4.037.000*

- *2021: $964.394,44*

Intereses a las cesantías:

- *2019: $461.040*
- *2020: $484.440*
- *2021: $600.167,33.*

Primas de servicio:

- *2018: $3.842.000*
- *2019: $4.037.000*
- *2020: $4.037.000*
- *2021: $964.394,44*

Compensación en dinero de las vacaciones: $ 8.130.069,44.

***TERCERO. CONDENAR** a la sociedad Rodriangel S.A.S. a pagar los aportes a las administradoras del sistema general de seguridad social en salud y pensiones a las que se encuentre afiliado el demandante por el periodo comprendido entre el 8 de julio de 2013 y el 26 de marzo de 2021, tomando como Ingreso Base de Cotización los montos indicados en la parte motiva de esta providencia.*

***CUARTO. DECLARAR** parcialmente probada la excepción de prescripción y probada la de buena fe.*

***QUINTO.** Ante el fracaso de las indemnizaciones, se ordena que las condenas se paguen debidamente indexadas.*

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

***SÉPTIMO. COSTAS.** Las costas serán a cargo de la parte demandada. Fíjense como agencias en derecho la suma de $4.000.000, de conformidad con lo indicado en la parte motiva de este fallo.*

Inconforme con la decisión el apoderado del demandante apeló parcialmente el fallo en punto a la absolución de la indemnización por el no pago de las cesantías, aduciendo que la juez de primer grado hace un análisis relacionado con que el empleado llevó a la demandada a que lo contrataran por prestación de servicios, precisando la parte débil de la relación laboral no es el empleador, este no es el que se somete a la voluntad del trabajador, es el trabajador el que se somete a la voluntad y a lo que el empleador le ordene, por lo que considera si hubo una mala fe del empleador al pretender enmascarar lo que es una relación laboral y con ello ahorrarse las obligaciones que derivan de él, por lo que en su sentir si procede la indemnización por el no pago oportuno de las cesantías el 14 de febrero de cada año y por el no pago oportuno de las cesantías a la finalización del contrato (*Audiencia virtual, archivo 16, récord: 29:00*[1]).

[1] ***Recurso Parte Demandante:** "Señoría, es parcial porque es entorno a las pretensiones que podemos denegadas lo que se refiere al pago de las indemnizaciones por el no pago oportuno de las cesantías. Eh,*

La demandada por su parte apela la decisión de la declaratoria del contrato de trabajo, advirtiendo el demandante presentó su renuncia el 31 de enero del 2014 ya que tenía muchos inconvenientes de índole laboral y el 4 de febrero presenta una propuesta de prestación de servicios profesionales para que la empresa aceptara el cumplimiento de unos horarios que el mismo impuso y que no cumplía, situación que aduce fue corroborada por los testigos.

Indica la exigencia del cumplimiento del horario se dio no por un poder subordinante sino era por un compromiso que el demandante adquirió, y si bien se le hicieron unos requerimientos respecto a un horario, ello no implica que por esta razón se deba tener en cuenta como si fuera un contrato laboral, pues si bien había un cumplimiento de horario, este se dio por la propia iniciativa y propuesta presentada por el demandante ante la empresa.

Insiste en la no existencia de la subordinación respecto a las actividades que este ejercía, porque la empresa, es de venta de insumos médicos y no existe un contador por encima de él que le tenga que decir cómo tiene que hacer su trabajo

Aduce no se acoge el criterio establecido por el juzgado en el sentido de decir que no existe solución de continuidad porque, en efecto, sí existen unos días de diferencia en los que el demandante insiste en que le acepten la propuesta.

Solicitando revocar la declaratoria de la existencia de un contrato de trabajo y como consecuencia las pretensiones o las condenas interpuestas por el juzgado al pago de las cesantías, primas, vacaciones, pago de Seguridad Social y demás

---

aquí su Señoría hace un análisis y plantea que es que el empleado los llevó a que lo contrataran de esa manera y resulta que no la aquí. El contrato es uno solo no hubo solución de continuidad entre él. El uno arranca el 8 de julio y termina el 4 de febrero del 2014 y vuelve y arranca el siguiente, el 5 de febrero. No hay, no hay solución de continuar el uno y el otro. Y lo cierto del caso es que la parte débil de la de la relación laboral no es el empleador, el empleador no es el que se somete a la voluntad del trabajador, es el trabajador el que se somete a la voluntad y a lo que el empleador ordene. Aquí se ha demostrado ello y entonces yo sí considero que hay una mala fe del empleador al pretender de manera soterrada enmascarar lo que es la relación laboral. Y con ello, pues, ahorrarse lo que las obligaciones que derivan de él. Entonces yo considero que sí proceden, que son procedentes las prestaciones con relación a la indemnización por el no pago oportuno de las cesantías el 14 de febrero de cada año y, por supuesto, por el no pago oportuno de las cesantías a la finalización del contrato. Por ello, solicitó al Tribunal que modifique el fallo en este sentido y lo adicione ordenando las condenas que corresponden a la indemnización por el no pago oportuno de las cesantías y la indemnización que corresponde al no pago a la finalización del contrato de las cesantías finales. Muchas gracias, señorita, muy amable".

emolumentos prestacionales con ocasión a esta relación que se indica existió entre las partes (*Audiencia virtual, archivo 16, récord: 31:00*[2]*)*

---

[2] ***Recurso Parte Demandada:*** *"Su Señoría. En igual sentido, me permito dentro de la oportunidad procesal correspondiente de presentar recurso de apelación de manera parcial a la sentencia proferida por su despacho en el siguiente sentido.*

Queremos ser enfáticos, como se dijo en los alegatos de conclusión que a diferencia de lo que pues el despacho decidió estudiar ahí al aseverar que no existe solución de continuidad para Rodriángel existen varios que solicito estudiar para resolver el recurso de apelación, el primero es, la apelación debe ir dirigida al desvirtuar la existencia del contrato de trabajo, es decir, la declaración del contrato realidad, como quiera que el señor Johare como se llega y se prueba en los documentos anexos al expediente, presentó su renuncia de manera voluntaria el 31 de enero del 2014 tal como lo dijeron igualmente los testigos, porque los pues el obviamente, los testimonios que se relataron en la sentencia pues van condicionados al sentido del fallo, pero estos también dieron otros datos importantes y relevantes al presente caso, y es que el señor Johare presentó muchos inconvenientes de índole laboral, lo que lo llevó a él de manera voluntaria a presentar su renuncia. Eso lo dijeron los testigos aquí en la audiencia al ver que el señor Johare, pues obviamente renunció este mismo el día 4 de febrero, presenta una propuesta de prestación de servicios profesionales, lo que nos lleva a pensar, obviamente que pues a diferencia de lo que dice el doctor Francisco Quiroga, la mala fe no es por parte de Rodriángel, nótese que la mala fe que existió acá en este caso fue el demandante Johare Almanza, que presenta una propuesta de servicios profesionales para que la empresa aceptara su propuesta bajo unos cumplimientos de horario que él mismo puso. El mismo puso ese esos horarios y él mismo fue el que decidió venir y a pesar de esos horarios, los testigos también fueron claros en decir que él no cumplía un horario, a pesar de que él se lo puso de manera libre y voluntaria. El no cumplió tampoco con los horarios que el mismo se impuso. Como quedo aquí también establecido y que solicitó al Tribunal Superior escuchar los testimonios que rindieron aquí las partes e incluso los propios testimonios del señor Johare también son enfáticos en decir que no recuerdan si cumplía un horario o no, si venían los lunes de lunes a viernes o no, sino, pues porque obviamente no tienen esa información, no está reporte el biométricos, los sábados el nunca venía, cosa que también tenía aquel que probar porque la carga probatoria de la pretensión que él estaba solicitando. Entonces, a pesar de eso, no cumple el horario, entonces la empresa no es por tener un poder subordinante ante el trabajador independiente, sino una exigencia que se puede hacer a un compromiso que él mismo adquirió, se le hiciera unos requerimientos respecto a un horario, pero ello no implica en ese orden de ideas que sea pues un, el que se tenga que tener en cuenta como si fuera un contrato laboral, tal como se ha señalado y se dijo también en los alegatos de conclusión en sentencia SL 9801 del 2015 magistrado ponente, Jorge Mauricio Burgos Ruiz, en donde señala que los horarios que presten los trabajadores independientes no significan que exista forzosamente una subordinación laboral, por lo que pues el hecho de que ellos tengan que prestar un servicio bajo algunos horarios de trabajo, que en este caso el mismo señor Johare presentó, ello no implica, pues, que por ese sentido exista una subordinación laboral. Eh, igualmente. No, no se acoge el criterio establecido por el juzgado en el sentido de decir que no existe, es que no existe solución de continuidad. Porque, en efecto, sí existe casi unos días de diferencia en los que el señor Johare insiste en que le acepten la propuesta. Tanto es así que se que la Junta de la Asamblea se reúne para estudiar el caso de él y poder aceptar su propuesta. Entonces, después de que el señor Johare conoció todos los términos de su propuesta. Trabajó bajo esa modalidad que él mismo presentó entonces, ahora sí, de muy mala fe presenta una demanda contra la empresa diciendo, pues que le violaron sus derechos laborales cuando él fue el que desarrolló toda la vinculación de esa forma presentó una propuesta de servicios profesionales. Donde en este caso también y como se estableció en el debate probatorio, no existía una subordinación respecto a las actividades que este ejercía, porque la empresa, como se dijo en los alegatos de conclusión, es de venta de insumos médicos y aquí no existe un contador por encima de él a que le tenga que decir cómo tiene que hacer su trabajo. Eh, como tiene que pagar los impuestos a hacer bueno las retenciones todos esos temas, pues que desconozco en este momento porque no es mi área de ejercicio, sino que sí los conoce el señor Johare y el señor, Johare era el que ejercía esas funciones aquí, porque acá ninguno tiene esa facultad de poder ejercer un control disciplinario sobre él respecto a sus actividades propias, porque como se informó, el objeto social de Rodriángel es otro, salvo que fuera una empresa de contadores, él tuviera que rendirle cuentas a otro contador, como pudiera ser en otro caso concreto.

En este orden de ideas, Eh, su Señoría nos apartamos de la sentencia en el sentido de haber declarado la existencia de un contrato en realidad, ya que pues como se ha expuesto durante el proceso y en este momento, en el recurso de apelación, si bien es cierto, en alguna de las cláusulas se estipuló que él se debería cumplir un horario esté realmente nunca se cumplió y si es importante establecer que aunque se haya puesto que había un cumplimiento, un horario, este se dio por la propia iniciativa y propuesta presentada por Johare ante la empresa. Por eso es que es importante estudiar, pues la propuesta que él presentó, esas condiciones que se estudiaron para iniciar ese contrato, el tiempo que duró efectivamente, no

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 JOHARE ALMANZA MONTERO, las pretensiones visibles en las páginas 6 y 7 (Archivo 3 expediente digital), las cuales encontraron soporte en los fundamentos fácticos de páginas 3 a 6 del mismo archivo, encaminadas a que se declare la existencia de un contrato de trabajo (contrato realidad) del 8 de julio del 2013 al 9 de abril del 2021, en consecuencia se condene al pago desde el 4 de febrero del 2014 de las cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones la indemnización por no pago de cesantías, pago de aportes al sistema de seguridad social en salud y pensiones, indemnización por despido sin justa causa, indemnización moratoria por el no pago oportuno de salarios y prestaciones sociales, costas del proceso, la indexación de los valores que sean reconocidos, derechos *ultra y extra petita*. **Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable** a sus aspiraciones, por cuanto se declaró la existencia de un único contrato de trabajo con RODRIANGEL S.A.S., del 8 de julio del 2013 al 26 de marzo del 2021, condenando al pago de cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios, compensación en dinero de vacaciones, aportes a seguridad sociales en salud y pensiones en donde se encuentre afiliado el demandante, declaro parcialmente probada la excepción de prescripción de las acreencias causadas con anterioridad al 17 de febrero del 2018 con excepción de las cesantías y los aportes al sistema de seguridad social en salud y pensión, absolviendo de la indemnización por despido, indemnización moratoria e indemnización por no consignación de las cesantías. Lo anterior tras considerar que al demandante tan solo le bastaba probar la prestación del servicio por todo el tiempo alegada y a la demandada desvirtuar la presunción que cobijaba al actor, precisando el actor acreditó que prestó sus servicios como contador durante el lapso del 8 de julio del 2013 al 26 de marzo del 2021, sin que la accionada acreditará que la misma fue autónoma e independiente,

---

fue de un día para otro. Si existe una interrupción en el tiempo en la prestación del servicio. Claramente, pues sí, era el mismo cargo, pues porque se necesitaba un contador para la empresa. Entonces solicito al Tribunal Superior de Bogotá revocar la declaratoria de la existencia de un contrato de trabajo y como consecuencia las pretensiones o las condenas interpuestas por el juzgado noveno, en el sentido de condenar al pago de las cesantías, primas, vacaciones, pago de Seguridad Social y demás emolumentos prestacionales con ocasión a esta relación que se indica existió entre las partes".

condenando al pago de las acreencias atrás citadas al no encontrar su pago por parte de la enjuiciada, absolviendo de las indemnizaciones moratoria y por no consignación de cesantías por encontrar buena fe en el actuar de la pasiva y frente a la indemnización por despido indicó no existir prueba de la finalización del contrato por parte del empleador.

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

Así pues, la apelación de la parte accionada se concreta específicamente a la inconformidad relacionada con el hecho de que se haya declarado una relación laboral del 8 de julio del 2013 al 26 de marzo del 2021, periodo en el cual sostiene desde el 4 de febrero del 2014 lo que se desarrolló fue un contrato de prestación de servicios.

Precisado lo anterior y con el ánimo de dar desarrollo a los puntos esgrimidos en esta alzada 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, 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 RODRIGUEZ ANGEL Y CIA S.A.S. para el periodo objeto de apelación -*8 de julio de 2013 hasta el 26 de marzo de 2021*- 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 en ese lapso, correspondiendo por tanto a la citada demandada 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[3].

De modo que, atendiendo a los argumentos de dicha accionada 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 desarrolladas con posterioridad al 4 de febrero del 2014 fueron desarrolladas con total autonomía por parte de la accionante, precisando la demandada no desconoce la existencia del contrato laboral del 8 de julio del 2013 al 31 de enero del 2014 sino de aquel que se dio desde el 4 de febrero del 2014 y hasta el 26 de marzo del 2021.

En esos términos, rindió interrogatorio de parte el representante legal de la demandada (Audiencia 11 de octubre de 2022 archivo 14, récord: 12:45) quien expreso conocer al demandante desde el año 2013 por cuanto trabajó como contador de la empresa mediante un contrato de trabajo, precisando a partir del 5 de febrero del 2014 por una propuesta que hiciera el propio accionante sus labores se dieron en virtud de un contrato de prestación de servicios, en un horario establecido por el propio demandante, indicando que durante el desarrollo de ese contrato si se le hicieron llamados de atención por el incumplimiento del horario pactado y que la finalización de ese vínculo se dio en el año 2021 por renuncia voluntaria y verbal dado que no se le aumentaron los honorarios, manifestó igualmente que antes del 5 de febrero del 2014 y después de esa data las funciones del actor siempre fueron las mismas.

También se escuchó la declaración de las testigos que trabajaron para la demandada así: KAREN JULIETH PARDO[4] (2020-2021 Coordinadora Logística),

---

[3] *«Sea lo primero recordar que tal y como lo ha reiterado esta Sala, para la configuración del contrato de trabajo se requiere que esté demostrada la actividad personal del trabajador a favor del demandado, y en lo que respecta a la continuada subordinación jurídica –que es el elemento característico y diferenciador de toda relación de carácter laboral-, no es menester su acreditación cuando la primera se hace manifiesta, pues en tal evento, lo pertinente es hacer uso de la prerrogativa legal prevista en el artículo 24 del Código Sustantivo de Trabajo modificado por el artículo 2.º de la Ley 50 de 1990, según el cual «se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo».*

*De acuerdo con lo anterior, al actor le basta **con probar en el curso de la litis su actividad personal, para que se presuma en su favor el vínculo laboral, y es al empleador a quien le corresponde desvirtuar dicha presunción, evidenciando que la relación fue independiente y no subordinada**."*

[4] Audiencia 11 de octubre del 2022, archivo 14, record: 27:04

JHINETH MAGALY LONDOÑO RIOS[5] (2020 auxiliar de tesorería) y FRANCYLENA YAMILE MARTINEZ RODRIGUEZ[6] (2014-2017 Jefe de calidad y jefe de personal), dichas deponentes refirieron conocer al demandante como trabajador de la empresa en el cargo de contador, expresando que era el encargado de manejar la contabilidad de la sociedad (importaciones, facturaciones, estados financieros, presentación de impuestos), precisando que durante el lapso en que estuvieron vinculadas siempre lo vieron prestando el mismo servicio con un horario de lunes a viernes de 7:30 am a 5:30 pm y sábados de 9 am a 12 pm. Las testigos Londoño Ríos y Martínez Rodríguez señalaron que el actor debía pedir permisos para ausentarse al señor Mauricio o a la señora Constanza directivos de la empresa, manifestando ésta última deponente que al actor se le hacían exigencias sobre el cumplimiento del horario y sus funciones.

De igual manera se recepcionaron los testimonios de KELLY LORAINE JIMENEZ[7] (técnico de soporte técnico de la enjuiciada desde 2016), GLADYS MERCEDES CRUZ[8] (secretaria de la empresa de 1991 al 2020) y LUIS ORLANDO MARQUEZ PARRA[9] (Revisor Fiscal de la demandada desde el 2012).

La primera de las deponentes expuso que el demandante era el contador de la compañía, asistía de lunes a viernes en la franja de 8 am a 4pm y sabe por comentarios de otros compañeros que estaba vinculado por contrato de prestación de servicios.

La señora Gladys Cruz adujo haber trabajado con el demandante durante 7 u 8 años quien era el Contador de Rodriangel y era supervisado por el revisor fiscal de la demandada señalando que horario fijo no tenía, no usaba el sistema biométrico, manifestando si bien el demandante renunció en una época ante el incumplimiento de los horarios, posteriormente tuvo otra vinculación en donde se acordó los días y las horas en que iba asistir y que le fueran de más fácil acceso.

[5] Audiencia 11 de octubre del 2022, archivo 14, record: 36:30
[6] Audiencia 11 de octubre del 2022, archivo 14, record: 45:30
[7] Audiencia 11 de octubre del 2022, archivo 14, record: 57:40
[8] Audiencia 11 de octubre del 2022, archivo 14, record: 1:10:20
[9] Audiencia 11 de octubre del 2022, archivo 14, record: 1:21:42

Finalmente, el revisor fiscal de la demandada refirió, el demandante tuvo dos vinculaciones, la primera mediante contrato de trabajo y la segunda por contrato de prestación de servicios porque siempre llegaba tarde y no cumplía su horario, siendo en todo momento el responsable de la parte contable de la empresa, afirma el accionante iba todos los días a la empresa, pero en horarios diferentes y le rendía informes a él como el revisor fiscal, señalando el actor se retiró en el año 2021.

Frente a la prueba testimonial lo primero que se advierte es que los mismos gozan de plena credibilidad por parte de esta Sala de decisión dado que fueron espontáneos, los mismos dan fe por su conocimiento directo de las circunstancias en que se desarrolló la relación contractual que ató a las partes, manifestando la razón de su dicho sin que se percibiera ánimo de favorecer alguna de las partes, aunado a que les consta de manera directa los hechos narrados por haber prestado sus servicios para la demandada junto con el demandante, de modo que brindan importantes indicios que ratifican la prestación personal del servicio del señor JOHARE ALMANZA MONTERO durante los años 2013 a 2021, por lo que examinados en conjunto con los demás medios probatorios, se colige que en efecto siempre hubo una prestación personal del servicio del actor durante ese lapso y en favor de la demandada, entronizándose así, la presunción legal contenida en el artículo 24 del C.S.T.

Por ende contrario a lo expuesto en el recurso de apelación por la pasiva, se itera analizado en su integridad el acervo probatorio acopiado en autos, no encuentra la Sala elementos que, en suma, conlleven a desvirtuar dicha presunción, particularmente, factores que permitan concluir que la actividad realizada por el demandante era autónoma, ni siquiera con lo señalado por el representante legal de la accionada en el interrogatorio de parte y por los testigos arrimados al proceso, quienes por el contrario con sus declaraciones confirman la existencia de una verdadera relación laboral.

De modo, que ninguno de ellos pudo desvirtuar la aludida presunción, y, por el contrario, la reafirman con sus dichos al señalar que, por ejemplo, por las labores como contador el accionante recibía una remuneración fija a través de la cuenta de cobro que este pasaba, sumado a que desarrollaba las labores en las instalaciones de la empresa dentro del horario establecido por ella para

desarrollar su labor, pues todos los testigos al unísono refirieron siempre haberlo visto de lunes a viernes.

Advirtiéndose si bien en las pruebas aportadas con la contestación de la demanda se aporta una misiva del 31 de enero del 2014 que aduce la impugnante no fue tenida en cuenta, junto con la liquidación de prestaciones (Págs. 37 y 38 Archivo 6 expediente digital)



Bogotá DC, Enero 31 de 2014

Señores:
RODRIGUEZ ANGEL & CIA SAS
Departamento de Talento Humanos
Atte.: Nohora Duarte
La ciudad

Respetados señores:

A través de esta carta, quiero manifestarle mi deseo de renunciar al puesto de trabajo como contador de RODRIANGEL SAS, que he ejercido desde julio de 2013. Dicha decisión corresponde a motivos estrictamente personales.

Por tal razón, es importante informarles que a partir del 31 de enero de 2014 me desvincularé de la empresa.

Quiero agradecerles la oportunidad brindada, igualmente a mis compañeros de trabajo. Deseo siempre lo mejor para esta empresa y me sentiré parte de ella eternamente.

Cordialmente,

JOHARE ALMANZA MONTERO
CC 72.271.315 de Barranquilla

Se ha de indicar por esta Sala de decisión aun cuando formalmente parecería que el vinculo contractual terminó en esa fecha, ha de señalarse con independencia de las razones que motivaron la presentación de esa renuncia, armonizado su contenido con los demás medios de convicción, los cuales fueron valorados bajo las reglas de la sana crítica por esta Sala de Decisión, y teniendo en cuenta el principio de la primacía de la realidad, esto es que en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de los documentos o acuerdos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos, es claro que la verdadera relación jurídica contradice lo que informa dicha carta de terminación y el contrato de prestación de servicios

suscrito entre el demandante y la sociedad RODRIANGEL & CIA S.A.S. el 5 de febrero del 2014, por lo cual, este no opaca la realidad de lo vivido entre las mismas.

En este punto, previo a continuar con el examen, debe señalarse, en lo que tiene que ver con el tema de la solución de continuidad apelado por la demandada, conviene precisar que en la relación que nos ocupa esto es entre el 8 de julio del 2013 y el 26 de marzo del 2021[10] fue de manera continua, como quiera que pese a que se daría una interrupción entre la finalización del contrato celebrado el 8 de julio del 2013, esto es, 31 de enero del 2014 y la suscripción del contrato de prestación de servicios -5 de febrero del 2014- ésta corresponde a tan solo 4 días, destacándose en todo caso, la relación contractual entre las partes se mantuvo por espacio de **7 años, 8 meses y 18 días**, por lo que contrastado el lapso de interrupción contra el término del contrato, éste fue ínfimo, aunado a que conforme la testimonial recaudada el accionante siempre ejerció sus funciones bajo los parámetros propios de un contrato de trabajo, de manera continua, sin presenciar los declarantes algún tipo de ausencia.

Sobre este aspecto recuérdese la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en sentencia SL 2534-2023 Rad. 96439 del 18 de septiembre del 2023 citando la SL981-2019 adujo:

> *"En torno al desarrollo lineal y la unidad del contrato de trabajo, resulta pertinente recordar que cuando entre la celebración de uno y otro contrato median interrupciones breves, como podrían ser aquellas* ***inferiores a un mes****, estas deben ser consideradas como aparentes o meramente formales, sobre todo cuando en el expediente se advierte la intención real de las partes de dar continuidad al vínculo laboral, como aquí acontece. Así lo ha sostenido la Corte, entre otras, en sentencia CSJ SL4816-2015:*
>
> > *(…) esta Sala de la Corte ha expresado que las interrupciones que no sean amplias, relevantes y de gran envergadura, no desvirtúan la unidad contractual, ella ha sido bajo otros supuestos, en los que se ha estimado que las interrupciones por 1, 2 o 3 días, e incluso la mayor de apenas 6 días, no conducen a inferir una solución de continuidad del contrato de trabajo real (…) (CSJ SL. 15 feb, 2011, rad. 40273).*

En ese orden de ideas, al estar determinada la prestación personal del servicio, como ya se dijo, la parte actora cuenta con la ventaja probatoria que presume los demás elementos del contrato de trabajo, sin que sea el accionante el que deba

[10] Conforme a la certificación expedida por la demandada el 27 de abril del 2021, el actor laboró allí hasta el 26 de marzo del 2021 (pág. 43 Archivo 06)

acreditar la subordinación, como tampoco el cumplimiento de un horario es el único punto que se debe analizarse para desvirtuar la misma, ya que existen otros indicios que dan cuenta de una relación laboral subordinada 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, pero que deben armonizarse con 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)[11]».*

De tales indicios para determinar la subordinación, en el caso de marras, se evidencian como tales, aparte de prestar el servicio personal, la labor era realizaba por el actor en las instalaciones de la demandada, hubo continuidad en el desempeño de esa labor, cuyo único beneficiario era la demandada, sumado a que el cargo de Contador pertenece a la estructura de la empresa y por ende el demandante era parte integrante de la organización de la sociedad; tan es así que la enjuiciada le realizó diversos llamados de atención como se puede ver de

---

[11] 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.

las misivas de folios 63, 64, 65, 66, 67, 68 y 70 (Archivo 01 expediente digital) por medio de las cuales ejercía su poder sancionatorio, siendo dable de este modo, concluir la subordinación del actor respecto del beneficiario de sus servicios personales RODRIANGEL & CIA S.A.S., lo cual se repite no fue desvirtuado por ésta y por lo tanto, no puede colegirse cosa distinta a que entre la actora y la llamada a juicio existió una verdadera relación de trabajo durante todo el lapso del 8 de julio del 2013 al 26 de marzo del 2021, y bajo ese entendido, habrá de confirmarse la sentencia de primer grado en este aspecto, sin que se hubiera presentado reparo alguno por parte de la demandada frente al valor de las condenas impuestas.

Ahora y en cuanto a la apelación del demandante, esto es, la **sanción moratoria de que trata el art. 65 del CST y la del artículo 99 de la Ley 50 de 1990**, debe recordarse la jurisprudencia del órgano de cierre de esta jurisdicción ha señalado que ni su imposición ni su exoneración es automática, dado que es necesario determinar si el empleador actuó de mala fe al resistirse a reconocerle al trabajador los derechos laborales que contempla el orden jurídico. (CSJ SL, 24 abr. 2012, rad. 39600, CSJ SL9156-2015, CSJ SL1430-2018 reiteradas en sentencia SL-3345-2021).

Así mismo, en la providencia CSJ SL1439-2021 se recordó que las sanciones moratorias (artículos 65 CST, 99 Ley 50 de 1990), proceden cuando el empleador no aporta elementos de convicción o razones satisfactorias y creíbles de su conducta, es decir, que obró de buena fe, pese a incurrir en mora en el pago de salarios y prestaciones del trabajador.

De igual modo, se advirtió desde la sentencia CSJ SL9641-2014, que «*la buena o mala fe no depende de la prueba formal de los convenios o de la simple afirmación del demandado de creer estar actuando bajo un vínculo no laboral, pues, en todo caso, es indispensable verificar «otros tantos aspectos que giraron alrededor de la conducta que asumió en su condición de deudor obligado; vale decir, además de aquella, el fallador debe contemplar el haz probatorio para explorar dentro de él la existencia de otros argumentos valederos, que sirvan para abstenerse de imponer la sanción»*.

En este orden de ideas y como se estudió a lo largo de esta providencia se tiene que la parte demandada cimentó su defensa en el argumento de que con posterioridad al 31 de enero del 2014 el actor estuvo vinculado bajo la modalidad de un contrato de prestación de servicios y que por ende no se generaron prestaciones sociales a su favor, hecho que no probó dentro del plenario conforme lo visto, en tanto como ya se señaló en este proveído en la realidad el verdadero vínculo contractual del actor con la demandada se dio fue mediante un contrato laboral, por ende para esta Sala de decisión y contrario a lo considerado por la Juez de primer grado; la conducta de la sociedad empleadora sí estuvo desprovista de buena fe.

Precisándose, desde luego, la accionada no aportó razones o elementos de juicio convincentes que le permitan sustraerse de la mala fe, pues la sola circunstancia de acordar con el trabajador un contrato de prestación de servicios no conduce inexorablemente a inferir un íntimo convencimiento actuar bajo los postulados de la buena fe, conforme se puntualizó en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral SL 996-2023 Rad. 94316 del 9 de mayo del 2023 donde se reiteró que sola la presencia de contratos de prestación de servicios, no es suficiente para tener por probada la buena fe del empleador así:

> *"Por tanto, la buena o mala fe en este caso no depende de la prueba formal de los convenios y la creencia de estar actuando conforme a derecho. Al respecto, en sentencia CSJ SL854-2021 se explicó que:*
>
> > *De igual modo, la Sala ha estimado que la buena o mala fe no depende de la prueba formal de los convenios o de la simple afirmación del demandado de creer estar actuando conforme a derecho, pues, en todo caso, es indispensable la verificación de «otros tantos aspectos que giraron alrededor de la conducta que asumió en su condición de deudor obligado; vale decir, además de aquella, el fallador debe contemplar el haz probatorio para explorar dentro de él la existencia de otros argumentos valederos, que sirvan para abstenerse de imponer la sanción» (CSJ SL9641-2014).*
>
> *De otra parte, la circunstancia de que el actor hubiera aceptado suscribir un contrato distinto al laboral, cuando en realidad se trata de un verdadero nexo de trabajo, no exime al empleador de ser condenado al pago de la indemnización moratoria, si no se demuestra, como no se hizo en este caso, que su actuar estuviera revestido de buena fe.*
>
> *En lo que atañe a este puntual aspecto, la corporación en sentencia CSJ SL1035-2016, dijo:*
>
> > *No puede olvidarse que el trabajador es la parte débil de la relación, y que en muchas ocasiones se ve compelido por la necesidad de*

> *obtener una fuente de ingresos para su subsistencia y la de su familia, a aceptar condiciones alejadas de las que en estricto rigor rigen en el mundo del trabajo, y el que haya prestado su consentimiento para suscribir contratos aparentes de prestación de servicios como aquí sucedió, no exime per se al empleador del pago de la indemnización moratoria, cuando se demostró que la entidad demandada procedió a suscribir varios de esos contratos de manera sucesiva para el ejercicio del cargo de Trabajadora Social en labores administrativas propias del giro ordinario de sus actividades, con abierto desconocimiento de las normas que regulan la contratación administrativa de servicios personales.*
>
> *[…]*
>
> *De ahí que, mirado en conjunto el caudal probatorio, lo que acontece en el sub examine, es que en la práctica el ISS abusó en la celebración y ejecución de contratos de prestación de servicios con supuestos mantos de legalidad, con el único propósito de negar la verdadera relación de trabajo subordinado como la del analizado servidor, a efecto de burlar la justicia y los condignos derechos sociales que debieron reconocerse a tiempo a favor del trabajador demandante, lo que es reprochable y reafirma la mala fe de la entidad empleadora."*

En ese sentido, considera la Sala es procedente las sanciones objeto de estudio.

Advirtiéndose frente a la *INDEMNIZACION POR NO CONSIGNACION DE LAS CESANTIAS* la demandada debió consignar las cesantías del actor durante la ejecución del vínculo laboral y a más tardar el 14 de febrero de cada anualidad, por ende y como quiera que dentro del debate del presente asunto como ya se dijo, no se constató justificación alguna frente a dicho aspecto, se estima desdeñable la posición de la llamada a juicio al sustraerse de la consignación de las mismas señalando que se encontraba ejecutando un contrato de prestación de servicio.

Conforme lo anterior como la enjuiciada en efecto no consignó las cesantías ello conlleva inexorablemente al pago de la referida indemnización, reiterándose no obra prueba de haberse efectuado la consignación de ésta prestación social en las fechas correspondientes, lo que permite inferir que el comportamiento del empleador del demandante estuvo **orientado a desconocer y sustraerse de la obligación del pago de las cesantías que por ley le correspondía, no encontrándose justificación alguna para tal circunstancia, evidenciándose por ende la mala fe de la demandada.**

Se tendrá en cuenta para su liquidación la fecha desde la cual la Juez expuso que se no se encontraban prescritas las acreencias del actor, esto es, las

causadas con posterioridad al 17 de febrero del 2018 (3 años anteriores a la reclamación ante el empleador que lo fue el 17 de febrero del 2021 pág. 54 Archivo 01), con los salarios expuestos en los hechos 15 a 17 de la demanda (pág. 73 Archivo 01) aceptados por la demandada en su contestación (pág. 69 y 70), generándose así una deuda por **$142.735.867,** adicionándose en este punto el fallo de primer grado, con excepción claro está, de las cesantías de año 2021, las cuales atendiendo el finiquito del vínculo -26 de marzo del 2021-, debían ser canceladas directamente al trabajador, como así se condenó en primera instancia.

INDEMNIZACIÓN POR NO CONSIGNACIÓN DE LAS CESANTIAS					
Cesantias	***causadas***	***No Dias***	***Salario Mensual***	***Salario Diario***	***Subtotal***
2018	17/02/2018 al 14/02/2019	358	$ 3.842.000	$ 128.067	$ 45.847.867
2019	15/02/2019 al 14/02/2020	360	$ 4.037.000	$ 134.567	$ 48.444.000
2020	15/02/2020 al 14/02/2021	360	$ 4.037.000	$ 134.567	$ 48.444.000
2021	No se generó pues el cto termino el 26 de marzo del 2021				
				TOTAL	**$ 142.735.867**

Y en cuanto a la *INDEMNIZACIÒN MORATORIA* se tiene que el contrato de trabajo terminó el **26 de marzo del 2021** en vigencia de la modificación introducida al artículo 65 del CST por el 29 de la Ley 789 de 2002; el último salario del actor resultó superior al mínimo[12] ($4.037.000) y la demanda se presentó el **25 de mayo de 2021**[13], es decir, dentro de los 24 meses después de la terminación del contrato, por lo tanto, la sanción equivale al pago de una día de salario por cada día de retardo (entre el 27 de marzo del 2021 al 27 de marzo del 2023 por valor de **$96.888.000**[14]) y a partir del mes 25 se causarán «*intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria»*, desde el 28 de marzo de 2023 y, hasta cuando se verifique el pago de las prestaciones sociales adeudadas, condena que en todo caso, no se encuentra afectada por el fenómeno de la prescripción por cuanto el actor acudió a reclamar dentro de los 3 años siguientes a la terminación del contrato.

[12] Salario mínimo año 2021 $908.526
[13] Archivo 01, acta de reparto pág. 83
[14] $4.037.000*24=$96.888.000

Agotada como se encuentra la competencia de esta instancia por el estudio de los puntos objeto de apelación, lo que sigue es la revocatoria parcial del fallo de primer grado, atendiendo las disquisiciones hechas por esta Corporación, confirmándose en todo lo demás

SIN COSTAS en esta instancia.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: REVOCAR el numeral **QUINTO** de la sentencia de primera instancia y **REVOCAR PARCIALMENTE** el numeral **SEXTO** para **CONDENAR** a la demandada a pagar al demandante:

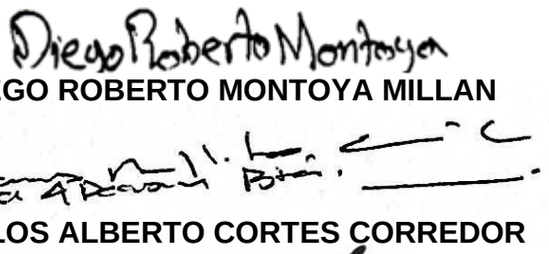
1) la **INDEMNIZACIÓN MORATORIA** prevista en el artículo 65 del C.S.T., equivalente a un día de salario por cada día de retardo dentro de los 24 meses por valor de **$96.888.000** y a partir del mes 25 (28 de marzo del 2023) los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria, hasta cuando se verifique el pago, conforme a lo indicado en la parte motiva.

2) la **INDEMNIZACIÓN POR NO CONSIGNACIÓN DE LAS CESANTIAS** en suma de **$142.735.867**, conforme lo considerado.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por la Juez 9 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las motivaciones precedentes.

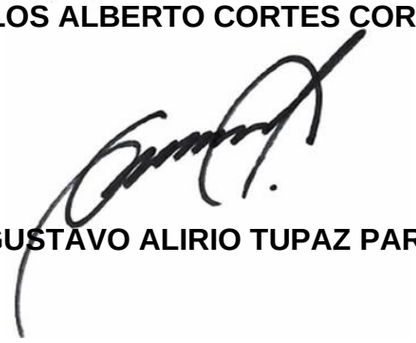
TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL.

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR PEDRO RAFAEL ASCANIO SÁNCHEZ CONTRA AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. RAD. (10 2019 00328 01).

Bogotá D.C. treinta (30) de noviembre 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, de la sentencia proferida por la Juez Decima Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 13 de septiembre del 2023 (Audiencia virtual archivo 34, récord: 1:01:14), en la que se resolvió:

> *"**PRIMERO: DECLARAR** que, entre PEDRO RAFAEL ASCANIO SANCHEZ y AGUAS DE BOGOTA SA ESP, existió contrato laboral que inicio como un contrato a término fijo inferior de un año el 12 de diciembre de 2012, que tuvo prorroga siendo la última vigente la que finalizó el 30 de junio del año 2013, y se inicia inmediatamente un contrato de obra y labor contratada a partir del 01 de julio del año 2013 y finalizo el 11 de febrero de 2018, en el cargo de Supervisor del Proyecto de Aseo; y que este terminó por la terminación de la obra contratada que se encontraba determinada por la existencia y ejecución del contrato interadministrativo No.1.7-10200-0809 de 2012 entre el Acueducto de Bogotá y Aguas de Bogotá, que finalizó el 12 febrero del año 2018, de conformidad a la parte considerativa de esta providencia.*
>
> ***SEGUNDO: DECLARAR** probadas las excepciones propuestas por AGUAS DE BOGOTA SA ESP de AUSENCIA DE TÍTULO Y DE CAUSA EN LAS PRETENSIONES DEL DEMANDANTE y AUSENCIA DE OBLIGACIÓN DE LA DEMANDADA, en consecuencia, se absuelve a la demandada AGUAS DE BOGOTA SA ESP, de todas y cada una de las pretensiones incoadas en la demanda por el demandante PEDRO RAFAEL ASCANIO SANCHEZ, de acuerdo a la parte considerativa de esta providencia.*

> ***TERCERO:*** *se* ***CONDENA*** *en costas de esta instancia a la parte demandante a favor de la parte demandada, deben ser tasadas por secretaría, y debe incluir como agencias en derecho la suma de $500.000.*
>
> ***CUARTO:*** *En caso de no ser apelada la presente providencia, debe surtirse el Grado Jurisdiccional de Consulta ante la Sala Laboral del H. Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá."*

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 PEDRO RAFAEL ASCANIO SÁNCHEZ en este proceso ordinario las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda (Páginas 25 y 26, Archivo 01 del expediente digital), las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos relatados en las páginas 26 y 27 ibídem, encaminadas a que se ordene el reintegro en virtud del retén social que como pre pensional le asiste, en consecuencia se condene a la demandada al pago de los salarios dejados de percibir desde el 12 de febrero del 2018, cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, demás prestaciones económicas que se deriven del contrato de trabajo, sanción por la no consignación de las cesantías, sanción por no pago de los intereses a las cesantías, indemnización moratoria, indexación de las sumas adeudadas, derechos *ultra y extra petita,* agencias 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 el actor, condenando en costas a este último, tras considerar que al demandante al contar con 1344,29 semanas faltándole entonces como único requisito la edad para el momento de la finalización del vínculo contractual, 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 dado que se encontraba vinculado al RAIS y allí podía acceder a una pensión de garantía mínima; motivo por el cual, concluyó que a voces de la Corte Constitucional el demandante no acredita la condición de pre

pensionado.

Así las cosas, lo primero que debe advertir la Sala es que no es motivo de discusión dentro del presente asunto que el demandante prestó sus servicios a la entidad AGUAS DE BOGOTÁ S.A., mediante un contrato de trabajo bajo 2 modalidades diferentes, aspecto que se constata con la documental aportada al plenario, pues milita el contrato de trabajo a término fijo del 13 de diciembre de 2012 al 30 de abril de 2013, suscrito por las partes, de igual forma se aportaron dos prórrogas a dicho contrato para los periodos comprendidos entre el 30 de abril de 2013 a 30 de mayo de 2013 y del 31 de mayo del 2013 a 30 de junio de 2013 (Archivo 14 expediente digital págs. 70 a 75).

Adicionalmente, se encuentra el contrato de trabajo por "*duración de la obra o por la naturaleza de la labor determinada*", con fecha de inicio el 1° de julio de 2013 (Archivo 14 expediente digital págs. 76 a 78) y el cual finalizó el 11 de febrero de 2018, tal como se evidencia en carta de comunicación enviada al demandante (Archivo 01 pág. 20), donde se le comunica la imposibilidad de la continuación de la relación laboral por la terminación del Convenio Interadministrativo 1.7-10200-809-2012 y también se aportó la liquidación de prestaciones sociales donde se señala que la fecha de contratación fue el 12 de diciembre del 2012 y de "*retiro"* el 11 de febrero del 2018 (pág. 19 ibídem).

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 del hecho 5 de la demanda (Archivo 01 expediente digital, páginas 25).

De las pruebas arrimadas al expediente, se encuentra el REPORTE DE SEMANAS COTIZADAS EN PENSIONES expedido por la AFP PROTECCION el 25 de agosto de 2023 donde se registran **1344.29 semanas cotizadas al mes de febrero de 2018** (Archivo 32 expediente digital, páginas 3 a 8). De otra parte, se tiene que, al momento de fenecer el contrato de trabajo, el 11 de febrero del 2018 (pág. 19 Archivo 01), el accionante contaba con 59 años de edad, pues nació el 15 de septiembre de 1958, tal como se registra en la copia de la cédula de ciudadanía obrante en la página 45 del Archivo 14 del expediente.

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, del cual puede extraerse que quien cotice al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS, también puede ser considerado un pre pensionado. Sin embargo, dado que los requisitos para acceder a la prestación de vejez en ese sistema son sustancialmente distintos al del RPM, se consideró que podrá gozar de la calidad referida quien se encuentre a tres años o menos de alcanzar el monto mínimo (saldos acumulados) previsto para acreditar el derecho, sin embargo, para aclarar tal circunstancia, es menester recordar que mediante sentencia T-055 de 2020 de la Corte Constitucional, se analizó un caso en el que un trabajador desvinculado solicitaba el reintegro, alegando tener la condición de pre pensionado por encontrarse afiliado a un fondo privado y, no contar con el capital suficiente para acceder a una pensión mínima, la Alta Corporación le señaló al accionante, si bien estaba a la espera de cumplir los 62 años, y no cumplía con el monto mínimo en su cuenta para pensionarse de conformidad con el artículo 64 de la Ley 100 de 1993, había superado las semanas exigidas que le permitían beneficiarse con la garantía de pensión mínima y por tanto, no contaba con el fuero de pre pensionado, pues el derecho pensional del accionante no se frustró, en tanto y en cuanto, contaba con las cotizaciones mínimas exigidas para acceder a la garantía de la pensión mínima en el RAIS.

En este punto, resulta importante recordar que la garantía estatal de pensión mínima, en los términos del artículo 65 de la Ley 100 de 1993, está consagrada en favor de los afiliados que reúnan, para el caso de los hombres 62 años y para el caso de las mujeres 57 años y, además, hubiesen cotizado como mínimo 1.150 semanas, además, no haber alcanzado a generar una pensión igual o superior al valor del salario mínimo legal mensual vigente (art. 66, ibidem), esto es, no tener en su cuenta de ahorro pensional el capital suficiente para financiar una pensión de vejez igual o superior a tal monto.

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).

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

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 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.

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 **PEDRO RAFAEL ASCANIO SANCHEZ** podía ser acreedor de esta prestación, toda vez, tenía más de 1150 acumuladas al mes de febrero de 2018, según la historia incorporada al proceso, 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.

Sumado a lo anterior en la sentencia ya citada SU-003 de 2018 igualmente se consideró 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

---

potencializarlos en su mayor medida, siempre y cuando no se transgredan los límites que impone la propia Constitución Política"

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 1344.29 semanas de cotización ante PROTECCIÓN, resultando suficiente para poder acceder a la garantía de pensión mínima, bajo los parámetros del artículo 65 de la Ley 100 de 1993.

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 la finalización del contrato (11 de febrero del 2018), 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 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 CLAUDETHE ESTHER RAMIREZ MACHADO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- PROTECCIÓN S.A, PORVENIR S.A. Y SKANDIA S.A. (RAD. 10 2021 00499 01).

Bogotá D.C. treinta (30) de noviembre 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 los recursos de apelación interpuestos por PORVENIR, SKANDIA y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en su favor, contra la sentencia proferida por la Juez 10ª Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 11 de septiembre de 2023 *(Exp. Digital: audio archivo 20, récord: 3:04:41),* en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO: DECLARAR*** *la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por la señora CLAUDETHE ESTHER RAMIREZ MACHADO mediante su vinculación a la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A., el 15/12/1994 y el subsiguiente traslado que realiza con destino a COLPATRIA hoy AFP PROTECCIÓN y las subsiguientes afiliaciones realizadas entonces el 31/05/1996 a SKANDIA 15/07/1998 y nuevamente PROTECCIÓN, el 10/12/1999, en consecuencia se declara ineficaz el traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, por no haberse cumplido con el deber de información de dar a conocer la información completa, cierta y oportuna, las características, ventajas y desventajas de los regímenes pensionales y se ordena su regreso automático sin solución de continuidad a la afiliación primigenia en el régimen de prima medida administrado por Colpensiones, como si nunca se hubiera trasladado conforme a la expuesto en la parte motiva de la providencia.*
>
> ***SEGUNDO****: Se* ***CONDENA*** *a COLPENSIONES a recibir y restablecer la afiliación de la demandante señora CLAUDETHE ESTHER RAMIREZ MACHADO al régimen de prima media con prestación definida administrado por*

COLPENSIONES, sin solución de continuidad como si nunca si hubiere trasladado, según lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

***TERCERO**: Se **CONDENA** a la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A. hacer la devolución al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES, de todos las sumas y valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora CLAUDETHE ESTHER RAMIREZ MACHADO, correspondientes a cotizaciones, frutos e intereses y bonos pensionales si los hubiere como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, así mismo a realizar la devolución los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y porcentajes destinados a la garantía de pensión mínima, con cargo a sus propias utilidades, y debidamente indexados y aquí se aclara que debe ser los descontados durante las 2 afiliaciones de la demandante a la AFP PROTECCIÓN y deberá entregar a COLPENSIONES los documentos correspondientes que den cuenta del traslado de las sumas correspondientes a la señora Claudette Esther Ramírez Machado, y también de los documentales que den cuenta de los periodos cotizados, el IBC de cotización, el valor de las cotizaciones, valor de rendimientos de intereses y de igual forma de las sumas que se le hayan descontado por gastos de administración, primas de seguros previsionales, de invalidez y sobrevivencia y porcentaje de garantía de pensión mínima, para que COLPENSIONES, pueda establecer que se hace la devolución en los términos indicados en esta sentencia.*

Se le otorga a la AFP PROTECCIÓN el término de 15 días hábiles siguientes a la ejecutoria de la providencia para que haga la devolución ordenada, todo de conformidad la parte emotiva de esta providencia.

***CUARTO**: Se **CONDENA** a SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS S.A. y a la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., a realizar la devolución con destino al Régimen de Prima Media administrado por Colpensiones de las sumas descontadas a la señora CLAUDETHE ESTHER RAMIREZ MACHADO, durante la vinculación a estas administradoras de fondos de pensiones, y deben hacer la devolución de los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los porcentajes de garantía de pensión mínima, con cargo a sus utilidades, y debidamente indexados y allegando a COLPENSIONES los documentos necesarios para que establezca cuáles fueron los valores descontados por estos conceptos a la actora y asimismo, pueda COLPENSIONES entrar a establecer que se hace la devolución con cargos debidamente indexada y para ello se les otorga el término de 15 días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia todo de conformidad a lo ordenado, en la parte motiva de esta providencia.*

***QUINTO**: Se **CONDENA** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a que, de manera inmediata a la ejecutoria de la sentencia, deberá registrar en la historia laboral para efectos pensionales de la señora CLAUDETHE ESTHER RAMIREZ MACHADO para efectos pensionales las semanas cotizadas durante su vinculación al RAIS.*

Asimismo, se condena a COLPENSIONES, a que una vez ingresen estas sumas de dinero provenientes de las AFP PROTECCION S.A., AFP PORVENIR S.A., SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. deberá proceder a revisar que se haya hecho la devolución, en los términos indicados en esta sentencia.

***SEXTO**: **DECLARAR** no probadas las excepciones planteadas por las accionadas, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva.*

> ***SÉPTIMO: CONDENAR*** *en costas de esta instancia a favor de la demandante, a las demandadas AFP PROTECCION S.A., AFP PORVENIR S.A., AFP SKANDIA S.A., COLPENSIONES y deben ser tasadas por secretaria incluyendo como agencias en derecho a cargo de la AFP PROTECCIÓN S.A., la suma de 1'15000 pesos como agencias en Derecho, a cargo de AFP PORVENIR S.A., AFP SKANDIA S.A. y COLPENSIONES la suma de $ 350.000 como agencias en derecho a cargo de cada una de ellas.*
>
> ***OCTAVO****: De no ser apelada esta providencia, debe surtirse el grado jurisdiccional de* ***CONSULTA*** *de conformidad art 69 CPT por las condenas impuestas a Colpensiones.".*

Inconforme con la decisión, PORVENIR interpuso recurso de apelación[1], atacando la condena de indexación, teniendo en cuenta el pronunciamiento de la Corte de Suprema de Justicia en su Sala Laboral SL del 29/06/2016, con radicado 9316, donde expuso la Corte que si bien es cierto, la indexación consiste en la actualización de la moneda para contrarrestar la devaluación de la misma por el transcurso del tiempo, dada la generalizada condición inflacionaria de la economía, también ha de tenerse en cuenta que entre las obligaciones que deben cumplir las administradoras de fondo de pensiones se encuentra la de garantizar la rentabilidad mínima de las cuentas de ahorro individual de cada uno de sus afiliados, resultando incompatible ordenar esta condena. Agregó, debe tenerse en cuenta que los recursos en la cuenta ahorro individual de la señora Claudethe Ramírez, no se vieron afectados, sino por lo contrario, generaron rendimientos.

---

[1] ***Recurso Porvenir S.A (récord: 3:10:45, archivo 20):*** *"Gracias su Señoría, si me permito interponer su Señoría, frente al fallo emitido por el juez de primera instancia, recurso de apelación ante el Honorable Tribunal Superior de Bogotá, Sala laboral de manera parcial, su Señoría concerniente a la condena de indexación impuesta a mi representada y lo sustento de la siguiente manera, su Señoría.*

Solicito muy amablemente al Honorable Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, que teniendo en cuenta el pronunciamiento de la Corte de Suprema de Justicia en su Sala Laboral en sentencia SL del 29/06/2016, con radicado 9316, allí la Corte y dicho de órganos de cierre, indicó que y precisó que si bien es cierto, la indexación consiste en la cita actualización de la moneda para contrarrestar la devaluación de la misma por el transcurso del tiempo, dada la generalizada condición inflacionaria de la economía, también ha de tener en cuenta, en este orden de ideas, que entre las obligaciones que deben cumplir las administradoras de fondo de pensiones se encuentra la de garantizar la rentabilidad mínima de las cuentas de ahorro individual de cada uno de sus afiliados, por lo que resulta incompatible ordenar la condena a la indexación, teniendo en cuenta que los recursos en la cuenta ahorro individual de la señora Claudethe Ramírez, no se vieron afectados por dicho fenómeno, sino todo lo contrario, siguieron generando rendimientos en su cuenta de ahorro individual. Su Señoría, de esta manera, pues dejo presentado mi recurso de apelación, muchas gracias.".

La codemandada SKANDIA atacó[2] el numeral cuarto, que hace referencia a la obligación de trasladar los gastos de administración y primas de seguros previsionales de manera indexada, argumentando al efecto, las consecuencias del traslado están regulados por el Decreto 3995 del año 2008, artículo 7°, todo ello porque esta norma o decreto consagra de manera taxativa qué emolumentos, deben trasladarse cuando se generen traslados de recursos del régimen de ahorro individual al régimen de prima media, encontrando que este decreto, no contempla los gastos de administración, siendo por ello que la AFP trasladó el 24 de febrero

[2] ***Recurso Skandia S.A. (récord: 3:12:11, archivo 20):*** *"Gracias, su Señoría, de manera muy respetuosa del fallo que acaba de proferir me permito interponer y sustentar parcialmente recurso de apelación, especialmente el numeral cuarto, que hace referencia a imponer sobre mi representada SKANDIA, la obligación de trasladar los gastos de administración, primas de seguros previsionales y estos rubros de manera indexada.*

Honorables magistrados, fundo mi recurso bajo los siguientes argumentos, el primero de ello es que si ya en el en los numerales anteriores, especialmente entre el numeral primero y el segundo, se ha de crear una ineficacia, un traslado, dicha ineficacia crea unos efectos, dichos efectos están regulados por el Decreto 3995 del año 2008, artículo 7°, todo ello porque esta norma o este Decreto consagra de manera taxativa qué emolumentos, deben trasladarse en el momento, como en el presente caso, se generen traslados de recursos del régimen de ahorro individual al régimen de prima media y encontramos que en esta enunciación que hace este decreto, no contempla lo referido porcentaje de gastos de administración. Fue por ello que precisamente, mi representada, trasladó el 24 de febrero del año 2000, todos los recursos y especialmente lo que correspondía a las cotizaciones obligatorias de la demandante, teniendo en consideración que son los rubros que única y exclusivamente debe trasladarle SKANDIA, hacia otra administradora o en ese caso particular, hacia otro Régimen como es el Régimen de Prima Media, y en esa otra idea, entendiendo que existe ya una norma que ha regulado de manera taxativa, dicha situación o dichos efectos, como lo que se están presentando en este tipo de juicios, pues al no estar consagrado este porcentaje, pues no es dable, generar unos traslados de dichos rubros, aún más considerando que dicha norma que fue expedida tiempo después de Ley 100, guarda una armonía con estas disposiciones, efectivamente el artículo 20, de dicha Ley 100, ha destinado ese porcentaje para la correcta y sobre todo eficiente administración de la cuenta de ahorro individual, de la aquí demandante y ello es así, tanto así que ha generado unos rendimientos a su favor y ahora bien, no ha presentado, ni presentó la demandante ninguna reclamación o inconformidad frente a esta gestión que estaba realizando SKANDIA, frente a esta administración.

Ahora bien, teniendo en cuenta Honorables Magistrados que, como ya lo señaló anteriormente que SKANDIA ya acreditó el traslado de los recursos que por ley debe trasladar y que dentro de las normas no contempla ese porcentaje, Honorables Magistrados, solicitó la revocatoria de dichos preceptos, aún más cuando la prima de seguros previsional es un rubro, que se traslada o se paga a un tercero, para cubrir las posibles contingencias de invalidez y muerte, y atendiendo que no hizo parte en este proceso y que además no está en las arcas de la entidad que yo represento, este valor pues Honorables Magistrados, aún más tiene el peso del fundamento y el fundamento los argumentos que aquí estoy reseñando.

Igualmente, Honorables Magistrados, si eventualmente se llega a confirmar la decisión de generar unos traslados referentes a los gastos y las primas de seguros previsionales, solicito a los Honorables Magistrados, que se revoque la decisión referida a la indexación, uno no fue solicitado en la demanda, dos si ya se está ordenando la devolución de unos rendimientos, pues de esta manera se estaría condenando a mi representada en dos oportunidades o dos veces por el mismo hecho a mi representada, por el hecho de la ineficacia del traslado, además de que el régimen de Ahorro individual, ósea las administradoras deban, trasladar los rendimientos y además se le suma otra sanción como la indexación, pues Honorables Magistrados, considero que no es dable generar dicha indexación, además, ha sido acogida favorablemente por varios Magistrados del Tribunal de Cundinamarca, Amazonas y especialmente tuvo su origen en la ciudad de Cali, donde han determinado que en la indexación en este tipo de juicios, no es procedente, además de lo señalado anteriormente, porque se puede acudir a una figura jurídica que es la compensación sí se ordenan los rendimientos, de esta manera se podría compensar cualquier depreciación del poder adquisitivo de la moneda que hubiese afectado en el capital de la aquí demandante. En ese orden de ideas su señoría, atendiendo que se presenta el recurso parcial sobre la sentencia, ruego su Señoría, de manera muy respetuosa que se conceda el mismo. Muchas gracias.".

del 2000, todos los recursos y especialmente lo que correspondía a las cotizaciones obligatorias de la demandante, teniendo en consideración que son los rubros que única y exclusivamente debe trasladarle hacia otra administradora o en ese caso particular, hacia otro Régimen como es el Régimen de Prima Media, y en ese orden, entendiendo que existe una norma que ha regulado de manera taxativa dicha situación o dichos efectos, al no estar consagrado este porcentaje, no es dable generar los traslados de los conceptos ordenados.

Añadió, aún más cuando dicha norma fue expedida tiempo después de Ley 100, guardando armonía con estas disposiciones, efectivamente el artículo 20 de la ley ibidem, ha destinado ese porcentaje para la correcta y eficiente administración de la cuenta de ahorro individual de la aquí demandante y ello es así, porque se generaron rendimientos a su favor, así como ésta no presentó ninguna reclamación o inconformidad frente a la gestión o administración que estaba realizando SKANDIA.

En su sentir, SKANDIA ya acreditó el traslado de los recursos que por ley debe trasladar y que están contemplados en las normas, siendo viable la revocatoria de dichos preceptos, aún más cuando la prima de seguros previsional es un rubro, que se traslada o se paga a un tercero, para cubrir las posibles contingencias de invalidez y muerte, y atendiendo que no está en las arcas de la AFP este valor, no es procedente fulminar condena.

Solicitó, de llegarse a confirmar la decisión de generar unos traslados referentes a los gastos y las primas de seguros previsionales, se revoque la decisión referida a la indexación, debido a que ya se ordenó la devolución de los rendimientos, por lo que se estaría condenando a la AFP dos veces por el mismo hecho, además, en el régimen de Ahorro individual las administradoras deben trasladar los rendimientos sin que se sume otra sanción como la indexación, además, esta posición ha sido acogida favorablemente por varios Magistrados del Tribunal de Cundinamarca, Amazonas y especialmente tuvo su origen en la ciudad de Cali, donde ha determinado que la indexación en este tipo de juicios, no es procedente, además de lo señalado anteriormente, porque se puede acudir a una figura jurídica que es la compensación sí se ordenan los rendimientos, de esta manera se podría compensar cualquier depreciación del poder adquisitivo de la moneda que hubiese afectado el capital de la demandante.

Por último, la entidad COLPENSIONES adujo[3], al momento de declararse la ineficacia de traslado del Régimen de la demandante, considerando esa falta del deber de información que tenía la AFP al momento de la suscripción de dicho formulario, se pasó por alto que, según la normatividad aplicable para el caso, la Ley 100 del artículo 13 literal B) y E) del Decreto 692 de 1994 y el Decreto 663 de 1993, se acepta de manera espontánea, libre y expresa que, cuando un afiliado pueda trasladarse a dicho régimen se manifestaba a través de la firma en el formulario de afiliación, lo cual en este asunto se da a plenitud y se evidenció a lo largo del proceso. Asimismo resaltó, para la fecha de la suscripción de dicho formulario, no existía la Ley del 2014, ni el Decreto 2071 del año 2015, en la cual nacería esa obligación, o nace la obligación de las AFP a una doble asesoría a los afiliados, entendiendo esto así, se hace un análisis de la información suministrada por la AFP y el alcance de la asesoría que se debió brindar al momento de la afiliación, pues deben de ser valorados bajo la normatividad vigente para la fecha de suscripción del formulario o la materialización del traslado en este asunto, bajo la Ley 100 de 1993.

---

[3] ***Recurso COLPENSIONES (récord 3:16:57, archivo 20):*** *"Gracias su Señoría, estando dentro de esta oportunidad procesal su Señoría me permito interponer recurso de apelación en los siguientes términos, Honorable Tribunal de Bogotá, Sala laboral, en primer lugar he de manifestar a ustedes Honorables Magistrados, que la señora jueza al momento de la decisión, de declarar la ineficacia de traslado del Régimen del Demandante, considerando esa falta del deber de información que tenía la AFP, al momento de la suscripción de dicho formulario, pasa por alto que para esa fecha del traslado la realidad del momento, según la normatividad aplicable para el caso, es la Ley 100 del artículo 13 literal B y E del Decreto 692 del año 1994 y el Decreto 663 del año 1993, la cual pues se acepta de manera espontánea, libre y expresa de que un afiliado pueda trasladarse a dicho régimen se manifestaba a través de la mera firma en el formulario de afiliación, lo cual en este asunto se da a plenitud, se evidencia a lo largo del proceso, que la persona firme un formulario suscrito y registrado por el demandante. Asimismo, cabe resaltar Honorables Magistrados, que para la fecha de la suscripción de dicho formulario, no existía la Ley del año 2014, ni el Decreto 2071 del año 2015, en el cual nacería esa obligación, o nace la obligación de las AFP, a una doble asesoría a los afiliados, entendiendo esto así, se hace un análisis de la información suministrada por la AFP y el alcance de la asesoría que se dio brindar al momento de esa afiliación, pues deben de ser valorados bajo la normatividad vigente para la fecha de suscripción del formulario o la materialización del traslado en este asunto, bajo la Ley 100 de 1993.*

A ustedes Honorables Magistrados, le pido de manera muy respetuosa que el juzgamiento de la conducta con base a las normas inexistentes, como se hizo por parte de la Honorable Jueza, no tiene una justificación jurídica alguna que viola gravemente el debido proceso por parte de Colpensiones, al cual no asiste haber participado en el trámite del traslado y es quien debe afrontar la carga de esta prestación.

Así las cosas, su Señoría y a ustedes Honorables Magistrados, con lo anterior dejo sustentado el recurso de apelación reiterándole a ustedes Honorables Magistrados, que si se revoque la decisión parcialmente con la declaratoria de ineficacia que acaba de proferir el juzgado en primera instancia y en consecuencia, se absuelva a mi representada de cada una de las pretensiones en su contra.

Ahora bien, en caso de que esta decisión se llegara a confirmar por parte del Honorable Tribunal, ruego se mantenga las la condena impuesta a las AFP en el entendido de que esta debe reintegrar la totalidad de las cotizaciones que se recibió a lo largo de la vida laboral, esto, los recursos de la cuenta individual, cuotas abandonadas al Fondo General de pensión mínima, rendimientos, bonos pensionales, si los hubiere, cuotas y seguros provisionales y cuotas de administración y demás, a la cuenta individual, asimismo, le pido a los honorables magistrados que se adicione la sentencia de la condena impuesta a la entidad que representó, con una obligación de hacer a favor de la demandante, muchas gracias su Señoría.".

Finalmente, pidió, en caso de llegarse a confirmar la sentencia, se mantengan las condenas impuestas a las AFP en el entendido de que deben reintegrar la totalidad de las cotizaciones que se recibió a lo largo de la vida laboral, tales como rendimientos, bonos pensionales, si los hubiere, cuotas y seguros previsionales y cuotas de administración y demás, asimismo, clamó se adicione la sentencia frente a la obligación de hacer a favor de la demandante.

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda (*Páginas 1 a 4, del archivo 01 expediente digital),* las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (*Páginas 4 a 10, ibidem),* aspirando:

1. Que se declare que la Administradora De Fondos De Pensiones y Cesantías Protección S.A omitió proporcionar *información necesaria, transparente, cierta, real, suficiente, determinante, oportuna, y la debida asesoría a la señora* Claudethe Ester Ramírez Machado, al momento de realizar su afiliación y traslado Del Régimen De Prima

Media Con Prestación Definida administrado por el Instituto De Seguros Sociales hoy, Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones al Régimen de Ahorro Individual Con Solidaridad, administrado por la Administradora de Fondos De Pensiones y Cesantías Protección S.A a través de afiliación suscrita con esta entidad el día 15 de diciembre de 1994, de acuerdo al SIAFP.

2. Que se declare que, debido a esa omisión de información necesaria, transparente, cierta, suficiente, clara y oportuna, deber del buen consejo y la debida asesoría por parte de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A**,** en el traslado de régimen pensional de la señora Claudethe Ester Ramírez Machado; el mismo carece de los elementos necesarios exigidos por la ley para para su existencia o validez y por lo tanto resulta ineficaz.

3. Que, en consecuencia, se declare la ineficacia del traslado del Régimen De Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuado por la señora Claudethe Ester Ramírez Machado; efectivo a través de afiliación hecha por la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A, suscrita el día 15 de diciembre de 1994.

4. Que, conforme a lo anterior, se declare que la señora Claudethe Ester Ramírez Machado, nunca se trasladó eficazmente del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y, por lo tanto, siempre permaneció afiliado en el régimen de prima media con prestación definida administrado hoy en día por la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.

5. Que se declare que la demandante Claudethe Ester Ramírez Machado**,** se encuentra válidamente afiliado a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.

6. Que se declare que la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A, debe realizar el traslado de los dineros y rendimientos depositados en la cuenta de ahorro individual de la señora Claudethe Ester Ramírez Machado, al *Régimen de Prima Media con Prestación Definida,* administrado por la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, incluidas las sumas percibidas por concepto de gastos de administración, por el periodo que el demandante ha permanecido afiliado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

7. Que en razón al traslado horizontal realizado por la señora Claudethe Ester Ramírez Machado, el día 31 de mayo de 1996 a Colpatria Pensiones y Cesantías S.A Hoy Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A**,** se declare que esta omitió su deber de brindar información necesaria, transparente, cierta, suficiente, clara y oportuna al momento del traslado.

> **8.** Que en razón al traslado horizontal realizado por la señora Claudethe Ester Ramírez Machado, el día 15 de julio de 1998 a Skandia Pensiones y Cesantías S.A, se declare que esta omitió su deber de brindar información necesaria, transparente, cierta, suficiente, clara y oportuna al momento del traslado.
>
> **9.** Que se declare que debido a la omisión de información que sufrió mi representada por parte de los asesores de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A, mi apoderado sufrirá un detrimento económico en suma representativa, frente al esfuerzo que durante toda su vida laboral realizó con el fin de vivir junto a su familia de acuerdo a una expectativa de ingresos por los cuales trabajó.
>
> **10.** Que se declare que la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, tiene la obligación de admitir el traslado de régimen pensional del señor Claudethe Ester Ramírez Machado, al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Consecuente con ello, pidió:

> **1.** Que se ordene a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, que admita el regreso de la señora Claudethe Ester Ramírez Machado, como afiliada del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por la Administradora Colombiana De Pensiones – Colpensiones.
>
> **2.** Que, en consecuencia, se Condene a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. a trasladar todos los aportes y rendimientos causados en la cuenta de ahorro individual de la señora Claudethe Ester Ramírez Machado a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y que el valor de dichos recursos se calcule conforme a la fórmula de indexación prevista por la ley.
>
> **3.** Que se condene a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, los dineros percibidos por concepto de gastos de administración, por todos los períodos en que el demandante permaneció afiliado a su entidad y que estos valores se paguen sin realizar ningún tipo de deducción.
>
> **4.** Que se condene a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, los dineros percibidos por concepto de gastos de administración, por todos los períodos en que el demandante permaneció afiliado a su entidad y que estos valores se paguen sin realizar ningún tipo de deducción.
>
> **5.** Que se condene a Skandia Pensiones y Cesantías S.A a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, los dineros percibidos por concepto de gastos de administración, por todos los períodos en que el demandante permaneció afiliado a su entidad y que estos valores se paguen sin realizar ningún tipo de deducción.
>
> **6.** Que se condene a las demandadas al pago de todos los derechos que resulten probados, conforme a las facultades para decidir de manera extra y ultra petita.
>
> **7.** Que se condene a las demandadas al pago de las costas y agencias en derecho.

Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por la señora CLAUDETHE ESTHER RAMIREZ MACHADO mediante su vinculación a PROTECCION S.A. del 15/12/1994 y el subsiguiente traslado que realiza con destino a COLPATRIA hoy AFP PROTECCIÓN y las subsiguientes afiliaciones realizadas entonces el 31/05/1996 a SKANDIA 15/07/1998 y nuevamente PROTECCIÓN el 10/12/1999, en consecuencia se declaró ineficaz el traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, por no haberse cumplido con el deber de información de dar a conocer la información completa, cierta y oportuna, las características, ventajas y desventajas de los regímenes pensionales y se ordenó su regreso automático sin solución de continuidad a la afiliación primigenia

en el régimen de prima media administrado por Colpensiones, como si nunca se hubiera trasladado, se condenó a COLPENSIONES a recibir y restablecer la afiliación de la demandante al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, sin solución de continuidad como si nunca se hubiere trasladado, se condenó a PROTECCION S.A. hacer la devolución a COLPENSIONES, de todas las sumas y valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora CLAUDETHE ESTHER RAMIREZ MACHADO, correspondientes a cotizaciones, frutos e intereses y bonos pensionales si los hubiere como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, así mismo, a realizar la devolución los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y porcentajes destinados a la garantía de pensión mínima, con cargo a sus propias utilidades, y debidamente indexados, aclarando, que deben ser los descontados durante las 2 afiliaciones de la demandante a la AFP PROTECCIÓN y deberá entregar a COLPENSIONES los documentos correspondientes que den cuenta del traslado de las sumas correspondientes a la señora Claudette Esther Ramírez Machado, y también de los documentales que den cuenta de los periodos cotizados, el IBC de cotización, el valor de las cotizaciones, valor de rendimientos de intereses y de igual forma de las sumas que se le hayan descontado por gastos de administración, primas de seguros previsionales, de invalidez y sobrevivencia y porcentaje de garantía de pensión mínima, para que COLPENSIONES, pueda establecer que se hace la devolución en los términos indicados en esta sentencia. Se le otorgó a la AFP PROTECCIÓN el término de 15 días hábiles siguientes a la ejecutoria de la providencia para que haga la devolución ordenada, se condenó a SKANDIA y PORVENIR S.A., a realizar la devolución con destino al Régimen de Prima Media administrado por Colpensiones de las sumas descontadas a la señora CLAUDETHE ESTHER RAMIREZ MACHADO, durante la vinculación a estas administradoras de fondos de pensiones, devolviéndose los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los porcentajes de garantía de pensión mínima, con cargo a sus utilidades, y debidamente indexados y allegando a COLPENSIONES los documentos necesarios para que establezca cuáles fueron los valores descontados por estos conceptos a la actora y asimismo, pueda COLPENSIONES entrar a establecer que se hace la devolución con cargos debidamente indexada y para ello se les otorga el término de 15 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, se condenó a COLPENSIONES a que, de manera inmediata a la ejecutoria de la sentencia, registre en la historia laboral para efectos pensionales de la señora CLAUDETHE

ESTHER RAMIREZ MACHADO para efectos pensionales las semanas cotizadas durante su vinculación al RAIS y que una vez ingresen estas sumas de dinero provenientes de las AFP PROTECCION S.A., AFP PORVENIR S.A., SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. proceda a revisar que se haya hecho la devolución y se condenó en costas a las codemandadas. **Lo anterior tras considerar la *a quo***, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada PROTECCIÓN no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía para con la demandante al momento del traslado, precisando no le explicó las consecuencias que conlleva el cambio de régimen.

Pues bien, para resolver la controversia, es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002[4].

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 21 de mayo de 1967 *(Página 117, Archivo 1 expediente digital)*, por lo que la edad de 57 años, la cumpliría el mismo día y mes del año 2024, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES, PROTECCIÓN y SKANDIA el día 17 de junio de 2021 *(páginas 122 a 139, Archivo 01 del expediente digital)* y PORVENIR el 15 de julio de 2021, esto es, cuando se encontraba a menos de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1º de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba

[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".*

apenas con 64,29[5] semanas cotizadas al sistema que *(Historia Laboral válida para bono pensional Archivo 11 expediente digital página 55),* por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

Ahora, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el **15 de diciembre de 1994** con fecha de efectividad el 1i de enero de 1995 *(Página 53 Archivo 11 expediente digital)* por afiliación que hiciera a PROTECCIÓN S.A., específicamente conforme a la información

5

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
1363	194.71	913	130.43	0	0.00	2094	299.14	1188	169.71	0	0.00

TOTALES : LABORADOS-LICENCIAS-SIMULTANEOS — DIAS: 450 SEMANAS: 64.29

TOTALES : LABORADOS-LICENCIAS-SIMULTANEOS — DIAS: 906 SEMANAS: 129.43

COLPENSIONES Nit 900.336.004-7
REPORTE DE SEMANAS COTIZADAS EN PENSIONES
PERIODO DE INFORME: Enero 1967 julio/2022
ACTUALIZADO A: 01 julio 2022

INFORMACIÓN DEL AFILIADO

Tipo de Documento:	**Cédula de Ciudadanía**	Fecha de Nacimiento:	**21/05/1967**
Número de Documento:	**43532050**	Fecha Afiliación:	**08/09/1995**
Nombre:	**CLAUDETHE ESTER RAMIREZ MACHADO**	Correo Electrónico:	
Dirección:	**CL 70 48 B 59 BL 21 APT 402**	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
2013901542	ELMER JOSE RAMIREZ M	13/09/1991	30/09/1991	$54.630	2,57	0,00	0,00	2,57
2016200679	COOPDESARROLLO	23/12/1992	29/01/1993	$123.210	5,43	0,00	0,00	5,43
2018213486	METODO LTDA	03/03/1993	31/12/1994	$275.850	95,57	0,00	0,00	95,57
800190663	C D I CIA DE INFORMA	01/12/1995	31/12/1995	$0	0,00	0,00	0,00	0,00
800190663	C D I CIA DE INFORMA	01/01/1996	31/01/1996	$0	0,00	0,00	0,00	0,00
800190663	C D I	01/02/1996	29/02/1996	$0	0,00	0,00	0,00	0,00
800190663	C D I	01/03/1996	31/03/1996	$0	0,00	0,00	0,00	0,00
800190663	C D I COMPANIA DE IN	01/04/1996	30/04/1996	$300.000	0,00	0,00	0,00	0,00
800190663	C D I COMPANIA DE IN	01/05/1996	31/05/1996	$280.000	0,00	0,00	0,00	0,00
890800675	CARGILL CAFETERA DE	01/03/1998	31/03/1998	$0	0,00	0,00	0,00	0,00
								[10] TOTAL SEMANAS COTIZADAS: 103,57
								[11] SEMANAS COTIZADAS CON TARIFA DE ALTO RIESGO(INCLUIDAS EN EL CAMPO 10 " "TOTAL SEMANAS COTIZADAS"): 0,00

consignada en el reporte SIAFP, precisándose, aun cuando no obra el formulario de afiliación a la AFP PROTECCIÓN donde realizó el traslado inicial, se debe indicar, para el tema objeto de debate la presencia del formulario escrito no constituye un requisito sine qua non o prueba solemne, pues lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto 694 de 1994 es que se debe informar por escrito al empleador del trabajador la selección realizada, en aras de que aquel efectúe las cotizaciones al fondo correspondiente. Lo anterior impone entonces a la AFP PROTECCIÓN, acreditar el consentimiento informado y en esa medida, resulta procedente el estudio de la viabilidad o no de la declaración de ineficacia.

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*[6], en los términos del artículo 1746 del Código Civil, ante la inexistencia de una norma distinta que de manera explícita regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico.

Al punto sostuvo la Corte (CSJ SL2877 de 2020):

> *«(…)*
> *De modo que al no existir una norma explícita que regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico en la legislación civil, acudió al aludido precepto relativo a las consecuencias de la nulidad, el cual consagra las mismas consecuencias de aquella. Dicha disposición establece:*
>
> *Artículo 1746. La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita (subrayas fuera de texto).*
>
> *En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.*
>
> ***Entonces, según la norma precedente, el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición.*** *En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia»*.

Frente a este aspecto, además, esa alta Corporación en sentencia CSJ SL1948-2021 tuvo la oportunidad de precisar que la consecuencia de la inobservancia del deber de información debe abordarse desde la institución de la ineficacia en

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

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

> «***1. La consecuencia de la inobservancia del deber de información: ineficacia del acto jurídico de cambio de régimen***
>
> *Al contestar la demanda, Colpensiones sostuvo que en este asunto no hay lugar a declarar la nulidad del traslado de la actora del régimen público de pensiones al privado, en la medida que no se demostró un vicio del consentimiento en la modalidad de error, fuerza o dolo.*
>
> *Ahora bien, el a quo declaró la nulidad de la afiliación de la demandante, pues, en su sentir, el «acto no existió y no puede causar ningún tipo de consecuencia, incluso desfavorable». En esa línea, condenó a Colfondos S.A. a devolver «todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de (…) LILIANA ANGULO RUIZ como comisiones, costos cobrados por administración, sumas adicionales, bonos pensionales de ser el caso, de conformidad con el art. 1746 que se hubieren generado junto con sus rendimientos», e impuso a Colpensiones la obligación de recibirlos y hacer los ajustes pertinentes en la historia laboral de la actora, sin solución de continuidad; esto es, «como si esa afiliación nunca hubiese existido».*
>
> *De ahí que le corresponda a la Sala precisar si la vía correcta es la nulidad o la ineficacia en sentido estricto.*
>
> *Pues bien, esta Corporación es del criterio que la reacción del ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por consiguiente, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC).*
>
> *[2: La ineficacia del acto posee las mismas consecuencias prácticas de la nulidad. Al respecto, la Sala Civil de esta Corporación ha sostenido que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, de suerte que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (SC3201-2018).]*
>
> *Lo anterior, debido a que en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el legislador consagró de manera expresa en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia. En efecto, el citado precepto refiere que cuando «el empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral […] la afiliación respectiva quedará sin efecto».*
>
> *Si esto es claro, resulta equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues el legislador expresamente consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL3464-2019, y especialmente la CSJ SL4360-2019)».*

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

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

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

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

tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un **traslado de la carga de la prueba** de la parte actora al fondo accionado PROTECCIÓN S.A.

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011[7], Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y en las

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

"Las administradoras de pensiones 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 la demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones", pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña".

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

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

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

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

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

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la accionante[8] no acreditan de manera a alguna que conociera las

[8]***Interrogatorio demandante, récord 26:00, archivo 20: "****En Medellín, empecé a trabajar en la empresa Metro y llegó una persona a hacer las afiliaciones y no dijo que tendríamos una mejor pensión en un tiempo más corto, lo que dijo con el Gerente expuso que íbamos hacer la afiliación, entregó los formularios y dijeron que la pensión sería mejor, se suscribió voluntariamente el formulario, era porque la pensión llegaría en un tiempo más corto, no me hablaron de la cuenta de ahorro solo que la pensión seria alta, sobre rendimientos no hablaron, básicamente hablaron de mejores condiciones y tocaba firmar, como yo ya había tenido la afiliación en Protección y como pertenecía a ese grupo la empresa dijo que tenía esa AFP y por ser del grupo Antioqueño accedí, en esa oportunidad no hubo asesoría, estaba tranquila con la información que tenía, en mayo de 2014 no recibí re asesoría, yo reviso el correo frecuentemente, no recuerdo el correo que me hubiesen enviado recordándome que podía hacer el traslado antes del cumplimiento de la edad, en Medellín suscribí el formulario, lo tengo presente porque nació mi hija en ese año, diligencié los documentos y la secretaria me dijo que tenía ese fondo, yo acepté de mutuo acuerdo, beneficios no me hablaron solo era que seguía con al garantía que iba a tener la pensión en un momento determinado pero no más, no había asesor, no me acerque a pedir información, sobre aportes voluntarios no sabía, ni modalidades de ahorro individual, cuándo podía trasladarme al régimen de prima media, me di cuenta porque unos compañeros comenzaron a pensionarse y por eso me di cuenta de la posible mesada que tendría, no sabía los requisitos del ISS, con SKANDIA em traslade porque era muy buena y porque mejoraría la pensión, en el año 98 trabajé en*

implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que cuando ingresó a trabajar en Medellín se afilió a PROTECCIÓN ya que pertenecía al mismo grupo de la empresa, así que le suministraron el formulario del fondo de pensiones privado y le dijeron que lo firmara para el proceso de vinculación laboral, a lo cual ella accedió. La actora indicó que para ese momento no había un asesor de la AFP y que no le explicaron características del régimen, ni mucho menos los requisitos para pensionarse.

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

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, 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, mismo que no fue aportado.

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

---

Medellín y volví a Bogotá, en ese momento no estaba el asesor de Skandia, extractos no recibí, en el año 2000 volví a Protección pero era hacer un reemplazo, a Colpensiones no me acerqué para verificar el cambio de régimen, no recibí re asesoría, yo estoy cotizando, no he efectuado solicitudes de pensión, no me informaron modalidades, rendimientos, qué pasaba si me pasaba a Colpensiones, yo estaba confiada en que era mejor, con los años es que me di cuenta, me daba tranquilidad saber que me pensionaria antes, en ese momento no me dijeron nada, solo entregaron los formularios, solo dijeron que cuando estuviéramos viejitos tendríamos una mejor pensión, lo que daba tranquilidad era que cuando nos retirarnos tendríamos una mejor mesada".

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 1994, cuando se produjo el traslado de la aquí demandante, la AFP PROTECCIÓN estaba en la obligación de informar a su futura afiliada sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, pero ello en el asunto no ocurrió o, por lo menos, no se acreditó.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PROTECCIÓN, omitió en el momento del traslado de régimen **(15 de diciembre de 1994** con fecha de efectividad a partir del **1° de enero de 1995)** el deber de información para con la promotora de este juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es, relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia CSJ SL12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

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

En ese orden, la ineficacia del traslado de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de PROTECCIÓN, PORVENIR y SKANDIA, del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia[9] y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima por el tiempo en que la demandante estuvo aparentemente afiliada a cada una de esas administradoras, por virtud del restablecimiento de las cosas a su estado inicial, todo ello con cargo a sus propias utilidades[10].

No obstante, debe precisarse ésta Sala de Decisión adicionará el numeral tercero y cuarto de la sentencia de primer grado en virtud del grado jurisdiccional de Consulta que se surte en favor de Colpensiones, en cuanto a que PROTECCIÓN PORVENIR y SKANDIA, deberán retornar todo lo ordenado debidamente **indexado**, como también las **comisiones** e igualmente, se dispondrá que para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos conceptos deberán aparecer **discriminados** con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

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

Con relación a la orden de disponer el pago debidamente indexado, siendo punto de apelación de SKANDIA y 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

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

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

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

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

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

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

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

> *«Las consecuencias de la nulidad de la vinculación respecto a las prestaciones acaecidas no es plenamente retroactiva como lo determina la normatividad del derecho privado, la que no tienen cabida enteramente en el derecho social, de manera que a diferencia de propender por el retorno al estado original, al momento en que se formalizó el acto anulado, mediante la restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubieren dado o recibido, ha de valer el carácter tutelar y preservar situaciones consolidadas ya en el ámbito del derecho laboral ora en el de la seguridad social; en la doctrina es indiscutido que la nulidad del contrato de trabajo, no priva al trabajador del derecho a su remuneración; o que en materia de seguridad social, en el laboral administrativo, según el mandato expreso del artículo 136 del C.C.A. el trabajador o el afiliado de buena fe, tiene el derecho a conservar, sin deber de restituir las prestaciones que le hubieren sido pagadas.*
>
> *[…]*
>
> *La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C.,* ***esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.***
>
> *Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual,* ***ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.***
>
> *Las consecuencias de la nulidad no pueden ser extendidos a terceros, en este caso, a la administradora del régimen de prima media en el que se hallaba el actor antes de producirse la vinculación cuya nulidad se declara, de modo que no debe asumir por el sistema de pensiones sanciones derivadas de la mora en el pago íntegro del derecho pensional, obligaciones por las que sólo ha de responder a partir de cuándo le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada."*

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

> *«Conforme a lo establecido en sede de casación, fuerza concluir entonces, que debe declararse la ineficacia de la afiliación de la demandante al sistema pensional de ahorro*

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

De otra parte, sea del caso advertir a SKANDIA en punto a cada 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.

Con relación al recurso de Colpensiones, se advierte, no es posible adicionar la sentencia en el sentido de indicar que a las AFP les asiste una obligación de hacer, ya que, en la parte resolutiva va implícita la misma al ordenarse la devolución de todos los conceptos, por tanto, no resulta procedente reiterar lo dicho por la *a quo.*

Finalmente, en lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES –entidad a favor de quien se surte la consulta (págs. 7 y 8, *Archivo 09 expediente digital)*[11] basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL-1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que, además, está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

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

SIN COSTAS en esta instancia.

---

[11] *Se tuvo por contestada la demanda mediante auto del 07 de julio de 2023 (Archivo 14 expediente digital).*

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 la sentencia de primera instancia en su numeral **TERCERO y CUARTO** en el sentido de **CONDENAR** a **PROTECCIÓN**, **PORVENIR S.A**. y **SKANDIA S.A.** a retornar todo lo ordenado por la Juez de primer grado debidamente **indexado,** al igual que devolver las **comisiones** con cargo a sus propias utilidades, conforme a lo considerado.

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

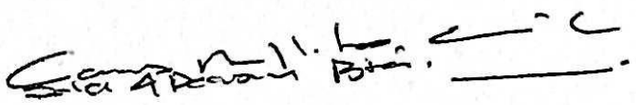
TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado 10º Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

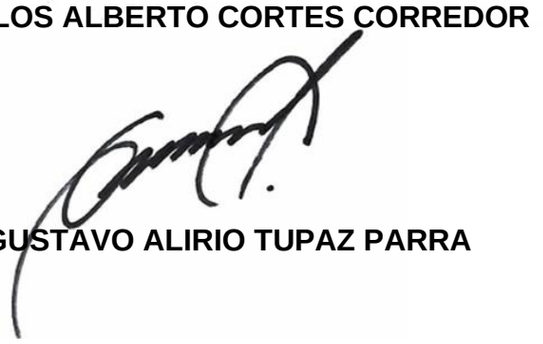
NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN



CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

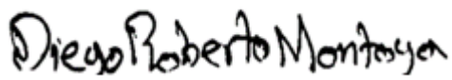
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR BETTY TORRES BONILLA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A, PORVENIR S.A. Y COLFONDOS S.A. (RAD. 18 2021 00215 01).

Bogotá D.C. treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023)

AUTO

Se reconoce personería adjetiva al abogado **DAVID SANTIAGO LARA OSPINA** como apoderado sustituto de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES,** en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por **MARIA CAMILA RIOS OLIVEROS**, en su calidad de representante legal de la sociedad **TABOR ASESORES LEGALES S.A.S.**



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 PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, contra la sentencia proferida por el Juez 18 Laboral del Circuito de Bogotá

el pasado 27 de julio del 2023 *(Exp. Digital: audio archivo 17, récord: 2:01:07),* en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA*** *de la afiliación de la señora BETTY TORRES BONILLA, identificada con cédula de ciudadanía Nro. 51.697.579, a COLPATRIA hoy PORVENIR S.A.., efectuada el día 26 de agosto de 1999 con fecha de efectividad 1 de octubre de ese mismo año, y consecuentemente se declarar la ineficacia del traslado y de la afiliación realizada a PORVENIR hecha el 31 de marzo de 2000 con fecha de efectividad el 1 de mayo de ese mismo año, así como la realizada a ING hoy PROTECCIÓN, realizada el día 06 de marzo de 2001 con fecha de efectividad el 1 de mayo de ese mismo año; y finalmente declarar la ineficacia del traslado y la afiliación realizada a COLFONDOS S.A., llevada a cabo el 30 de abril de 2002 con fecha de efectividad el 1 de junio de ese mismo año, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.*
>
> ***SEGUNDO: DECLARAR*** *que para todos los efectos legales la señora BETTY TORRES BONILLA, identificada con cédula de ciudadanía 51.697.579, nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y en consecuencia siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES.*
>
> ***TERCERO: ORDENAR*** *a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a la sociedad ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN y a COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS, a trasladar dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante esto es la señora BETTY TORRES BONILLA, identificada con cédula de ciudadanía 51.697.579, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales del asegurado, con todos sus frutos, intereses y con los rendimientos y demás emolumentos que se hubieren causado, sin lugar a descuento alguno, o deterioros sufridos por el bien administrado, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, 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 con esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.*
>
> ***CUARTO: ORDENAR*** *a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a aceptar dichos valores, y tener como válida la afiliación de data 28 de marzo de 1990, por lo que deberá incluir en las bases de datos y sistemas de información la historia laboral y demás información necesaria para la obtención de su pensión a futuro de la demandante, en el régimen de prima media con prestación definida una vez se encuentre ejecutoriado el presente fallo.*
>
> ***QUINTO: 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.*
>
> ***SEXTO: COSTAS*** *en esta instancia a cargo de las demandadas SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., la sociedad ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN y a COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS, dentro de las que deberá incluirse por concepto de agencias en derecho la suma equivalente a un ($ 1.000.000) por cada una y a favor de la demandante. Sin condena en costas a cargo de COLPENSIONES.*

SEPTIMO: *Si no fuere apelado,* ***CONSÚLTESE*** *con el Superior.".*

Inconforme con la decisión COLPENSIONES[1] presentó recurso manifestando, en el presente caso pasaron más de 23 años respecto de la reclamación

[1] **APODERADA COLPENSIONES (Record: 2:03:58)** Gracias señor juez, en la oportunidad otorgada por usted me permite presentar recurso de apelación en contra de la providencia que acaba de proferir el despacho para que el Honorable Tribunal Superior de Bogotá. revoque la sentencia en su integridad, igualmente solicitó a la Sala de Decisión, estudie el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones respecto a los puntos de condena que afecta a mi representada.

El recurso de apelación lo sustento en el sentido de aportar una interpretación otorgada por el despacho, pues en el presente caso pasaron más de 23 años respecto de la reclamación administrativa que se hizo presentando inconformidad en la información que le fue proporcionada por parte del fondo, con el cual efectuó el traslado de régimen pensional, lo que permite notar por parte de la misma un abandono respecto a ese asunto pensional, tal y como puede verificarse del interrogatorio de parte absuelto por la señora demandante, igualmente es indiscutible conforme el interrogatorio de parte, que la demandante efectuó el traslado de Régimen pensional de manera libre y voluntaria y que nunca se sintió coaccionada para efectuarlo y estuvo de acuerdo al momento de efectuar este traslado de régimen pensional y las múltiples afiliaciones en el mismo Régimen de Ahorro Individual, lo que claramente permite denotar en el presente caso que efectuó estos traslados de manera libre y voluntaria y como consecuencia no se pudo acreditar de manera indiscutible la falta de asesoría considerada por el señor juez de primera instancia.

De igual manera se insiste por parte de esta defensa judicial que la demandante faltó a su deber de diligencia y cuidado como consumidora financiera, dada la naturaleza del régimen en el cual se ha encontrado válidamente afiliada, tal y como es precisado en el Decreto de 2241 del 2010 en su artículo 4°, con lo que es claro que en la actualidad no debieron haber recaído la responsabilidad, es únicamente las aquí demandadas.

De otro lado, debe tenerse en cuenta lo precisado por la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia en lo que refiere al cumplimiento del principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional, en donde se precisó que justamente el periodo de carencia planteado por el legislador se hizo con el objeto de evitar la descapitalización que le provocaría al fondo común del régimen de prima media e incluso afectaría las garantías legales de los afiliados que si cotizaron a lo largo de su vida laboral para adquirir el beneficio pensional, esto último en virtud del concepto del principio de equidad, consagrado en el artículo 95 de la Carta Política, deficiencia pensional.

De igual manera, no puede desconocerse en el presente caso, el gran problema que puede generar el traslado indiscriminado de afiliados, que excusándose en presuntas faltas al deber de información que recae en las administradoras de pensiones, pretenden acceder a una prestación en el régimen de prima media con prestación definida, aun cuando claramente no han guardado fidelidad al sistema pensional del cual la Corte Constitucional en sentencia C-242 del 2009, Magistrado Ponente Mauricio González Cuervo, indicó "Las reformas a los regímenes pensionales en particular, garantizan la sostenibilidad financiera del sistema pensional y la financiabilidad de otros potenciales pensionados, estas finalidades constitucionalmente relevantes son libero la ponderación entre sacrificios individuales y beneficios al sistema. Ello explica que esta Corte haya puesto de presente que el legislador no está obligado a sostener en el tiempo las expectativas que tienen las personas conforme a las leyes vigentes en un momento determinado. Su potestad de configuración legislativa le habilita modificar los regímenes jurídicos en función de nuevas variables, razones de oportunidad o conveniencia y otros intereses y circunstancias contingentes que deba priorizar, para lograr los fines del Estado social de Derecho, desde luego consultando parámetros de Justicia y equidad y con sujeción a criterios de razonabilidad y proporcionalidad".

Es en ese sentido, que resulta evidente en el presente caso, que la señora demandante no contribuyó al fondo común que financia las pensiones de las personas que han guardado fidelidad al régimen de prima media con prestación definida durante muchos años, lo que claramente permite conllevar a un detrimento patrimonial que pretende evitar el principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional, pues basta con rememorar el artículo 20 de la ley 100 del 93 modificado por el artículo 7° de la 797 del 2003, que a su vez incremento el valor del aporte mediante el Decreto 4981 del 2007, al 16% para aportes a pensiones.

Conforme a ello, es evidente que el traslado de régimen pensional de la demandante condenado en sentencia de primera instancia, efectivamente, resulta significante para el Sistema Financiero del Régimen de Prima Media, teniendo en cuenta la variación porcentual de la destinación del aporte en ambos regímenes pensionales, la falta de contribución de la demandante al fondo común que financia las pensiones del Régimen de Prima Media y la carga que efectivamente generaría en los demás afiliados que llegasen a

administrativa que se hizo presentando inconformidad en la información que le fue proporcionada por parte del fondo, con el cual efectuó el traslado de régimen pensional, lo que permite notar por parte de la misma un abandono respecto a ese asunto pensional, sumado a que conforme el interrogatorio de parte la demandante efectuó el traslado de Régimen pensional de manera libre y voluntaria y que nunca se sintió coaccionada para efectuarlo y estuvo de acuerdo al momento de efectuar este traslado de régimen pensional sumado a las múltiples afiliaciones en el mismo Régimen de Ahorro Individual, lo que claramente permite denotar en el presente caso que efectuó estos traslados de manera libre y voluntaria y como consecuencia no se pudo acreditar de manera indiscutible la falta de asesoría considerada por el señor juez de primera instancia.

Señaló la demandante faltó a su deber de diligencia y cuidado como consumidora financiera, dada la naturaleza del régimen en el cual se ha encontrado válidamente afiliada, tal y como es precisado en el Decreto de 2241 del 2010 en su artículo 4°.

En cuanto al principio de sostenibilidad financiera indica debe tenerse en cuenta el periodo de carencia planteado por el legislador se hizo con el objeto de evitar la descapitalización que le provocaría al fondo común del régimen de prima media e incluso afectaría las garantías legales de los afiliados que si cotizaron a lo largo de su vida laboral para adquirir el beneficio pensional, esto último en virtud del

---

soportar un eventual reconocimiento pensional en favor de la demandante, quien claramente no ha construido un derecho pensional en el Régimen de Prima Media.

Finalmente, se reitera la Sala de Decisión que, con el traslado de régimen pensional efectuado por la demandante, no se afectó en ningún derecho adquirido, expectativa legítima o beneficio pensional de la demandante, pues se tiene que la promotora de la Litis, ni siquiera era beneficiaria del Régimen de Transición al acotado 1 de abril del 94, con 135 semanas. Entonces, lo que permite claramente ratificar que el Traslado de Régimen Pensional, no afectó de ninguna manera a la señora demandante, por lo cual se solicitaría igualmente que si tuviese en cuenta esta particularidad del caso.

De la misma manera, me permito reiterar que. la señora demandante ratificó su voluntad de permanecer en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, pues se tiene que efectivamente, pues libre y voluntariamente efectuó el traslado de régimen pensional, la afiliación con la AFP COLPATRIA, para el 26 de agosto del 1999, posteriormente efectuó el traslado horizontal a la AFP PORVENIR el 31 de marzo del año 2000, con la AFP ING el 6 de marzo del 2001 y finalmente con la AFP COLFONDOS el 30 de abril del 2002. Ello, claramente permite denotar comportamientos propios de actos de relacionamiento, por lo cual a considerar esta defensa judicial se insiste que la señora demandante deseaba continuar en el régimen en el que actualmente pertenece, conoce el funcionamiento de este y se encontraba a disposición de recibir estas múltiples asesorías y servicios, claro está, cuando tuvo la oportunidad de regresar al Régimen de Prima Media, administrado por Colpensiones y encontrarse inmersa en la prohibición del artículo 2° de la Ley 797 del 2003.

En estos términos dejó planteado mi recurso de apelación, solicitando inicialmente al señor juez conceda el mismo y posteriormente la Honorable Sala de Decisión del Tribunal Superior de Bogotá lo admite y tenga en cuenta los argumentos antes precisados, junto con los que fueron expuestos al momento de dar contestación de la demanda, ello con el único objeto de revocar la totalidad del fallo proferido en el día de hoy. Muchas gracias.

concepto del principio de equidad, por ende no puede desconocerse en el presente caso, el gran problema que puede generar el traslado indiscriminado de afiliados, que excusándose en presuntas faltas al deber de información que recae en las administradoras de pensiones, pretenden acceder a una prestación en el régimen de prima media con prestación definida, aun cuando claramente no han guardado fidelidad al sistema pensional.

Indica, en el presente caso, la demandante no contribuyó al fondo común que financia las pensiones de las personas que han guardado fidelidad al régimen de prima media con prestación definida durante muchos años, lo que claramente permite conllevar a un detrimento patrimonial que pretende evitar el principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional.
Por otro lado, aduce no se afectó ningún derecho adquirido, expectativa legítima o beneficio pensional de la demandante, pues la promotora de la Litis, ni siquiera era beneficiaria del Régimen de Transición pues al 1° de abril de 1994, contaba apenas con 135 semanas.

Finalmente expresa la demandante ratificó su voluntad de permanecer en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, pues libre y voluntariamente efectuó el traslado de régimen pensional, la afiliación con la AFP COLPATRIA, posteriormente efectuó el traslado horizontal a la AFP PORVENIR luego con la AFP ING y finalmente con la AFP COLFONDOS lo cual permite denotar comportamientos propios de actos de relacionamiento y deseaba continuar en el régimen en el que actualmente pertenece, conoce el funcionamiento de este y se encontraba a disposición de recibir estas múltiples asesorías y servicios.

Por su parte, PORVENIR[2] presentó su inconformidad frente a frente a la condena de la indexación, teniendo en cuenta que si bien esta figura consiste en la simple actualización de la moneda para contrarrestar la devaluación de la misma por el

[2] **APODERADA PORVENIR (Record 2:11:15)** Su señoría gracias, me permito interponer recurso de apelación ante el Honorable Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral de manera parcial, su señoría, para que revoque el numeral concerniente a la condena de indexación, teniendo en cuenta y fundamento el recurso en la siguiente sentencia de la Corte Suprema de Justicia. Sala laboral, sentencia SL- 9316 del 29 de junio del 2016, su señoría, la cual precisó e indicó que la indexación. si bien consiste en la simple actualización de la moneda para contrarrestar la devaluación de la misma por el transcurso del tiempo dada la generalizada condición inflacionaria, la economía, es de tener en cuenta en este orden de ideas, que teniendo en cuenta que dentro de las obligaciones que deben cumplir las administradoras de fondos de pensiones, se encuentra la de generar rentabilidad mínima en las Cuentas de Ahorro Individual de sus afiliados.

Por lo tanto, resulta incompatible condenar a la indexación, pues el recurso de la cuenta de Ahorro Individual de la parte demandante no se vio afectado por el fenómeno de la inflación, por el contrario, generó rendimiento su señoría. Bajo este sustento dejo presentado el recurso de apelación. Muchas gracias.

transcurso del tiempo dada la generalizada condición inflacionaria de la economía, dentro de las obligaciones que deben cumplir las administradoras de fondos de pensiones, se encuentra la de generar rentabilidad mínima en las cuentas de Ahorro Individual de sus afiliados, por lo tanto, resulta incompatible condenar a la indexación, pues el recurso de la cuenta de Ahorro Individual de la parte demandante no se vio afectado por el fenómeno de la inflación, por el contrario, generó rendimientos, solicitando su absolución.

Finalmente, la encartada COLFONDOS[3], manifestó la informidad expresando las administradoras del RAIS para la fecha de traslado, tenían el deber de

[3] **APODERADO COLFONDOS (Record: 2:12:41)** Su señoría, muy respetuosamente en los términos del artículo 65 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, me permito presentar recurso de apelación con el fin de que el Honorable Tribunal, revoque la decisión que acaba de proferir conforme a los siguientes argumentos.

Primero, las administradoras del RAIS para la fecha de traslado, en este caso tenían el deber de proporcionar formulario conforme al artículo 11 del Decreto 692 de 1990, dos solo hasta el año 2014 con la ley 1748, el Decreto del consumidor financiero se configuró la obligación y el deber de información directa.

Tres, para la fecha de afiliación, las administradoras acataban lo estipulado en la Ley 100 y el Decreto 692 de 1990. En consonancia con lo anterior, se entiende que se le suministró la información debida por parte de mi representada.

En lo relacionado con la condena principal, se solicita que no se ordene a mi representada retornar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, los gastos de administración porque se causan y descuentan por disposición legal, más no por capricho de las administradoras del RAIS y, por ende, son exigibles, vigentes y exigibles. Ahora, haciendo lectura del Decreto 2555 de 2010, contrario a como siempre se han conseguido los mismos, estas tienen una destinación específica, en exactamente 11 gastos, de los cuales uno es para garantizar la defensa judicial del fondo, otro es para la compra de seguridad previsionales de invalidez y sobrevivencia, en virtud de los cuales la actora ha estado amparada y sigue estando amparada por los riesgos de invalidez y muerte y lo estará incluso hasta la ejecutoria del fallo, es decir, que la contratación y pago de las pólizas previsionales cumplieron y siguen cumpliendo su específica destinación, los otros 9, son destinados únicamente para realizar las inversiones que hacen los fondos privados que generan los rendimientos, que son depositados diariamente en las cuentas de ahorro individual de los afiliados, de modo también que, dichos gastos nunca hacen parte del PIG de los fondos de pensiones.

En lo relacionado con la orden de devolver estos emolumentos indexados. Es necesario indicar qué dicha devolución, no perjudica de manera alguna las semanas que se trasladen a Colpensiones, pues esto solo tienen en cuenta salario y semanas cotizadas. Igualmente, se tratan de conceptos de tracto sucesivo, que se han causado con la periodicidad que impone la ley. Por tanto, aquellos que no se reclamaron dentro de los 3 años siguientes a su causación se encuentran prescritos.

Aplicación indebida de las restituciones mutuas, sentencia SL-2877 del 2020 “En otros términos, la sentencia que en tal se dicte tiene efectos retroactivos y en virtud de ellos, cada uno de los aportes debe devolver a la otra, lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que transgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había lo rompió la providencia. Ahora el restablecimiento debe ser pleno o completo, si el tipo de obligación contraída así lo permite y, por tanto, dependiendo de las circunstancias específicas de cada asunto, deben definirse tales situaciones mutuas, ejercicios que en su labor de dispensar justicia debe ser analizada detalladamente por el juez, en cada caso particular.

Por último, no será posible que se ordene la indexación de los conceptos que llegarán a ordenarse devolver al régimen de prima media con prestación definida, porque con los rendimientos generados por mi representada en todo caso superiores a los que hubiera podido generar el Instituto de Seguros Sociales o Colpensiones, si la parte actora nunca se hubiese trasladado como quedó dentro de esta sentencia, queda más que compensado este concepto, además, dicho rubro no fue objeto de petición en la demanda, ni incluido en la fijación del litigio, por tanto, una condena en ese sentido desconocería el principio de consonancia y congruencia de la

proporcionar un formulario conforme al artículo 11 del Decreto 692 de 1990 y solo hasta el año 2014 con la ley 1748, el Decreto del consumidor financiero se configuró la obligación y el deber de información directa, por lo que para la fecha de afiliación, las administradoras acataban lo estipulado en la Ley 100 y el Decreto 692 de 1990, de modo que se debe entender que se le suministró la información debida por parte de mi representada.

Solicita que no se ordene retornar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, los gastos de administración porque se causan y descuentan por disposición legal, más no por capricho de las administradoras del RAIS y, por ende, son exigibles, vigentes y exigibles, señalando estos tienen una destinación específica, en exactamente 11 gastos, de los cuales uno es para garantizar la defensa judicial del fondo, otro es para la compra de seguridad previsionales de invalidez y sobrevivencia, en virtud de los cuales la actora ha estado amparada y sigue estando amparada por los riesgos de invalidez y muerte, los otros 9, son destinados únicamente para realizar las inversiones que hacen los fondos privados que generan los rendimientos, que son depositados diariamente en las cuentas de ahorro individual de los afiliados, sumado a que se tratan de conceptos de tracto sucesivo, que se han causado con la periodicidad que impone la ley, por tanto, aquellos que no se reclamaron dentro de los 3 años siguientes a su causación se encuentran prescritos.

---

sentencia, con las pretensiones de la demanda y comportaría violación del derecho de defensa y el debido proceso.

Sobre el tema, sentencia del 24 de junio del 2021 dentro del proceso Clara Inés Rodríguez Muñoz, con radicación 05001310501520190053101 y ponencia de la doctora María Eugenia Gómez Velázquez, se señaló, no hay lugar a imponer condena por concepto de indexación, teniendo en cuenta que la administradora de fondos de pensiones, se le impuso la obligación de devolver a Colpensiones la totalidad de las cotizaciones, con motivo de la afiliación de la demandante, sin descuento alguno, incluyendo rendimientos generados por concepto que puede compensar la devaluación que hubiese causado en el tiempo. Por lo anterior, se modificará a la sentencia de primera instancia, revocándose en cuanto a condenó a Colfondos al pago de la indexación sobre valores que deberá trasladar a Colpensiones y cita las sentencias SL-2207, SL-2208, SL-2279 de 2021.

De igual manera, la sentencia del 4 de junio del 2021, con notificación por estado del 8 de junio del 2021, dentro del proceso de Cruz Magdalena Gutiérrez Lopera con radicación 05001310500720, 1800761001 y ponencia de la doctora Martha Teresa Flórez Zamudio, se señaló "Finalmente, respecto a la indemnización reclamada en los alegatos de instancia por parte de Colpensiones frente a los conceptos que deben ser trasladados al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, estima lo que la Sala que la misma resulta improcedente por cuanto la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, que es precisamente la finalidad de esta indexación ya se encuentra conjugada con la condena a la devolución de los rendimientos financieros, pues en estos últimos se asegura que el capital a trasladar corresponde a un valor real y actual para no afectar la sostenibilidad financiera del régimen de prima media con prestación definida, máxime que la referida indexación no fue solicitada en la demanda, ni tampoco hizo parte de la fijación del litigio".

Sumado a todo lo anterior, señores magistrados, con miras a buscar la revocatoria del presente fallo pido se tenga y se valore el interrogatorio sufrido por la demandante, donde queda claro que el deber de información y el buen consejo aún en esta etapa y con esta sentencia en este sentido, no está dado a la misma. Queda así sentado mis recursos, señor juez.

Con relación a devolver todos los conceptos mencionados de manera indexada, no se encuentra de acuerdo ya que no será posible que se 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, citando al efecto la existencia de diferentes decisiones judiciales que así lo sostienen.

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 8 y 9, del archivo 01 expediente digital),* las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (*Páginas 4 a 7, ibidem),* aspirando de manera principal se declare la nulidad del traslado del RPM al RAIS realizado inicialmente del extinto ISS a COLPATRIA hoy PORVENIR, posteriormente a PROTECCIÓN y luego a COLFONDOS 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 la demandada COLFONDOS a trasladar la totalidad del capital de la cuenta de ahorro individual incluidos los rendimientos, bonos y/o títulos pensionales a los que hubiera lugar, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, sin aplicar ningún descuento, se condene a COLPENSIONES 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 BETTY TORRES BONILLA, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por COLPATRIA hoy PORVENIR suscrita el 26 de agosto de 1999 con efectividad a partir del 1 de octubre de ese año, 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, ordenando a COLFONDOS, PROTECCIÓN y PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales del asegurado, con todos sus frutos, intereses y con los rendimientos y demás emolumentos que se hubieren causado, sin lugar a descuento alguno, o deterioros sufridos por el bien administrado, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de la pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, señalando que al momento de cumplirse con esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada COLPATRIA hoy 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[4].

[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".*

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía de la demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 26 de agosto de 1963 *(Página 19, Archivo 01 expediente digital)*, por lo que la edad de 57 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2020, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLFONDOS el 3 de noviembre del 2020, ante PROTECCIÓN y PORVENIR el 4 de noviembre del 2020 y ante COLPENSIONES el 18 de noviembre del 2020 *(Páginas 179 a 190, 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, apenas había cotizado al sistema **134.57**[5] semanas (*Historia laboral aportada por Colpensiones pág. 35*), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

Ahora, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes

---

5

Colpensiones
Ven por tu futuro ya

REPORTE DE SEMANAS COTIZADAS EN PENSIONES
PERIODO DE INFORME: Enero 1967 noviembre/2021
ACTUALIZADO A: 16 noviembre 2021

INFORMACIÓN DEL AFILIADO

Tipo de Documento:	**Cédula de Ciudadanía**	Fecha de Nacimiento:	**26/08/1963**
Número de Documento:	**51697579**	Fecha Afiliación:	**28/03/1990**
Nombre:	**BETTY TORRES BONILLA**	Correo Electrónico:	
Dirección:	**CRA 13 N 153-81**	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
1008207606	SOC NAL DE LA CRUZ R	28/03/1990	25/03/1991	$54.630	51,86	0,00	0,00	51,86
1008222388	HOSP.INFANT.UNV.LORE	03/07/1992	01/10/1992	$150.270	13,00	0,00	0,00	13,00
1008212464	FUNDACION SANTA FE B	22/09/1992	10/03/1993	$215.790	24,29	0,00	1,43	22,86
1006132787	JULIO CESAR RODRIGUE	02/03/1993	26/04/1993	$197.910	8,00	0,00	1,29	6,71
1006131865	S.S.S. DE COLOMBIA L	20/05/1993	30/09/1993	$197.910	19,14	0,00	0,00	19,14
1003703519	SUDAMERIC.DE ASCENSO	05/11/1993	31/12/1994	$98.700	60,29	0,00	0,00	60,29
800196945	SUDAMERICANA DE ASCE	01/02/1995	30/04/1995	$119.000	12,86	0,00	0,00	12,86
800196945	SUDAMERICANA DE ASCE	01/08/1995	31/12/1995	$150.000	21,43	0,00	0,00	21,43
800196945	SUDAMERICANA DE ASCE	01/01/1996	31/01/1997	$180.000	55,71	0,00	0,00	55,71
800196945	SUDAMERICANA DE ASCE	01/02/1997	31/12/1997	$172.005	47,14	0,00	0,00	47,14
800196945	SUDAMERICANA DE ASCE	01/01/1998	28/02/1998	$204.000	8,57	0,00	0,00	8,57
800196945	SUDAMERICANA DE ASCE	01/03/1998	30/11/1998	$400.000	37,29	0,00	0,00	37,29
800060609	SOMOS SOLUCIONES LAB	01/02/1999	28/02/1999	$464.000	2,29	0,00	0,00	2,29
800060609	SOMOS SOLUCIONES LAB	01/03/1999	31/03/1999	$609.000	3,00	0,00	0,00	3,00
							[10] TOTAL SEMANAS COTIZADAS:	**362,14**

en el proceso, acaeció el **26 de agosto de 1999** con fecha de efectividad a partir del **1° de octubre de 1999** *(Páginas 102 y 104, Archivo 07, expediente digital)* por afiliación que hiciera a COLPATRIA hoy PORVENIR, específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP y en el formulario de afiliación suscrito con esa AFP.

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

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

Frente al tema, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia 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[6], en los términos del artículo 1746 del Código Civil, ante la inexistencia de una norma distinta que de manera explícita regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico.

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

> *«(…)*
> *De modo que al no existir una norma explícita que regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico en la legislación civil, acudió al aludido precepto relativo a las consecuencias de la nulidad, el cual consagra las mismas consecuencias de aquella. Dicha disposición establece:*
>
> > *Artículo 1746. La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita (subrayas fuera de texto).*
> >
> > *En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.*
>
> ***Entonces, según la norma precedente, el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición.*** *En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia»*.

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

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 COLPATRIA hoy 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[7], Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y en las

---

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

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

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

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

En las anteriores circunstancias, es evidente que un afiliado de las características del demandante tiene mayores beneficios permaneciendo en el régimen de prima media con prestación definida, en cuanto conserva su transición, que trasladándose al de ahorro individual con solidaridad que administran los

Fondos Privados de Pensiones, máxime que en este caso, el actor estaba a escasos 2 años para consolidar su pensión de vejez, ya que tenía las semanas suficientes para acceder a dicha prestación económica.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen 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[8] no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues advirtió que el traslado de régimen lo efectuó por la directriz impartida por la empresa donde trabajaba, pues tenía convenio con Colpatria y que por tanto, procedió 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.

[8] ***Interrogatorio de Parte, récord 32:54, archivo 17 audiencia 27 de julio del 2023***.

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 COLPATRIA hoy PORVENIR (*Página 104, Archivo 7 expediente digital),* este no constituye en manera alguna medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la AFP demandada (sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019) y, en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus,* pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que se advierten ausentes en el plenario.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el fondo de pensiones COLPATRIA hoy 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 –COLPATRIA hoy 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 1999, cuando se produjo el traslado de la aquí demandante, la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR estaba en la obligación de informar a su futura afiliada sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, pero ello en el asunto no ocurrió o, por lo menos, no se acreditó.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada COLPATRIA hoy PORVENIR, omitió en el momento del traslado de régimen **(26 de agosto de 1999, efectivo el 1º de octubre de 1999),** el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

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 a la demandante al momento de su traslado no fue acreditada por esa AFP razón por la cual no se puede entender como una ratificación de la voluntad de permanecer en el RAIS, como lo sugiere en la alzada.

Igualmente, 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.

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

Tampoco incide el hecho que la demandante hubiese efectuado traslados entre AFP, 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 PORVENIR, PROTECCIÓN y COLFONDOS, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante como cotizaciones, bonos pensiones (si se hubieren causado) sumas adicionales del asegurado, con todos sus frutos, intereses y con los rendimientos y demás emolumentos que se hubieren causado, sin lugar a descuento alguno, o deterioros sufridos por el bien administrado, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, 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. por lo que se confirmará en tal sentido el fallo de primer grado.

Debe precisarse en este punto, y en virtud del grado jurisdiccional de Consulta en su favor, se adicionará el numeral tercero del fallo de primer grado, en cuanto a que además de lo anterior, COLFONDOS, PROTECCIÓN y PORVENIR, también deben devolver a COLPENSIONES, los **gastos de administración**, y las **comisiones** debidamente **indexadas** con cargo a sus propias utilidades, por el tiempo en que la demandante estuvo aparentemente afiliada a esas administradoras.

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 PORVENIR y COLFONDOS, 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)

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

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

> *«Las consecuencias de la nulidad de la vinculación respecto a las prestaciones acaecidas no es plenamente retroactiva como lo determina la normatividad del derecho privado, la que no tienen cabida enteramente en el derecho social, de manera que a diferencia de propender por el retorno al estado original, al momento en que se formalizó el acto anulado, mediante la restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubieren dado o recibido, ha de valer el carácter tutelar y preservar situaciones consolidadas ya en el ámbito del derecho laboral ora en el de la seguridad social; en la doctrina es indiscutido que la nulidad del contrato de trabajo, no priva al trabajador del derecho a su remuneración; o que en materia de seguridad social, en el laboral administrativo, según el mandato expreso del artículo 136 del C.C.A. el trabajador o el afiliado de buena fe, tiene el derecho a conservar, sin deber de restituir las prestaciones que le hubieren sido pagadas.*
>
> *[…]*
>
> *La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C.,* ***esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.***
>
> *Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual,* ***ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la***

> ***Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.***
>
> *Las consecuencias de la nulidad no pueden ser extendidos a terceros, en este caso, a la administradora del régimen de prima media en el que se hallaba el actor antes de producirse la vinculación cuya nulidad se declara, de modo que no debe asumir por el sistema de pensiones sanciones derivadas de la mora en el pago íntegro del derecho pensional, obligaciones por las que sólo ha de responder a partir de cuándo le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada».*

Igualmente, en la sentencia CSJ SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, se expuso:

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

Por otro lado, conviene 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.

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

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES[9] *(Página 30 Archivo 08 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.

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

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

> *"…recientemente, en la sentencia CSJ SL1421-2019, tuvo la oportunidad de pronunciarse al respecto, sosteniéndose que en materia del derecho del trabajo y la seguridad social, las disposiciones que gobiernan la extinción de la acción son los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS, que consagran un periodo trienal para que opere ese fenómeno; sin embargo, se adujo que tal normativa no resulta aplicable a los casos de ineficacia del traslado, por cuanto se trata de una pretensión de carácter declarativa, que es precisamente lo que sucede en el sub examine, en la aludida providencia se dijo:*
>
> *Al efecto, aun cuando en las controversias suscitadas en el ámbito del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, los preceptos llamados a regular la extinción de la acción, son los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, normativa en virtud de la cual opera el termino trienal, con un periodo de consolidación contabilizado desde la exigibilidad de la obligación, en el asunto bajo estudio, dicho concepto se torna inaplicable, toda vez que* ***las pretensiones encaminadas a obtener la nulidad del traslado de régimen y sus respectivas consecuencias ostentan un carácter declarativo,*** *en la medida en que se relacionan con el deber de examinar la*

[9] Se tuvo por contestada la demanda en auto del 13 de junio del 2023, archivo 13 expediente digital.

> *expectativa del afiliado a fin de recuperar el régimen de prima media con prestación definida, y en tal virtud acceder al reconocimiento de la prestación pensional, previo cumplimiento de los presupuestos legales establecidos para tal fin. CSJ AL1663-2018, CSJ AL3807-2018.*
>
> *De igual forma, destaca la Sala la inoperancia del medio exceptivo, frente a nulidad del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, acorde a los lineamientos normativos del artículo 48 de la Constitución Nacional, sino por el carácter declarativo que ostenta la pretensión inicial, en sí misma, acaecimiento ultimo frente al que además no resulta dable alegar el fenómeno advertido, en tanto los sustentos facticos que soportan la pretensión se hayan encaminados a demostrar su existencia e inexistencia como acto jurídico, lo que a su vez da lugar a consolidar el estado de pensionado, y en consecuencia propiciar la posibilidad del disfrute de un derecho económico no susceptible de extinción por el trascurso del tiempo. Ver sentencia CSJ SL 8. mar. 2013 rad. 49741.*
> *Conforme a lo discurrido, fuerza concluir entonces, que debe declararse la ineficacia de la afiliación de la demandante al sistema pensional de ahorro individual, debiendo retrotraerse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir este, es decir, como si ello no se hubiera producido, (…)"* (Negrillas y subrayas fuera de texto)

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

SIN COSTAS en esta instancia.

En mérito de 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 COLFONDOS, PROTECCIÓN y PORVENIR, devolver a COLPENSIONES, los gastos de administración 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.

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

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL.

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR LUIS HERNANDO REY SERRANO CONTRA EL FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA (RAD. 18 2022 00218 01).

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023)

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

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión recurso de apelación presentado por la pasiva y el grado jurisdiccional de Consulta en su favor, contra la sentencia proferida por el Juez Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 28 de agosto del 2023 (Audio Archivo 17 record:19:43) en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO: CONDENAR*** *al FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, a reconocer y encargarse del trámite para el pago a favor del señor LUIS HERNANDO REY SERRANO identificado con la c.c. 13.824.238, respecto de las diferencias que generaron sobre las mesadas pensionales así:*
>
> *PRIMERA MESADA $1.130.775,46 A PARTIR DE 21 de febrero de 2003*
>
> *Para un total del retroactivo al 31 de agosto de 2023, la suma de $7.576.147, suma que indexada arroja un valor de $4.310.564, para un total de $11.886.712, sin perjuicio de las mesadas ordinarias y adicionales que se causen a futuro, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.*
>
> ***SEGUNDO****: Del retroactivo la demandada deberá hacer la devolución de los aportes al sistema de seguridad social en salud, puesto que las entidades pagadoras de pensiones, por ministerio de la ley, están facultadas para efectuar tal descuento y consignarlo en los plazos estipulados a la correspondiente entidad promotora de salud a la cual se encontraba vinculado, de conformidad con lo previsto en el artículo 42 del Decreto 692 del 94, de conformidad a las motivaciones precedentemente expuestas.*

> ***TERCERO**: RELEVARSE del estudio de las excepciones propuestas por la demandada.*
>
> ***CUARTO**: CONDENAR en costas a la parte demandada, señálense como agencias en derecho la suma de $1.500-000, valor que deberá ser cancelado a favor del demandante, por parte del FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA.*
>
> ***QUINTO**: Contra la presente providencia procede el recurso de apelación, en caso de que la sentencia no se impugne, remítase ante el Superior a efectos de que surta el grado jurisdiccional de Consulta.**"***

Inconforme con la decisión la apoderada de la entidad accionada recurre el fallo, manifestando, el señor Luis Hernando Rey Serrano, en efecto, estuvo vinculado a la extinta ferroviaria, por el tiempo consignado en el escrito de contestación de demanda y a raíz de ese tiempo le fue reconocida una pensión de jubilación y cuando cumplió el requisito de los 50 años, la misma se acrecentó en un 75%, por lo que aduce no se puede hablar de 2 pensiones, sino la misma pensión., por lo tanto, expresa su permanencia en el tiempo siempre estuvo actualizada.

Señala que la demandada si efectuó un reconocimiento de la indexación de la mesada pensional, manifestando que según la propuesta de conciliación efectuada en primera instancia cuando se realizaron los cálculos y las operaciones aritméticas, no se tuvo en cuenta un porcentaje correcto, más no es que no se hayan realizado las operaciones como tal, solicitando tener en cuenta los extremos temporales que en ella se consignan, como también su valor de retroactivo y el valor de la mesada pensional, a partir de la cual es beneficiario el señor Luis Hernández Serrano. (Audio Archivo 17 record 22:43[1])

[1] **APODERADA FERROCARRILES:** Muchas gracias, señor juez, por parte del fondo de pasivo social de ferrocarril nacional de Colombia me permito presentar recurso de apelación a la sentencia proferida en primera instancia, de conformidad este recurso sustentado principalmente en lo contenido en la propuesta de conciliación, hecha por parte de la entidad donde se determinan los extremos a tener en cuenta para el retroactivo donde se identifica que, en efecto, si hubo un reconocimiento de la indexación de la mesada pensional, pero en su momento cuando se realizaron los cálculos y las operaciones aritméticas, no se tuvo en cuenta un porcentaje correcto, más no es que no se hayan realizado las operaciones como tal, si se realizaron, entonces también solicitó, por favor, tener presente por parte del despacho la determinación de los extremos temporales que en ella se consignan, como también su valor de retroactivo y el valor de la mesada pensional, a partir de la cual es beneficiario el señor Luis Hernández Serrano, ello también de conforme, como se expresó en el escrito de contestación de demanda y en los alegatos de conclusión sustentados en la audiencia previa, se tiene por cierto que el señor Luis Hernando Rey Serrano, en efecto, estuvo vinculado a la extinta ferroviaria, por el tiempo ahí consignado en el escrito de contestación de demanda y que a raíz de ese tiempo le fue reconocida una pensión de jubilación. La misma, cuando el señor cumplió el requisito de los 50 años, la misma acrecentó hasta un 75%, indicándole al despacho la claridad de que no se habla de 2 pensiones, sino la misma pensión. Por lo tanto, su permanencia en el tiempo siempre estuvo actualizada. De conformidad a ello me permito sustentar brevemente mi recurso de apelación, el cual será claramente ampliado en la sustentación por escrito ante el Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá. Gracias.

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante LUIS HERNANDO REY SERRANO, las pretensiones relacionadas en la página 6 del archivo 01 del expediente digital, las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos narrados a folios 4 a 6 del mismo archivo, aspirando se reconozca y pague a su favor la indexación de la pensión plena de jubilación, con efectividad a partir del 21 de junio del 2003, con los respectivos reajustes anuales pertinentes. En consecuencia, se cancelen las diferencias pensionales causadas en virtud de la indexación o actualización de la prestación, inclusive respecto de las mesadas adicionales de junio y diciembre de cada año, desde la fecha de causación del derecho y hasta que se incluya en nómina de pensionados el nuevo valor pensional, derechos *ultra y extra petita,* costas y gastos del proceso. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus aspiraciones,** pues se accedió a indexar el salario base con el cual se liquidó la pensión al año 2003, tras considerar que desde la fecha de retiro de servicio a la data en que le concedieron al actor la pensión plena transcurrió un tiempo considerable en el cual se depreció la moneda, disponiendo reajustar la mesada del año 2003 en la suma de $1.130.755, calculando un retroactivo desde esa data y hasta el 31 de agosto del 2023 en suma de $7.576.147 el cual indexado a la misma fecha arrojó una deuda de $11.886.712, sin hacer pronunciamiento frente a la excepción de prescripción.

Así las cosas, con ocasión del recurso de apelación promovido por la enjuiciada, se examinarán además de los motivos expuestos en la alzada, la decisión en lo que le fue desfavorable al Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia en el grado jurisdiccional de Consulta[2].

De este modo ha de advertirse, no es motivo de discusión dentro del presente juicio, la calidad de pensionado que ostenta el actor, habiéndosele concedido inicialmente la pensión especial proporcional mediante Resolución No. 1437 del 29 de julio de 1991 (págs. 25 y 26 Archivo 01) una vez feneció el nexo contractual

[2] *Ver auto* ***AL2806 Radicación N° 67916 del 4 de mayo de 2016*** *de la Sala Laboral de la Corte Suprema* de Justicia, respecto de la Consulta de esta entidad.

laboral que lo fue el 30 de mayo de 1991 en cuantía de $138.999,80 (pág. 28 ibídem), para con posterioridad, al arribar a la edad de los 50 años, otorgársele la pensión plena de jubilación con una tasa del 75%, en acto administrativo No. 960 del 26 de mayo del 2003 (págs. 28 y 29 ibídem) con una mesada de $1.109.789,89, todo ello de conformidad con lo previsto en el artículo 5º del Decreto 1590 de 1989[3], en concordancia con el artículo 7 del Decreto 895 de 1991[4], modificado por el artículo 3 del Decreto 1651 de 1991[5].

---

[3] *ARTÍCULO 5o. <Ver Resumen de Notas de Vigencia> Los empleados oficiales de la Empresa que a la fecha de publicación del decreto de liquidación o durante el término de la misma, tuvieren edad de cincuenta y cinco (55) años o más, los hombres, y cincuenta (50) años o más, las mujeres, y tiempo de servicio igual o superior a veinte (20) años en el sector público o privado y no menos de diez (10) años, continuos o discontinuos en la Empresa, tendrán derecho a la pensión plena de jubilación.*

Así mismo, los empleados públicos que a la fecha de publicación del Decreto de liquidación tuvieren veinte (20) años o más de servicios a la Empresa tendrán derecho, sin consideración a la edad, a pensión de jubilación proporcional correspondiente al tiempo de servicio, así:

a) Veinte (20) años, sesenta y cuatro por ciento (64%) del salario promedio;
b) Veintiún (21) años, sesenta y cinco por ciento (65 %) del salario promedio;
c) Veintidós (22) años, sesenta y seis por ciento (66%) del salario promedio;
d) Veintitrés (23) años, sesenta y siete por ciento (67%) del salario promedio;
e) Veinticuatro (24) años, sesenta y ocho por ciento (68%) del salario promedio y así sucesivamente, sin sobrepasar del setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio el valor de la pensión.

Es entendido que el empleado que se pensione acogiéndose a este régimen tendrá derecho a la pensión de jubilación ordinaria del 75% del salario promedio devengado en el último año de servicio, con los reajustes anuales pertinentes, al cumplir cincuenta y cinco (55) años de edad los hombres, y cincuenta (50) años de edad las mujeres.

Para los efectos de la pensión jubilación por aportes, establecida por la Ley 71 de 1988, el tiempo de servicio a la Empresa Ferrocarriles Nacionales de Colombia será computado sin consideración a la restricción contenida en el artículo 21 del Decreto reglamentario 1160 de junio 2 de 1989.

El Fondo que se cree en virtud de los artículos 7o. y 8o. de la Ley 21 de 1988 tendrá derecho a repetir contra las respectivas entidades para el cobro de las cuotas partes pensionales que se deriven del reconocimiento de estas pensiones especiales; así mismo, responderá por el pago de las que le correspondiere por razón del tiempo servido a la empresa Ferrocarriles Nacionales de Colombia.

[4] *Debe tenerse en cuenta que el artículo 12 del Decreto 895 de 1991 estableció que "Las disposiciones de los Decretos 1586 de 1989 y 1590 de 1989 se aplicarán en lo que no fueren contrarias a las normas aquí establecidas.",* advirtiendo esta nueva disposición previó que la pensión plena se otorgaría a los trabajadores una vez cumplidos los 50 años de edad, independientemente de si era hombre o mujer, siendo esto mas favorable y que fue en últimas, la edad que se tuvo en cuenta en el caso del demandante para el otorgamiento de la prestación.

[5] "***Artículo 3º****La pensión de jubilación proporcional de que trata el artículo 7º del Decreto extraordinario 895 de 1991, quedará así:*

a) Quince (15) años de servicio, cincuenta y seis por ciento (56%) del salario promedio.

b) Dieciséis (16) años de servicio, cincuenta y ocho por ciento (58%) del salario promedio.

c) Diecisiete (17) años de servicio, sesenta por ciento (60%) del salario promedio.

d) Dieciocho (18) años de servicio, sesenta y dos por ciento (62%) del salario promedio.

e) Diecinueve (19) años de servicio, sesenta y cuatro por ciento (64%) del salario promedio.

Prestación que fue objeto de reliquidación mediante Resolución 2158 del 19 de noviembre del 2021 (págs. 31 a 35 ibídem), en donde se estableció que la pensión proporcional de jubilación debía haber sido reconocida en suma de $139.605 a partir del 1° de junio de 1991 y la plena a partir del 21 de febrero del 2003 en valor de $1.114.456, ordenando el pago de las diferencias pensionales a partir del 7 de mayo del 2018 en virtud del fenómeno de la prescripción, todo lo anterior dado que se realizó una nueva liquidación con la inclusión de factores salariales devengados por el ex trabajador en los últimos 6 meses de servicio.

Conforme lo anterior, colige la Sala, de acuerdo al texto de la normatividad tenida en cuenta por la accionada para el reconocimiento de esta pensión -atrás citada- y contrario a lo que se consideró en primera instancia, se trata de la misma pensión y no de dos pensiones diferentes.

Así pues, tratándose de igual prestación, advierte la Sala, conforme a los hechos de la demanda (págs. 4 a 6 Archivo 01) y de acuerdo con las documentales incorporadas al plenario, al demandante le fue reconocido su derecho pensional a partir del día siguiente del retiro de la entidad (1 de junio de 1991).

Téngase en cuenta que si bien en Sentencia SL 736-2013 del 16 de octubre de 2013, proferida por la Sala de Casación laboral de la Corte suprema de Justicia, dentro de la Radicación No. 47709, se concluyó la necesidad de reconsiderar su orientación y retomar la jurisprudencia desarrollada con anterioridad a 1999, aceptando que la indexación procede respecto de todo tipo de pensiones, aún las

---

f) Veinte (20) años de servicio, sesenta y seis por ciento (66%) del salario promedio.

g) Veintiún (21) años de servicio, sesenta y ocho por ciento (68%) del salario promedio.

h) Veintidós (22) años de servicio, setenta por ciento (70%) del salario promedio.

i) Veintitrés (23) años de servicio, setenta y dos por ciento (72%) del salario promedio.

j) Veinticuatro (24) años de servicio, setenta y cuatro por ciento (74%) del salario promedio.

k) A partir de veinticinco (25) años de servicio, setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio.

El empleado que se pensione acogiéndose a este régimen tendrá derecho a la pensión de jubilación ordinaria del setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio devengado en los últimos seis (6) meses de servicio, con los reajustes anuales pertinentes al cumplir cincuenta (50) años de edad los hombres y las mujeres.

Parágrafo. *Igualmente tendrán derecho a las pensiones establecidas en el presente artículo, los empleados oficiales que hubieren prestado quince (15) años o más de servicios continuos o discontinuos en el sector oficial, diez de los cuales por lo menos en la Empresa, proyectados hasta el 17 de julio 1992, y que tengan una edad superior a cuarenta y cinco (45) años."*

causadas con anterioridad a la vigencia de la Constitución Política de 1991, en relación con la indexación de la pensión plena reconocida al actor, al momento de cumplir la edad de 50 años (págs. 28 y 29 Archivo 01), es de recordar, tal fenómeno se traduce en una medida con la cual se busca que la pérdida del valor adquisitivo de la moneda a la cual se encuentra sujeta cualquier suma de dinero, no vaya en detrimento del derecho que, para el caso que se estudia, fue otorgado al demandante con el reconocimiento de su pensión.

Advirtiéndose, a juicio de la Sala, la entidad demandada procedió conforme a derecho al momento de reconocer el porcentaje adicional al pensionado al cumplimiento de la edad de 50 años, ello por cuanto, según lo establecido en el Decreto 895 de 1991, modificado por el Decreto 1051 de 1991 -vigentes al momento en que se reconoció la pensión plena-: *"El empleado que se pensione acogiéndose a este régimen tendrá derecho a la pensión de jubilación ordinaria del setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio devengado en los últimos seis (6) meses de servicio,* ***con los reajustes anuales pertinentes*** *al cumplir cincuenta (50) años de edad los hombres y las mujeres" (Negrilla de la Sala).*

En este punto es menester reiterar, conforme al texto del acto administrativo por medio del cual se le reconoció la pensión especial al demandante Resolución No. 1487 del 29 de julio de 1991 (págs. 25 y 26 Archivo 01), ésta lo fue a partir de la fecha del retiro del demandante -01 de junio de 1991-, por lo que es claro que no transcurrió término alguno respecto del cual pudiera predicarse pérdida del poder adquisitivo de la moneda del promedio salarial tomado como base para su liquidación, tal como lo anotó la apelante.

Igualmente, al momento de adquirir el demandante el derecho a percibir la pensión plena de jubilación, la enjuiciada calculó el 75% del promedio de lo devengado en los últimos seis meses, y le aplicó los reajustes legales anuales, de acuerdo a lo dispuesto por el gobierno nacional, y dando aplicación a la norma citada en precedencia; de tal manera, al haber sido actualizada la suma de acuerdo a los porcentajes legales anualmente dispuestos por el Gobierno Nacional a efecto mantener su poder adquisitivo, disponer su indexación ahora constituiría una nueva actualización, a todas luces improcedente, ello implicaría que todas las pensiones que han sido reajustadas anualmente, requirieran ser indexadas aplicando la fórmula utilizada para el cálculo de la primera mesada pensional, lo

cual no ocurre en este caso, pues se trata de la misma pensión, se itera, incrementada al 75%, a la cual se le aplican los reajustes legales, mecanismo previsto por el legislador para evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

A la anterior conclusión se arriba, una vez revisados los actos administrativos por medio de los cuales se dispuso el reconocimiento de la pensión especial y con posterioridad la plena, tal como a continuación se pasa a verificar conforme a la última resolución donde se reliquidó la prestación pensional (pag.173 Archivo 05):

- Último salario promedio $232.675,45
- Pensión de Jubilación especial 60%: $139.605 (Efectiva a partir del 1 de junio de 1991).
- Pensión Plena de Jubilación del 75% sin reajustes: $232.675,45 X 75% = $174.506,58
- Valor reconocido: $1.114.456 (efectiva a partir del 21 de febrero del 2003).

LIQUIDACION ESPECIAL Y PLENA			
INCREMENTO IPC 2018=100	DESDE	HASTA	VALOR MENSUAL
26,06%	01/06/1991	31/12/1991	139.605
26,04%	01/01/1992	31/12/1992	175.958
25,03%	01/01/1993	31/12/1993	220.000
21,09%	01/01/1994	31/12/1994	266.398
22,59%	01/01/1995	31/12/1995	326.577
19,46%	01/01/1996	31/12/1996	390.129
21,63%	01/01/1997	31/12/1997	474.514
17,68%	01/01/1998	31/12/1998	558.408
16,70%	01/01/1999	12/12/1999	651.662
9,23%	01/01/2000	31/12/2000	711.810
8,75%	01/01/2001	31/12/2001	774.093
7,65%	01/01/2002	31/12/2002	833.311
6,99%	01/01/2003	20/02/2003	891.559
6,99%	21/02/2003	31/12/2003	1.114.456

Así las cosas, como ha quedado evidenciado, la accionada procedió conforme a los lineamientos determinados en la normatividad aplicable al caso de autos, para el caso del demandante, en cuanto al tratarse de una sola pensión, a la especial reconocida inicialmente, se le efectuaron **los reajustes legales anuales** correspondientes, lo que impide darle crédito a los hechos en el que se

soportaban las pretensiones, de tal suerte, no hay lugar a acceder a la indexación deprecada por el demandante, procediendo a la revocatoria de la sentencia apelada y consultada, para en su lugar ABSOLVER a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, razón por la cual los demás argumentos de apelación de la enjuiciada por sustracción de materia no serán estudiados.

Sin **COSTAS** en esta instancia. Se revocan las de primer grado, las cuales corren a cargo de la parte demandante.

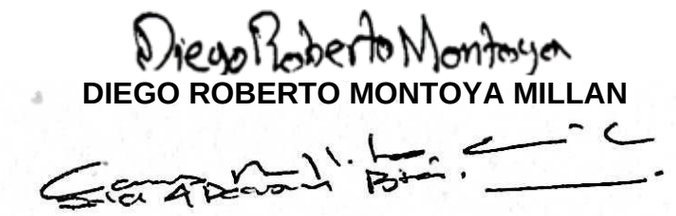
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida en primera instancia para en su lugar **ABSOLVER** a la demandada, **FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA**, de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el señor **LUIS HERNANDO REY SERRANO.**

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia. Se revocan las de primer grado, las cuales corren a cargo de la parte demandante.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA 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 LUIS FERNANDO GONZÁLEZ ALDANA CONTRA HUMBERTO BARON JIMENEZ (RAD. 20 2021 00077 01).

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre 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 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 demandado, contra la sentencia proferida por el Juez 20 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 29 de mayo de 2023 (Exp. Digital: Audio archivo 17, récord: 50:07), en la que se resolvió:

> ***PRIMERO: DECLARAR PROBADA PARCIALMENTE*** *la excepción de prescripción.*
>
> ***SEGUNDO: DECLARAR*** *que entre el señor LUIS FERNANDO GONZÁLEZ ALDANA y EL señor HUMBERTO BARON JIMENEZ existe un contrato de trabajo a término indefinido desde el 18 de enero de 2000 el cual se encuentra vigente, conforme a las consideraciones de la parte motiva.*
>
> ***TERCERO: CONDENAR*** *al demandado señor HUMBERTO BARON JIMENEZ al pago de las siguientes sumas de dinero por concepto de prestaciones sociales y vacaciones adeudadas:*
>
> *a. Auxilio de cesantías: ……. $ 14.511.955*
> *b. Intereses a las cesantías……. $ 484.556*
> *c. Prima de Servicio: ……..$ 4.472.684*
> *d. Compensación de vacaciones $ 2.566.703*
>
> *Para un total de: $22.035.898*
>
> ***CUARTO: CONDENAR*** *al demandado señor HUMBERTO BARON JIMENEZ a cotizar al Sistema General de Pensiones donde se encuentra afiliado el accionante señor LUIS FERNANDO GONZÁLEZ ALDANA, el porcentaje que corresponda de los aportes adeudados, con base en el salario mínimo legal mensual vigente desde el 18 de enero del año 2000 hasta que culmine la relación laboral, para lo cual el fondo al cual se encuentra afiliado el*

demandante, deberá realizar el cálculo actuarial, con el fin que el demandado efectúe los pagos correspondientes conforme a lo expuesto.
***QUINTO: ABSOLVER** al demandado HUMBERTO BARÓN JIMÉNEZ de las demás pretensiones incoadas en su contra.*

***SEXTO: CONDENAR** en costas al demandado HUMBERTO BARÓN JIMÉNEZ y a favor del demandante. Tásense por secretaría incluyendo como agencias una suma equivalente a DOS (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes.".*

Inconforme con la decisión, el apoderado del demandado presentó recurso de apelación[1], argumentando, entre las partes nunca existió un contrato de trabajo de

[1] ***Recurso Demandado (récord 53:11, archivo 17):*** *"Señoría, con mi acostumbrado respeto manifiesto al señor juez, que interpongo el recurso de apelación contra la sentencia que se acaba de notificar en estrados, a efecto de que el Honorable Tribunal Superior de Bogotá en su Sala Laboral, revoque la providencia, a que hago mención y en su lugar, niegue las pretensiones de la demanda, recurso de alzada que sustento en los siguientes términos:*

Acierta el señor juez, a cada situación planteada en esta jurisdicción, dentro de un problema jurídico que es el de establecer si entre las partes existió o no una relación laboral, un contrato de trabajo a término indefinido. Dentro de esta limitación, la parte a quien represento en su oportunidad y al contestar la demanda enervó como hecho fáctico, el que entre las dos partes nunca existió un contrato de trabajo de carácter indefinido y que se haya celebrado verbalmente, y que, por el contrario, existió un vínculo de carácter civil, un contrato de prestación de servicios por el cual el demandante prestó las labores de brillado en la empresa del demandado.

Existen varios hechos o elementos fácticos Honorable Tribunal, que le dan fundamento y base a las excepciones propuestas en la contestación de demanda. Entre éstas los siguientes elementos fácticos, el primero de ellos que se puede constituir, como un indicio en contra del demandante, es el atinente a que, si existió, según su decir un contrato de trabajo de tipo verbal y de carácter indefinido, que según el hecho primero de la demanda, su inicio fue en noviembre del año 1993, haya dejado transcurrir sin explicación alguna, muchísimos años, hasta que finalmente, en febrero del año 2021, decidió accionar en solicitud de las Prestaciones Sociales derivados de una relación laboral, porque decimos que llama la atención este comportamiento del demandante, que no es lógico que una persona que se sienta vinculada con un empleador bajo la modalidad del contrato de trabajo, dejé de atender o percibir anualmente una prima, anualmente unas vacaciones y deje de percibir anualmente lo correspondiente, ya dije a los intereses a la cesantías. Esto no es lógico, no es el natural comportamiento de una persona que se sienta con una relación de trabajo, como la que alega la parte actora.

Me pregunto yo si esa íntima convicción, fue lo que le impidió durante varios años, dejar de accionar en contra de su empleador. El segundo elemento, su señoría tiene que ver con el hecho de que tampoco el accionante, el demandante, dentro de su derecho a reclamar todo lo conveniente a lo que se deriva en cuanto a la asistencia social en salud y pensiones, haya dejado también de hacer exigencias a su empleador, para que le cotizara oportunamente lo correspondiente a la pensión de jubilación y a la atención en salud, cuando se sabe que la persona que está vinculado con un contrato de trabajo, tiene en la vida como principal preocupación, no solamente percibir un salario, sino también asegurar su subsistencia en los años de ancianidad, es decir, preocuparse porque se le garantice su pensión y que se garantice la prestación de sus servicios de salud. Estas falencias Honorable Tribunal no son gratuitas, sino que implican que para el demandante no existió la convicción de que el sistema de relación laboral en los términos señalados por los artículos 22 y 23, del Código Sustantivo de Trabajo, pero se dirá que primaría un contrato realidad, como lo afirma el fallo objeto de este recurso vertical, pero esa afirmación merece también nuestra atención, porque si bien es cierto, la presunción establecida en el artículo 24 del Código Sustantivo de Trabajo, podría aplicarse en este caso, sin embargo, siendo como lo es una presunción legal que traslada la carga de la prueba al empleador, fue desvirtuada y fue desvirtuada por cuanto los testigos que afirmaron al proceso fueron contestes y acordes en manifestar, varias situaciones que hay que atender, para decir que lo que existió, fue un contrato de prestación de servicios, el primero de ellos es que no hubo subordinación, si bien es cierto, y hay que aceptarlo así, sí existió una prestación personal de un servicio en favor del demandado. Sin embargo, esto no es prueba del elemento de la subordinación, y se dice que no existe este elemento esencial para que se predique la existencia de un contrato de trabajo, como quiera que los testigos narraron, que el precio de las piezas que debían ser pulidas por el demandante era fijado por el señor demandante y el demandado y que, si no se ponían de acuerdo en el precio de la labor desarrollada, que no se laboraba el cumplimiento de la pieza y que lo hacía otra persona. ¿Qué indica esto? Que no hubo una subordinación, porque no cabe dentro de la lógica de la relación de tipo prestacional de servicio de dos personas, que, si una de ellas es el empleador, el patrono, no pueda exigirle a su empleado la elaboración de una pieza, eso no es admisible, no tiene lógica en el mundo, pues de este tipo de actividad, como es el pulimiento de piezas de metal.

carácter indefinido, que se haya celebrado verbalmente, por el contrario, existió un vínculo de carácter civil, un contrato de prestación de servicios por el cual el demandante prestó las labores de pulidor en la empresa del demandado.

Expuso, el actor relató que comenzó en noviembre del año 1993, siendo inexplicable que dejara transcurrir tantos años y solo hasta febrero de 2021, decidiera solicitar las prestaciones sociales derivados de una relación laboral, comportamiento que llama la atención ya que no es lógico que una persona que se sienta vinculada con un empleador bajo la modalidad de contrato de trabajo acepte y deje percibir anualmente una prima, vacaciones o, intereses a las cesantías.

Como segundo planteamiento, adujo, el demandante, dentro de su derecho a reclamar todo lo concerniente a salud y pensiones, dejó también de hacer exigencias a su empleador, para que le cotizara oportunamente lo correspondiente a la pensión y salud, cuando se sabe que quien está vinculado con un contrato de trabajo, tiene en la vida como principal preocupación, no solamente percibir un salario, sino también asegurar su subsistencia en los años de ancianidad, es decir,

---

También los testigos, Honorable Tribunal fueron contestes en decir que en la empresa propiedad del demandado, existían personas que se dedicaban a la labor del pulimiento y que eran contratadas a través de la modalidad de contrato de trabajo, pero que había otras y entre ellas el demandante que prestaban este servicio de pulimiento sin el régimen contractual propio del derecho sustantivo. De manera que, esta afirmación de los testigos habrá que tenerse en cuenta. También es de llamar la atención, en esta situación del debate probatorio que se dio, el de que afirme que se exigía el cumplimiento de un horario, cuando lo que dicen los testigos, es lo contrario, que no se le exigía horario al demandante, él podía llegar cuando quisiera y que podía salir cuando quisiera, solo que la costumbre de él era la de estar temprano todos los días en la empresa, explicado en el hecho de que si no llegaba a esas horas tempranas del día, podía quedarse sin una asignación de tareas. Es decir, podría dejar de atender el pulimiento de algunas piezas, no porque se le exigiera un horario, no se probó que existiese un control sobre ese supuesto horario, en materia de planillas, en materia de un reloj que registrará el ingreso y la salida del empleado. Es decir, hay situaciones que deberá tenerse en cuenta, para indicar que no hubo un contrato de trabajo.

El hecho de que el demandante prestará sus servicios en las instalaciones de la empresa se explica porque allí es donde están las máquinas con la cual se realiza el pulimiento de los metales, máquinas que, por otro lado, por sus dimensiones, por su tamaño, no podían, digamos, trasladarse a donde el demandante pudiera desarrollar esa labor, y porque, además, dentro de la empresa había pulidores, contratados bajo la modalidad de contrato de trabajo. Entonces, no se puede determinar que haya contrato de trabajo, por el hecho de que el demandante prestó sus servicios en las instalaciones de la empresa, explicación ya acabo de darla. Tampoco puede colegirse, deducirse que, un contrato de trabajo, con la circunstancia de que al demandante se les suministró medios de protección, como guantes y otros que debían emplearse durante el desarrollo de su labor, esto explica que, en un contrato de prestación de servicios, también el que contrata un operario a un contratista para que desarrolle cualquier tipo de trabajo, pues es lógico que tome algunas medidas de precaución, para evitar de pronto posibles daños a la persona, el operario, que puedan degenerar o desembocar en algún tipo de demanda de responsabilidad civil, entonces tampoco se puede tomar esta circunstancia, el suministro de elementos como indicativo de que lo que existió entre las partes fue un contrato de trabajo.

Hay muchos otros aspectos que vamos a alegar ante el Honorable Tribunal, pero bátelos con las situaciones que acabo de plantear, en lo atinente pues a algo que dicen los testigos en lo atinente a la no exigencia de horario y lo atinente a que, no hubo una subordinación para dejar de esta manera su señoría, sustentado el recurso, el cual les suplico lo otorgue y ordene el envío del expediente, ante el superior jerárquico.".

preocuparse porque se le garantice su pensión y que se garantice la prestación de sus servicios de salud, lo que denota que para el demandante no existió la convicción de que se desarrollaba una relación laboral en los términos señalados en los artículos 22 y 23 del Código Sustantivo de Trabajo.

Agregó, si bien es cierto, la presunción establecida en el artículo 24 del Código Sustantivo de Trabajo, podría aplicarse en este caso, al tratarse de una presunción legal que traslada la carga de la prueba al empleador, ésta fue desvirtuada por cuanto los testigos manifestaron que se trató de un contrato de prestación de servicios, que no hubo subordinación, pese a existir una prestación personal del servicio en favor del demandado, lo que concluye que no existe ese elemento esencial para que se predique la existencia de un contrato de trabajo. Resaltó, como quiera que los testigos narraron que el precio de las piezas que debían ser pulidas era fijado por el demandante y el demandado y, si no se ponían de acuerdo en el precio de la labor desarrollada, el trabajo lo hacía otra persona, es claro que no hubo subordinación, porque no cabe dentro de la lógica de la relación de tipo prestacional de servicio de dos personas, que, si una de ellas es el empleador o el patrono, no pueda exigirle a su empleado la elaboración de una pieza, eso no es admisible.

Añadió, los testigos informaron que en la empresa que es propiedad del demandado, existían personas que se dedicaban a la labor del pulimiento y que eran contratadas a través de la modalidad de contrato de trabajo, pero que había otras y entre ellas el demandante que prestaban este servicio de pulimiento sin el régimen contractual propio del derecho sustantivo, de manera que, esta afirmación de los testigos habrá que tenerse en cuenta. También llama la atención que los testigos indicaron que no se le exigía horario al demandante, que él podía llegar y salir cuando quisiera, solo que la costumbre de él era llegar temprano todos los días a la empresa, insistió, el actor podia dejar de atender el pulimiento de algunas piezas, pero no devengaría lo mismo sin que ello signifique que se le exigía un horario. El hecho de que el demandante prestará sus servicios en las instalaciones de la empresa se explica porque allí es donde están las máquinas con la cual realizaba el pulimiento de los metales, máquinas que, por sus dimensiones y tamaño, no podían trasladarse para que el demandante pudiera desarrollar esa labor, además, dentro de la empresa había pulidores contratados bajo la modalidad de contrato de trabajo. Entonces, no se puede determinar que haya contrato de trabajo, por el hecho de que el demandante prestara sus servicios en las

instalaciones de la empresa, o que se le suministrara elementos de protección, como guantes y otros que debían emplearse durante el desarrollo de su labor, esto explica que, en un contrato de prestación de servicios, también el que contrata a un operario o un contratista para que desarrolle cualquier tipo de trabajo, es lógico que tome algunas medidas de precaución, para evitar posibles daños a la persona y que puedan degenerar o desembocar en algún tipo de demanda de responsabilidad civil, entonces tampoco se puede tomar esta circunstancia, como indicativo de que lo que existió entre las partes fue 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 del demandante LUIS FERNANDO GONZÁLEZ ALDANA en este ordinario, las pretensiones relacionadas a páginas 4 a 5 del archivo 01 del expediente digital, las cuales encuentran fundamento en los hechos consignados a páginas 3 a 4 (ibidem), aspirando se declare:

> ***PRIMERO****: Que entre el señor HUMBERTO BARON JIMENEZ, identificado con la cédula de ciudadanía número 79.903.847, NIT 79.306.847-3 y mi poderdante, señor LUIS FERNANDO GONZALEZ ALDANA, existe un contrato de trabajo a término indefinido.*
>
> ***SEGUNDO****: Que como consecuencia de lo anterior, el señor HUMBERTO BARON JIMENEZ debe pagar a mi poderdante. Por concepto de cesantías, correspondiente al tiempo laborado, la suma de TREINTA MILLONES DOSCIENTOS TREINTA Y CUATRO MIL QUINIENTOS CUARENTA Y CINCO PESOS ($30.234.545.oo).*
>
> ***TERCERO****: Que el señor HUMBERTO BARON JIMENEZ debe pagar a mi poderdante la suma de QUINCE MILLONES CIENTO DIECISIETE MIL DOSCIENTOS SETENTA Y DOS PESOS ($15.117.272.oo), por concepto de vacaciones, correspondientes al tiempo laborado.*
>
> ***CUARTO****: Que el señor HUMBERTO BARON JIMENEZ debe pagar a mi poderdante la suma de TREINTA MILLONES DOSCIENTOS TREINTA Y CUATRO MIL QUINIENTOS CUARENTA Y CINCO PESOS ($30.234.545.oo). Por concepto de primas de servicios, correspondientes al tiempo laborado.*
>
> ***QUINTO****: Que el señor HUMBERTO BARON JIMENEZ debe pagar a mi poderdante la suma de TRES MILLONES SEIS CIENTOS VEINTIOCHO MIL CIENTO CUARENTA Y CINCO PESOS ($3.628.145.oo), por concepto de intereses a las cesantías.*
>
> ***SEXTO****: Que el señor HUMBERTO BARON JIMENEZ debe pagar a mi poderdante la sanción moratoria de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por la mora en la consignación del auxilio de cesantías a favor del señor LUIS FERNANDO*

GONZALEZ ALDANA. La presente condena debe extenderse hasta el momento en que se haga efectivo el pago.".

***SÉPTIMO**: Que el señor HUMBERTO BARON JIMENEZ, debe realizar los pagos a seguridad social, especialmente al fondo de pensiones de los dineros adeudados como cotizaciones obligatorias durante la vigencia de la relación laboral.*

***OCTAVO**: Que como consecuencia de lo anterior, se ordene la devolución de los dineros aportados al fondo de pensiones por mi poderdante como trabajador independiente y que en virtud de las declaraciones anteriores corresponden al empleador.*

***NOVENO**: Que el señor HUMBERTO BARON JIMENEZ debe pagar las costas Del presente proceso.*

Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus aspiraciones, por cuanto se declaró que entre el señor LUIS FERNANDO GONZÁLEZ ALDANA y el señor HUMBERTO BARÓN JIMÉNEZ existe un contrato de trabajo a término indefinido desde el 18 de enero de 2000 el cual se encuentra vigente, se condenó al demandado al pago de las prestaciones sociales y vacaciones, a cotizar al Sistema General de Pensiones donde se encuentra afiliado el accionante en el porcentaje que corresponda de los aportes adeudados, con base en el salario mínimo legal mensual vigente desde el 18 de enero del año 2000 hasta que culmine la relación laboral, para lo cual el fondo al cual se encuentra afiliado el demandante, deberá realizar el cálculo actuarial, se absolvió al demandado HUMBERTO BARÓN JIMÉNEZ de las demás pretensiones incoadas y se condenó en costas. Lo anterior, tras considerar el *a quo,* con las pruebas recaudadas, interrogatorio de parte, testimonios y en especial las documentales se encontraba probada la prestación personal del servicio del actor a favor de la convocada a juicio, procediendo la aplicación de la presunción contenida en el artículo 24 del C.S.T., la que no encontró desvirtuada, concluyendo así, que la relación que ató a las partes tenía carácter laboral.

Puntualmente, el juzgador tomó como extremo inicial el relacionado en la certificación calendada del 23 de noviembre de 2010, concluyendo que no existen pruebas sobre la prestación del servicio con anterioridad al 18 de enero de 2000, contrato que además está vigente a la fecha al continuar el demandante al servicio del encartado, por ende, fulminó condena atendiendo la prescripción por concepto de prestaciones sociales y vacaciones, así mismo condenó al pago de los aportes pensionales bajo la figura de cálculo actuarial desde el extremo inicial declarado y al ser imprescriptible.

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).

Precisado lo anterior y con el ánimo de dar desarrollo a la impugnación del demandado, 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 se opone al afirmar que se trató de un contrato de prestación de servicios de naturaleza civil, 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.

De igual forma, es menester señalar, a la parte actora le basta acreditar la prestación personal del servicio, por cuanto en virtud de la ventaja probatoria consagrada en el artículo 24 del C. S. del T., se podría presumir la existencia de un contrato de trabajo entre las partes, correspondiendo por tanto a la llamada a juico desvirtuar su existencia (Al respecto, puede consultarse la sentencia CSJ SL2480-2018 de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia[2]).

[2] *«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».*

Así, se advierte, en el caso de marras no se encuentra en discusión la prestación personal del servicio del demandante en favor de la demandada por cuanto la misma fue aceptada desde la contestación de la demanda (hecho 2º, página 4, archivo 09), y se constata con las certificaciones aportadas por el demandante (Archivo 01 expediente digital, págs. 9 a 11 del expediente digital), en las que se señala que el señor LUIS FERNANDO GONZÁLEZ ALDANA, se desempeñaba como pulidor al destajo desde el 18 de enero de 2000, veamos:



CROMODURO - NIQUELADO - DORADO - FOSFATADO
PAVONADO - COBRE - LATON ENVEJECIDO
PINTURA ELECTROESTATICA

CERTIFICO QUE:

El señor **LUIS FERNANDO GONZALEZ ALDANA**, Identificado con cedula de ciudadanía No **17.092.011** de Bogotá, labora para nuestra compañía desde el 18 de enero de 2000 a la fecha, con contrato a destajo, desempeñándose en el cargo de **PULIDOR.** Devengando un ingreso mensual de **UN MILLON SETECIENTOS MIL PESOS M/CTE ($1.700.000.00)** y puedo dar fe que el es una persona honesta, responsable y cumplidora de sus deberes.

Para constancia de lo anterior se firma la presente certificación a solicitud del interesado a los veinte tres (23) días del mes de noviembre de 2010.

Atentamente,

CROMADOS Y ZINCADO
EL BRILLANTE
NIT. 79.306.847-3
Cra. Calle 6 No. 19A-49 • Tel. 749 8209
Cel. 247 4172 • Cel. 300 555 5266
cromadoselbrillante@hotmail.com

HUMBERTO BARON JIMENEZ
GERENTE – GENERAL
NIT. 79.306.847 – 3

Igualmente, como prueba documental relevante, evidencia la Sala recibos o vales de pago de fechas abril de 2022, octubre de 2021, enero, junio y diciembre de 2019, febrero y diciembre de 2018, noviembre y diciembre de 2017, enero y octubre de 2016, noviembre y diciembre de 2015, agosto y noviembre de 2014, marzo y noviembre de 2013, diciembre de 2012, febrero, mayo, junio, agosto y noviembre de 2010 y enero y noviembre de 2009 y agosto de 2008 (páginas 12 a 16, archivo 01 y páginas 14 a 69, ibidem).

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****."*

Sumado a lo anterior, en el interrogatorio de parte rendido por el demandado[3], éste manifestó (*récord 30:18, archivo 17*) que el señor "Luis Fernando es el que hace el pulido de las piezas, llega el cliente y uno le pregunta cuánto cobra y él lo hace, si no hay acuerdo otra persona lo hace, las máquinas son propiedad de la empresa, son necesarias las máquinas para hacer la labor de pulido, los pagos son semanales, se entregan los guantes, delantal y todo lo requerido, no se cumple horario eso es a la hora que puedan llegar, se le entrega el trabajo, el demandante madruga para tener trabajo, hace más el que llega más temprano, en diciembre y semana santa él no viene, él me decía que se iba a donde una hija en Villavicencio, él me comentó, yo preguntaba a don Fernando y me decían que no estaba y ahí se le daba el trabajo a otro señor".

Los testigos VICTOR ALFONSO MEDINA, NATALIA ROCIO BARON SANTOS, MILLER ALEXANDER BAEZ AYALA y JAIME GONZALEZ VELAZQUEZ[4], señalaron conocer al demandante por cuanto presta los servicios en las

---

[4]***VICTOR ALFONSO MEDINA, récord 42:12, archivo 17: "****Yo ya he trabajado ahí, llevo desde el 16 de octubre en el Montallantas, pintura, lavado con gasolina cumplo horario de lunes a sábado, les pagan por pieza trabajada, yo trabajo en Cromados y Brillante, él hace servicio de pulimiento, les pagan por pieza trabajada, yo trabajo hace años con él, regreso y me retiro, ahora llevo 6 meses, trabaja otro compañero que se llama Víctor, no se le exige cumplimiento de horario, entra y sale cuando quiera, otro compañero que se llama Víctor entre y sale cuando quiera, yo trabajo en el Montallantas y queda en el mismo local, conozco a Luis hace como 20 años, él siempre ha estado ahí, yo veía a Luis Fernando siempre".*

NATALIA ROCIO BARON SANTOS, récord 52:20, archivo 17: "*Trabajo en Royal Prestige, yo trabajé en el establecimiento de cromados en el 2017 al 2021, yo era secretaria pero vendía, hacia facturación, parte administrativa, él hacia pulimento, él llegaba a las 8 am hasta las 5 pm, ellos cada trabajo que llegaban hacían un acuerdo y yo le entregaba un vale y los sábados le pagaba lo de la semana, el horario lo cumplía todos los días, no sé si tenía que pedir permiso, no sé cómo era eso, conozco a Luis Fernando desde que tengo uso de razón ha trabajado allá, yo tengo 33 años y siempre lo he visto allá, que yo supiera estaba Carlos y tenía contrato, eso lo sabía pero no vi contrato, estaba Víctor también, no sé tipo de contratación, hacia lo mismo y se le pagaba con el vale, pero no sé, si no se llegaba a un acuerdo del pago de la pieza lo hacia otra persona, llega una pieza y dependiendo del nivel de trabajo se acuerda trabajo, si recibía órdenes en lo que corresponde a pulimento".*

MILLER ALEXANDER BAEZ AYALA, récord 1:05:58, archivo 17: *"Soy ingeniero Industrial, laboro con don Albert Barón, soy jefe de producción, los trabajos se deben tener a tiempo en las fechas estipuladas, no tengo enemistad con el demandante, lo conozco porque es pulidor, él lleva mucho tiempo, yo llevo un año. Él hace pulir piezas metálicas, abrimos de lunes a sábado, él llega a las 7 y 30 u 8 am. Sale dependiendo del trabajo que esté realizando, él hace terminado de piezas metálicas, es pulidor, dicho trabajo se cobra a x valor y así mismo cobra el pulidor, cuando se llega a un acuerdo se hace en otro lado el trabajo, no se puede exigir que se haga el trabajo si no se llega a un acuerdo sobre el valor, ellos no cumplen órdenes, el valor de la piezas lo cobran según se acuerde, la pieza se revisa y se devuelve si queda mal".*

JAIME GONZALEZ VELAZQUEZ, récord 1:15:19, archivo 17: *"Trabajo en Cromados, él siempre ha estado en la empresa, a veces voy hacer negocios y lo veo a él, ando en esta actividad hace mucho, se hace contrato, uno les pregunta cuánto vale una pieza y si se ponen de acuerdo se hace el negocio que yo sepa se hacen vales y con eso les pagan, el pulimento se hace con contrato pero eso caso no se cumple, a veces llegan y a veces no, se negocian las piezas, siempre se hace eso por contrato, yo he ido a donde don Alberto y veo negociar, como hago trabajos con él y voy los acabados yo veo que pagan".*

instalaciones del establecimiento de comercio del demandado “Cromados El Brillante”, indicando que en efecto el actor se desempeña como pulidor de metales o piezas hace años, que va todos los días de lunes a sábado, que aunque no se exige horario llega temprano para coger trabajo ya que le pagan según lo producido, aunado a ello, indicaron que al demandante se le entregan los elementos de protección personal EPP, como guantes y delantal.

Concretamente, el deponente MILLER ALEXANDER BAEZ AYALA advirtió que las piezas que entrega el demandante pasan por un proceso de calidad, estando a cargo del propio testigo la revisión, quién le informa si debe pulir alguna pieza, previo al visto bueno.

Así las cosas, de los medios probatorios ya anunciados, la prestación personal del servicio del actor en favor del demandado, se encuentra suficientemente demostrada, de ahí que, el promotor del juicio se encuentra cobijado por la presunción del artículo 24 del C.S.T., antes referida, y en ese orden, le correspondía al demandado HUMBERTO BARÓN JIMÉNEZ desvanecer la presunción en comento.

Sin embargo, analizado en su integridad el acervo probatorio acopiado en autos, no encuentra la Sala elementos que, en suma, conlleven a desvirtuar dicha presunción, particularmente, factores que permitan concluir que la actividad realizada por el demandante era autónoma, ni siquiera con lo señalado por el demandado en el interrogatorio de parte y por los testigos arrimados al proceso, quienes por el contrario con sus declaraciones confirman la existencia de una verdadera relación laboral.

Si bien, los deponentes fueron enfáticos en afirmar que el actor no tiene que cumplir horario, lo cierto es que sí corroboraron que el señor Luis Fernando realiza la labor de pulido de piezas metálicas a favor del demandado de lunes a sábado, quién le brinda la protección personal al suministrarle guantes y delantal.

De modo que, ninguno de ellos pudo desvirtuar la aludida presunción, y por el contrario, la reafirman con sus dichos al señalar que, por ejemplo, por las labores como pulidor el accionante recibía una remuneración semanal ya que la pagaban los días sábados al destajo, le entregaban herramientas, elementos de protección

personal y ejercían supervisión de las piezas entregadas por el demandante, es decir, el señor Luis Fernando no ejecutaba una profesión liberal sino era subordinado al tener que prestar los servicios en el establecimiento de comercio denominado Cromados el Brillante, con las máquinas, se insiste, de propiedad del demandado, quien supervisaba las piezas entregadas por el actor.

En punto al recurso de apelación, se advierte, no es posible que un contratista entregue las herramientas o demás elementos para ejercer el servicio contratado, ya que este actuar despoja de autonomía al contratista, pues precisamente el contratista debe tener capacidad administrativa, autogestionaria y financiera para prestar un servicio, supuestos o requerimientos que no se dan esta litis ya que el señor Luis Fernando González Aldana, no tiene la capacidad para pulir las piezas como independiente, puntualmente, las máquinas son de propiedad del señor HUMBERTO BARÓN JIMÉNEZ.

En ese orden de ideas, al estar determinada la prestación personal del servicio, como ya se dijo, la parte actora cuenta con la ventaja probatoria que presume los demás elementos del contrato de trabajo, sumado a que existen en los documentos y demás medios probatorios analizados, indicios que dan cuenta de una relación laboral subordinada, 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, tales como el cumplimiento de órdenes en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, pero que deben armonizarse con 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)*[5]*».*

[5] *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

De tales indicios para determinar la subordinación, en el caso de marras, se itera, aparte de prestar el servicio personal por un lapso considerable, la labor de pulidor se realizaba en el local y con las herramientas del demandado, hubo continuidad en el desempeño de esa labor, por lo menos se prueba desde el 18 de enero de 2000, el único beneficiario era el demandado; siendo dable de este modo concluir, la subordinación del actor respecto del beneficiario de sus servicios personales HUMBERTO BARÓN, no fue desvirtuado por éste y por lo tanto, no puede colegirse cosa distinta a que entre el actor y el llamado a juicio existió una verdadera relación de trabajo, y bajo ese entendido, habrá de confirmarse la sentencia de primer grado en este aspecto, precisándose, la Sala se abstiene de analizar las condenas que de allí se derivaron por no haber sido tal asunto objeto de apelación, pues solo se atacó la existencia del contrato de trabajo.

Agotada como se encuentra la competencia de esta instancia por el estudio de los puntos objeto de apelación, lo que sigue es la confirmación de la sentencia de primera instancia, conforme a lo motivado.

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, de conformidad con lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

---

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.

SEGUNDO: COSTAS en apelación a cargo de la demandada y a favor del demandante.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

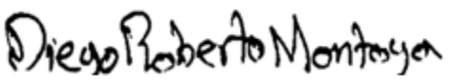


CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

AGENCIAS EN DERECHO: Se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de $1.160.000, 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 PEDRO ALEJANDRO MORENO SIERRA CONTRA EDIFICIO ANGEL PH (Rad. 20 2021 00244 01)

Bogotá D.C. treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023)

A U T O

El presente proceso fue arribado a esta Corporación en primer lugar a propósito de que se resuelva el recurso de apelación interpuesto por la apoderada del demandante contra la decisión proferida por el Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia celebrada el pasado 24 de noviembre del 2022 (audio archivo 16 expediente digital), mediante el cual se determinó:

> **APODERADA PARTE DEMANDANTE (Récord 07:04)**
>
> Sino que le quería, pues hacer la solicitud respetuosa que le había hecho al funcionario del despacho en relación con que se resolviera la reiteración de la prueba de oficio, que era lo que estábamos hablando cuando sumerce instaló la audiencia.
>
> **JUEZ (Récord 07:19)** De las pruebas de oficio o de oficiar.
>
> **APODERADA PARTE DEMANDANTE (Récord 07:23)** Es que en la audiencia pasada usted ofició la entrega de una documental que nosotros habíamos solicitado.
>
> **JUEZ (Récord 07:31)** Si se ordenó que entregara la documental correspondiente y en ese entendido, la parte demandada por una parte indica que las planillas de turno que posee fueron incorporadas y por otra parte, que los extractos bancarios o transferencia que considera necesario, pues han debido solicitarse directamente por la parte demandante al banco correspondiente, el despacho considera que objetivamente, los extractos bancarios tienen reserva legal y, por lo tanto, la parte demandante puede acceder a ellos solicitándolos al banco, además, dice la parte demandada que no tiene más documentos de lo que solicita, por esas circunstancias, pues no habría nada adicional, reiterar por parte del juzgado, sino tiene más documentos o si debe tenerlos y no los posee y no los trajo al proceso, pues las circunstancias serían únicamente la valoración de dicha situación, conforme a la carga dinámica de la prueba que dispone el artículo 167 del Código General del Proceso, por lo demás, no hay ningún elemento que permita al despacho obligar a traer unos documentos con los cuales dice que no cuenta, entonces iniciamos con los testimonios.

APODERADA PARTE DEMANDANTE (Récord 09:06) Señor Juez permítame, no estamos de acuerdo con lo manifestado, atendiendo a que, en la contestación, si ustedes la revisan, el doctor no aportó ningún tipo de turno ni extracto, no estamos de acuerdo porque precisamente por la carga dinámica de la prueba, conforme a la obligación de conocer los verdaderos aspectos del litigio se ha establecido también, que es deber del juez pues decretar y solicitar todas esas pruebas necesarias, yo sé que el señor juez agotó esa etapa al declararla, sin embargo, no es menos cierto que es obligación de la parte y por eso no es de recibo que se diga sencillamente de manera verbal que no los tienen cuando el artículo 264 del Código Sustantivo del Trabajo, establece la obligación de conservarlos, así como la ley antitrámites, así como la sentencia T-470 de 2019, establece toda la obligación de los empleadores de conservar dicha documentación.

Respecto a lo que usted menciona de la carga dinámica de la prueba, fue precisamente la sentencia 859 del 2021, la que determinó que le corresponde al empleador, que es el que tiene directamente la totalidad de los soportes, hacer entrega de los mismos, nosotros incluso en la solicitud que le presentamos, mostramos el registro con el que ellos, marcan la entrada de los de los trabajadores, sin embargo, realmente el despacho está tomando una manifestación somera, que hizo el doctor Juan Pablo, cuando ni siquiera en el oficio que respondió se procedió pronunciarse sobre ese punto, así como tampoco lo hizo en la contestación y tampoco allegó ningún tipo de documentación que realmente probara la inexistencia de los mismos, luego, la falta o el interés de la propiedad horizontal, de no aportar los mismos, no puede jugar en contra de los intereses de mi mandante máxime aun cuando la fijación del litigio, está hablando de recargos y de turnos y de horas extras a los cuales nosotros no tenemos acceso porque la carga compete al empleador y una obligación legal de reserva al respecto, por eso sí, frente a la negativa del despacho de las reiteración de la prueba, nosotros interponemos, pues tanto recurso de reposición como de apelación respecto a la negativa de eso, porque pues no estamos de acuerdo y flagela totalmente los intereses constitucionales de mi representado. Es un documento que ellos obligatoriamente tienen que tener y no obra ninguna prueba, denuncia, ni siquiera de la policía donde digan no es que se destruyeron, hubo un incendio, hubo un vendaval y efectivamente no están y por el contrario si hay una obligación legal establecida por parte del demandado de contar con los mismos, entonces, en esos términos, sí, frente a la decisión del señor juez, la cual, aunque respetamos, pues sí reponemos e interponemos recurso de apelación teniendo en cuenta la negativa de la prueba que fue solicitada por nosotros.

JUEZ (Récord 14:06) El juzgado desde ya anuncia que el auto queda incólume, por lo tanto, no se repone, habida cuenta que, efectivamente verificando las pruebas y el dicho del apoderado, pues no hay elementos qué indiquen el juzgado que puede obligar a traer pruebas que dice no poseer en ese momento, máximo que la única es la valoración de las circunstancias de acuerdo a las reglas de la sana crítica, conforme a la carga dinámica de la prueba. Esos elementos son más que suficientes teniendo en cuenta que aquí la principal inconformidad radica, en el suministro de nuestras bancarios o certificado en las transferencias sobre el salario de la demandante, y unas planillas de turno. En ese entendido, pues repito se declara en firme el auto correspondiente.

Ahora en cuanto al recurso de apelación, el mismo está enlistado en el artículo 65 del código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, qué dispone que los siguientes autos preferidos en primera instancia son apelables, el que niegue el decreto o la práctica de una prueba, por lo tanto, se concede el recurso de apelación para ante El Tribunal Superior de Bogotá - Sala Laboral, recurso que se concede en el efecto devolutivo, enviando al superior las copia de esta audiencia y del proceso para que lo desate, no es necesario proveer dinero alguno para obtención de las copias, pues estamos en virtualidad y los documentos se encuentran de la misma manera, se concede en el efecto devolutivo por cuanto la providencia recurrida no impide la continuación del proceso, ni su terminación.

En este orden de ideas, en orden a desatar el recurso de apelación propuesto por la parte demandante, debe señalarse, el auto mediante el cual se *"… niegue el decreto o la práctica de una prueba"*, se encuentra enlistado como susceptible del recurso de apelación, al tenor de lo dispuesto en el numeral 4º del artículo 29 de la Ley 712 de 2001, que reformó el artículo 65 del Código Procesal del Trabajo, lo cual permite el estudio del recurso de marras, en tanto fue negada por el Juez de primer grado la práctica completa de las pruebas de oficio por éste decretadas.

Así las cosas y previo al estudio de fondo, debe precisar la Sala, con la entrada en vigencia de la ley 1149 de 2007, se fortaleció el principio de oralidad, el cual supone los de publicidad, inmediación y concentración, así como la premisa según la cual el Juez es el director del proceso, quien se erige como tal en el curso de los juicios laborales, dadas las facultades que a él confiere el derecho procesal laboral, al consagrarlo así en el artículo 48 del C.P.L y S.S., norma que al otorgarle al Juez tal facultad, le permite conducir la litis en forma tal que garantice su rápido adelantamiento, así como el derecho de defensa de las partes, y por sobre todo, la inmediación, permitiéndole estar al tanto en la formación de los medios de prueba de utilidad para su convencimiento.

El principio de inmediación es de la esencia del proceso oral, pues éste impone al Juez, estar siempre presente dirigiendo la actuación, con lo cual adquiere el conocimiento del litigio en toda su extensión, y tiene contacto directo con los intervinientes, lo cual le permite un amplio conocimiento de los hechos, así como conducir el procedimiento evitando dilaciones, actuaciones o pruebas innecesarias, siempre bajo el respeto de los derechos fundamentales de las partes; igualmente, la concentración implica que los actos procesales deben aproximarse en el tiempo al máximo posible.

En virtud de lo anterior, la norma procesal ha otorgado instrumentos para el cumplimiento del cometido de la justicia ordinaria laboral y del sistema de oralidad, de la mano de políticas orientadas hacia la descongestión judicial, y de los principios que la regentan.

De esta manera, se tiene que la parte actora solicitó en la demanda como pruebas en poder de la demandada las siguientes (*Ver archivo 1 expediente digital, página 12*):

2. Pruebas de oficio.

2.1 Solicitamos que, por conducto del despacho, se solicite al empleador, EDIFICIO ANGEL P.H. identificado con NIT: 860.019.077 – 0. toda la documentación que rigió la relación laboral con mi representado, puntualmente los siguientes:

A. Contratos de trabajo.
B. Tirillas de nómina.
C. Tirillas de liquidación.
D. Visores de pago de salarios y prestaciones sociales.
E. Certificación laboral donde relacione la totalidad de vínculos laborales.
F. Pagos de aportes a seguridad social.
G. Registro de las vacaciones tomadas por el trabajador.
H. Registro de turnos en vigencia de toda la relación laboral.
I. Todas las comunicaciones cruzadas con el trabajador.
J. Certificado de afiliación cesantías.
K. Extractos de consignación de cesantías.

Pruebas respecto de las cuales manifiesta la parte actora no se allegaron en su totalidad, concretamente no se aportó "*el Registro de turnos en vigencia de toda la relación laboral".*

En este orden evidencia la Sala que la parte demandante dando cumplimiento a la prueba de oficio decretada por el Juez de primer grado, allegó memorial obrante en el archivo 12 del expediente digital donde indica:

REF: Memorial - Pruebas documentales.

Proceso Ordinario Laboral de **PEDRO ALEJANDRO MORENO SIERRA** contra el **EDIFICIO ANGEL PROPIEDAD HORIZONTAL.**

Radicación No. **2021-244.**

JUAN PABLO SARMIENTO TORRES, abogado, mayor de edad, identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 1.020.756.720 de Bogotá, portador de la Tarjeta Profesional No. 291.622 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, actuando en mi condición de Apoderado especial del **EDIFICIO ANGEL PROPIEDAD HORIZONTAL**, y en cumplimiento a lo ordenado en la audiencia llevada a cabo el 05 octubre del presente año, adjunto me permito remitir las siguientes pruebas documentales, **a través del siguiente link en Drive, los cuales no fue posible remitir en un solo correo como anexo desde la semana pasada, por su peso**:

https://drive.google.com/drive/folders/1Qj9IpiQP5DZkSyUB0qGWiCe5o_mQLaOx?usp=sharing

1. Copia del contrato laboral.
2. Copia de la carta de terminación y documentos de retiro.
3. Copia de la liquidación final de prestaciones sociales.
4. Copia de los desprendibles de nómina.
5. Copia de los pagos de cesantías.
6. Copia de las solicitudes de cesantías.
7. Copia de los aportes a seguridad social.
8. Copia de la autorización de retiro de cesantías.

Se anexan un total de 128 archivos, en 3 carpetas.

Conforme lo anterior, se tiene que en efecto la accionada no aportó la totalidad de las pruebas requeridas y específicamente "*el Registro de turnos"* del accionante durante su vinculación laboral, razón por la cual y como lo señalo el *a quo* lo solicitado a través de esa prueba deberá ser controvertido a través de los demás medios probatorios que se encuentren dentro del presente litigio, precisándose será el Juez como director del proceso quien determine las consecuencias que tendrá la accionada de la negativa de suministrar la información que se le está requiriendo, sin que se pueda conminar a la demandada a la fabricación de una prueba a favor del demandante, pues recuérdese en la demanda se esta afirmando que al actor le liquidaron de manera errónea las horas extras y el trabajo suplementario, hecho positivo que debe ser demostrado por quien lo alega.

Recuérdese que es a las partes a quienes les corresponde realizar los actos tendientes en procura de acreditar y/o probar los fundamentos facticos en que funda sus pretensiones, y no al juez como lo hace ver la apelante, tal como lo establece el artículo 167 del CGP el cual señala: "*Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen*".

Nótese que la obligación de acreditar los hechos en que se fundan las reclamaciones y por ende suministrar los insumos probatorios para demostrar cada una de las tesis puestas en consideración del operador judicial, está inicialmente en cabeza de las partes, quienes a su vez tienen el deber de: *"8. Prestar al juez su colaboración para la práctica de pruebas y diligencias."*[1], a fin de contribuir con la agilidad y rapidez propios del procedimiento laboral[2].

Por ello, en el presente asunto la parte actora debió desempeñar un papel activo en el recaudo de los medios de prueba que consideraba eran conducentes e imprescindibles para las resultas del proceso, aportándolos, al momento de la presentación de la demanda.

Razones por las cuales no se avizora errada la decisión de primera instancia ya que atendiendo sus facultades como director del proceso de conformidad con el artículo 48 del C.P.T. y de la S.S., resulta acertado al Juzgador negar las pruebas pedidas por la parte actora, aunado a que conforme a lo discutido en este asunto -

[1] CODIGO GENERAL DEL PROCESO art. 78, numeral 8.
[2] CODIGO PROCESAL DEL TRABAJO, art. 48.

reliquidación de las horas extras y trabajo suplementario- la prueba solicitada "*Registro de turnos"* no resulta pertinente ni útil para los efectos que se buscan perseguir.

Razones por las cuales no se avizora errada la decisión de primera instancia ya que atendiendo sus facultades como director del proceso de conformidad con el artículo 48 del C.P.T. y de la S.S., resulta viable al Juzgador negarlas.

Finalmente, y en punto a lo referido en el escrito de alegatos de conclusión, donde se reitera por la recurrente la necesidad de ordenar a la demandada allegar la prueba de oficio de manera completa, baste con señalar las mismas consideraciones expuestas en este acápite sirven de fundamento para negar las solicitudes a las que hace referencia en su memorial de alegatos y en cuanto a la solicitud de prueba trasladada del proceso ordinario 32 2021 00261 00 téngase en cuenta, si bien se aporta con los alegatos un pantallazo del correo que remitió en ese momento la demandada para ese proceso con un archivo Excel denominado "*Turnos",* para esta sala de decisión este medio probatorio resulta innecesario por cuanto como ya se dijo dicha relación de turnos no es pertinente ni útil para obtener la reliquidación anhelada, razones por las cuales las pruebas practicadas en el proceso ordinario que se lleva a cabo ante el Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá no resultan ser necesarias para resolver la presente Litis y en esa medida, la solicitud elevada por la activa, es inconducente, en relación con el objeto del pleito.

De conformidad con las consideraciones que anteceden procede la confirmación del proveído apelado.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., Sala Laboral,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el auto de la práctica de pruebas dictado por el Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia celebrada el 24 de noviembre del 2022, de conformidad con las motivaciones precedentemente expuestas.

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Ahora bien, una vez 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 de los recursos de apelación interpuestos por la apoderada del demandante y el apoderado de la demandada, contra la sentencia proferida por el Juez 20 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 7 de diciembre del 2022 (*Audiencia Virtual de trámite y juzgamiento, link Archivo 18, récord: 1:24:32*), en la que se resolvió:

> *"**PRIMERO: DECLARAR** que entre el señor PEDRO ALEJANDRO MORENO SIERRA, y la entidad demandada EDIFICIO ANGEL PROPIEDAD HORIZONTAL, existió un contrato de trabajo, por el periodo comprendido entre el 08 de noviembre de 1984 al 30 de abril de 2020, con una última asignación salarial de $1.533.275, para realizar las labores de guarda de seguridad y/o vigilante, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta providencia.*

> ***SEGUNDO: CONDENAR*** *al EDIFICIO ANGEL PROPIEDAD HORIZONTAL, a cancelarle al señor Pedro Alejandro Moreno Sierra, el equivalente a 15 días de salario, en razón al preaviso o aviso al trabajador que se debe dar con antelación no menor de 15 días para la terminación del contrato de trabajo, tal como lo disponen los numerales 14 y 15 del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo.*
>
> ***TERCERO: DECLARAR PROBADAS*** *las excepciones de buena fe, cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación propuestas por la empresa demandada y no probadas las de prescripción y compensación.*
>
> ***CUARTO: ABSOLVER*** *a la parte demandada de todas y cada una de las demás pretensiones incoadas en su contra, conforme a lo expuesto.*
>
> ***QUINTO****: Sin* ***COSTAS*** *en esta instancia".*

La apoderada del demandante interpuso recurso de apelación manifestando, se encuentra demostrado que el actor realmente realizó de manera completa una jornada laboral de 60 horas, con turnos de 12 horas, las cuales se causaban con posterioridad a la hora ordinaria, esto es, a las 12:00 horas y esas no le fueron reconocidas al actor, precisando que tanto los testigos como el demandante expusieron que los turnos, si bien reposaban en la recepción, estos no le eran entregados, así mismo indica en el proceso hubo una indebida valoración probatoria atendiendo a que el señor juez se abstuvo como tal de perseguir la verdad, señalando que conforme a la sentencia SU-219 del 2021, le corresponde directamente al juez decretar y practicar las pruebas de manera oficiosa, que pasan a ser un imperativo para este, aduciendo la Corte hace un llamado respecto a que esta facultad debe ser ejercida para evitar que los jueces profieran fallos que sean inhibitorios en donde no se resuelven de fondo el asunto, por lo que reitera era deber del honorable juez proceder no solamente a oficiar sino a conseguir como tal que se aportará directamente tal documental, atendiendo a que en derecho laboral la carga de la prueba no está solamente en el trabajador, sino quien está en mejor posición de probar y claramente era el edificio Ángel.

Manifiesta la Corte ha sido clara en relación con la obligatoriedad de conservación de los documentos laborales, máxime aun cuando estos consignan dentro de sí información que hace parte o que pasa a integrar posibles litigios o información necesaria, para efectos de reajustes pensionales que son derechos imprescriptibles y en ese entendido asegura, no podía desligarse nada más a la parte demandada con el simple dicho de la misma de que efectivamente no contaba con dichos documentos, cuando no allegó prueba alguna al expediente que mostrará que ello era realmente así.

Igualmente indica se pasa por alto las respuestas de la demandada, informando a sus trabajadores que efectivamente hay unas inconsistencias en junio, julio y agosto del 2019 y que se iban a poner en día, lo cual fue reiterado por lo testigos en sus declaraciones y en ese sentido se abstiene de condenar al pago de recargos y horas extras no por la inexistencia del derecho, sino por la falta del ejercicio por parte del Juez de buscar la verdad.

Frente a la indemnización por no consignación de cesantías señala que, efectivamente el empleador cumplió con su deber de verificación de las cesantías y que él mismo fue diligente en ese entendido, sin embargo a pesar de que la relación laboral fue de más de 32 años, en los cuales en la mayoría el edificio Ángel, acudió en ese momento al Ministerio de Trabajo para efectos de la autorización de esos pagos parciales que establece la ley 50 del 90, no hizo lo mismo para los años 2019 y 2020 y en esa medida como sí conocían el deber de autorización directamente frente a las cesantías al fondo y conocían también que de no hacerlo deberían dar aplicación a la ley 50 de 1990, como lo hicieron en muchas otras ocasiones, dado que ello no ocurrió para las cesantías del año 2019, esto es, no fueron consignadas y fueron pagadas únicamente al finalizar la relación laboral, procede su pago, considerando esa falta de diligencia no puede servir de excusa como tal para exceptuarlo de la mala fe que aquí se determina y en esa medida solicita se acceda a la sanción moratoria establecida en la ley 50 de 1990.

Y finalmente en relación con la indemnización por despido aduce yerra también nuevamente el despacho en relación con la verdadera razón por la cual se da por terminada la relación laboral, pues si el despacho logra observar como tal la carta de terminación del contrato encontrará que la administración le establece que si bien da por terminado el contrato de trabajo con sustento en la causal 14 del artículo 62 del C.S.T., no es menos cierto que establece que realmente la terminación establece o se da en lugar a la situación económica en razón al COVID-19, por lo que ello no puede estudiarse aisladamente, dado que realmente la intención del edificio Ángel, conforme se prueba en el expediente y como lo dejaron ver las partes, fue continuar con el trabajador pese a su reconocimiento pensional y por ello no la hicieron efectiva en diciembre de 2019 y si bien se aduce la configuración de esa causal para finalizar el vínculo laboral, como se establece en el tercer párrafo de esta carta, realmente la terminación del contrató obedeció fue directamente a la emergencia sanitaria y no a la aplicación real de esa causal,

por ello solicita se acceda igualmente al pago de la indemnización por despido sin justa causa *(Audiencia Virtual de trámite y juzgamiento, link Archivo 18, récord: 1:27:10*[3]*)*

---

[3] **APODERADO PARTE DEMANDANTE:** Gracias señor juez, en contra de la decisión proferida por el Honorable Despacho, me permito interponer el recurso de apelación para que sea el Tribunal quien fallare como tal la segunda instancia con sustento en ello y justificando como tal el recurso, frente a los argumentos del señor juez es menester nuestro iniciar con que efectivamente se trata de una relación a término indefinido, que igualmente fue comprobado por las partes y la llamada en garantía (inaudible) de vigilante y que en este punto (inaudible) no puede pretenderse por el despacho, empezar y lo voy a hacer con cada punto de la demanda, a construir una presunción de buena fe y a darle tal solidez, ignorando (inaudible) los comportamientos del empleador.

Téngase en cuenta que, en el escrito de contestación de demanda, el empleador procedió a indicar que no eran guardias de seguridad y por el contrario era el conserje, siendo esto una estrategia jurídica para dejar lo que realmente estaba conduciendo. Esto es que mi cliente realmente realizó de manera completa una jornada laboral de 60 horas, como lo reconoció la representante legal (inaudible), no es menos cierto que también (inaudible) indicar que estos turnos se hacían de a 12 horas, indicaron que las horas extra se causaban con posterioridad a la hora ordinaria, esto es a las 12:00 h se causaban las extras y que estas no le eran reconocidas.

En este punto, el honorable Juez y para efectos de este aspecto, manifiesta que, conforme a la posición de la Corte Suprema de Justicia, entonces le correspondía a mi cliente demostrar que efectivamente se había incautado en qué horas y en qué momentos se habían causado tanto las horas extra como el trabajo suplementario. Si bien esa es la postura de la Corte Suprema de Justicia no es menos cierto que los testigos y mi cliente expusieron y en esto contrario a la parte demandada, que los turnos, si bien reposaban en la recepción, estos no le eran entregados, así mismo como expusimos y más allá del recurso que tuvimos que interponer, se evidenció también en este proceso una indebida valoración probatoria.

En ese sentido, consideramos también y lo elevamos al Tribunal respecto al defecto fáctico, atendiendo a que el señor juez, pues se abstuvo como tal de perseguir la verdad. Nosotros, nombramos para efectos de ello, el recurso y el hecho de que nosotros, interpusiéramos el recurso, no quita ni inhibe como tal las cargas probatorias del juez como director del proceso que conforme a la sentencia SU-219 del 21, le corresponde directamente al juez decretar y practicar las pruebas de manera oficiosa, que pasan a ser un imperativo para este. Asimismo, la Corte hace un llamado respecto a que esta facultad debe ser ejercida para evitar que los jueces profieran fallos que sean inhibitorios en donde no se resuelven de fondo el asunto, en este caso estamos ante una (inaudible).

A continuación, explicó que esto no puede ser usado tampoco por los Tribunales, cuando conocen (se presenta interferencia)

Entonces de conformidad a como lo estaba mencionando, pues era deber del honorable juez, pues proceder a no solamente oficiar, sino a conseguir como tal que se aportará directamente, pues esta prueba respecto a la imposibilidad que alegó la parte demandada como nosotros le indicamos al señor juez en el recurso, esto no es de recibo, atendiendo a que en derecho laboral, pues la carga también no está solamente en el trabajador, sino quien está en mejor (inaudible) de probar y es decir, quién está en mejor condición de probar, claramente era el edificio Ángel.

Sin embargo, los mismos, se valieron de omisivas para efectos de no entregar la documentación correspondiente, obviando el despacho que, frente a la conservación de la documentación, la Corte ha sido clara en relación con la obligatoriedad de conservación de los documentos laborales, máxime aun cuando estos consignan dentro de sí información que hace parte o que pasa a integrar posibles litigios o información necesaria, para efectos de reajustes pensionales que son derechos imprescriptibles. En ese entendido, no podía desligarse nada más a la parte demandada con el simple dicho de la misma, de que efectivamente no contaba con dichos documentos, cuando no allegó prueba alguna al expediente que mostrarán, pues que realmente es así, con sustento en ello, pues está el artículo 264 del Código Sustantivo del Trabajo, que establece la obligación, esto también fue reiterado en sentencia T-470 de 2019 y de la misma manera, en concordancia con la sentencia SL859 del 2021, se establece igualmente que en materia laboral y de Seguridad Social, por el carácter tuitivo, la carga probatoria no ha de aplicarse en forma automática y depende del estado de posición y que se encuentre cada una de las partes para probar. En esta misma postura también estuvieron la sentencia del 22 de abril de 2004 de la sala laboral 21. 779 y la SL11325 de 2016.

En este punto, es cuando decimos que efectivamente, respecto al momento de valorar las pruebas, teniendo en cuenta que si bien se procedió a decretar en un inicio no se persiguió su consecución ni se estudió tampoco el comportamiento de la parte demandada, de allí que, reitero, en este punto también no puede hablarse de buena fe por parte del demandado, cuando claramente hay una clara falta de diligencia. Seguido a ello, fue precisamente el no aporte de estos documentos, quienes truncaron como tal, que era como tal determinarse lo que las partes y los dichos de los testigos, dejaron ver. Esto es que efectivamente no eran reconocidos los recargos.

El señor juez establece realmente que, además de que, en relación con este tema de las horas extras, establece que bueno, que además de no cumplirse con la carga probatoria, igualmente se reconocieron recargos, pero obvia también que dentro de los documentos que nosotros aportamos y de los que aportó el demandado, logró observarse que realmente no había una discriminación de las horas que efectivamente el mismo laboraba, sí.

Además de esto pasa por alto respecto a esta diligencia del empleador que obraban en el expediente, también, las respuestas de la administración, entonces obvia que al 1.11 es como tal informado a los trabajadores de que efectivamente hay unas inconsistencias en junio, julio y agosto de 2019 y que se van a poner al día, sin embargo, también no tiene en cuenta las manifestaciones de los testigos en torno a que esta medida solo se implementó en este punto, pero fue un error que se cometió de manera constante.

Falta el despacho también a las reclamaciones que hizo mi cliente relacionadas directamente con su mesada pensional y en relación precisamente a que efectivamente no se le estaba cotizando sobre el IBC real. Falta también a la prueba 1.10 donde establece la señora Yubely Romero Celis, que entregara a usted revisión del sueldo, le dicen de los 3 últimos años, de acuerdo con la solicitud del resultado de esta revisión, darían las diferencias a favor del mismo. Sin embargo, de esto tampoco obtuvo ningún tipo de respuesta mi cliente. De allí que tampoco pueda presumirse la buena fe.

Asimismo, en la copia del acta de asamblea que aportamos, se discutió precisamente la situación de los guardias, por eso fue llamado directamente al doctor Alejandro Galvis para efectos de que hablara de este mal proceder por parte de la administración.

En este entendido, si el fallo como tal se abstiene de condenar en recargos y horas extras no es por la inexistencia del mismo, sino por la falta del ejercicio de una facultad que le compete al señor juez y que le competía de buscar la verdad. Es por ello que reitero, que, pues se da este defecto fáctico de indebida valoración probatoria y de la omisión de decreto de pruebas que eran necesarias en el proceso, causales que solicitamos al Tribunal que sean estudiadas.

Asimismo, en relación con el punto de la no consignación de las cesantías, nuevamente señor juez, indica que, efectivamente el empleador cumplió con su deber de verificación de las cesantías y que él mismo, pues fue diligente en ese entendido, sin embargo, se abstiene nuevamente de estudiar como tal los presupuestos fácticos que rodearon la relación laboral, pues téngase en cuenta que a pesar de que la relación laboral dato a más de 32 años, en los cuales en la mayoría el edificio Ángel, conforme consta directamente en el expediente por la documental aportada, acudió en este momento al Ministerio de Trabajo para efectos de la autorización de esos pagos parciales que establece la ley 50 del 90, no hizo lo mismo para efecto de los años 2019 y para efectos de los años 2020, yerra totalmente el apoderado de la parte demandada al alegar que al haber terminado el vínculo en abril de 2020, entonces no había lugar a la consignación cuando, pues, efectivamente esta debía haberse surtido.

Es así, cómo ciertamente sí conocían el deber de autorización directamente frente a las cesantías, al fondo y conocían también que de no hacerlo deberían dar aplicación a la ley 50 del 90, respecto a las causales, como lo hicieron en muchas otras ocasiones misma suerte, pues que no ocurrió las cesantías del año 2019, dado que las mismas pues no fueron consignadas y fueron pagas únicamente al finalizar la relación laboral.

Con sustento en ello, atado a que esta falta de diligencia no puede servir de excusa como tal para exceptuarlo de la mala fe que aquí se determina, pues se hace necesario que se acceda a la sanción moratoria establecida en la ley 50 del 90.

En relación con el tema del despido, yerra también nuevamente el despacho en relación con la verdadera razón por la cual se da por terminada la relación laboral, pues si el despacho logra observar como tal la carta de terminación del contrato que reza al anexo 1.9, encontrará que la administración le establece que si bien da por terminado el contrato de trabajo con sustento en la causal 14 del artículo 62, no es menos cierto que establece que realmente la terminación establece o se da en lugar a la situación económica en razón al COVID-19, entonces en este punto téngase en cuenta que no puede estudiarse de manera aislada la situación del COVID-19, el Ministerio del Trabajo, estableció, reglas de juegos al respecto, como fueron las circulares 21, 22, 23 y 24, en las cuales se establecían distintas medidas para efectos de la preservación del empleo. Sin embargo, en ninguna de ellas se autorizaba como tal la aplicación de causales de terminación, como en este

Por su parte el apoderado de la demandada apela la decisión frente a la condena de los 15 días de salario en razón al preaviso de la decisión de la terminación del contrato como quiera que sí se realizó un preaviso, debido a que la terminación no fue esbozada el mismo día, por ende solicita se absuelva de esa condena y de manera subsidiaria indica que en el evento que el Tribunal considere que no se cumplió con el preaviso señalado en la norma y que si hay lugar al reconocimiento de la misma, sea reajustada tan solo a 13 días, como quiera que esta carta fue

---

caso se hicieron, realmente la intención del edificio Ángel, conforme se prueba en el expediente y como lo dejaron ver las partes, fue continuar con el trabajador, por ello no la hicieron efectiva en diciembre de 2019 y aprovecharse de la configuración de la misma para finalizar el vínculo laboral, sin embargo, como se establece en el tercer párrafo de esta carta, pues realmente esto obedeció, fue directamente a la emergencia sanitaria y no a la aplicación real de la causa, por ello solicitamos se acceda igualmente al pago de la indemnización por despido sin justa causa.

Reiteramos nuevamente, señor juez, que indistintamente de la prueba y ante el Tribunal también, que se encuentra pendiente de ser valorada claramente la actuación por parte del edificio, ha estado revestida de mala fe, ciertamente de su actuar logra denotarse que se acostumbraron, a obrar sin consideración alguna de los trabajadores y prueba de ello son precisamente las demandas en las que tanto énfasis hizo la parte demandada, que se instauraron en contra de los mismos, el edificio Ángel no atravesó ningún tipo de pérdida económica, no lo demostraron tampoco en el presente litigio, lo dejó ver de igual manera, el testigo Alejandro Galvis, conocían perfectamente de qué manera debían laborar frente a los trabajadores, su planta, está incluso como mencionamos, el Fondo Nacional del ahorro, es decir, conocían el deber de consignación de las cesantías, pero todo esto fue obviado directamente, ni siquiera por desconocimiento, porque efectivamente lo sabían, sino de manera arbitraria, afectando directamente a mi mandante.

Si bien pudiera considerar el Tribunal o el señor Juez, que al tener este su pensión asegurada, entonces, en un derecho de los mejores, él podía como tal ser parte pasiva de la medida de tomas ilegales en tiempo de emergencia COVID, esto no es cierto, así como tampoco es cierto que puede hacerse un estudio somero o un no decreto de pruebas oficiosa, cuando estamos hablando de derechos de indolente pensional, que tampoco se pueden ver opacados solamente porque el mismo ya tiene el estatus de pensionado, cuando como mencionamos y como él mismo lo dejo ver, el mismo tiene una pensión mucho menos inferior a la que realmente tenía derecho, producto del pago tardío del no pago de las horas extras y del trabajo suplementario.

Asimismo, pongo de presente al señor juez que no es cierto que el edificio Ángel, pues no tuviera dicha documentación, que parte de las demandas que nosotros hemos interpuesto, realmente no hemos contado con los turnos porque no nos fueron entregados desde la primera vez que solicitamos el derecho de petición conforme se solicitaron en estas demandas, pero que en otros despachos sí se logró el aporte pero de manera incompleta, sin embargo, para efectos de ello, pues ya se había surtido también las etapas probatorias, en el presente proceso.

En ese sentido, instamos al Tribunal en primer lugar que proceda a pronunciarse por economía procesal y eficacia también, una vez sea resuelto el recurso que fuere interpuesto por esa parte, respecto al no decreto de la prueba oficiosa nuevamente para el aporte de los turnos y que una vez pueda fallarse, logré determinarse y exigirse la parte demandada conforme los deberes legales que le competen de conservación de la información que entreguen, pues la totalidad de los turnos para poder acceder a los reajustes y a las reliquidaciones pretendidas, porque el mismo señor juez como lo mencionó, logró denotar en el proceso que efectivamente sí se causaron sumas que no se cancelaron y no puede ser un impedimento de forma, el hecho de que la Corte Suprema exija que sea el trabajador, el que aporte dicha información cuando hay un claro impedimento por parte del empleador y que es totalmente injustificada, aun cuando le compete a este la carga de la prueba.

Entonces con sustento en ello, pues dejó como tal sustentado mi recurso, agradeciendo al Tribunal se falle frente a la totalidad de los puntos por nosotros propuestos, se tengan en cuenta las vías y los defectos evidenciados y se acceda también teniendo en cuenta que gozan de dicha potestad más allá de la resolución del recurso interpuesto a que oficiosamente ordenen a la Propiedad Horizontal a que aporten esos documentos que se resisten a entregar y que están afectando directamente los derechos ciertos e indiscutibles de mi representado, entonces agradezco como tal y se interpone el recurso en la totalidad del fallo para efectos de que sea revocado por el Honorable Tribunal y se estudien realmente de fondo los supuestos fácticos que rodearon la demanda.

entregada el 28 de abril del 2020, indicando que la terminación se haría efectiva a partir del 30 de abril. *(Audiencia Virtual de trámite y juzgamiento, link Archivo 18, récord: 1:45:19*[4]*)*

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante, las pretensiones visibles a páginas 7 a 9 del archivo 04, las cuales se fundan en los hechos relatados a páginas 4 a 6, ibidem, aspirando:

> **DECLARATIVAS**
>
> 1. Con fundamento en los hechos expuestos, solicito al (a la) señor(a) juez que, cumplidos los trámites del proceso ordinario laboral se **declare**: 1.1. Que entre la propiedad horizontal EDIFICIO ANGEL y mi representado **PEDRO ALEJANDRO MORENO SIERRA**, existió un contrato a término indefinido desde el 07 de noviembre de 1984 al 30 de abril de 2020.
>
> 1.2. Que la naturaleza de la labor para la cual fue contratado mi representado fue permanente y continúa.
>
> 1.3. Que mi mandante siempre desempeñó el cargo de GUARDA DE VIGILANCIA.
>
> 1.4. Que la remuneración básica pactada siempre correspondió a un porcentaje mayor al mínimo.
>
> 1.5. Que la demandada se encuentra constituida como una propiedad horizontal luego no cuenta con permiso para prestar servicios de vigilancia.

---

[4] **APODERADO PARTE DEMANDADA:** Muchas gracias señor juez, en este estado de la diligencia, interpongo recurso de apelación en contra de la condena proferida dentro del mismo.

Honorables Magistrados más allá de las manifestaciones y argumentos esbozados por la apoderada de la contraparte, si bien este apoderado comparte en gran decisión, la sentencia proferida por el Juzgado 20 Laboral, lo que no comparte es la condena en cuanto a los 15 días por no haber realizado el previsto que indica el artículo 62.

En primer lugar, vale la pena señalar que esta pensión se le venía reconociendo al demandante desde finales del año 2019, razón por la cual, para el momento de su desvinculación, ya gozaba de la mesada pensional, por lo que era válido y completamente ajustado a derecho la terminación del contrato bajo esta causal, lo cual, en efecto, fue decretado y declarado por este despacho. Sin embargo, es de indicar Honorables Magistrados, que no se comparte la condena de los 15 días señalada en el despacho como quiera que, como se indicó si se realizó un pre aviso, debido a que la terminación no fue esbozada el mismo día, en esta medida de manera principal solicito se absuelva a mi representada frente a la condena impuesta de 15 días por no realizar el preaviso y de manera subsidiaria en el evento que el Tribunal considere que, no se cumplió con el preaviso señalado en la norma en que si el lugar al reconocimiento de estos emolumentos, solicitó que la misma sea reajustada tan solo a 13 días, como quiera que esta carta fue entregada el 28 de abril del 2020, indicando que la terminación se haría efectiva a partir del 30 de abril, por lo que sí se realizó un pre aviso, quedando en la teoría que y en el hipotético caso de que el Tribunal considerara, que hay lugar al reconocimiento del preaviso, que no se cumplió, únicamente sería de manera parcial por 13 días, en atención a que existe un preaviso de 2. En esta medida, dejo presentado mi recurso de apelación.

1.6. Que la demandada no se encontraba autorizada para dar aplicación a las disposiciones establecidas en la ley 1920, luego la jornada laboral debía ser tomada sobre la máxima legal ordinaria.

1.7. Que el demandado tomó como Jornada Máxima Ordinaria la totalidad de 60 horas por mes, aún sin estar autorizado para ello.

1.8. Que el demandado sustentado en que la Jornada Ordinaria de mi demandante era de 60 horas no reconoció las horas extras causadas con posterioridad a las 48 horas ordinarias pasando por alto las disposiciones establecidas en la ley 1920.

1.9. Que el demandado además de no pagar las horas extras causadas con posterioridad a las 48 horas ordinarias, obligaba a mi representado a laborar los días domingos o festivos.

1.10. Que la demandada sobre los dominicales y festivos causados con posterioridad a la Jornada Legal máxima Ordinaria no reconocía las horas extras laboradas, reconociendo únicamente el valor del recargo, más no las horas, ni días extras conforme establece el artículo 179 del CST.

1.11. Que el trabajo dominical y festivo debe ser remunerado con el 175%, es decir, con el 100% del valor de la hora ordinaria más el recargo del 75%, premisa que de mala fe pasó por alto el empleador.

1.12. Que el demandado en el tiempo comprendido del 07 de noviembre de 1984 al mes de junio de 2019, demandada sobre los dominicales y festivos causados con posterioridad a la Jornada Legal máxima Ordinaria no reconocía las horas extras laboradas, reconociendo únicamente el valor del recargo.

1.13. Que el CST determina al artículo 127 que las horas extras y recargos hacen parte del salario luego debieron ser reconocidas dentro del mismo.

1.14. Que a partir de junio de 2019 el empleador reconoció el pago de horas extras, recargos nocturnos, dominicales y festivos solo ante la petición de mi mandante.

1.15. Que el empleador no reconoció de forma retroactiva las horas extras, recargos nocturnos, dominicales ni festivos, que no fueron pagadas por concepto de las horas que excedían la jornada legal ordinaria del 07 de noviembre de 1984 al mes de junio de 2019, adeudando a hoy a mi representado dichas sumas.

1.16. Que las horas extra causadas dentro de los turnos extras fueron tenidos en cuenta dentro del IBL para la liquidación efectiva de prestaciones sociales en el tiempo comprendido del 07 de noviembre de 1984 a el mes de junio de 2019.

1.17. Que las horas extras, ni los recargos causados dentro de los turnos extras fueron tenidos en cuenta dentro del IBC para el pago de aportes a seguridad social en el tiempo comprendido del 07 de noviembre de 1984 al mes de junio de 2019.

1.18. Que producto de la emergencia COVID – 19, el empleador redujo el salario de mi representado a partir de marzo de 2020, de forma que volvió a no reconocer recargos nocturnos, ni dominicales ni festivos.

1.19. Que el no reconocimiento de estos conceptos, no se encontraban dentro de las medidas de alivio para los empleadores conceptuadas por el Ministerio de Trabajo en sus circulares 21 y 22 siendo a todas luces ilegal.

1.20. Que el empleador finalizó el contrato de mi representado a 30 de abril de 2020, en razón a que al mismo le fue reconocida su condición de pensionado.

1.21. Que el empleador no cumplió con la formalidad implícita en la norma de preavisar con 15 días de antelación a la terminación, conforme se establece en el Parágrafo del artículo 62 del CST.

1.22. Que, ante el incumplimiento de la formalidad establecida, deberá tomarse el despido como SIN JUSTA CAUSA, al ser ineficaz el procedimiento aplicado.

1.23. Que mi mandante tiene derecho a que le sean reconocidos a su favor los recargos dominicales, nocturnos y festivos, además de las horas extras causadas por concepto de los turnos extras del 07 de noviembre de 1984 al mes de junio de 2019.

1.24. Que mi mandante tiene derecho a que le sean reconocidos los recargos dominicales, nocturnos y festivos, además de las horas extras causados desde el mes de marzo de 2020 al 30 de abril de 2020 y que fueron pasados por alto por el empleador en razón a la "emergencia covid".

1.25. Que mi cliente tiene derecho a que le sean reliquidadas la totalidad de sus prestaciones sociales desde el 07 de noviembre de 1984 al mes de junio de 2019 así como a que sean reajustados sus aportes a seguridad social en dicho extremo de tiempo.

1.26. Que mi cliente tiene derecho a que le sean reliquidadas la totalidad de sus prestaciones sociales desde el mes de marzo de 2020 al 30 de abril de 2020.así como a que sean reajustados sus aportes a seguridad social en dicho extremo de tiempo, en razón a las medidas tomadas para frenar los impactos de la emergencia covid.

1.27. Que producto de la cotización parcial e incompleta por parte de la empresa demandada mi mandante no reunió el capital real en la AFP.

1.28. que producto de la cotización parcial e incompleta, mi cliente fue acreedor de la pensión mínima de vejez.

1.29. Que la mesada pensional de mi representado se vio afectada por las faltas del empleador.

1.30. Que el empleador nunca consignó las cesantías al Fondo respectivo, dada su modalidad de liquidación anual.

1.31. Que mi mandante tiene derecho al pago de la indemnización por no consignación de cesantías establecida en la Ley 50 de 1990.

1.32. Que mi representado tiene derecho al pago de la indemnización moratoria por no pago de prestaciones sociales dado los conceptos adeudados por concepto de salarios y Reliquidación.

1.33. Que el empleador obró de mala fe al no liquidar los turnos extras de conformidad con el artículo 179 del CST.

1.34. Que el demandado deberá reconocer a favor de mi representado el cálculo actuarial por el no pago del aporte a pensión sobre el IBC REAL.

1.35. Que una vez la demandada reconozca el cálculo actuarial mi cliente podrá acceder a una reliquidación de su pensión.

1.36. Que el demandado deberá reconocer a favor de mi mandante la indemnización por despido injustificado desde el 07 de noviembre de 1984 al 30 de abril de 2020 dada la ineficacia de la justa causa alegada.

1.37. Que las sumas adeudadas deberán ser indexadas.

1.38. Que mi mandante a través de las peticiones incoadas INTERRUMPIÓ LA PRESCRIPCIÓN.

CONDENATORIAS

2. Como consecuencia de las anteriores declaraciones, se condene al EDIFICIO ANGEL y a todos sus copropietarios favor de **mi cliente** reconociendo y pagando los siguientes conceptos: 2.1. Se condene al empleador a pagar por concepto de salarios las sumas adeudadas por concepto de horas extras y recargos dominicales y festivos 07 de noviembre de 1984 al 30 de abril de 2020.

2.2. Se condene al empleador a RELIQUIDAR la totalidad de prestaciones sociales y derechos laborales causados a favor de mi representado desde el desde el 07 de noviembre de 1984 al 30 de abril de 2020.

2.3. Que se condene al empleador a RELIQUIDAR la totalidad de prestaciones sociales y derechos laborales causados desde el mes de marzo de 2020 al 30 de abril de 2020 dadas las medidas ilegales tomadas para enfrentar la emergencia covid.
2.4. Que se condene al empleador a reajustar los pagos de aporte a seguridad social desde el 07 de noviembre de 1984 al 30 de abril de 2020 con inclusión de los valores causados por concepto de horas extras y recargos.

2.5. Que se condene al empleador a reajustar los pagos de aporte a seguridad social desde el mes de marzo de 2020 al 30 de abril de 2020 con inclusión de los valores causados por concepto de horas extras y recargos dadas las medidas ilegales tomadas para enfrentar la emergencia covid.

2.6. Que se condene al empleador a pagar cálculo actuarial por todas aquellas sumas que no fueron tenidas en cuenta para integrar el IBC, tales como horas extras y recargos legales.

2.7. Se condene al empleador a pagar la Sanción establecida en la ley 50 de 1990 por concepto de no consignación de cesantías por valor de **CIENTO CINCUENTA Y UN MILLONES CIENTO ONCE MIL TRESCIENTOS SESENTA Y SEIS PESOS CON SETENTA CENTAVOS ($ 151.111.366,70)**

2.8. Se condene al empleador a pagar a favor de mi mandante la sanción del artículo 65 por valor de **DIEZ MILLONES DOSCIENTOS SETENTA MIL DOSCIENTOS NOVENTA Y CINCO PESOS CON DIEZ CENTAVOS ($ 10.270.295,10)**

2.9. se condene al empleador a pagar a favor de mi mandante la indemnización por despido sin justa causa por valor de **VEINTIÚN MILLONES SEISCIENTOS CUARENTA MIL SETECIENTOS SESENTA Y NUEVE PESOS CON NUEVE CENTAVOS ($21.640.769,9)**
2.10. El pago de la indexación de las sumas mencionadas en los numerales que anteceden, hasta la fecha en que se verifique el pago.

2.11. Que se falle extra y ultra petita, de conformidad con el artículo 51 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, según los hechos que se logren probar

2.12. Condenar en costas y agencias en derecho a la parte demandada.

Obteniendo sentencia de primer grado parcialmente favorable a sus aspiraciones por cuanto se declaró la existencia del contrato de trabajo con la demandada del 8 de noviembre de 1984 al 30 de abril del 2020, condenándose únicamente al pago de la 15 días de salario, en razón al preaviso o aviso al

trabajador que se debe dar con antelación no menor de 15 días para la terminación del contrato de trabajo, tal como lo disponen los numerales 14 y 15 del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo y se absolvió frente a las demás súplicas. **Lo anterior tras considerar el *a quo*,** que al analizar lo atinente a las horas extras que, en este caso, no existe medio probatorio alguno que permita determinar el trabajo suplementario alegado por el actor para extraer el número probable de horas extras laboradas. Puntualmente indicó, que en la demanda no se relacionó de manera detallada el horario que ejecutaba el actor, advirtiendo, que le correspondía la carga probatoria de actuar en tal sentido, no obstante, analizó los medios probatorios recaudados haciendo la misma inferencia por lo que no resultaba procedente la reliquidación de acreencias laborales y en consecuencia la indemnización moratoria. Frente a la indemnización por cesantías, señaló que el demandante aceptó que siempre le fueron pagadas directamente o por mejoras de vivienda y en esa medida encontró el *a quo* probada la buena fe de la encartada, en relación con la indemnización por despido indicó su improcedencia dada que la finalización del vínculo contractual se dio con ocasión de una causal legal, esto es el reconocimiento de la pensión de vejez al demandante sin que frente a esta se debe cumplir con el requisito de inmediatez, sin embargo condenó por no haber efectuado el preaviso de tal decisión con un tiempo no inferior a 15 días.

Reseñado lo anterior se abordará el estudio de los recursos de apelación interpuestos, en los puntos concretos objeto de censura de cada una de las partes, 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).

Bajo tal entendido, para esta Corporación, la existencia del contrato de trabajo entre el demandante y el EDIFICIO ANGEL P.H- no está en discusión, siendo entonces los problemas jurídicos a resolver: i) determinar la procedencia de la inclusión de las horas extras o trabajo suplementario, así como trabajo dominical y festivo, para efectos de reliquidar las prestaciones causadas en vigencia de su contrato de trabajo ii) La condena por indemnización por no consignación de cesantías de los años 2019 y 2020 iii) La indemnización por despido y iv) La procedencia total o parcial de los 15 días de salario por no efectuar el preaviso al demandante de la terminación del contrato de trabajo.

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

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

Así lo ha dicho reiterativamente el órgano de cierre de esta jurisdicción, por ejemplo, en la sentencia SL 3407 de 2018. Igualmente, sobre este tópico en sentencia SL1269 de 2019, dijo la Corte:

> *"Efectivamente, tiene adoctrinado esta Corporación que las comprobaciones sobre el trabajo más allá de la jornada diurna ordinaria, demandan de quien lo reclama, el despliegue de una actividad tendiente a demostrar con claridad y precisión que estas se realizaron, razón por la que no puede el juzgador hacer cálculos o suposiciones, para determinar el número probable de las que se estimen trabajadas.*
>
> *En este sentido se razonó en la sentencia CSJ SL3009-2017:*
>
> *No se indicó en la demanda ni se demostró en verdad, qué días efectiva y realmente trabajó el actor al servicio de la empresa demandada, ni los horarios efectivamente trabajados, razón por la que no es posible acceder a la pretensión del pago de tiempo de trabajo suplementario y complementario, recargos nocturnos, máxime que como lo tiene adoctrinado la jurisprudencia, no es dable suponer el número de horas extras o nocturnas laboradas, sino que requiere que estén debidamente invocadas y acreditadas, conceptos de los cuales se absolverá a la demandada."*

En igual sentido, en sentencia SL 2164-2020, radicación No. 68686, se expuso:

> *"Además, después de referirse a las diferentes situaciones fácticas que podrían presentarse frente a la regulación convencional, no encontró posible precisar los días exactos del periodo en que se causaron las horas extras, ni a cuantos días correspondían, ni si le fueron pagados compensatorios por dominicales y festivos, y de estos, cuáles fueron laborados en la jornada diurna o en nocturna, por lo que, no pudo determinar la fórmula que se utilizó para calcular el trabajo suplementario, lo que se traduce en que el censor no cumplió con la carga de demostrar que el pago por dichos conceptos, no hubiera sido acorde con las normas'. (…).*
>
> *De tal manera que en ningún error incurrió el juez de apelaciones, porque, se tiene dicho en forma reiterada que la prueba que eventualmente da derecho al respectivo pago del recargo por horas suplementarias es aquella que ofrezca verdadera certeza de estas, motivo por el cual,*
>
> > ***[…] para que el juez produzca condena por horas extras, dominicales o festivos las comprobaciones sobre el trabajo más allá de la jornada ordinaria han de analizarse de tal manera que en el ánimo del juzgador no quede duda alguna acerca de su ocurrencia, es decir, que la prueba sobre la que recae, tiene que ser de una definitiva claridad y precisión, que no le permita al juzgador hacer cálculos o suposiciones acomodaticias para determinar el número probable de las que se estimen trabajadas. (CSJ SL38382, 25 may. 2010)".*** *(Negrilla de la Sala).*

Atendiendo tales supuestos, no se desconoce por ninguna de las partes que el demandante laboró horas extras diurnas, nocturnas, dominicales y festivas, pues así se encuentra demostrado con la documental aportada por la accionada (desprendibles de nómina), empero lo solicitado por el accionante es la reliquidación de dichos recargos pues aduce en el libelo, no se pagaron de manera completa, no obstante y contrario a lo referido por la apelante, dentro de este litigio no luce demostrado cuales son las horas extras y recargos que faltaron por liquidar, pues no existe siquiera un medio probatorio que permita soportar la versión vertida por el demandante, es más no existe una relación de los días y horarios laborados, advirtiéndose en punto a la apelación del demandante, aun cuando al plenario se hubiera aportado la programación de turnos de la que se duele la recurrente e insiste en su incorporación, ello no resultaría sinónimo de la evidencia en cuanto a que el señor PEDRO ALEJANDRO MORENO SIERRA sí hubiese ejecutado los turnos allí señalados, pues nótese que se trataría de simples de programaciones y no de un medio probatorio como –planillas de ingreso y salida- o similares que acreditaran con precisión y efectividad la prestación del servicio en los turnos allí descritos, esto es, brilla por su ausencia prueba que acredite con exactitud cuales días y en que horarios asistió el demandante a prestar sus servicios, lo cual no se suple con la incorporación del "*Registros de turnos en vigencia de toda la relación laboral"* a que se alude en el literal h de las denominadas pruebas de oficio (*Ver archivo 1 expediente digital, página 12*).

En punto del recurso del apelación nótese, que el extremo activo no tiene certeza de las horas extras laboradas, pues procura le sean entregados "*Registros de turnos en vigencia de toda la relación laboral"* para verificar qué días u horas se pueden imputar como trabajo suplementario, no siendo de recibo que en este escenario se haga dicha investigación o desplieguen dichos actos sin tener una seguridad jurídica de lo que se pide, pues al redactarse la demanda y por supuesto las pretensiones deben enlistarse lo que se pretende, concretamente, indicando los días y horas que no le fueron pagados al actor y sin que se pueda hacer conjeturas al respecto, tal como lo ha entendido la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral.

A más de lo anterior, advierte la Sala, de las declaraciones recaudadas por los testigos decretados no se extrae ninguna situación clara frente a las horas extras que pudo haber laborado el actor, pues todos los declarantes al unísono señalaron que este tenía turnos de 12 horas y que aun cuando pagaban horas extras no fueron reconocidas de manera completa, pero ningún declarante indicó con exactitud fechas y horas claras en que trabajó el demandante.

Ahora en cuanto a las reclamaciones que alega la apelante se hicieron frente a las reliquidaciones de las horas extras (*Archivo 1.10 de las pruebas aportadas por el demandante*), las mismas no tienen el alcance de constituir la prueba de los días y horas que pudo haber laborado el actor y que no le fueron debidamente cancelados, y en cuanto a la respuesta dada por la accionada el 31 de octubre del 2019 justamente frente a dichos reclamos (*Archivo 1.11 de las pruebas aportadas por el demandante*) resulta que este es un documento en abstracto del cual no se infiere la deuda por horas extras y trabajo suplementarios aquí reclamada.

En lo que toca específicamente a la carga de la prueba en cabeza del trabajador demandante,[5] suficiente es indicar que no es reprochable de manera alguna el fundamento jurídico del juez a quo, por cuanto se trata del criterio expuesto por el máximo órgano de la jurisdicción ordinaria, sin que acoger dicho criterio de Casación Laboral sobre el tema, implique tornar el proveído en carente de

[5] *"Es necesario demostrar la real y efectiva prestación del servicio de horas extras o nocturnas para que proceda su reconocimiento. Igualmente, para que el juez pueda reconocer las horas o el trabajo suplementario, las pruebas deben tener una precisión y claridad tal que no dejen duda alguna acerca de su ocurrencia, sin necesidad de hacer cálculos o suposiciones acomodaticias para determinar su número probable. ". CSJ SL 1361-2023.*

razonabilidad, pues precisamente soportar la decisión en criterio reiterado apunta al respeto por la seguridad jurídica en esta temática, constituyendo doctrina probable, siendo ello plausible.

Conforme lo analizado, claro resulta que el actor no cumplió con su carga probatoria, pues se itera, en autos ni siquiera pudo acreditarse la efectiva causación de horas extras y trabajo suplementario que aduce le fueron mal liquidadas, falencia probatoria con entidad suficiente para truncar el éxito de las aspiraciones de la parte actora, precisando que en los términos del artículo 167 del C.G.P., es carga de quien alega un hecho acreditar sus afirmaciones y en el caso sub-lite, quien tiene interés jurídico en que resulten probadas sus afirmaciones es quien promueve la acción, el cual quedó expuesto a lo que Carnelutti llama "EL RIESGO DE FALTA DE LA PRUEBA", y bien vale la pena precisar sobre el tema de la carga dinámica de la prueba, en punto a la prueba solicitada y ya referida aquí "*Registros de turnos en vigencia de toda la relación laboral"* literal h de las pruebas de oficio (*Ver archivo 1 expediente digital, página 12*) para reiterar su no pertinencia y utilidad al caso de autos, conforme a la siguiente posición jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral SL 144-2023 Rad. 93433 del 7 de febrero del 2023:

> "El Tribunal revocó la sentencia de primer grado, y en su lugar impuso condena a cargo de la demandada por el trabajo dominical habitual desarrollado, y demás pretensiones consecuenciales, por considerar en cuanto a la carga de la prueba, que en este evento no debía seguirse la posición jurisprudencial de la Corte en relación al trabajo dominical y festivo, que la impone a cargo del trabajador, dada la afirmación indefinida de la actora, de haber laborado de manera habitual todos los domingos y festivos que tuvo vigencia la relación laboral, por ende, exenta de prueba, al tenor del art. 167 del CGP, y en atención a la carga dinámica de la prueba.
>
> Aunado a que dedujo, que desde la contestación de la demanda la accionada aceptó que la demandante trabajó habitualmente en dominicales y festivos; además, estimó que el testimonio de Gabriel Arcila Ceballos, corroboró lo relativo al trabajo dominical por parte de la actora.
>
> En primer lugar, desde la órbita de pleno derecho, se tiene que la recurrente le endilga a la sentencia yerros jurídicos, por la aplicación dada a la carga dinámica de la prueba, al imponerle a la demandada la de demostrar que la trabajadora no laboró todos los dominicales y festivos comprendidos entre abril de 2012 y 2015; y por el señalamiento de que la afirmación de la actora de haberlos laborado, es indefinida, y por tanto exenta de prueba.
>
> En consecuencia, el problema jurídico que debe dilucidar la Sala, se orienta a determinar si incurrió el juez plural en los errores de pleno derecho enunciados.
>
> El art. 167 del CGP, aplicable al procedimiento del trabajo y de la seguridad social, por remisión normativa (art. 145 CPTSS), reza:
>
> > CARGA DE LA PRUEBA. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

> No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá[6], de oficio o a petición de parte, distribuir, la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares.
>
> Cuando el juez adopte esta decisión, que será susceptible de recurso, otorgará a la parte correspondiente el término necesario para aportar o solicitar la respectiva prueba, la cual se someterá a las reglas de contradicción previstas en este código.
>
> Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba.

La norma en su inciso final prevé, que *«los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba»*, caso en el cual la carga se invierte, siendo el legítimo contradictor quien debe desvirtuarlos, por tanto, se convierte en una tarea desproporcionada exigirle a la parte que efectúa tales afirmaciones o negaciones indefinidas, que las pruebe. Así lo precisó la Corte en la sentencia CSJ SL696-2021:

> Precisamente, en relación con este punto la Corte ha tenido el debido cuidado de no exigir cargas desproporcionadas. Así, respecto de la demostración del requisito de deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia, que en este caso extrañó el Tribunal, en la mencionada sentencia CSJ SL1496-2014 la Corte adoctrinó que si quien alega la referida calidad de madre cabeza de familia plantea la negación indefinida relativa a que ninguno de los miembros de su núcleo familiar le brinda ayuda, o bien afirma que es la proveedora única de la familia, en tales casos no se requiere prueba y por tal razón la carga de acreditar lo contrario se traslada a la contraparte, conforme el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, regla probatoria que hoy está contemplada en el artículo 167 del Código General del Proceso, vigente en este asunto.

Sin embargo, a efectos de definir qué se entiende por afirmaciones indefinidas, debe tenerse en cuenta lo expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia CC C070-1993:

> Las reglas generales de la carga de la prueba admiten excepciones si se trata de hechos indefinidos o si el hecho objeto de prueba está respaldado por presunciones legales o de derecho.
>
> En el primer evento, se trata de aquellos hechos que por su carácter fáctico ilimitado hacen imposible su prueba para la parte que los aduce. Las negaciones o afirmaciones indefinidas no envuelven proposiciones que puedan ser determinadas por circunstancias de tiempo, modo o lugar. La imposibilidad lógica de probar un evento o suceso indefinido - bien sea positivo o negativo - radica en que no habría límites a la materia o tema a demostrar. Ello no sucede cuando se trata de negaciones que implican una o varias afirmaciones contrarias, de cuya probanza no está eximida la parte que las aduce. A este respecto establece el inciso 2 del artículo 177 del C.P.C.: "Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba".

Por su parte, la Corte en la sentencia CSJ SC3375-2021, al pronunciarse sobre sus efectos, expresó:

[6] La expresión “podrá” que se subraya fue declarada exequible mediante sentencia CC C-086-2016.

> El inciso final del artículo 167 del Código General del Proceso, reproductor del canon 177 del Código de Procedimiento Civil, regula que «*[l]os hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren de prueba*», lo cual tiene razón de ser en la imposibilidad de acreditar un hecho inexistente de carácter indefinido, *verbi gratia*, la falta de pago de una deuda o la omisión en el desplazamiento a una determinada locación.
>
> El efecto probatorio de las afirmaciones o negaciones indefinidas es el traslado de la carga de la prueba a su contendiente procesal, en tanto a este, para desvirtuar la indefinición, le basta con probar el hecho contrario: que sí hubo pago o el viaje negado.
>
> Entonces, la inversión de la carga de la prueba no opera con simplemente negar la ocurrencia de un hecho, pues casos hay en los que su definición permite demostrar la negativa, como sucede, por vía de ejemplo, con la paternidad impugnada, en razón a que al supuesto padre le bastara, para acreditar no ser el progenitor del demandado que se encuentra provisto de la filiación, con una prueba de ADN o con dejar ver su imposibilidad reproductora para la época de la concepción, entre otras circunstancias.
>
> Nótese como, a pesar de tratarse de una negación del impugnante, sí posee las herramientas procesales que le permitan acreditarla.
>
> Por ende, la negación o afirmación indefinidas son aquellas que no son susceptibles de demostración a través de ningún medio de convicción, pues implican cargas procesales imposibles de acatar, de allí que estén eximidas de prueba.
>
> Así lo tiene sentado la Corte al señalar:
>
> **En cuanto al alcance de las negaciones de las partes, en sus escritos y declaraciones en el curso del proceso, la sola atestación de falta de ocurrencia de una determinada situación, no implica que se configuren los efectos del inciso segundo del artículo 177 del estatuto procesal civil.**
>
> Los mismos dependen de la imposibilidad práctica de acreditar ciertas circunstancias que son indefinidas en el tiempo y no se contraponen a afirmaciones previas que se pretenden desvirtuar.
>
> Así las cosas, no es suficiente con que se diga que algo dejó de pasar para que se releve al interesado de las cargas que le imponen las normas adjetivas… (CSJ SC9072 de 2014, 11 jul., rad. 2007-00601).

De lo anterior se avizora que la afirmación expuesta por la actora en el hecho noveno del libelo genitor, de haber laborado *«en forma habitual todos los domingos y festivos en forma continua»*, no tiene el carácter de indefinida, pues es un hecho positivo con un contexto temporal, susceptible de demostración a través de los medios de convicción; por tanto, no podía deducirse, como lo hizo el *ad quem*, que estaba exenta de demostración.

Respecto de la carga dinámica de la prueba, considera pertinente la Sala recordar que el art. 167 del CGP, en su primer inciso, consagra como regla general la carga estática de la prueba —como lo establecía el art. 177 del CPC—, esto es, que cada parte está en la obligación de probar los hechos de su demanda o de la defensa.

Refuerza lo anterior, lo dicho por la Corte en la sentencia CSJ SC1301-2022:

> Desde el punto de vista normativo, la «*carga de la prueba*» emerge de la conjunción de los artículos 167 del Código General del Proceso, en cuyo primer inciso consagra que «*[i]ncumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen*» y 1757 del Código Civil, conforme al cual, *«[i]ncumbe probar las obligaciones o su extinción al*

> *que alega aquéllas o ésta*». El tratadista Hernando Devis Echandía[7], señala que esta noción involucra dos aspectos, a saber,
>
> 1°) por una parte, es una regla para el juzgador o regla del juicio, porque le indica cómo debe fallar cuando no encuentre la prueba de los hechos sobre los cuales debe basar su decisión, permitiéndole hacerlo en el fondo y evitándole el proferir un non liquet, esto es, una sentencia inhibitoria por falta de pruebas, de suerte que viene a ser un sucedáneo de la prueba de tales hechos; 2°) por otro aspecto, es una regla de conducta para las partes, porque indirectamente les señala cuales son los hechos que a cada uno le interesa probar (…) para que sean considerados como ciertos por el juez y sirvan de fundamento a sus pretensiones o excepciones.
>
> Sobre el alcance de esta categoría jurídica, en SC9193-2017, la Corte puntualizó,
>
> La carga de la prueba, por tanto, está siempre referida a la demostración de los presupuestos fácticos señalados por el precepto jurídico general, impersonal y abstracto aplicable al caso concreto, y éstos únicamente son expresados por la respectiva norma sustancial o por presunciones legales, sin que sea dable al juez crear o suprimir ingredientes normativos a su antojo, so pena de incurrir en una aplicación indebida o en una interpretación errónea de la ley sustancial. De ahí que siendo la carga de la prueba una regla de conformación sintáctica de la decisión judicial, los detalles de su distribución únicamente pueden estar prestablecidos por la norma sustancial que rige la controversia, o bien por una presunción de tipo legal, pero jamás por una invención de estirpe judicial.

Por su parte, el inciso segundo, como excepción, alude a la carga dinámica de la prueba, pasando del postulado *«quien alega debe probar»*, al de *«quien puede debe probar»*. En consecuencia, le *c*oncede al juez la posibilidad de equilibrar las cargas en materia probatoria, lo cual como se dijo en la providencia citada anteriormente, debe estar en armonía con *«la norma sustancial que rige la controversia»*, pues es la única manera de conservar el rol de imparcialidad que caracteriza al fallador; de no ser así, se estaría difiriendo al operador judicial una obligación que le corresponde a las partes, quienes por esencia son las llamadas a demostrar los supuestos fácticos de su demanda o su defensa.

Al efecto, importa recordar lo dicho por la Corte en sentencia CSJ SC1656-2018, en la que precisó:

> El decreto oficioso de pruebas no implica suprimir el principio dispositivo que regula en forma general esa precisa materia, ni supone aplicarlo de manera inopinada en todos los casos. Esto significa que el sistema híbrido, por lo visto, de carácter excepcional, impone examinar para su aplicación, la conducencia o idoneidad legal, la pertinencia y la utilidad, la conveniencia o necesidad del medio; precisamente, como hitos a la discrecionalidad o al desafuero del juez, según arriba se anticipó.

En este orden, el referido inciso segundo del art. 167 del CGP, le asigna la responsabilidad a la parte que se encuentre más próxima a su fuente, con el fin de encontrar la verdad real y material que permita impartir justicia, con lo cual es claro que el régimen probatorio en Colombia sufrió una importante variación, por lo tanto, es viable la distribución de la carga de la prueba, **pero solo como excepción**, por tanto, el operador judicial, en principio deberá sujetarse a la regla general de la carga estática de la prueba y valorar los medios de persuasión de conformidad a lo establecido en el art. 61 del CPTSS. (*Negrilla fuera del texto consignado*)

Adicionalmente debe precisarse, que el art. 167 del CGP le dio al juez una facultad para distribuir la carga de la prueba, es así que en sentencia de la Corte Constitucional CC C-086-2016 se precisó que esa intervención tiene cabida por el ejercicio de su poder oficioso para decretar y practicar pruebas, o como resultado de su pronunciamiento ante la solicitud de las partes, en uno y otro caso, se deberán

[7] *Ibidem*, pág. 406.

> sopesar las circunstancias especiales que justifiquen esa distribución, sin que ello implique un deber impuesto por el legislador para todos los casos. Así lo expresó el Tribunal Constitucional:
>
> > Imponer al juez la obligación de acudir en todos los eventos a la institución de la carga dinámica de la prueba, y no de manera ponderada de acuerdo con las particularidades de cada caso y los principios generales de la Ley 1564 de 2012, significaría alterar la lógica probatoria prevista en el estatuto procesal diseñado por el Legislador, para en su lugar prescindir de las cargas procesales razonables que pueden imponerse a las partes y trasladar esa tarea únicamente al juez.
>
> De acuerdo con ello, aunque al juez se le exige acuciosidad y dinamismo en la búsqueda de la verdad real sobre la cual ha de definir la controversia, esa labor no se extiende hasta el punto de tener **que suplir en cualquier supuesto la carga probatoria que le incumbe a las partes** (CSJ SC5676-2018); aquel en cada caso en particular, y en estricta armonía con la norma sustancial que consagra el derecho reclamado, debe hacer el análisis que le permita concluir a cuál de las partes le queda más fácil probar y, de esta manera, solo si lo considera pertinente, deberá proceder a distribuir aquella, teniendo como orientación la tutela judicial, la efectividad del derecho sustancial y la igualdad real de las partes. (*Negrilla fuera del texto consignado*)

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

Ahora frente a la ***INDEMNIZACIÓN POR LA NO CONSIGNACIÓN DE LAS CESANTÍAS***, debe recordarse de conformidad con el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 en su inciso 3º, esta sanción procede cuando el empleador no consigna el valor de la cesantía correspondiente para cada año antes del 15 de febrero del año siguiente, en la cuenta individual que el trabajador haya elegido, a razón de un día de salario por cada día de retardo, esto es, el pago de las cesantías mediante la consignación a un fondo debe efectuarse de manera anual, en las fechas referidas, salvo que el vínculo finalice antes del 15 de febrero lo que permite que se efectué el pago que corresponda al último lapso trabajado al momento de la terminación del contrato, es decir, la obligación del empleador es la consignación anual de las cesantías.

Conforme lo anterior se tiene que revisadas las pruebas aportadas por la enjuiciada (Carpeta "*CESANTIAS*"[8]*)* y en virtud de lo alegado en el recurso de apelación de la parte actora, se tiene que el EDIFICIO ANGEL PH no consignó dicha prestación para el año **2019**, advirtiéndose que la jurisprudencia del órgano de cierre de esta jurisdicción ha señalado que la imposición de la citada indemnización ni su exoneración es automática, dado que es necesario determinar si el empleador actuó de mala fe al resistirse a reconocerle al trabajador los

[8] https://drive.google.com/drive/folders/1Qj9IpiQP5DZkSyUB0qGWiCe5o_mQLaOx? usp=sharing

derechos laborales que contempla el orden jurídico. (CSJ SL, 24 abr. 2012, rad. 39600, CSJ SL9156-2015, CSJ SL1430-2018 reiteradas en sentencia SL-3345-2021).

Así mismo, en la providencia CSJ SL1439-2021 se recordó que la sanción moratoria del artículo 99 Ley 50 de 1990, procede cuando el empleador no aporta elementos de convicción o razones satisfactorias y creíbles de su conducta, es decir, que obró de buena fe, pese a incurrir en mora en la consignación de las cesantías.

De igual modo, se advirtió desde la sentencia CSJ SL9641-2014, que «*la buena o mala fe no depende de la prueba formal de los convenios …., pues, en todo caso, es indispensable verificar «otros tantos aspectos que giraron alrededor de la conducta que asumió en su condición de deudor obligado; vale decir, además de aquella, el fallador debe contemplar el haz probatorio para explorar dentro de él la existencia de otros argumentos valederos, que sirvan para abstenerse de imponer la sanción»*.

En esa medida, a juicio de esta Sala de decisión y en contraposición a lo concluido por el juzgador de primer grado, procedente resulta el pago de la sanción rogada por el demandante para el año 2019, en tanto no se allegó medio probatorio alguno; al menos a título ilustrativo, para que el administrador de justicia pudiera verificar porque no se hizo la consignación de dicha prestación en los términos dispuestos por la ley, advirtiéndose aun cuando la demandada las canceló al actor ello lo hizo fue directamente en la liquidación del contrato de trabajo, esto es, hasta el 30 de abril del 2020 cuando lo procedente era consignarlas a más tardar el 14 de febrero del 2020 y no pagarlas directamente al trabajador.

Iterando aunque la demandada efectuó pagos a favor del trabajador a título de cesantías, ello fue en contravención de la disposición mencionada en tanto se liquidaban anualmente y no se consignaban directamente en el fondo de cesantías, lo que conlleva a que deba imponerse la sanción correspondiente del año 2019 (conforme lo solicitado en la apelación), con excepción claro está, de las cesantías de 2020, las cuales atendiendo el finiquito del vínculo, debían ser canceladas directamente al trabajador, como así ocurrió.

Por ende, se ordenará el pago total de **$3.072.300**[9] causados entre el 15 de febrero de 2020 al 30 de abril de la misma anualidad (76 días), por las cesantías no consignadas del año 2019, tomando como salario el promedio de lo devengado en esa anualidad **-$1.212.744-**[10], precisando la Sala tomó los valores reflejados en los desprendibles de nómina aportados por la enjuiciada en su contestación de septiembre a diciembre de 2019 y de enero al mes de agosto de 2019 se tomó el mínimo de ese año ($828.116) como quiera que no obran en el plenario las nóminas de esos meses, adicionándose en este punto el fallo apelado.

Por otro lado respecto a la ***INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO*** es menester analizar en primer lugar si en verdad el despido se produjo, y más aún, si este obedeció a una justa causa, para lo cual, es preciso recordar que, el trabajador corre con la carga de demostrar el hecho del despido y una vez acreditado ello, se desplaza la carga al empleador quien debe dirigir su actividad probatoria a demostrar los motivos que en el momento oportuno le invocó y comunicó al actor para romper el contrato, a fin de que el fallador de turno, previa valoración pueda ubicarlos o no en una de las causales abstractas y taxativas que señala la ley para tener como justo el despido, no pudiendo detenerse el fallador en el examen de conductas que no se adujeron como causal de despido, pues memórese que solo resulta válido para justificar el despido los motivos que en su momento se comunicaron al trabajador, como razón para terminar el vínculo laboral, no los que posteriormente se aleguen.

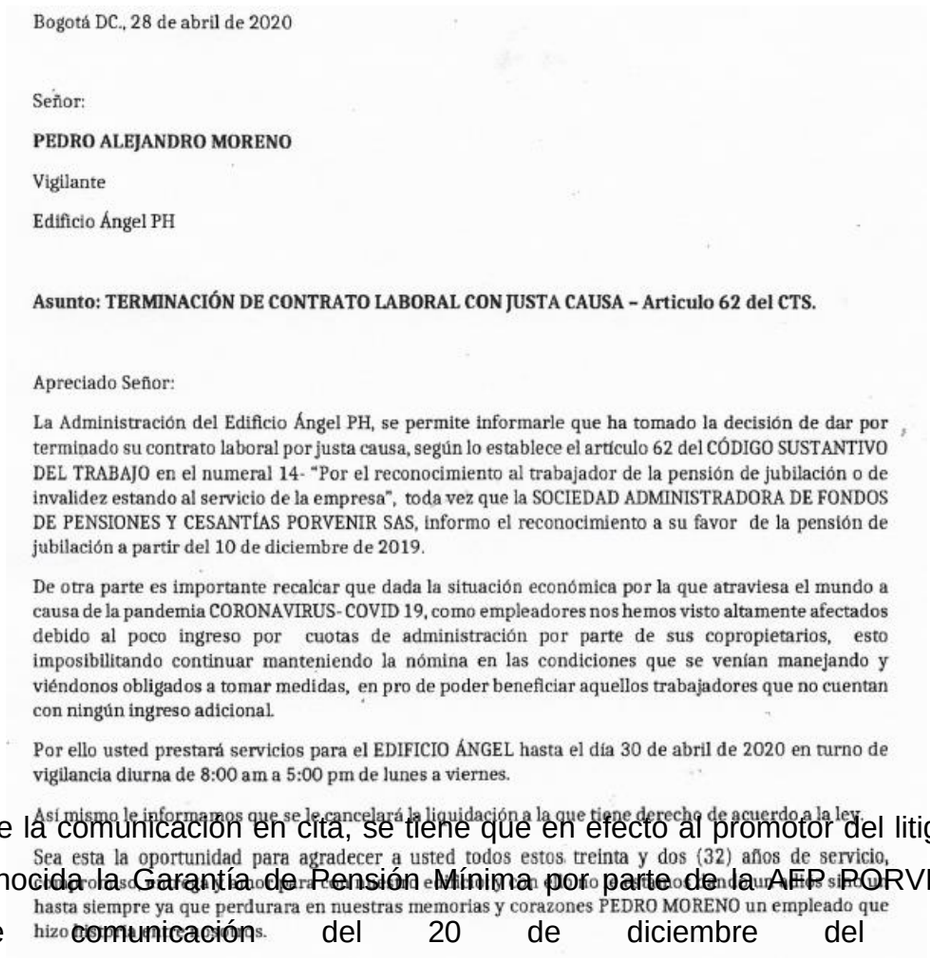
En ese orden y antes de resolver la apelación del demandante, bueno resultar hacer una introducción a lo acaecido dentro del presente asunto, precisando la relación laboral existente entre las partes, finalizó por decisión unilateral del empleador, tal y como se acredita con la misiva de fecha 30 de abril del 2020

[9] 76 días x $40.425 = $3.072.300

[10]

AÑO 2019	***Primera quincena***	***Segunda quincena***	***Total mes***
enero	$ 414.058	$ 414.058	$ 828.116
febrero	$ 414.058	$ 414.058	$ 828.116
marzo	$ 414.058	$ 414.058	$ 828.116
abril	$ 414.058	$ 414.058	$ 828.116
mayo	$ 414.058	$ 414.058	$ 828.116
junio	$ 414.058	$ 414.058	$ 828.116
julio	$ 414.058	$ 414.058	$ 828.116
agosto	$ 670.116	$ 670.116	$ 1.340.232
septiembre	$ 653.416	$ 954.032	$ 1.607.448
octubre	$ 859.974	$ 1.112.786	$ 1.972.760
noviembre	$ 1.232.634	$ 794.557	$ 2.027.191
diciembre	$ 875.599	$ 932.891	$ 1.808.490
TOTAL SALARIOS POR AÑO			$ 14.552.933
PROMEDIO SALARIO 2019			**$ 1.212.744**

(*aportada con la contestación Archivo 09 pág. 31*), mediante la cual la encartada aduce la terminación del vínculo por estar el demandante pensionado, expresando de forma literal lo siguiente:



Bogotá DC., 28 de abril de 2020

Señor:

PEDRO ALEJANDRO MORENO

Vigilante

Edificio Ángel PH

Asunto: TERMINACIÓN DE CONTRATO LABORAL CON JUSTA CAUSA – Articulo 62 del CTS.

Apreciado Señor:

La Administración del Edificio Ángel PH, se permite informarle que ha tomado la decisión de dar por terminado su contrato laboral por justa causa, según lo establece el artículo 62 del CÓDIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO en el numeral 14- "Por el reconocimiento al trabajador de la pensión de jubilación o de invalidez estando al servicio de la empresa", toda vez que la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SAS, informo el reconocimiento a su favor de la pensión de jubilación a partir del 10 de diciembre de 2019.

De otra parte es importante recalcar que dada la situación económica por la que atraviesa el mundo a causa de la pandemia CORONAVIRUS- COVID 19, como empleadores nos hemos visto altamente afectados debido al poco ingreso por cuotas de administración por parte de sus copropietarios, esto imposibilitando continuar manteniendo la nómina en las condiciones que se venían manejando y viéndonos obligados a tomar medidas, en pro de poder beneficiar aquellos trabajadores que no cuentan con ningún ingreso adicional.

Por ello usted prestará servicios para el EDIFICIO ÁNGEL hasta el día 30 de abril de 2020 en turno de vigilancia diurna de 8:00 am a 5:00 pm de lunes a viernes.

Así mismo le informamos que se le cancelará la liquidación a la que tiene derecho de acuerdo a la ley.

Sea esta la oportunidad para agradecer a usted todos estos treinta y dos (32) años de servicio, [illegible] hasta siempre ya que perdurara en nuestras memorias y corazones PEDRO MORENO un empleado que hizo [illegible] comunidad.

Conforme la comunicación en cita, se tiene que en efecto al promotor del litigio le fue reconocida la Garantía de Pensión Mínima por parte de la AFP PORVENIR mediante comunicación del 20 de diciembre del 2019 (*1.7DocumentosPensionales*[11]) a partir del 1° de diciembre del 2019 con una mesada de $828.116.

De este modo, advierte la Sala que en efecto la decisión tomada por la pasiva resulta ser una justa causa de terminación del contrato establecida en el literal a) numeral 14 del artículo 62 del CST, la cual señala en su tenor literal: "*el reconocimiento al trabajador de la pensión de la jubilación o invalidez estando al servicio de la empresa*", disposición que se armoniza con el parágrafo 3° del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, que establece como causal autónoma de extinción del contrato de trabajo o de la relación legal y reglamentaria, el reconocimiento de la pensión de vejez, así:

> PARÁGRAFO 3°. Se considera justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, que el trabajador del sector privado o servidor público cumpla con los requisitos establecidos en este artículo para tener

[11] https://drive.google.com/drive/folders/13mifuxEdmTDwmFNXIFckLuHlBYfj_Xnl

> derecho a la pensión. El empleador podrá dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, cuando sea reconocida o notificada la pensión por parte de las administradoras del sistema general de pensiones.
>
> Transcurridos treinta (30) días después de que el trabajador o servidor público cumpla con los requisitos establecidos en este artículo para tener derecho a la pensión, si este no la solicita, el empleador podrá solicitar el reconocimiento de la misma en nombre de aquel.

Sobre esta causal la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, en sentencia SL 030 del 19 de enero del 2021 señaló:

> *"Sobre esta causal en providencia CSJ SL2509-2017 reiterada en CSJ SL3108-2019 y CSJ SL3146-2020 se precisaron las siguientes características a saber, que: i) la causal resulta aplicable en las vinculaciones laborales, tanto del sector privado como del público; ii) para su configuración no solo se requiere el acto de reconocimiento de la pensión sino la efectiva inclusión en nómina de pensionados; iii) puede ser utilizada por el empleador en el momento que considere necesario o conveniente, cuidando de no transgredir el artículo 128 de la Constitución Política en el caso de los servidores oficiales; iv) el empleador tiene la facultad de solicitar y tramitar en nombre de su trabajador, la pensión; y v) esta causal aplica tanto a quienes devenguen una pensión de vejez reconocida por una administradora del sistema general de pensiones de la Ley 100 de 1993, como a los beneficiarios de pensiones del régimen de transición pensional."*

Indicando esta Corporación, lo único que se debe garantizar es que el trabajador además de reunir los requisitos para lograr el estatus pensional, se encuentre **incluido** en nómina, situaciones que se acreditan en autos en tanto para la fecha de finalización del vínculo contractual -30 de abril del 2020-, el actor ya se encontraba percibiendo su mesada pensional desde el mes de diciembre, es decir, tres meses antes (*ver Archivo 1.7 documentos pensionales del link de pruebas aportado por el demandante)*

De este modo, el empleador podía terminar la relación con justa causa, advirtiéndose el retiro del trabajador por reconocimiento de la pensión de vejez entraña una decisión discrecional del empleador, luego no se trata de una causal de forzoso acatamiento, sino de una facultad que la ley le brinda y de la cual puede hacer uso cuando estime conveniente que el empleado ha cumplido su ciclo laboral en la empresa o entidad, convirtiéndose así en una causal objetiva que la misma normatividad laboral regula como ajustada a derecho para el finiquito laboral.

Así las cosas, al tratarse de una objetiva causal de la cual el empleador puede hacer uso en el tiempo, contrario a lo argumentado por la recurrente no hay lugar a imponer condena alguna, ello en tanto quedó plenamente demostrado que el

señor PEDRO ALEJANDRO MORENO SIERRA fue pensionado para el año 2019, cumpliéndose así los requisitos mínimos regulados en la normatividad para la justeza del despido, sin que nada tenga que ver que la finalización del contrato se hubiera dado 3 meses después de ello como lo aduce la apelante cuando se encontraba el país atravesando por la pandemia causada por el COVID-19, pues se repite es una causal objetiva separada de la conducta del empleador y de la cual puede hacer uso en cualquier época.

Sobre este punto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1373-2022, Radicación No. 83921 del 27 de abril de 2022, señaló:

> *"Para la Sala, el hecho de que la pensión de vejez hubiera sido reconocida […] a partir del 17 de marzo de 2014 (fl. 371) y que el finiquito del contrato de trabajo fuera el 30 de marzo de 2017 (fls. 181-184), no vulnera el principio de inmediatez, en tanto simplemente no resulta aplicable, toda vez que se trató de un despido fundado en el reconocimiento al trabajador de la pensión de vejez.*
>
> *"En punto a la inmediatez que echa de menos la censura, en sentencia CSJ SL3108-2019, se discurrió:*
>
> > *"Desde este punto de vista, no resulta viable aplicar el principio de inmediatez cuando el despido se funda en el reconocimiento de la pensión en favor del trabajador, pues se trata de una causal objetiva desligada de la conducta del empleado, al punto que ni siquiera es susceptible de ser ponderada para otorgarle niveles de gravedad y sobre esa base establecer si se trata de un incumplimiento leve (sancionable) o grave (sancionable o posible de despido). Por lo mismo, al ser un hecho ajeno al comportamiento contractual del trabajador, no es apropiado pensar que puede ser «perdonado, dispensado o condonado»".*
> >
> > (…)
> >
> > *Se desprende de lo expuesto, que no es acertado aplicar a la causal de terminación del contrato de trabajo originado en el otorgamiento de la pensión el mismo tratamiento de las obligaciones contractuales como que la inmediatez requerida jurisprudencialmente entre la ocurrencia del hecho (falta), y su invocación patronal para la terminación del contrato, se justifica en la circunstancia de que transcurrido un tiempo superior al necesario para perfeccionar la investigación interna suscitada por la ocurrencia del hecho constitutivo de la falta del trabajador, esta debe considerarse perdonada por el patrono y sin relevancia jurídica para provocar el despido. Por el contrario, nada impide al patrono y el trabajador mantener el vínculo contractual cuando reconocida la pensión a favor del último, surge de esta circunstancia la causal establecida por la ley, pues en lo concerniente a los trabajadores del sector privado el ordenamiento no impone edad de retiro forzoso. No obstante, la prolongación voluntaria del contrato, la causal derivada del reconocimiento de la pensión no desaparece, pues lo que caracteriza la prestación que la origina es la constitución permanente de una posibilidad de goce a favor del trabajador. Dicha contingencia genera al patrono la alternativa de mantener el contrato o darlo por terminado pues ninguna de las decisiones que tome al respecto, lesiona derechos constituidos a favor del trabajador".* (Subrayado fuera de texto).

Razones por las cuales no hay lugar acceder a lo pedido por la parte actora, frente a esta pretensión, se confirma la decisión del a quo.

Finalmente y frente a la apelación de la demandada relacionada con la condena por el no ***PREAVISO DE LOS 15 DÍAS*** para la finalización del contrato de trabajo del actor, debe señalar esta Sala de decisión que no se puede dejar de lado antes de tomar la decisión de despedir a un trabajador el cumplimiento de los requisitos previstos para ello por la ley y es así como frente a las causales establecidas en los numerales **9º al 15º** del literal a) del artículo 62 del C.S.T., la ley exigió que además de la existencia del hecho descrito en cada uno de esos numerales que configura la justa causa, que el empleador de "***aviso al trabajador con anticipación no menor de quince (15) días***", es decir, el legislador impuso la obligación de anunciar la determinación con 15 días de anticipación al momento mismo de la finalización del contrato, aspecto este último íntimamente ligado a la causal que se estudia (No. 14) y al hacer parte integral de la misma debe abordarse su examen.

Y es así como en sentencia SL 5287 del 4 de diciembre del 2019 la Máxima Corporación, consideró:

> *"(…) resulta pertinente memorar que* ***la legalidad de un despido está atado al cumplimiento de ciertas formalidades previstas en la ley, pacto o convención para la terminación del nexo laboral****; mientras que la justeza del mismo se relaciona con que la situación esgrimida para la ruptura del contrato de trabajo se enmarque dentro de algunas de las causales previstas en la ley,* ***requiriéndose además, entre otros aspectos, que se le comunique al trabajador la causal o motivo por el cual se finaliza el contrato de trabajo, la que debe ser también oportuna, esto es, que la determinación se adopte dentro de un término prudencial al conocimiento de los hechos que dan lugar al despido****. Al respecto en sentencia CSJ SL, 16 may. 2001, rad. 14777, se manifestó:*
>
> > *Por lo tanto, en sentir de la Corte,* ***es lo ilegal en el rompimiento del contrato****, no la inexistencia de la justa causa,* ***lo que debe ser indemnizado****, pues aunque el despido se califique de ilegal, ello no es suficiente para desconocer que la justa causa aducida para tomar esa determinación existió, pues la ocurrencia del hecho real que la estructura sigue vigente así no se haya cumplido la manifestación posterior que exige la ley para que el despido quede perfeccionado, como lo es el aviso de los 15 días.*
> >
> > *Realidad distinta a lo anterior es la que se presenta cuando el juez califica el rompimiento del contrato de injusto porque no hubo, no se demostró o no se invocó en su debida oportunidad justa causa para romper el vínculo laboral.*
> >
> > *Por lo tanto, para los efectos del artículo 7º del decreto 2351 de 1965, se puede y debe diferenciarse el despido injusto del ilegal,* ***por lo que no resulta pertinente a la luz de los artículos 1 y 18 del código sustantivo del trabajo, ni aún del 19 de ese mismo estatuto, aplicar, para los fines indemnizatorios, el artículo 64 de ese mismo estatuto sustantivo****. Esto porque esta última norma parte de la base, como lo ha dicho la jurisprudencia, que la terminación del contrato sin justa causa produce un perjuicio cierto al trabajador y tasa previamente el valor del mismo en lo que corresponde al daño emergente, y es innegable que para lo uno y otro tiene en consideración que no había justa causa para romper el contrato por lo que el*

> *empleador debe indemnizar el perjuicio que con su conducta ocasiona al trabajador afectado.*
>
> *Es por lo anterior que la regulación del mencionado precepto no cabe aplicarla a una situación diferente a la que ella prevé, como lo es la terminación unilateral del contrato existiendo la justa causa pero omitiendo el empleador dar el aviso de los 15 días que ordena el artículo 7º del decreto 2351 de 1965, pues en ese evento acudiendo a la filosofía que contiene el artículo 64 del código sustantivo del trabajo,* ***el perjuicio que, en principio, por lucro cesante se le causa al trabajador, sería el valor del salario correspondiente a ese lapso, que es lo que éste deja de recibir antes de finalizar el contrato si se hubiera dado el aludido aviso.***

Puestas en esa dimensión las cosas, se tiene que la carta de terminación del contrato de trabajo data del 28 de abril del 2020 avisando la finalización del vínculo a partir del 30 de abril de ese año, es decir, transcurrieron tan solo **2 días** calendario[12] entre la fecha de la comunicación y el último día laborado, no cumpliéndose así el requisito del preaviso exigido por el artículo 62 del C.S.T., precisándose la norma es clara al establecer que el preaviso debe efectuarse "*con anticipación no menor de quince (15) días*", esto es, ni tan siquiera dentro de los 15 días, por ende para que hubiese sido efectivo el despido del accionante se le debió comunicar por lo menos el 15 de abril del 2020.

Conforme a lo anterior, como la terminación del contrato de trabajo no cumplió con las exigencias establecidas en el artículo 62 del C.S.T., se torna procedente acceder al pago del perjuicio ocasionado al accionante al haberse omitido el cumplimiento del citado preaviso.

---

[12] SENTENCIA SL5287 del 2019: *"(…) en cuanto al plazo fijado para formular el aviso de finalización del contrato de trabajo por justa causa,* ***los términos de días no se refieren a los hábiles sino corridos****. Así se dejó sentado en la sentencia CSJ SL, 5 sep. 1996, rad. 8458, en la que se dijo:*

Esta Sala ha considerado que el preaviso de 15 días establecido en el último inciso del literal A) del artículo 7o. del Decreto 2351 de 1965 no se refiere a días hábiles sino corridos, y en repetidos fallos se ha pronunciado en este mismo sentido, entre ellos el de fecha 16 de marzo de 1989, radicación 2739 que hace referencia a la sentencia de septiembre 17 de 1981:

"Por último, con relación al despido el censor aduce que aparece su injusticia dado que el empleador no dio el preaviso de rigor (Oto. 2351 de 1965 art. 7o. lit. a), último inciso) con 15 días hábiles de antelación. Sobre el particular es de anotar que la Sala ha explicado reiteradamente que la exigencia del preaviso con 15 días de antelación no se refiere a días hábiles sino corridos, por tratarse de un plazo referido al contrato de trabajo y en el presente caso se cumplió cabalmente."

Esta apreciación resulta por lo demás lógica si se tiene en cuenta que el contrato de trabajo por su naturaleza no pierde solución de continuidad porque en su duración vayan incluidos días de descanso obligatorio (dominicales y festivos) que son remunerados precisamente en razón de la existencia del contrato, y si tales días cuentan para la exigencia de la remuneración correspondiente, deben contar también para el cómputo de términos cuando la ley laboral no expresa cosa diferente.

Por lo tanto, el Tribunal no incurrió en los quebrantamientos legales que se le endilgan en los cargos analizados, estos ataques tampoco están llamados a prosperar.

Así las cosas atendiendo a que el empleador omitió comunicar su decisión en el término ya señalado -tan solo dio preaviso con 2 días de anticipación-, faltándole **13 días** para el cumplimiento de los 15 a que hace mención la norma, será este el valor a indemnizar pues como se indicó en la jurisprudencia citada SL5287 del 2019 "*el perjuicio que, en principio, por lucro cesante se le causa al trabajador, sería el valor del salario correspondiente a ese lapso, que es lo que éste deja de recibir antes de finalizar el contrato si se hubiera dado el aludido aviso*.", por ende se modificará la decisión de primer grado, para condenar a la demandada a pagar la indemnización por 13 días y no por 15 días como se indicó.

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

SIN COSTAS en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral **SEGUNDO** del fallo de primer grado, en cuanto a que se **CONDENA** al **EDIFICIO ANGEL PROPIEDAD HORIZONTAL**, a cancelarle al señor **PEDRO ALEJANDRO MORENO SIERRA**, el equivalente a **13 días de salario**, en razón al preaviso que se le debía dar con antelación para la terminación del contrato de trabajo, por lo señalada en la parte considerativa de esta sentencia.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral **SEXTO** a la sentencia de primera instancia para **CONDENAR** al **EDIFICIO ANGEL PROPIEDAD HORIZONTAL**, a pagarle al señor Pedro Alejandro Moreno Sierra la suma de **$3.072.300**[13] por concepto de **INDEMNIZACIÓN POR NO CONSIGNACIÓN DE LAS CESANTÍAS** del año **2019,** de acuerdo a lo considerado.

[13] 76 días x $40.425 = $3.072.300

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado (20) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas 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 LUIS OLIVIO CRUZ AMAYA CONTRA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL -UGPP- (RAD. 21 2022 00095 01)

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023)

AUTO

Se reconoce personería adjetiva al abogado **FABIAN LIBARDO LOZANO BARRERA**, como apoderado judicial de la demandada **ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL**, en los términos y para los efectos del poder conferido en la escritura No. 286 del 31 de marzo de 2023, como abogado adscrito a la sociedad **EUNOMIA ABOGADOS S.A.S.**



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 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 actora, contra la sentencia proferida por la Juez Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 23 de agosto del 2023 *(Audiencia virtual archivo 35, expediente digital, récord 39:32)*, en la que se resolvió:

> *"**PRIMERO: ABSOLVER** a la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL UGPP**, de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el señor **LUIS OLIVO CRUZ AMAYA**., conforme lo motivado en la considerativa de esta providencia.*
>
> ***SEGUNDO: DECLARAR PROBADA**, de oficio, la excepción denominada no cumplimiento de los requisitos del artículo 469 del C.S.T., conforme a lo motivado en esta decisión.*
>
> ***TERCERO: CONDENAR EN COSTAS DE ESTA INSTANCIA** a la parte demandante y en favor de la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL UGPP**. Liquídense por Secretaría, incluyendo en ellas como agencias en derecho la suma de $300.000.*
>
> ***CUARTO: CONSULTAR** esta decisión CON EL HONORABLE TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL - SALA LABORAL, en favor de los intereses de la parte actora en caso de no ser apelada oportunamente."*

Inconforme con la decisión la apoderada judicial de la parte actora, la apeló señalando que al demandante si le asiste el derecho a que la entidad demandada le reconozca la pensión de jubilación convencional a partir del 20 de marzo del 2008, toda vez que cumple con los parámetros y condiciones del artículo 98 de la Convención Colectiva del Trabajo estadístico, esto es que acreditó los 55 años de edad y cuenta con más de 20 años de servicio exclusivos al ISS, lo que le da derecho a que se le aplique una tasa de reemplazo del 100% del ingreso base de liquidación de los aportes efectuados durante los 3 últimos años de servicio.

Frente a la Convención colectiva de trabajo, aduce que a pesar de que la demandada se opone a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, acepta que conoce el contenido de la Convención colectiva y las condiciones pactadas en ella, por lo que ello hace que ese punto quede fuera del debate probatorio, y el hecho de que no se aportó la constancia del depósito de la Convención colectiva no puede ser óbice para que se deje de estudiar de fondo el derecho reclamado, precisando que la Corte Suprema de Justicia ha establecido en diferentes ocasiones que si los litigantes aceptan la existencia de la Convención colectiva, ello implica que tal aspecto queda por fuera de la cuestión litigiosa, advirtiendo con el argumento de una formalidad no se le puede cercenar la posibilidad a una persona de que le sea estudiado de fondo, si tiene o no tiene derechos a la prestación pensional. *(Audiencia virtual archivo 35, expediente digital, récord 40:48[1])*

[1] **APODERADA PARTE DEMANDANTE:** Muchas gracias, su señoría, respetuosamente me permite interponer recurso de apelación en contra de la sentencia proferida por su despacho para que los Honorables Magistrados del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá revoque en este fallo y toda vez que mi poderdante le asiste el derecho a que la entidad demandada le reconozca la pensión de jubilación

convencional a partir del 20 de marzo del 2008, toda vez que cumple con los parámetros y condiciones del artículo 98 de la Convención Colectiva del Trabajo estadístico, esto es que acreditó los 55 años de edad y cuenta con más de 20 años de servicio exclusivos al ISS, lo que tiene derecho a que se le aplica una tasa de reemplazo del 100% del ingreso base de liquidación de los aportes efectuados durante los 3 últimos años de servicio, incluyendo los factores de remuneración percibidos, como lo dije en su momento en los alegatos de conclusión con base en los pronunciamientos de la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el mismo Instituto de Seguros Sociales actualmente COLPENSIONES. Asimismo, solicito el reconocimiento y pago de los intereses moratorios a partir del 20 de marzo del 2008 y hasta la fecha en la que se verifique su pago generados por la demora injustificada en el reconocimiento de la pensión.

Ahora bien, respecto a la Convención colectiva de trabajo, nótese como a pesar de que la demandada se opone a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, acepta que conoce el contenido de la Convención colectiva y las condiciones pactadas en ella, por lo que esta misma respuesta hace que este punto quede fuera del debate probatorio, es decir, el debate solo se debe centrar en determinar si mi poderdante tiene o no derecho al reconocimiento deprecado en las pretensiones y no en si la Convención colectiva sí fue pactada o no, y el hecho de que no se aportó la constancia del depósito de la Convención colectiva no puede ser óbice para que se deje de estudiar de fondo el derecho reclamado.

Para lo anterior, solicito que se tenga en cuenta que este punto ya fue estudiado y resuelto por la Honorable Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL-660 del 2015, en la que sentenció lo siguiente, frente a tal aspecto, cabe indicar que esta Sala de la Corte, en diferentes oportunidades, ha sostenido que si los litigantes, aceptan la existencia de la Convención colectiva, ello implica que tal aspecto queda por fuera de la cuestión litigiosa, en lo que resulta evidente entonces que las partes no desconocieron la existencia y eficacia de los pactos colectivos que rigieron sus relaciones de trabajo, por lo que este hecho no será materia del litigio, quedando sujeto a prueba únicamente cuáles de los beneficios extralegales allí congregados le fueron reconocidos al demandante.

Al respecto, es pertinente traer a colación el criterio de la Corte, establecido desde la sentencia No. 10658 del 4 de junio de 1998 y que resulta enteramente aplicable al caso. En dicho fallo se dijo lo siguiente, conviene reiterar que, en principio, la existencia de la convención colectiva debe acreditarse en el proceso mediante la aportación de su texto auténtico, con la respectiva constancia del depósito oportuno, a menos que el tema esté fuera de toda cuestión litigiosa, porque las partes inciden en reconocer la vigencia de un determinado acuerdo convencional. Lo anterior quiere decir que la parte demandada no se puso a la veracidad de existencia de la convención colectiva, dado que hasta su fecha de celebración del 31 de octubre de 2001 aceptó y solo se pone a la prosperidad de las pretensiones, debido a que le da una interpretación diferente a lo pactado por concepto de cesantías, lo cual da pie para que según ese presupuesto, el juzgado que en la libertad de estudiar de fondo, si el demandante tiene o no derecho al reconocimiento deprecado si no está atado a un presupuesto formal.

Por último, su Señoría encontramos que en el presente proceso no se puede dar aplicación a una priorización de las formas sobre el derecho sustancial, en la medida que no se pueden trasladar a la demandante las consecuencias negativas de la omisión, cuando está demostrado que el derecho sustancial tiene una primacía y relevancia sobre el Derecho procesal, es decir, que con el argumento de una formalidad no se le puede cercenar la posibilidad a una persona de que le sea estudiado de fondo, si tiene o no tiene derecho a la prestación y sobre este tema anunció el Consejo de Estado en la sentencia del 1 de agosto del 2018, la doctora magistrada ponente Stella Carvajal Basto, en la que explica: Sin embargo, como le señaló la jurisprudencia citada, tal decisión transgrede la actora los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de Justicia, por cuanto, si bien el artículo 141 del Código Contencioso Administrativo (inaudible) que las normas de alcance no nacional fueron aportadas con la demanda, también se advierte que en el artículo 133 dispone que el incumplimiento de este requisito entre otros, es causal de inadmisión de la demanda, de manera que, como lo indicó la Sala, en el caso anterior, el Tribunal debió advertir la omisión de la actora en la tapa de la admisión de la demanda y solicitar a la demandante que aportará la norma echada de menos, ello sin pasar por alto que el Juez tiene la posibilidad de solicitar de oficio las normas que considere pertinentes y necesarias para resolver de fondo del asunto, con el fin de evitar un fallo inhibitorio o desprovisto de definir de fondo, como ocurrió en este caso, más aún cuando actualmente el acceso a la información, no está restringido, tanto así que el Despacho, tuvo acceso al Acuerdo Distrital Número 041 el 21 de diciembre del 2006, vía Internet por la página web de la Secretaría de Hacienda del Distrito de Cartagena 23 y en consecuencia, correspondí proveer, sobre el fondo del asunto.

Por lo tanto, su Señoría, aterrizando el caso en concreto, vemos que tal consideración se apega al trámite de este proceso en la medida que una convención colectiva no tiene alcance para ser conocida nacionalmente, es decir, que requería una formalidad. Sin embargo, como se demostró con las pruebas y el criterio jurisprudencial traído a colación, mi poderdante sí tiene derecho a que se estudie de fondo las pretensiones de la demanda. De esta forma dejó sustentado mi recurso de apelación. Muchas gracias, su Señoría.

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante LUIS OLIVIO CRUZ AMAYA en este ordinario, las pretensiones relacionadas en la página 7, Archivo 1 expediente digital, las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos narrados a folios 7 a 9 (ibídem) solicitando se condene a la UGPP a reconocer la pensión de jubilación convencional a partir del 20 de marzo del 2008, bajo los parámetros y condiciones del artículo 98 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre el ISS y SINTRASEGURIDADSOCIAL el 31 de octubre de 2001, teniendo en cuenta una tasa de reemplazo equivalente 100% del promedio de lo percibido durante los últimos 3 años de servicio exclusivo al ISS, incluyendo todos los factores de remuneración percibidos, los intereses de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, la indexación de las sumas adeudadas, costas y agencias en derecho, lo *ultra y extra petita.* **Obteniendo sentencia de primera instancia desfavorable a sus aspiraciones,** por cuanto se absolvió a la UGPP a reconocer y pagar la pensión de jubilación convencional, tras considerar que al proceso no se aportó en debida forma la existencia a la convención colectiva de trabajo suscrita el 31 de octubre del 2001, pues el documento aportado es una copia simple que no contiene el sello de depósito conforme al artículo 467 del C.S.T. y en esa medida adujo no se podían analizar las pretensiones del demandante.

Así las cosas, para resolver la apelación de la parte actora, en primer lugar valga señalar inicialmente, a las diligencias se aportó texto con la «*CONVENCION COLECTIVA DE TRABAJO CELEBRADA ENTRE EL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES Y EL SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DE LA SEGURIDAD SOCIAL 2001-2004»* (págs. 55 a 97, Archivo 01 expediente digital); sin embargo de este documento en efecto como lo adujo la Juez *a quo* no se puede desprender que la misma haya cumplido con el requisito exigido por el artículo 469 del Código Sustantivo del Trabajo, dado que no contiene el sello del depósito de esa convención colectiva y, si bien el numeral 3º del artículo 54 A del C.P.T y S.S., adicionado por la Ley 712 de 2001 en su artículo 24, le otorgó valor probatorio a las reproducciones simples de «*Las convenciones colectivas de trabajo, laudos arbítrales, pactos colectivos, reglamentos de trabajo y estatutos sindicales»*, no menos cierto es que tales reproducciones simples deben contener

también prueba de la constancia de depósito a la que alude el artículo 469 en cita, pues tal constancia, es el medio de acreditación de la existencia y validez de la convención colectiva de trabajo y los derechos que en ella se incorporan a favor de los trabajadores, por lo cual en el *sub lite,* al invocarse por parte del accionante un derecho en ella contenido, como es la pensión de jubilación de que trata su artículo 98, debió allegar no solo una copia simple del texto de la recopilación convencional, sino también prueba de su respectiva constancia de depósito, por así habilitarlo el artículo 54 A del estatuto procesal laboral, en concordancia con lo preceptuado por el citado artículo 469 del C.S.T. Sobre el punto, ver entre otras muchas sentencias de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia la CSJ SL 16 may. 2001, rad. 15120, CSJ SL 28 may. 2007, rad. 27354, CSJ SL 9 ag. 2011, rad. 38945, CSJ SL3495-2014, CSJ SL8718-2014 y CSJ SL378-2018[2].

No obstante, como quiera que en su momento la UGPP aceptó en la contestación de la demanda el fundamento de derecho invocado por el extremo actor, esto es, el citado artículo convencional como se lee en la respuesta a las pretensiones del libelo donde se admite la existencia de dicha convención colectiva (pág. 3 Archivo 03 expediente digital), precisándose el principal argumento que esgrimió la UGPP en la contestación de la demanda consiste en que "*a la luz del acto legislativo 01 de 2005, parte integra de la constitución, las convenciones colectivas perdieron vigencia el 31 de julio de 2010, y la parte demandante a esa fecha no cumplía el*

---

[2] En esta última se reiteró: «*De antaño, la jurisprudencia de la Sala ha entendido la exigencia consagrada en la norma legal no solo como una formalidad, sino además, como un requisito asociado estrechamente a la existencia misma del convenio colectivo de trabajo, no tanto por blindar con mayores garantías los derechos de los trabajadores beneficiarios de la convención, como sí por la necesidad de revestir de certeza ante las partes y frente a terceros la existencia del acto y la correlativa generación de efectos del mismo.*

Al respecto, vale la pena rememorar lo dicho por esta Sala, en sentencia CSJ SL8718-2014:

> *En cuanto a la aplicación que reclama la acusación, en este caso de los postulados constitucionales de prevalencia del derecho sustantivo y de la situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho, debe decirse que no es válido invocar estos principios para suplir la falta de una exigencia prevista por la ley como condición imprescindible del acto solemne para que se constituya en un acto jurídico válido, dotado de poder vinculante, pues la razón de ser de este medio de prueba es precisamente dar certeza a las partes y a terceros sobre la existencia del acto, y su consecuente generación de efectos, precisamente con el propósito de garantizar sus derechos, de manera que la ausencia de una exigencia requerida para la validez de un acto no puede identificarse como un problema de conflicto de normas, de interpretación de las mismas o simplemente de una formalidad superflua, pues se trata de un asunto de derecho probatorio.*
>
> *Y mediante providencia del 16 de mayo de 2001, radicación 15120, fue enfática la Corte al señalar:*
>
> *[...] al ser la contención colectiva de trabajo un acto solemne, la prueba de su existencia está atada a la demostración de que se cumplieron los requisitos legalmente exigidos para que se constituya en un acto jurídico válido, dotado de poder vinculante, razón por la cual, si se le aduce en el litigio del trabajo como fuente de derechos, su acreditación no puede hacerse sino allegando [...], asi como el del acto que entrega noticia de su depósito oportuno ante la autoridad administrativa del trabajo**.
>
> *En conclusión, el que no aparezca la nota de depósito oportuno del acuerdo colectivo ante el Ministerio del Trabajo, pues el demandante se limitó a allegar un folleto del texto convencional (folios 16 a 17), circunstancia que no discute el recurso, impide verificar si el depósito fue hecho o si lo fue de manera oportuna, esto es, "a más tardar dentro de los quince (15) días siguientes al de su firma", para acreditar así la existencia y validez del mismo, aspectos jurídicos que debían ser analizados por el Tribunal, lo que excluye la supuesta transgresión al principio de consonancia*».

requisito de edad ni de tiempo de servicios, adicionalmente no era trabajador oficial sino un servidor público" y adicionalmente en el acápite de fundamentos de derecho (págs. 5 a 17 ibidem) señaló: "*Para que se reconozca la pensión convencional, cabe resaltar que son dos los requisitos a cumplir, ostentar la calidad de trabajador oficial en la Entidad y que sea durante 20 años de servicio. Por lo que se deben negar las pretensiones de la demanda, en el sentido de que el demandante no tiene 20 años de servicios como trabajador oficial, ya que según el CETIL, el demandante entre los años 1992 y 1997 se desempeñó como empleado público, lo que deja sin fundamentos las pretensiones de la demanda (…) Del mismo texto convencional, en su artículo 98, se logra extraer que son beneficiarios de dicha pensión los trabajadores que tengan la calidad de oficiales, y si se resta el tiempo en el cual el señor Luis Olivo Cruz Amaya, se puede establecer claramente que no tiene los 20 años de servicio como trabajador oficial en el ISS y por tal circunstancia no es acreedor a la pensión que reclama. Por lo tanto, se deben negar las pretensiones de la demanda y en su lugar absolver a la Entidad que represento, ya que la demandante no cumplió con los requisitos establecidos en la convención colectiva de trabajo para ser beneficiaria de la pensión que allí está regulada.*"

Con lo cual, es claro que la accionada aceptó la existencia de dicho acuerdo y, por lo tanto, dejó por fuera del debate procesal dicho asunto. Así lo ha establecido la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral, entre otras, en las sentencias CSJ SL 10475, 28 jul. 1998, CSJ SL 37572, 22 ago. 2012, CSJ SL660-2015, CSJ SL20748-2017 y CSJ SL20037-2017, de esta última resulta importante memorar lo allí enseñado en relación con la presente controversia:

> *«Ahora bien, aun cuando con insistencia la Sala ha reiterado que la nota de depósito de las convenciones colectivas resulta ser un requisito indispensable para poder generar los derechos en ella contemplados, toda vez que el artículo 469 del C.S.T impone el cumplimiento de tal actuación incluso exigiendo que se haga en el término de 15 días siguientes a la suscripción del acuerdo, como se dijo, por ejemplo, en las sentencias SL 3495 – 2014, SL4427 – 2014 y SL 930 – 2014, presupuesto que además y contrario a lo afirmado por el recurrente, en el expediente cuenta con el debido respaldo, es de advertir que el tema relativo a la validez de la Convención Colectiva en que se amparó el Tribunal para resolver la controversia,* ***no fue planteado al contestar la demanda como argumento de ataque, ni se vislumbró en el desarrollo del proceso, ni en la apelación se adujo tal motivación****, por lo que puede decirse que su aplicación fue un punto indiscutido por las partes*.
>
> *Así las cosas, rememorando la sentencia 35685 de 3 de mayo de 2011 radicación 35685* ***«al no existir debate alguno en torno a la naturaleza de las prestaciones, mal puede la recurrente exigir prueba solemne de la convención colectiva de trabajo, cuando, se insiste, no fue materia de controversia****», la fuente normativa de la prestación»* (Negrillas de la Sala).

Igualmente, en la sentencia con Radicación No. 30267 del 2 de septiembre del 2008 la C.S.J. Sala de Casación Laboral señaló:

> *"El fundamento esencial de la decisión recurrida estribó en que, no obstante las partes así lo hubieren aceptado expresamente en la demanda y su contestación, no se podía establecer que la pensión de jubilación reconocida al actor era de origen convencional, porque al proceso no se aportó la convención colectiva que la consagrara, única prueba que era válida para demostrar tal hecho.*
>
> *De entrada se observa que el Tribunal incurrió en una aplicación indebida del artículo 469 del C. S. T. del trabajo, pues, no obstante haber observado expresamente que la pensión de jubilación convencional reconocida por la demandada al actor, no era objeto de discusión en el proceso, por cuanto la partes, al fijar los extremos de la litis en la demanda y su contestación, reconocieron tal hecho como cierto, exigió la prueba solemne de la convención, conforme a dicha norma, lo que, a todas luces, era innecesario, pues, como se dijo, tal derecho no se encontraba en discusión, de donde no era necesario entrar a demostrarlo, como erradamente lo exigió el ad quem".*

Así las cosas, resultó equivocado el razonamiento de la juez a quo, al sustentar la absolución impartida en un punto que no fue objeto de discusión por la demandada.

Expuesto y resuelto lo anterior, ahora resulta pertinente estudiar el fondo del asunto, esto es, si se cumplen los requisitos establecidos en la norma convencional para ser acreedor el demandante de dicha prerrogativa, precisándose antes de ello en lo que atañe a la vigencia de la convención se venía exponiendo que dada la vigencia inicial de la precitada convención se pactó hasta el 31 de octubre de 2004 y que la referida convención es fuente de derechos adquiridos hasta cuando culmine su vigencia, se imponía determinar que, si la misma siguió vigente por la automática reconducción, la prestación debía causarse a más tardar el 31 de julio del 2010, con ocasión de lo dispuesto en el Acto Legislativo 01 del 2005, por manera que quienes pretendieran acceder a la pensión convencional aludida requerían acreditar el lleno de los requisitos antes de la mentada data, sin embargo resulta que la pensión prevista en el artículo 98 de la Convención Colectiva suscrita con el ISS fijó una vigencia diferente a la estipulada en su artículo 2.°, la cual se extiende hasta el **2017**, por lo que ese plazo inicialmente pactado por las partes ha de respetarse, quedando por determinar ahora si para el año 2017 el demandante cumplía con los requisitos establecidos en la norma convencional para acceder a la pensión de jubilación reclamada. (*Al respecto ver sentencia SL-3635 del 16 de septiembre del 2020*)

Aclarado lo anterior, frente al presupuesto de causación, esto es, el tiempo de servicios, se encuentra acreditado en autos que el demandante laboró para el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES y para la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO POLICARPA SALAVARRIETA conforme lo señala la CERTIFICACIÓN ELECTRONICA DE TIEMPOS LABORADOS -CETIL- así (*Archivo 1 expediente digital, págs. 199 y 229)*:

DATOS DE LA ENTIDAD EMPLEADORA

Nombre:	INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES	Nit:	860,013,816	Fecha en que entró en vigencia el Sistema General de Pensiones:	Abril 1 de 1994

DATOS DEL EMPLEADO

Tipo de Documento:	C			Documento:	19,220,325	Fecha de Nacimiento:	Enero 8 de 1953
Primer Apellido:	CRUZ	Segundo Apellido:	AMAYA	Primer Nombre:	LUIS	Segundo Nombre:	OLIVO

PERIODOS CERTIFICADOS

Desde (DD-MM-AAAA)	Hasta (DD-MM-AAAA)	Tipo de Vinculación	Tipo de Empleado	Cargo	Aportes Pensión	Aportes Salud	Aportes Riesgos	Fondo Aporte	Entidad Responsable	Total No. Días Interrupción	Cargo de Alto Riesgo	Tiempo Completo	Horas Semanales Laboradas
17-12-1976	13-09-1977	LABORAL	OFICIAL	Técnico Administrativo	SI	NO	NO	ISS/COLPENSIONES	COLPENSIONES	0	NO	SI	
14-09-1977	05-04-1983	LABORAL	PÚBLICO	Auxiliar	SI	NO	NO	ISS/COLPENSIONES	COLPENSIONES	0	NO	SI	
06-04-1983	31-03-1997	LABORAL	PÚBLICO	Técnico Administrativo	SI	NO	NO	ISS/COLPENSIONES	COLPENSIONES	5	NO	SI	
08-08-1983	12-08-1983	INTERRUPCIÓN								5			
01-04-1997	25-06-2003	LABORAL	OFICIAL	Técnico Administrativo	SI	NO	NO	ISS/COLPENSIONES	COLPENSIONES	0	NO	SI	

DATOS DE LA ENTIDAD EMPLEADORA

Nombre:	EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO POLICARPA SALAVARRIETA EN LIQUIDAC	Nit:	830,123,234	Fecha en que entró en vigencia el Sistema General de Pensiones:	Abril 1 de 1994

DATOS DEL EMPLEADO

Tipo de Documento:	C			Documento:	19,220,325	Fecha de Nacimiento:	Enero 8 de 1953
Primer Apellido:	CRUZ	Segundo Apellido:	AMAYA	Primer Nombre:	LUIS	Segundo Nombre:	OLIVO

PERIODOS CERTIFICADOS

Desde (DD-MM-AAAA)	Hasta (DD-MM-AAAA)	Tipo de Vinculación	Tipo de Empleado	Cargo	Aportes Pensión	Aportes Salud	Aportes Riesgos	Fondo Aporte	Entidad Responsable	Total No. Días Interrupción	Cargo de Alto Riesgo	Tiempo Completo	Horas Semanales Laboradas
26-06-2003	18-03-2008	LABORAL	OFICIAL	Técnico Administrativo	SI	NO	NO	ISS/COLPENSIONES	COLPENSIONES	0	NO	SI	

De este modo, y para resolver en segundo punto de apelación del demandante, parte la Sala por estudiar lo que toca a la naturaleza jurídica de las vinculaciones de los servidores del Instituto de Seguros Sociales, precisándose ya ha tenido oportunidad la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia de precisar que tales funcionarios por regla general, primero fueron funcionarios de la seguridad social y luego, trabajadores oficiales.

Así, en la sentencia CSJ SL6494 – 2015[3] y siguiendo lo dispuesto en la sentencia CC C-579-96, cuyos efectos fueron hacia el futuro **a partir del 20 de noviembre de 1996**, se precisó que quienes se vincularon con anterioridad a esta fecha eran funcionarios de la seguridad social. Estos, a su vez, según lo disponía el artículo 3° del Decreto 1651 de 1977, declarado parcialmente inexequible en aquella

[3] Reiterada entre otras muchas, en las sentencias CSJ SL17783-2016, CSJ SL2081-2018, CSJ SL4119-2021, CSJ SL795-2022 y CSJ SL3281-2022.

providencia, se entendían vinculados a través de una relación legal y reglamentaria y, por lo mismo, no propiamente contractual, por lo que eran una categoría especial denominada empleados públicos de la seguridad social, sin perjuicio de las excepciones contempladas en ese precepto, para quienes cumplían funciones relacionadas con **el aseo, jardinería, electricidad, mecánica, cocina, celaduría, lavandería, costura, planchado de ropa y transporte, caso en el que sí podían ser considerados trabajadores oficiales**.

Así pues, solo desde el 20 de noviembre de 1996, cuando se emitió la decisión de constitucionalidad, es que pueden considerarse trabajadores oficiales de acuerdo con la regla estipulada en el inciso 2° del artículo 5° del Decreto 3135 de 1968 y demás normas que reglamentan la estructura interna del ISS. Así lo explicó la Corporación:

> *«Así las cosas, en principio, le corresponde a la Sala determinar qué calidad tuvo el accionante durante el tiempo que prestó sus servicios a las accionadas, para lo cual, resulta procedente efectuar un recuento de las disposiciones más relevantes que definieron el régimen legal de los servidores del ISS, a partir de la expedición del citado D. 1651/1977, que en su art. 3º, al referirse a la clasificación de los funcionarios al servicio del dicho instituto, determinó:*
>
> *Art. 3º.- Funcionarios. Serán empleados de libre nombramiento y remoción, el Director General del Instituto, el Secretario General, los Subdirectores y Gerentes Seccionales de la entidad. Tales funcionarios se sujetarán a las normas generales que rigen para los funcionarios de la Rama Ejecutiva del Poder Público.*
>
> *Las demás personas naturales que desempeñen las funciones de que trata el artículo precedente, se denominarán funcionarios de la seguridad social, con excepción de las personas que cumplan las funciones relacionadas en las siguientes actividades, que serán trabajadores oficiales: Aseo, jardinería, electricidad, mecánica, cocina, celaduría, lavandería, costura, planchado, transporte.*
>
> *Los funcionarios de seguridad social estarán vinculados a la administración por una relación legal y reglamentaria de naturaleza especial, (...). (Resaltado fuera del texto original).*
>
> *Posteriormente, mediante el art. 1º del D. 2148/1992, se modificó la naturaleza jurídica del ISS, al establecer que en adelante funcionaría como una Empresa Industrial y Comercial del Estado del orden Nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y capital independiente, vinculado al Ministerio del Trabajo y Seguridad Social. Así, en ejercicio de las facultades que le otorgó el num. 13 del art. 9º ibídem, el mencionado ente adoptó sus estatutos mediante el A. 003/1993, en cuyo art. 33 clasificó a sus servidores en los siguientes términos:*
>
> *Art. 33.- Son empleados públicos:*
> *1. El Presidente del Instituto;*
> *2. El Secretario General;*
> *3. Los Subdirectores Nacionales;*
> *4. Los Jefes de Oficina Nacional, Seccional o Local;*
> *5. Los Asistentes de la Dirección General;*
> *6. Los Gerentes Seccionales;*
> *7. Los Subgerentes Seccionales;*
> *8. Los Secretarios Generales Seccionales;*

9. Los Directores de Unidad Programática Institucional;
10. Los Directores de Unidad Programática Local;
11. Los Directores de Unidad Programática Zonal;
12. Los directores de Unidad Programática de Naturaleza Especial;
13. Los Jefes de División del Nivel Nacional, Seccional y de Unidad Programática Institucional, Local, Especial o Zonal;
14. Los Jefes de Departamento de Unidad Programática Institucional, Local, Especial o Zonal;
15. Los Jefes de Servicio de Unidad Programática Institucional, Local, Especial o Zonal;
16. Los Directores de Clínica u Hospital;
17. Los Coordinadores de Servicios Asistenciales;
18. Los Aprendices;
19. Los Capellanes, y
20. Los practicantes.
Parágrafo Transitorio. Los demás servidores del Instituto conservarán su carácter de funcionarios de la seguridad social o trabajadores oficiales, hasta tanto se adopte la estructura y la planta de personal.

Por su parte, el parágrafo del art. 235 de la L. 100/1993, determinó que los trabajadores del ISS, mantendrían el carácter de empleados de la seguridad social y en el art. 275 ibídem, se definió a esa entidad como una Empresa Industrial y Comercial del Estado y se señaló que «el régimen de sus cargos sería el contemplado en el Decreto 1651 de 1977».

Por su parte, el art. 1º del D. 1754/1994, refirió textualmente:

El artículo 33 del Acuerdo 003 de 1993, quedará así:

Artículo 33. Clasificación de los servidores del Instituto. Los servidores del Instituto de Seguros Sociales se clasifican en empleados públicos, funcionarios de seguridad social y trabajadores oficiales.

Son empleados públicos, las personas que ocupan los siguientes cargos en la Planta de Personal del ISS:

Presidente del Instituto, Secretario General, Vicepresidente, Gerente I, Gerente II, Gerente III, Gerente IV, Gerente V, Gerente VI, Gerente VII, Gerente VIII, Gerente IX, Gerente X, Gerente XI, Asesor y Director I y Director II.

<u>Son Funcionarios de Seguridad Social discrecionales</u>, las personas que desempeñen los cargos que a continuación se señalan:

Gerente Grado 38 y Gerente Grado 39, Secretario Seccional, Director Grado 38 y Grado 39, Jefe de Departamento, Subgerente, Coordinador, Jefe de Unidad, Jefe de Sección, Jefe de Grupo, Aprendiz, Capellán, Practicante, <u>Técnico de Servicios Asistenciales Administrativos (regente de farmacia)</u>, <u>Técnico de Servicios Administrativos (Almacenista, Administrador Hospitalario, Banca, Finanzas, Comercio, Ventas, Informática, Mercadeo)</u>, Funcionario de Auditoría, Técnico de Mantenimiento (de equipo médico y odontológico, de máquinas y equipos, mecánica, electricidad, supervisor de obra).

Igualmente son cargos discrecionales los de despachos de los empleados públicos.
Son cargos de carrera de Funcionarios de Seguridad Social los demás.

Son Trabajadores Oficiales las personas que desempeñan en el Instituto los cargos que a continuación se señalan:

> *Ayudante (Operador de Calderas, Operador de Máquinas, Acarreador, ascensorista, Empacador, Aseo, Cafetería, Lavandería y Ropería, Mantenimiento, Alimentación a Pacientes, Jardinero, Cocina), Conductor, Mecánico de Ambulancias y Portero.*
>
> *Empero, la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-579/1996, declaró inexequibles, el parágrafo del art. 235 de la L. 100 /1993 y el inc. 2º del art. 3º del D.L. 1651/1977 citado. Dicha providencia estableció en su parte resolutiva que sólo produciría efectos hacia el futuro, a partir de su ejecutoria.*
>
> ***Finalmente, el art. 1º del A. 145/1997, expedido por el Consejo Directivo del Instituto de Seguros Sociales, aprobado por el D. 416 /1997, dispuso**:*
>
> *Los servidores del Instituto de Seguros Sociales se clasifican en empleados públicos y trabajadores oficiales.*
>
> *A. Son empleados Públicos, las personas que ocupan los siguientes cargos en la planta de personal del ISS:*
>
> *1. Presidente del Instituto.*
> *2. Secretario General y Seccional.*
> *3. Vicepresidente.*
> *4. Gerente.*
> *5. Director.*
> *6. Asesor.*
> *7. Jefe de Departamento.*
> *8. Jefe de Unidad.*
> *9. Subgerente.*
> *10. Coordinadores Clase I, II, III, IV y V.*
> *11. Jefe de Sección.*
> *12. Funcionarios profesionales de Auditoría Interna, Disciplinaria, Calidad de Servicios de Salud y Contratación de Servicios de Salud.*
> *13. Los Servidores Profesionales y Secretarias Ejecutivas del Instituto de los despachos del Presidente, Secretario General o Seccional, Vicepresidente, Gerente y Director.*
>
> *"**B. Son Trabajadores Oficiales, las personas que desempeñen en el Instituto los demás cargos.*** (Resalta la Sala).

En tal sentido, siempre que el servicio como trabajador del ISS, en los términos expuestos, se haya prestado entre el 05 de agosto de 1977[4] y el 20 de noviembre de 1996 - sentencia C-579 de 1996, este se entenderá que ostentó la calidad de funcionario de la seguridad social vinculado a través de una relación legal y reglamentaria, o lo que es lo mismo, empleado público, pues **sólo a partir de los efectos de la mencionada sentencia de constitucionalidad, tal cargo pasó a considerarse como trabajador oficial.**

Así las cosas, se tiene que conforme a lo inicialmente explicado por vía jurisprudencial, al haber ostentado el demandante el cargo de **TÉCNICO ADMINISTRATIVO** desde el 17 de diciembre de 1976 y hasta el 25 de junio del 2003 en el Instituto de Seguros Sociales y del 26 de junio del 2003 al 18 de marzo

[4] Fecha de publicación en el Diario Oficial No. 34.840 del Decreto 1653 de 1977.

del 2008, esto es, en un lapso anterior a los efectos mencionados en la sentencia C-579 de 1996, es claro que tuvo la calidad de **FUNCIONARIO DE LA SEGURIDAD SOCIAL o EMPLEADO PÚBLICO del 17 de diciembre de 1976 y hasta el 19 de noviembre de 1996** y como TRABAJADOR OFICIAL del 20 de noviembre de 1996 hasta el 18 de marzo del 2008.

Razón por la cual, para efectos de la pensión aquí reclamada, solo se puede tener en cuenta el último de los periodos citados en el cual ostentó la calidad de TRABAJADOR OFICIAL, es decir, del **20 de noviembre de 1996 al 18 de marzo de 2008** (*conforme lo certificado por el CETIL págs. 199 y 299 Archivo 13 expediente digital),* esto es, por espacio de 4079 días, equivalentes a **11 años, 3 meses y 24 días.**

Ahora, en el artículo 98 del acuerdo extralegal celebrado entre el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES y el SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DE LA SEGURIDAD SOCIAL -SINTRASEGURIDAD SOCIAL, establece (página 86, archivo 01, expediente digital):

> *"**ARTÍCULO 98. PENSION DE JUBILACIÓN***
>
> *El Trabajador Oficial que cumpla **veinte (20) años de servicio continuo o discontinuo al Instituto** y llegue a la edad de cincuenta y cinco **(55) años si es hombre** y cincuenta (50) años si es mujer, tendrá derecho a la pensión de jubilación en cuantía equivalente al 100% del promedio de lo percibido en el periodo que se indica a continuación para cada grupo de trabajadores oficiales:*
>
> *(i) Para quienes se jubilen entre el primero de enero de 2002 y treinta y uno de diciembre de 2006, 100% del promedio mensual de lo percibido en los dos últimos años de servicio.*
> *(ii) Para quienes se jubilen entre el primero de enero de 2007 y treinta y uno de diciembre de 2016, 100% del promedio mensual de lo percibido en los tres últimos años de servicio.*
> *(iii) Para quienes se jubilen a partir del primero de enero de 2017, 100% del promedio mensual de los percibido en los cuatro últimos años de servicio.*
>
> *Para estos efectos se tendrán en cuenta los siguientes factores de remuneración:*
>
> *a. Asignación básica mensual*
> *b. Prima de servicios y vacaciones*
> *c. Auxilio de alimentación y transporte*
> *d. Valor trabajo nocturno, suplementario y en horas extras*
> *e. Valor del trabajo en días dominicales y feriados*
>
> *No obstante, lo anterior cuando hubiere lugar a la acumulación de las pensiones de jubilación y de vejez, por ningún motivo podrá recibirse en conjunto, por uno y otro concepto, más del ciento por ciento (100%) del promedio a que se refiere el presente artículo. Por consiguiente, en dicho caso el monto de la pensión de*

> *jubilación será equivalente a la diferencia entre el referido porcentaje y el valor de la pensión de vejez. (…)".*

Del contenido de la norma convencional arriba transcrita, se extrae que el beneficiario de dicha cláusula debe cumplir el tiempo de servicio -**20 años**- en calidad de **trabajador oficial** tanto en el ISS como en cualquier entidad de derecho público, presupuesto indispensable para acceder al derecho pensional, precisándose, el mismo como se vio no fue acreditado por el señor LUIS OLIVO CRUZ AMAYA ya que tan solo ostento como trabajador oficial al servicio del ISS **11 años, 3 meses y 24 días**, y en ese orden de ideas es claro que no cumple con los requisitos para ser beneficiario de la pensión convencional solicitada.

Al respecto la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral en sentencia SL3170-2022, Radicación No. 91073 del 6 de septiembre de 2022 señaló:

> *"Nótese cómo el texto transcrito determina que la condición de trabajador oficial es la que da lugar a la pensión, luego,* ***otros servicios prestados al ISS, en virtud de otras formas de vinculación, no pueden generar el acceso a tal prestación****. Frente a la misma condición, véase lo expuesto en CSJ SL1463-2022, pronunciamiento dictado en un proceso en el que se pretendía similar pensión convencional para quien no cumplió los 20 años de servicios como trabajadora oficial:*
>
> > *´… En efecto, como se dejó claro en la demanda y en la sentencia del Tribunal, hecho que además la censura aduce no discutir, se insiste, la demandante prestó sus servicios en dos distintas oportunidades al ISS, la primera de ellas, del 11 de julio de 1988 al 10 de julio de 1989 cuando lo hizo en calidad de empleada pública, lapso que, por ende, no puede computarse para efectos de satisfacer las exigencias de la cláusula convencional, toda vez que a ese tipo de servidores no se les aplican las convenciones colectivas de trabajo.* ***Aunado a que el precepto convencional es palmario en establecer que los 20 años deben ser en calidad de trabajador oficial, pues su artículo 98 disponía: "El Trabajador oficial que cumpla veinte (20) años de servicio continuo o discontinuo al Instituto (…)".***
> >
> > *En consecuencia, solamente el tiempo en que fue trabajadora oficial, es decir, del 23 de septiembre de 1993 al 31 de marzo de 2013, podía contabilizarse para los efectos prestacionales, lapso que no suman los 20 años exigidos como requisito de temporalidad para lograr la pensión de jubilación convencional. ´*
>
> *En consecuencia, solamente el tiempo en que fue trabajadora oficial, es decir, del 23 de septiembre de 1993 al 31 de marzo de 2013, podía contabilizarse para los efectos prestacionales, lapso que no suman los 20 años exigidos como requisito de temporalidad para lograr la pensión de jubilación convencional.*
>
> *Lo anterior porque como lo concluyó el Consejo de Estado en sentencia* ***05001233100020080089201 (15312012), proferida el 14 de diciembre de 2015:***
>
> *«[…] es evidente que los empleados públicos se encuentran en una situación diferente a la de los trabajadores oficiales y particulares respecto al derecho de negociación de los salarios y prestaciones sociales, toda vez que en la búsqueda de soluciones concertadas y negociadas sobre tales materias no se puede afectar la facultad que la Constitución Política confiere a las autoridades de fijar unilateralmente las condiciones de empleo. Por lo anterior, los empleados públicos no podrán beneficiarse de las "convenciones colectivas de trabajo" previstas para los trabajadores oficiales y particulares.»*

> *En los términos de la sentencia traída a colación, los servicios que prestó Patricia Bustos Rosales como servidora vinculada a través de vínculo legal y reglamentario (f.º 65, cuaderno de primera instancia) no pueden sumarse a los que prestó como trabajadora oficial. Téngase en cuenta que el embate reconoce que la recurrente no fue trabajadora oficial entre las fechas ya consignadas a lo largo de esta sentencia. Por ende, el Tribunal no cometió los dislates fácticos relativos a la situación pensional de la accionante, porque a falta de esos tiempos laborados como empleada pública —que según el folio últimamente indicado fueron 20 meses—, ella no alcanzó a acumular 20 años de servicios, de manera que, en ese aspecto, no puede casarse la sentencia.*
>
> *Tampoco considera la Sala que la integración del artículo 101 de la convención colectiva de trabajo 2001-2004 revierta la decisión del Tribunal, pues es una cláusula que regula una situación diferente de la que aquí se debate, esto es, cuando un trabajador oficial del ISS pretende sumar tiempos de servicios prestados en otras entidades de derecho público, que no fue lo invocado desde la demanda inicial.*
>
> ***Ni siquiera es posible darle el alcance que a esta última norma le quiere otorgar la casacionista, cuando dice que la lectura conjunta de los artículos 98 y 101 de la convención permite entender que se pueden sumar tiempos servidos en condición distinta a la de trabajadora oficial, dado que una cosa es que en la convención se acordó aprovechar vinculaciones con terceros para causar la pensión, pero eso no significa que la empleadora y el sindicato hayan acordado que otras «calidades» de servicios prestados a la misma entidad pudieran ser tenidas en cuenta. Esta es una deducción de la casacionista que carece de soporte, pues no es un acuerdo que emerja del texto del artículo convencional.****" (Subrayado por la Sala).*

De esta manera, agotada como se encuentra la competencia en esta instancia por el estudio del recurso de apelación interpuesto la demandante, se habrá de confirmar la sentencia de primera instancia, **pero** conforme a las consideraciones aquí expuestas.

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida en primera instancia, **pero** de acuerdo a las consideraciones 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, a cargo de la parte demandante, la cual deberá ser incluida en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL.

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN.

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR ÁLVARO NEIRA CHACÓN CONTRA MARIA ETELVINA BARAHONA CASTRO, LUZ DEL CARMEN BARAHONA DE LÓPEZ Y CRISTO LECTOR LTDA (RAD. 25 2012 00638 01).

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023)

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

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por el demandante, contra la sentencia proferida por el Juez 25 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 27 de abril de 2023 (archivo 56 del expediente digital, récord: 35:50), en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO: ABSOLVER** a las demandadas María Etelvina Barahona Castro, Luz del Carmen Barahona de López y la Sociedad Comercial Cristo Lector Limitada de todas las pretensiones incoadas en su contra por parte del Doctor Álvaro Neira Chacón, conforme a lo manifestado.*
>
> ***SEGUNDO**: sin **COSTAS** en esta instancia.*
>
> ***TERCERO**: En caso de no apelarse por ser totalmente adversa las pretensiones del demandante, envíese a la Sala Laboral del Honorable Tribunal Superior de Bogotá, para que se surta el grado jurisdiccional de **CONSULTA**."*

Inconforme con la decisión el demandante, quien actúa en nombre propio, interpuso recurso de apelación[1], manifestando, el juzgado ha ignorado la

[1]***Recurso Demandante (récord 36:41, archivo 56):*** *"Señor juez Interpongo recurso de apelación contra la sentencia acabada de proferir. El juzgado ha ignorado la intervención y las pruebas que se encuentran contenidas de actividad de parte mía que beneficiaron a la sociedad Cristo Lector Limitada y Gabel Limitada, estas pruebas aportadas, que se encuentran entre los hechos 12 y 22 de la reforma integrada de la demanda también, se ha de resaltar que digamos se pactó, o sea, siempre se estableció, cuando se dio en venta, el 75% de las cuotas sociales, se estableció que era una transacción y por eso se pusieron punto final a los procesos e igualmente, al analizar las pruebas contenidas entre los hechos 12 y 22 de la demanda se evidencia como el abogado presente adelanta e interviene en todas las acciones legales pertinentes, tal y como se encuentra reconocido en el párrafo tercero de la cláusula primera del contrato de promesa de compraventa de cesión de cuotas de interés social de la sociedad CRISTO LECTOR LIMITADA.*

Si bien es cierto que, en la primera promesa, con el fin de burlar los honorarios del suscrito abogado, se eliminó, surgió otra promesa, en la cual se plasma la misma intención y en todas las anotaciones figura que todos los procesos se terminaron por transacción e igualmente los compradores al aceptar la cesión de cuotas sociales, aceptaron, el beneficio o pérdida que llegaran a tener y se exoneraba la sociedad CRISTO LECTOR LIMITADA de cualquier responsabilidad, puesto que se había hecho a la venta y ellos asumían los beneficios o pérdidas. Se analiza, el contrato inicial de prestación de servicios ahí se observa que solo existían conocidos como cuatro o cinco procesos, pero el suscrito a través de todo su trabajo y de su investigación, descubrió toda la actividad e iniciar todas las acciones y por ejemplo, si se analiza, cada una de las intervenciones, por ejemplo la acción de tutela se inició hasta el final, la inspección judicial para constatar quiénes estaban ocupando los predios, todo fue a costa mía, para saber quiénes estaban ocupando los predios e igualmente se iniciaron las acciones penales contra el señor Carlos Ernesto Gaviria Camacho y las otras personas que ya habían iniciado procesos de pertenencia en los cuales intervine y esos procesos de pertenencia, digamos que, en cierta manera culminaron de manera satisfactoria para la sociedad CRISTO LECTOR LIMITADA, porque dentro del proceso que se inició en el Juzgado 11 Civil del Circuito, un proceso de restitución de inmueble arrendado, al salir en sentencia de segunda instancia, se evidenció que estas personas no eran poseedoras del predio y por eso se iniciaron las acciones penales y esas acciones penales lo llevaron, por ejemplo, al señor Carlos Ernesto Gaviria Camacho, a una negociación, porque él se había tratado de apropiar de los predios y fue mi trabajo el que logró que esos bienes pasarán a CRISTO LECTOR LIMITADA.

El recuento de todos estos procesos, se encuentra, por ejemplo, en los procesos adelantados ante el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, hay sentencia favorable y fue mi intervención la que lo logró, las dos en el interdicto posesorio fue mi actividad la que logró que no se desvaneciera el bien en manos de quien presentó el interdicto en los procesos, que se adelantaron e inició el proceso reivindicatorio y con el proceso reivindicatorio inmediatamente el señor Gaviria, pues tuvo que buscar negociación, ¿por qué? Porque él había ingresado al predio de mala fé y entonces él ya estaba totalmente arrinconado y no le quedaba otro camino más que negociar con CRISTO LECTOR LIMITADA, y por eso hizo la oferta de compra de las cuotas, o sea, que fue mi trabajo, fue mi actividad, fue mi intervención durante más de 3 años de manera exclusiva y personal, lo que logró que la sociedad CRISTO LECTOR LIMITADA, recuperara esos bienes que estaban perdidos y es esa multitud de acciones, que se encuentran contenidas, como ya lo he dicho, entre el hecho 12 y 22 de la reforma integral de la demanda, hay que analizar cada uno de los acápites de los expedientes de cada una de las acciones, no se presentó la totalidad del expediente, simplemente lo principal, porque si existe una sentencia existe un poder, una demanda y una sentencia es esto, lo dice todo porque la sentencia siempre se argumenta en todo el contenido de un proceso, entonces, precisamente, con el fin de reducir el tamaño del expediente, que cualquier persona que lo mire, que lo analice, se da cuenta de mi copioso trabajo que realicé, si yo no hubiese hecho eso, CRISTO LECTOR, hubiera perdido todos los bienes, habría que entrar a analizar y de hecho nadie lo controvirtió, ni contestaron demanda, ni acudieron a la audiencia de conciliación, ni ningún aspecto como esos, la decisión se me hace totalmente contraria a derecho, con mucho respeto, doctor ya en la sustentación, en la Sala de Decisión Laboral del Tribunal, exhibiré más sobre mi intervención y sobre el éxito que tuvo CRISTO LECTOR LIMITADA y el enriquecimiento que tuvieron todos ellos, se valieron de mi trabajo, que lo presté hasta el final y si se analiza cada una de las, por ejemplo, en el en el contrato de promesa de cesión de cuotas sociales, ahí se dice que es una transacción y por esa transacción que fue llevado el señor Carlos Ernesto Gaviria Camacho, por la presión que tenía el con los procesos penales y con los procesos civiles y con los procesos administrativos, no le quedaba otra porque si no iba a perder una inversión que él ya había hecho, para apropiarse de esos predios.

intervención y las pruebas que obran en el plenario, las cuales beneficiaron a la sociedad Cristo Lector Limitada y Gabel Limitada, exactamente se encuentran entre los hechos 12 y 22 de la reforma de la demanda, además, se pactó el 25% de las cuotas sociales, estableciéndose que era una transacción y por eso se puso punto final a los procesos, igualmente, al analizar las pruebas se evidencian las acciones legales, tal y como se encuentra reconocido en el párrafo tercero de la cláusula primera del contrato.

Agregó, si bien es cierto, con el fin de burlar los honorarios, se eliminó y surgió otra promesa, en la cual se plasma la intención y en todas las anotaciones figura que todos los procesos se terminaron por transacción así como los compradores aceptaron el beneficio o pérdida que llegaran a tener y se exoneraba a la sociedad CRISTO LECTOR LIMITADA de cualquier responsabilidad, puesto que se había hecho la venta y ellos asumían los beneficios o pérdidas, solo se analizó el contrato inicial de prestación de servicios y ahí solo existían como cuatro o cinco procesos, no obstante, con posterioridad se iniciaron las acciones pertinentes, por ejemplo la acción de tutela, la inspección judicial para constatar quiénes estaban ocupando los predios e igualmente se iniciaron las acciones penales contra el señor Carlos Ernesto Gaviria Camacho y las otras personas que ya habían iniciado procesos de pertenencia, interviniendo en los mismos, siendo un resultado satisfactorio para la

---

De hecho, él y el abogado anterior de LABEL LIMITADA, hicieron, falsificaron documentos y engañaron, con el fin de apropiarse de todos los predios y fui yo el que descubrí toda esta maraña y todas estas maniobras fraudulentas y al leer mis intervenciones penales se podrá dirimir y aclarar, el beneficio que obtuvo cada una de los socios de CRISTO LECTOR LIMITADA y la Sociedad CRISTO LECTOR LIMITADA, por mi trabajo, fue mi trabajo lo que logró que las cuotas sociales valorizarán y los predios incrementarán el valor, si se analiza el certificado de existencia y representación legal de CRISTO LECTOR LIMITADA, analícese el precio de las cuotas sociales para ese momento, y mire hoy lo que lo que llegaron a valer, todo el éxito y la depuración de los bienes y el patrimonio de CRISTO LECTOR LIMITADA, es producto de mi trabajo, de mi trabajo, que se realizó de una manera muy profesional y hay que leerlo todo, para llegar a esa conclusión.

No sé cómo el despacho no valoró cada una, por ejemplo, o no se analizó cada uno de los hechos contenidos en la reforma de la demanda y las pruebas que ahí se aportan dentro de cada uno de ellos, tanto que el expediente, con las pruebas que se aportaron creo que es uno de los más gigantes que se han adelantado en ese despacho judicial.

Tenemos doctor, la intervención ante la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos, todo esto ha sido trabajo mío y mi lucha para lograrlo así, si no CRISTO LECTOR LIMITADA, hubiera perdido los bienes y yo lo depuré, los hice comerciales y de hecho se vendieron y de hecho se siguieron vendiendo y el suscrito abogado después de más de 3 años de intervención de manera exclusiva sobre esos procesos, en lugar de ganar con mi trabajo, parece, perdí prácticamente mi tiempo, mi profesionalismo, mi honorabilidad y rectitud, en dicha intervención judicial.

Señor juez, creo que, hasta acá mi intervención, hechos que ampliaré ante la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, muchísimas gracias, doctor, es muy triste, muy triste la situación.".

sociedad CRISTO LECTOR LIMITADA, porque dentro del proceso que se inició en el Juzgado 11 Civil del Circuito, un proceso de restitución de inmueble arrendado, al salir la sentencia de segunda instancia, se evidenció que estas personas no eran poseedoras del predio y por eso se iniciaron las acciones penales y esas acciones penales lo llevaron, por ejemplo, al señor Carlos Ernesto Gaviria Camacho a una negociación, porque él se había tratado de apropiar de los predios y se logró que esos bienes pasarán a CRISTO LECTOR LIMITADA.

Relató, el recuento de todos estos procesos, se constata con los procesos adelantados ante el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar al existir sentencia favorable, concurriendo el proceso posesorio y reivindicatorio, todo se obtuvo como producto de la actividad profesional e intervención de más de 3 años, resaltando, la sociedad CRISTO LECTOR LIMITADA, recuperó esos bienes que estaban perdidos tras varias acciones que se encuentran contenidas entre el hecho 12 y 22 de la reforma de la demanda, siendo lo procedente analizar cada uno de los acápites de los expedientes de cada una de las acciones, aclarándose, no se presentó la totalidad del expediente, simplemente lo principal, porque si existe una sentencia existe un poder y una demanda, debiéndose consultar todo porque en la sentencia siempre se argumenta todo el contenido de un proceso, allí se puede valorar el trabajo realizado hasta el final como en el contrato de promesa de cesión de cuotas sociales. Añadió, hubo una intervención ante la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos, todos los procesos tardaron más de 3 años y se intervino de manera exclusiva, siendo procedente que se reconozca el 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, señor ÁLVARO NEIRA CHACÓN, dentro de este ordinario las pretensiones relacionadas a páginas 11 y 12 de la reforma a la demanda, archivo 18 del expediente digital, las cuales encuentran fundamento en los hechos narrados a páginas 3 a 11, ibidem, solicitando:

A. DECLARATIVAS

Sírvase señor Juez, una vez probados los hechos arriba manifestados se **DECLARE**:

PRIMERO. Que el abogado **ALVARO NEIRA CHACON**, prestó sus servicios profesionales como abogado, a la sociedad **CRISTO LECTOR LTDA.** y sus socias actuales las aquí demandadas **LUZ DEL CARMEN BARAHONA DE LOPEZ** y **MARIA ETELVINA BARAHONA CASTRO**, mediante contrato de prestación de servicios.

SEGUNDO. Que como consecuencia de ese contrato de prestación de servicios, el suscrito **ALVARO NEIRA CHACÓN**, cumplió a *cabalidad* con las obligaciones contractuales y legales que este le imponía.

TERCERO. Que al presentarse transacción entre la sociedad demandada **CRISTO LECTOR LTDA.**, y el demandado para la época de los hechos **CARLOS ERNESTO GAVIRIA CAMACHO**, la cuota litis de 25% a favor del aquí demandante, surge como obligación no satisfecha por la sociedad, y sus socias actuales **LUZ DEL CARMEN BARAHONA DE LOPEZ** y **MARIA ETELVINA BARAHONA CASTRO**.

CUARTO. Que el valor de los honorarios pactados con los demandados equivalen al 25% del valor acordado en el contrato de prestación de servicios profesionales sobre la finca denominada "El Carmen", es decir, por la suma de **TREINTA Y UN MIL TRESCIENTOS SESENTA Y SEIS MILLONES CIENTO TREINTA Y SIETE MIL QUINIENTOS DOCE PESOS M/C ($31.366'137.512,oo)**.

QUINTO. Que la sociedad comercial **CRISTO LECTOR LTDA.** y sus socias actuales **LUZ DEL CARMEN BARAHONA DE LOPEZ** y **MARIA ETELVINA BARAHONA CASTRO**, adeudan solidariamente, al suscrito abogado **ALVARO NEIRA CHACON**, por concepto de honorarios profesionales como capital, la suma de **DOS MIL CIENTO NOVENTA Y CINCO MILLONES SEISCIENTOS VEINTINUEVE MIL SEISCIENTOS VEINTICINCO PESOS M/C ($2.195'629.625,oo)**.

Como pretensiones condenatorias, suplicó:

> **PRIMERA.** Al pago de los honorarios profesionales por la suma de **DOS MIL CIENTO NOVENTA Y CINCO MILLONES SEISCIENTOS VEINTINUEVE MIL SEISCIENTOS VEINTICINCO PESOS M/C ($2.195'629.625,oo)**, como capital.
>
> **SEGUNDA.** Al pago de la corrección monetaria o indexación sobre la suma **DOS MIL CIENTO NOVENTA Y CINCO MILLONES SEISCIENTOS VEINTINUEVE MIL SEISCIENTOS VEINTICINCO PESOS M/C ($2.195'629.625,oo)**, desde la fecha en que el pago se hizo exigible, el día treinta (30) de septiembre del año dos mil nueve (2009), hasta la fecha de cancelación efectiva.
>
> **TERCERA.** Al pago de los intereses de mora sobre **DOS MIL CIENTO NOVENTA Y CINCO MILLONES SEISCIENTOS VEINTINUEVE MIL SEISCIENTOS VEINTICINCO PESOS M/C ($2.195'629.625,oo)**, liquidados a la tasa máxima legal autorizada por la Ley según el certificado expedido por la SUPERINTENDENCIA FINANCIERA, contados desde el treinta (30) de septiembre del 2009, hasta el cumplimiento total de la obligación.
>
> **CUARTA.** Se condene a la sociedad **CRISTO LECTOR LTDA** y a las señoras **LUZ DEL CARMEN BARAHONA DE LOPEZ** y **MARIA ETELVINA BARAHONA CASTRO**, al reconocimiento y pago de los
>
> demás derechos que resulten probados durante el proceso, de conformidad con los principios ULTRA Y EXTRA PETITA.
>
> **QUINTA.** Al pago de las costas y agencias en derecho.

Obteniendo sentencia desfavorable a sus aspiraciones, por cuanto se absolvió a las demandadas María Etelvina Barahona Castro, Luz del Carmen Barahona de López y la Sociedad Comercial Cristo Lector Limitada de todas las pretensiones incoadas en su contra por parte del Doctor Álvaro Neira Chacón y se condenó en costas. **Lo anterior tras considerar el *a quo,*** el articulo 167 del C.G.P. dispone que las partes deben probar las pretensiones perseguidas, articulado que aplicado al caso se tiene que obra contrato de prestación de servicios por medio del cual la sociedad demandada estableció una cuota litis del 25% de lo que le llegare a corresponder como mandante, no cabiendo duda del convenio jurídico incluso de la modificación de la voluntad realizada mediante acta No. 7 del 15 de abril de 2007 donde se definió que la litis estaría en cabeza del aquí demandante en cuantía del 25%, no obstante, consideró el juzgador, haciendo una labor hermenéutica, debe conocerse la verdadera intención de las partes de manera armónica para no impartir efectos contrarios, verificando al efecto las condiciones particulares de los

suscriptores del contrato, habiendo una reciproca intención entre las partes. De tal forma, advirtió, el contrato suscrito en esta litis se supeditó al inicio de levantamiento de varios procesos hasta "culminación, transacción o conciliación" de los mismos, lo que permite entender que el fin de las partes era el de alcanzar una decisión favorable en todos los procesos relacionados en dicho documento y los que llegaran a surgir en procura de los derechos patrimoniales de la sociedad mandante, en los que podría incluirse el terreno denominado Finca del Carmen, empero, el despacho no puede suponer el avalúo comercial del inmueble dado que no está establecido probatoriamente el destino de los derechos patrimoniales de la sociedad o que los procesos finiquitaron de manera satisfactoria como se pactó, pues solo existe la venta de unas acciones del señor Carlos Ernesto Gaviria Camacho y para ese fin no fue contratado el demandante. Observó, en la cláusula cuarta del contrato se habla de finalización, sin embargo, en este asunto no se ha dado al no existir sentencia o demostrarse que se obtuvo el beneficio para el cual se contrató al actor. En este proceso se relacionan avalúos comerciales, cuotas sociales, entre otros, pero se encuentra huérfano respecto de las pruebas que lleven a concluir que se cumplió con lo pactado.

Con el fin de resolver el asunto, en primer lugar, recuerda la Sala, que el contrato de prestación de servicios se perfecciona con la simple manifestación del consentimiento de las partes y, por tanto, puede pactarse verbalmente o por escrito. En esa medida, como quiera que, en el presente caso, se reclama el pago de honorarios por la prestación de servicios profesionales de abogado a través de un mandato, es imperioso tener en cuenta lo descrito por el artículo 2412 del C.C, el cual prevé:

> *«El mandato es un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera.*
>
> *La persona que concede el encargo se llama comitente o mandante, y la que lo acepta apoderado, procurador, y en general mandatario».*

Y el artículo 2143 del C.C. tiene establecido que:

> *«El mandato puede ser gratuito o remunerado. La remuneración es determinada por convención de las partes, antes o después del contrato, por la ley o por el juez».*

A partir de lo anterior, es claro que cuando un profesional busca el reconocimiento y pago de los honorarios generados con ocasión de un contrato de mandato para representación judicial, le corresponde al profesional del derecho, conforme las reglas de la carga de la prueba, no solo acreditar que le fue conferido poder para actuar, sino, además, la gestión desarrollada con fundamento en el mismo.

En ese sentido, procede el despacho a verificar las pruebas recaudadas en el plenario, evidenciando al efecto:

- Páginas 28 a 31, archivo 01, Obra contrato de prestación de servicios profesionales jurídicos celebrado entre el abogado ALVARO NEIRA CHACON y JAIME GÓMEZ MENDEZ en calidad de apoderados judiciales de la sociedad CRISTO LECTOR LTDA, como mandante de fecha 17 de marzo de 2006:

En la ciudad de Bogotá D.C., Departamento de Cundinamarca, República de Colombia, a los diecisiete (17) días del mes de marzo del dos mil seis (2006), entre los suscritos a saber: **GUIDO MAHECHA VEGA,** mayor de edad, domiciliado y residente en la ciudad de Bogotá D.C., identificado con la C.C.#.80.413.773 de Bogotá D.C., quien en su calidad de Gerente, actúa en nombre y representación legal de la sociedad comercial **CRISTO LECTOR LTDA**, con domicilio principal en la ciudad de Bogotá D.C., quien de aquí en adelante se llamara la **MANDANTE**, por una parte y los abogados **ALVARO NEIRA CHACON** y **JAIME GOMEZ MENDEZ**, mayores de edad, domiciliados y residentes en la ciudad de Bogotá D.C., identificados respectivamente con las C.C.# 19.365.365 y 19.234.719 las dos de Bogotá D.C., y T.P. # 59.857 y 33.224 del C.S.J., quienes para efectos de este contrato se denominarán los **MANDATARIOS JUDICIALES**, por la otra parte, manifestamos que celebramos el presente contrato de **PRESTACION DE SERVICIOS PROFESIONALES JURIDICOS,** que se regirá por las siguientes **CLAUSULAS**: **PRIMERA. DECLARACIONES DE LOS SOCIOS DE LA SOCIEDAD MANDANTE. I.** Que cursan contra la Sociedad Comercial Mandante, los siguientes procesos: **I.I.** El proceso # 292533 en la Fiscalía 241 de Bogotá D.C. **I. II.** El proceso ante la jurisdicción coactiva del IDU # 15444-02-EJE contra Cristo Lector Ltda y Ignacio Herrera. **I.III.** El proceso de pertenencia #.2005-244, en el Juzgado 37 Civil del Circuito de Bogotá D.C. de Olga Marina Patiño contra Julia Torres Calvo y Cristo Lector Ltda. **I.IV** El proceso ante la jurisdicción coactiva del IDU # 20582-03. EJE 11, contra Cristo Lector Ltda. **I.V.** El proceso ante la jurisdicción coactiva del IDU contra Cristo Lector Ltda. **I.VI.** El proceso de pertenencia #.2004-345, en el Juzgado 34 Civil del Circuito de Bogotá D.C., de José Aníbal Pérez Barreto y Uriel Camargo Bernal contra Julia Torres Calvo y Cristo Lector Ltda. **I.VII.** El proceso de Expropiación de la empresa de Acueducto y

Alcantarillado de Bogotá E.S.P., contra LA SOCIEDAD CRISTO LECTOR LTDA. # 1999-1023, en el Juzgado 5 Civil del Circuito de Bogotá D.C. **I.VIII.** El proceso ejecutivo # 1999-0125 de la Caja Popular Cooperativa contra Cristo Lector, en el Juzgado 5 Civil del Circuito de Bogotá D.C. **II.** Que no cuentan con defensa técnica dentro de los procesos relacionados. **SEGUNDA. DECLARACIONES DE LOS MANDATARIOS JUDICIALES.** Teniendo en cuenta las declaraciones de los socios de la Sociedad Comercial, MANDANTE, se hace necesario para ellos: Otorgar poder a los Mandatarios judiciales, para que intervengan en todos los procesos relacionados y en los que de cualquier índole llegaren a surgir y/o deban iniciarse, en procura de la defensa de los derechos patrimoniales de la Sociedad comercial Mandante. **TERCERA. HONORARIOS.** La sociedad Mandante pagara a los Mandatarios judiciales por concepto de honorarios, una cuota litis del veinticinco por ciento (25%) neto, de lo que le llegare a corresponder a la Sociedad Mandante en cada uno de los procesos en curso y en los a adelantar, y en su momento, previas las deducciones generadas, sea por impuestos y/o gastos reales ordenados judicialmente. **PARAGRAFO PRIMERO.** Queda claro que la cuota litis aquí pactada hace relación al veinticinco por ciento (25%), una vez deducido del cien por ciento (100%), los gastos procesales que se hayan realmente ordenado y causado. **PARAGRAFO SEGUNDO.** Habida consideración que las Sociedades Comerciales, **BABEL LTDA** y **CRISTO LECTOR LTDA**, están constituidas por los mismos socios propietarios, se entiende que el pago de honorarios del 25%, pactados en los dos contratos de prestación de servicios profesionales, realizado este (El pago), en una cualquiera de las sociedades excluye el pago en la otra. **PARAGRAFO TERCERO.** El valor a tener en cuenta en el caso de bienes inmuebles, será el acordado por las partes en este contrato o el reconocido en avalúo pericial al momento del pago. **PARAGRAFO CUARTO.** Las sumas aquí pactadas se causaran y cancelaran de igual manera, si las partes en los procesos relacionados deciden darlos por terminados por mutuo acuerdo o conciliación. **CUARTA. TERMINO DE DURACION.** El termino de duración del presente contrato es hasta la finalización de las labores encomendadas, es decir, hasta la terminación de los procesos en curso y los a adelantar, ya sea mediante Conciliación, transacción o sentencia debidamente ejecutoriada. **QUINTA. OBLIGACIONES DE LA MANDANTE. I.** Pagar los honorarios de conformidad con la cláusula tercera de este contrato. **II.** Entregar al Mandatario la documentación que se encuentre en su poder y/o dar cualquier tipo de información y colaboración que a él o a sus socios corresponda, sea necesaria y contribuya a la investigación dentro de las acciones en curso y/o a adelantar. **SEXTA. OBLIGACIONES DE LOS MANDATARIOS. I.** Intervenir en las diligencias que se decreten y practiquen dentro de los procesos en curso y en los que se llegaren a adelantar. **II.** Rendir informes de las gestiones y/o acciones encomendadas al representante legal de la sociedad comercial Mandante y a sus socios, cuando estos así lo requieran. **III.** Dar asesoría telefónica y/o personalizada al representante legal de la Sociedad Comercial Mandante. **SEPTIMA. TERMINACION DEL CONTRATO DE MANDATO**. Este contrato se dará por terminado: **I.** Por acuerdo mutuo de las partes. **II.** Por cumplimiento de la labor encomendada, ya sea mediante Conciliación, transacción o sentencia debidamente ejecutoriada.

- Página 32, archivo 01, Contrato regulatorio de la relación laboral compartida y surgida del nombramiento de los abogados ÁLVARO NEIRA CHACÓN y JAIME GÓMEZ MÉNDEZ por las sociedades comerciales CRISTO LECTOR LTDA y BABEL LTDA del 17 de marzo de 2006.

CONTRATO REGULATORIO DE LA RELACIÓN LABORAL COMPARTIDA Y SURGIDA DEL NOMBRAMIENTO DE LOS ABOGADOS ALVARO NEIRA CHACON Y JAIME GOMEZ MENDEZ, POR LAS SOCIEDADES COMERCIALES CRISTO LECTOR LTDA Y BABEL LTDA.

En la ciudad de Bogotá D.C., Departamento de Cundinamarca, República de Colombia, a los diecisiete (17) días del mes de marzo del dos mil seis (2006), entre los suscritos a saber: **ALVARO NEIRA CHACON**, mayor de edad, domiciliado y residente en la ciudad de Bogotá D.C., identificado con la C.C.# 19.365.365 de Bogotá D.C., y T.P.# 59.857 del C.S.J., y **JAIME GOMEZ MENDEZ**, mayor de edad, domiciliado y residente en la ciudad de Bogotá D.C., identificado con la C.C.# 19.234.719 de Bogotá D.C. y T.P.# 33.224 del C.S.J., celebramos el presente Contrato Regulatorio de la relación laboral compartida y surgida del nombramiento como abogados de las sociedades comerciales **BABEL LTDA** y **CRISTO LECTOR LTDA**, que se regirá por las siguientes Cláusulas: **PRIMERA.** Las obligaciones surgidas: **I.** De la elección como apoderados por parte de las sociedades comerciales Babel Ltda y Cristo Lector Ltda y **II.** De los Contratos de Prestación de Servicios Profesionales Jurídicos, con aquellas celebrados; Es compartida y solidaria, en todos los procesos, sin importar quien asuma directamente ante cualquier despacho Judicial y/o Administrativo como apoderado o defensor, pues en todos ellos el trabajo o intervención será realizado de consuno por los dos apoderados. **SEGUNDA. HONORARIOS.** La Cuota Litis del veinticinco por ciento (25%) neto, por concepto de honorarios, contemplada en la Cláusula tercera de los contratos de prestación de servicios profesionales jurídicos, celebrados con las sociedades comerciales BABEL LTDA y CRISTO LECTOR LTDA, será distribuida de la siguiente manera: **I.** El quince por ciento para el abogado ALVARO NEIRA CHACON (15%) y **II.** El diez por ciento (10%), para el abogado JAIME GOMEZ MENDEZ.

LA SUSCRITA NOTARIA 33 DEL CÍRCULO DE BOGOTÁ D.C. DEJA CONSTANCIA QUE ESTE DOCUMENTO COINCIDE CON SU ORIGINAL PRESENTADO.
29 AGO 2012
NOTARIA

ALVARO NEIRA CHACON
C.C.# 19.365.365 de Bogotá D.C.
T.P.# 59.857 del C.S.J.

JAIME GOMEZ MENDEZ
C.C.# 19.234.719 de Bogotá D.C.
T.P.# 33.224 del C.S.J.

- Páginas 34 a 40, archivo 01. Acta No. 7, correspondiente a la reunión extraordinaria de socios CRISTO LECTOR LTDA del 15 de abril de 2007, donde se trató el tema relacionado con el aquí demandante al siguiente tenor:

Con relación a los contratos de la sociedad, a continuación la presidente de la reunión, propone someter a votación la ratificación de lo acordado en la reunión del día 23 de septiembre de 2006, en donde se decidió que por ser el Doctor ALVARO NEIRA CHACON, el único Abogado que estaba trabajando por la sociedad, se le cancelarán la totalidad de los honorarios acordados es decir unos honorarios del 25%. Preguntados los socios sobre si la sociedad se comprometía a cancelar los honorarios del 25% únicamente al Doctor ALVARO NEIRA CHACON por su labor desempeñada, sometida a votación la propuesta fue aprobada por mayoría (58% a favor), con la siguiente votación.

- Páginas 40 y 41, archivo 01, Aclaración de contrato de prestación de servicios profesionales jurídicos celebrado entre ÁLVARO NEIRA CHACÓN como apoderado judicial y la sociedad comercial CRISTO LECTOR LTDA, como mandante:

En la ciudad de Bogotá D.C., a primero (1) de agosto del dos mil siete (2007), entre los suscritos a saber: **NIDIA PATRICIA BARAHONA PAIPILLA,** identificada con la C.C.#. 52.411.256 de Bogotá D.C., quien en su calidad de Gerente, actúa en nombre y representación legal de la sociedad comercial **CRISTO LECTOR LTDA**, con domicilio principal en la ciudad de Bogotá D.C., quien de aquí en adelante se llamara la **MANDANTE**, por una parte y el abogado **ALVARO NEIRA CHACON**, mayor de edad, domiciliado y residentes en la ciudad de Bogotá D.C., identificado con la C.C.# 19.365.365 de Bogotá D.C. y T.P. # 59.857 del C.S.J., quien para efectos de este contrato se denominará el **MANDATARIO JUDICIAL**, por la otra parte, manifestamos que celebramos el presente **CONTRATO DE ACLARACION DEL CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS PROFESIONALES JURIDICOS,** celebrado el día diecisiete (17) de marzo del dos mil seis (2006); En los siguientes términos: **PRIMERO. I.** Que el abogado JAIME GOMEZ MENDEZ, voluntariamente y sin explicación alguna, se alejo después de la firma del contrato con y de la sociedad comercial CRISTO LECTOR LTDA. **II.** Que ante su ausencia injustificada la Sociedad determino, pasados dos meses, tener únicamente al abogado ALVARO NEIRA CHACON como su apoderado para los procesos especiales relacionados. **III.** Que en tal sentido los honorarios pactados del veinticinco por ciento (25%), le corresponderán exclusivamente al abogado ALVARO NEIRA CHACON, por ser él, la persona que ha venido interviniendo desde el comienzo en los procesos relacionados, en nombre y representación de la Sociedad Comercial. **IV.** Que si al futuro existiere alguna controversia judicial en relación con el tema aquí aclarado, el abogado **ALVARO NEIRA CHACON**, responderá personalmente por tal situación.

- Página 43, archivo 01. Oferta de cesión de cuotas de interés social de la sociedad CRISTO LECTOR LTDA de fecha 16 de julio de 2010, por medio de la cual el señor Carlos Ernesto Gaviria Camacho le expone a la sociedad:

REF.: OFERTA DE COMPRA DE CESION DE CUOTAS DE INTERES SOCIAL DE LA SOCIEDAD CRISTO LECTOR LTDA Y BABEL LTDA.

De acuerdo a nuestras conversaciones en dias anteriores, nuestra propuesta de compra final es:

1. Personas interesadas en comprar. CARLOS ERNESTO GAVIRIA CAMACHO, SOCIEDAD APUESTAS NACIONALES DE COLOMBIA S.A NIT No. 820004979-8, PEDRO NEL GAVIRIA LOZANO con cedula de ciudadania numero 79.126.566 de Bogotá - REPRESENTANTE LEGAL, ANDRES PLATA LIEBISCH con cedula de ciudadania numero 80.415.137 de Usaquén, MIGUEL ANTONIO CUESTA MONROY con cedula de ciudadania numero 19.252.400 de Bogotá y FRANKLIN BOUTIN SOTO con cedula de ciudadania numero 79.786.504 de Bogotá.
2. Precio de compra: diez y seis mil millones de pesos ($16.000.000.000.oo) moneda legal colombiana.
3. Forma de Pago nueve (9) meses del año calendario.
4. Condiciones de Compra: las acordadas verbalmente, las cuales enviaremos próximamente por correo electrónico a cada uno de los correos electrónicos de los respectivos representantes legales.

De la manera más cordial solicitamos en un término no mayor a seis (6) dias calendario conocer la respuesta de los accionistas o socios que quieran ceder sus acciones en venta, de acuerdo al articulo 851 de código del comercio.

Atentamente,

- Páginas 44 a 47, archivo 01. Respuesta positiva de la socia María Etelvina Barahona Castro donde expone la venta de sus cuotas sociales y demás derechos herenciales en la suma de $5.000.000.000, dirigida a CRISTO LECTOR LTDA.

- Páginas 48 a 50, archivo 01. Documento suscrito por el Abogado Miguel Antonio Cuesta Monroy, por medio del cual le expone al señor Carlos Ernesto Gaviria Camacho las observaciones frente al proyecto del contrato de promesa de compraventa y cesión de cuotas de la sociedad CRISTO LECTOR LTDA de fecha 27 de agosto de 2008.

- Páginas 51 a 67, archivo 01. Contrato de promesa de compraventa de la cesión de cuotas de interés social de la sociedad CRISTO LECTOR LTDA, suscrito entre la representante legal de la sociedad, los prometientes vendedores y cedentes y el aquí demandante en calidad de abogados de los procesos de CRISTO LECTOR LTDA.

- Páginas 76 a 83, archivo 01. Escritura Pública No. 3.042 del 28 de julio de 2008, por medio de la cual se registró la cesión de cuotas de venta a favor de MIGUEL ANTONIO CUESTA MONROY y CARLOS ERNESTO GAVIRIA CAMACHO.

- Páginas 89 a 94, archivo 01. Acta No. 17 del 24 de julio de 2008, por medio de la cual se reunieron los socios de CRISTO LECTOR LTDA para verificar la venta de acciones. Asimismo, se aportó la adición al acta de fecha 28 de julio de 2008.

- Páginas 23 a 24, archivo 12. Otrosí al contrato de promesa de compraventa – cesión de cuotas sociales-, de CRISTO LECTOR LTDA.

- Páginas 26 a 28, archivo 18. Acta N. 04 de fecha 15 de marzo de 2006, por medio de la cual los socios aprobaron por mayoría el nombramiento de los doctores ALVARO NEIRA CHACÓN y JAIME GÓMEZ.

- Páginas 30 a 81, archivo 18. Avalúo comercial derechos de cuotas sociedad CRISTO LECTOR LTDA.

- Página 82, archivo 18. Invitación para asistencia a junta general de socios de CRISTO LECTOR LTDA (4 de junio de 2007), extendida al demandante en calidad de apoderado judicial de fecha 30 de mayo de 2007.

- Página 86, archivo 18. Memorial dirigido al Juzgado 11 Civil del Circuito de Bogotá, por medio del cual el Abogado demandante indica que funge como apoderado de BABEL LTDA dentro del proceso de restitución de bien inmueble arrendado.

- Página 122 a 126, archivo 18. Poder dirigido al Juzgado 5º Civil del Circuito de Bogotá, conferido por el representante legal de la encartada al demandante dentro del proceso ejecutivo instaurado por la Caja Popular en contra de la sociedad. Igualmente, se adjuntó el memorial suscrito por el actor con el fin de que le fuera reconocida personería y le fuera expedida copia del expediente.

- Páginas 127 a 130, 133 a 174, archivo 18, dirigido al Juzgado 5º Civil del Circuito de Bogotá y suscrito por el actor, no se evidencia fecha de radicación.

- Páginas 131 a 132, archivo 18, providencia proferida por el Juzgado 5º Civil del Circuito de Bogotá dentro del proceso ejecutivo No. 1999-00125, por medio de la cual se revoca el auto de fecha 11 de mayo de 2007.

- Páginas 182 a 221, archivo 18. Memorial suscrito por el actor dirigido al Juzgado 5º Civil del Circuito de Bogotá, proceso de expropiación No. 1999-1023, Auto de fecha 11 de mayo de 2007, por medio del cual se reconoce personería al actor; recurso de reposición y en subsidio apelación interpuesto por el actor; auto del 10 de octubre de 2007, por medio del cual se resuelve declarar la nulidad de lo actuado; sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, de fecha 16 de julio de 2008, a través de la cual se resolvió confirmar la sentencia de primer grado; certificación expedida por la secretaria de despacho el 25 de junio de 2013, que indica que el actor fue reconocido el 24 de marzo de 2006 e interpuso recursos en el proceso y demás memoriales que obran en el proceso; solicitud de vigilancia administrativa de fecha 28 de abril de 2007.

- Página 231, archivo 18. Poder otorgado por el representante legal de la sociedad demandada al actor dirigido al Juzgado 34 Civil del Circuito de Bogotá, radicado No. 2004 – 00435, proceso de pertenencia instaurado en contra de CRISTO LECTOR LTDA.

- Páginas 232 a 278, archivo 18. Poder otorgado por el representante legal de la sociedad demandada al actor dirigido al Juzgado 37 Civil del Circuito de Bogotá, radicado No. 2005-00244, proceso de pertenencia instaurado en contra de CRISTO LECTOR LTDA; memorial de impulso procesal radicado por el actor; contestación a la demanda, excepciones previas y demanda de reconvención suscrito por el actor en nombre de CRISTO LECTOR LTDA; sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil el 5 de febrero de 2009 por medio de la cual se declaró que por las características del predio objeto de demanda, la naturaleza del proceso es de carácter agrario; subsanación demanda suscrita por el demandante,

- Páginas 279 a 320, archivo 18. Poder otorgado por el representante legal de la sociedad demandada al actor dirigido al Juzgado 21 Civil Municipal de Bogotá, radicado No. 2006 – 1575, interdicto posesorio instaurado en contra de BABEL LTDA; solicitud de práctica de pruebas suscrito por el demandante; recurso de apelación suscrito por el actor, diligencia de testimonios evacuados por el juzgado de conocimiento el día 26 y 27 de marzo de 2008; alegatos de conclusión suscritos por el actor.

- Páginas 321 a 384, archivo 18. Poder otorgado por el representante legal de la sociedad demandada al actor dirigido al ICBF, proceso 949 19 09 96, bienes vacantes; escrito de oposición suscrito por el actor dentro del proceso en referencia; Resolución No. 0166, por la cual se inicia una actuación administrativa.

- Páginas 385 a 404, archivo 18. Documento dirigido a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá, Zona Norte, suscrito por el actor, con el fin de solicitar las confirmaciones de las Resoluciones 00182 y 00282 de 2007, Resolución No. 0012 del 23 de enero de 2008, por medio de la cual la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá, Zona Norte

confirma las decisiones; Resolución No. 06377 del 09 de septiembre de 2008, por medio de la cual se resuelve un recurso de apelación.

- Páginas 405 a 420, archivo 18. Poder otorgado por la representante legal de la demandada al actor, dirigido al Instituto de Desarrollo Urbano IDU, Memorial suscrito por el actor dirigido al Instituto de Desarrollo Urbano IDU, en calidad de apoderado judicial de CRISTO LECTOR LTDA, solicitud de copias suscrito por el actor.

- Páginas 487 al 498, archivo 18. Solicitud de prueba de inspección judicial anticipada, suscrita por el actor, acta de audiencia del 30 de marzo de 2007, certificación expedida por el juzgado 7º Civil Municipal de Bogotá, que indica que el demandante actuó como apoderado del extremo activo CRISTO LECTOR LTDA.

- Páginas 499 a 606, archivo 18. Denuncia penal instaurada por el actor en calidad de víctima de lesiones personales, injuria directa y vías de hecho y constreñimiento, desistimiento de la querella suscrita por el actor; memorial suscrito por el actor y dirigido al Fiscal 76 y 54 Delegado ante los Jueces Penales del Circuito de Bogotá,
- Página 607, archivo 18. Certificación expedida por el Juzgado 2º Civil del Circuito de Bogotá de fecha 17 de febrero de 2011, por medio de la cual se indica que el actor actuó como apoderado de CRISTO LECTOR LTDA.

En otro giro, se absolvió el interrogatorio de parte al representante legal de la demandada en audiencia celebrada el día 18 de abril de 2016, quien expuso, récord 11:54, archivo 37: “Si, se celebró un contrato de prestación de servicios con el Abogado Álvaro Neira, conozco del contrato y aclaro, que es en virtud a la asistencia de diferentes juzgados donde el Doctor Neira ha colocado esas demandas, no por otras razones, la empresa Cristo Lector Ltda. poseía la nuda propiedad de los lotes que integraban la Finca El Carmen, no conozco de un documento que expresa compra de algún tipo de bien por parte del señor Gaviria, sé de operaciones de socios que significan la compra de cuotas sociales pero ellos mismos deben aclarar eso, soy representante legal desde diciembre de 2009 y las relaciones contractuales que tenían los socios entre sí mismos o terceras personas no las conozco, no se ha efectuado pago de honorarios, las cesiones de cuotas

sociales, si bien es cierto cuando se hace la escritura pública, esto no es un negocio que protagonice el representante legal de la sociedad, son negocios de personas naturales que tienen la calidad de socios, no conozco avalúos periciales, la empresa es nuda propietaria de los bienes de la Finca y desde tiempo atrás, si se vendió el 10 de diciembre de 2009 tres bienes inmuebles de propiedad de la sociedad, para la venta de los bienes inmuebles se convocó a los socios, habida cuenta que se debe hacer convocatoria para la autorización de venta, no pagué suma alguna a las socias, no tengo información sobre los predios, lo que conozco es que ha habido discusiones sobre la real y exacta extensión de los predios, la empresa no ha realizado ningún levantamiento topográfico y se ha atenido a los certificados de tales predios, se aclara que la condición de nuda propietaria impide precisar esas extensiones, es decir, no se tiene la posesión de los bienes, lo que he conocido es que la posesión está en cabeza de Carlos Ernesto Gaviria, he participado en las querellas que se realiza en la Alcaldía de Suba, Carlos Ernesto Gaviria posee el 62% de las cuotas sociales, no sé el precio real del predio ni el valor de las cuotas sociales, no puedo hacer cálculos ni confirmar negociaciones que no conozco y cuando se parte de la base de un avalúo que no conozco".

Ahora bien, abordando el caso que ocupa a la Sala, se tiene que el señor ÁLVARO NEIRA CHACÓN, quien actúa en nombre propio, interpuso la demanda argumentando que fue contratado por la sociedad CRISTO LECTOR LTDA para ejecutar el contenido del acta No. 04 del 15 de marzo de 2006 con el fin de defender el patrimonio de la sociedad encartada, el cual, en su sentir, estaba a punto de "perderse", estando el mismo constituido por 5 predios o bienes inmuebles que comprenden la "Finca El Carmen" y sobre los cuales versaron los procesos que instauró en calidad de apoderado y en nombre de la sociedad. Ello, en cumplimiento del contrato de prestación de servicios del 17 de marzo de 2006 donde se acordó como remuneración u honorarios una cuota litis del 25% neto de lo que llegare a corresponder a la sociedad CRISTO LECTOR LTDA en cada uno de los procesos y, en los que se adelantaran, aclarando al efecto, el valor a tener en cuenta en el caso de los inmuebles seria el acordado por las partes en dicho contrato o el reconocido en el avalúo pericial al momento del pago. Según su dicho los inmuebles se recuperaron, depuraron y se trasfirieron las cuotas partes o cuotas sociales de CRISTO LECTOR LTDA, siendo entonces de trascendencia verificar si se cumplió a cabalidad con el mandato encomendado.

Asi, con el fin de verificar las gestiones del profesional del derecho, lo primero que advierte la Sala es que, en este asunto se suscribió un contrato de prestación de servicios a favor de la sociedad CRISTO LECTOR LTDA con los Abogados ÁLVARO NEIRA CHACÓN y JAIME GÓMEZ MÉNDEZ en fecha 17 de marzo de 2006 (páginas 28 a 30, archivo 02), último togado que fue excluido del mandato por la inactividad profesional, conforme se corrobora del acta No. 7 calendada 15 de abril de 2007.

En este orden, en el mandato se mencionó que cursaban los siguientes procesos en contra de la sociedad: i) Radicado No. 92533 en la Fiscalía 241 de Bogotá, ii) Proceso ante la jurisdicción coactiva del IDU No. 15444-02-EJE, iii) Pertenencia A.2005-244, que cursó en el Juzgado 37 Civil del Circuito de Bogotá de Marina Patiño contra Julia Torres Calvo y Cristo Lector Ltda, iv) Proceso ante la jurisdicción coactiva del IDU No. 20582-03. EJE 11, v) Proceso ante la jurisdicción coactiva del IDU contra Cristo Lector Ltda, vi) Proceso de pertenencia No, 2004-345 que cursó (a) en el Juzgado 34 Civil del Circuito de Bogotá D.C. de José Aníbal Pérez Barreto y Uriel Camargo Bernal contra Julia Torres Calvo, vii) Proceso de Expropiación de la empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá ES.P. No. 1999-1023, que cursó (a) en el Juzgado 5º Civil del Circuito de Bogotá D.C., viii) Proceso Ejecutivo No. 1999-0125 de la Caja Popular Cooperativa que cursó (a) en el Juzgado 5º Civil del Circuito de Bogotá D.C.. A su vez, se plasmó que estos asuntos, a la fecha de suscripción del mentado contrato no tenían defensa técnica, contratándose los conocimientos jurídicos del actor para que interviniera en todos los procesos relacionados y los que llegaren a surgir y/o deban iniciarse, en procura de la defensa de los derechos patrimoniales de la Sociedad.

Por estas gestiones se plasmó que la sociedad CRISTO LECTOR LTDA pagaría al togado el 25% neto **de lo que llegare a corresponder a la sociedad en cada uno de los procesos en curso y en los que se adelantaran en su momento, previas las deducciones generadas sea por impuestos y/o gastos reales**, **ordenados judicialmente**. Para el efecto se aclaró en el parágrafo primero de la cláusula tercera: “Queda claro que la cuota litis aquí pactada hace relación al veinticinco por ciento (25%), una vez deducido del cien por ciento (100%), los gastos procesales que se hayan realmente ordenado y causado.”. Seguidamente

se acordó en el parágrafo tercero y cuarto, respectivamente: “El valor a tener en cuenta en el caso de bienes inmuebles, será el acordado por las partes en este contrato o el reconocido en el avalúo pericial al momento del pago”, “Las sumas aquí pactadas se causaran y cancelaran de igual manera, si las partes en los procesos relacionados deciden darlos por terminados por mutuo acuerdo o conciliación”.

Dicho mandato otorgado al actor fue ratificado por la sociedad enjuiciada, según se extrae del acta 7, ya referida, por medio de la cual los socios informaron que se le cancelaria la totalidad de los honorarios pactados al ser el único profesional que estaba “trabajando” por la sociedad, esto es el 25%.

Entonces, es claro para esta Sala de Decisión que el actor sí suscribió un contrato con la empresa demandada así como se pactaron unos honorarios, los cuales estarían sujetos a lo que llegare a corresponder a la sociedad CRISTO LECTOR LTDA en cada uno de los asuntos relacionados en precedencia o los interpuestos con posterioridad.

En este sentido, resulta indispensable constatar si dentro del plenario se acreditaron las sumas que le llegó a corresponder a la sociedad demandada como consecuencia de los litigios en los que actuó el Doctor Álvaro Neira Chacón, encontrando al efecto que no es clara la gestión realizada en cada asunto ya que si bien, se demostró el despliegue de actividades profesionales a favor de la sociedad CRISTO LECTOR LTDA, lo cierto es que no se logra inferir de las pruebas recaudadas un resultado, echándose de menos cuáles fueron las sumas que pudo obtener la enjuiciada para lograr extraer el valor de una cuota litis o en su defecto, cuál fue el valor de la transacción suscrita en cada proceso.

Puntualmente, se aportaron sendos documentos junto con la reforma de la demanda siendo punto de apelación del demandante, no obstante, haciendo un estudio acucioso de cada litigio, solo se obtiene que el profesional del derecho actuó ante el Juzgado 11 Civil del Circuito de Bogotá (proceso de restitución de bien inmueble arrendado), solo obra poder sin gestión alguna; Juzgado 5º Civil del Circuito de Bogotá, obra poder y memorial suscrito por el actor con el fin de que le fuera reconocida personería y le fuera expedida copia del expediente; Juzgado

5º Civil del Circuito de Bogotá, proceso ejecutivo No. 1999-00125, y providencia proferida por medio de la cual se revoca el auto de fecha 11 de mayo de 2007; Juzgado 5º Civil del Circuito de Bogotá, proceso de expropiación No. 1999-1023, obra auto de fecha 11 de mayo de 2007, por medio del cual se reconoce personería al actor; recurso de reposición y en subsidio apelación interpuesto por el actor; auto del 10 de octubre de 2007, por medio del cual se resuelve declarar la nulidad de lo actuado; sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, de fecha 16 de julio de 2008, a través de la cual se resolvió confirmar la sentencia de primer grado; certificación expedida por la secretaria de despacho el 25 de junio de 2013, que indica que el actor fue reconocido el 24 de marzo de 2006 e interpuso recursos en el proceso y demás memoriales que obran en el proceso; Juzgado 34 Civil del Circuito de Bogotá, radicado No. 2004 – 00435, proceso de pertenencia instaurado en contra de CRISTO LECTOR LTDA, solo obra poder; Juzgado 37 Civil del Circuito de Bogotá, radicado No. 2005-00244, proceso de pertenencia, obra poder y memorial de impulso procesal radicado por el actor; contestación a la demanda, excepciones previas y demanda de reconvención suscrito por el actor en nombre de CRISTO LECTOR LTDA, sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil el 5 de febrero de 2009 por medio de la cual se declaró que por las características del predio objeto de demanda, la naturaleza del proceso es de carácter agrario; subsanación demanda suscrita por el demandante; Juzgado 21 Civil Municipal de Bogotá, radicado No. 2006 – 1575, proceso interdicto posesorio instaurado en contra de BABEL LTDA; solicitud de práctica de pruebas suscrito por el demandante; recurso de apelación suscrito por el actor, diligencia de testimonios evacuados por el juzgado de conocimiento el día 26 y 27 de marzo de 2008; alegatos de conclusión suscritos por el actor, Poder dirigido al ICBF, proceso 949 19 09 96, bienes vacantes, obra escrito de oposición suscrito por el actor dentro del proceso en referencia; Resolución No. 0166, por la cual se inicia una actuación administrativa, intervención ante la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá, Zona Norte, suscrito por el actor, con el fin de solicitar las confirmaciones de las Resoluciones 00182 y 00282 de 2007, Resolución No. 0012 del 23 de enero de 2008, por medio de la cual la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá, Zona Norte confirma las decisiones; Resolución No. 06377 del 09 de septiembre de 2008, por medio de la cual se resuelve un recurso de apelación, poder otorgado por la representante legal de la demandada al actor, dirigido al Instituto de Desarrollo Urbano IDU y Memorial

suscrito por el actor dirigido al Instituto de Desarrollo Urbano IDU, en calidad de apoderado judicial de CRISTO LECTOR LTDA, por medio del cual solicita de copias, solicitud de prueba de inspección judicial anticipada, suscrita por el actor, acta de audiencia del 30 de marzo de 2007, certificación expedida por el Juzgado 7º Civil Municipal de Bogotá y certificación expedida por el Juzgado 2º Civil del Circuito de Bogotá de fecha 17 de febrero de 2011, consecuente con ello, si bien estas actuaciones demuestran la intervención del actor como apoderado de CRISTO LECTOR LTDA, no es posible colegir cuál fue el beneficio económico para la demandada, debiendo la parte actora exponer de manera detallada las sumas netas obtenidas por la sociedad para poder establecer un resultado y los consecuentes honorarios. Ahora, ante la afirmación de haber culminado los procesos con la suscripción de transacciones, debió acreditarse esta situación.

Si bien el recurrente afirma en la apelación que se aportaron las pruebas documentales que dan cuenta de los procesos representados, para esta Sala se aportaron de manera parcial, aunado a que le correspondía a este extremo en cumplimiento de lo establecido en el artículo 167 del C.G.P., precisar, a cuánto ascendió el 25% neto de lo que correspondió a la sociedad en cada uno de los procesos en curso y los que se adelantaron en su momento, no pudiéndose entonces hacer suposiciones al respecto cuando las partes pactaron un resultado para el pago de los honorarios y así fue aceptado por el profesional del derecho al suscribir el mandato.

Sobre esta temática, la Alta Corporación, en sentencia CSJ SL 020-2023, discurrió:

> *"También esta corporación ha precisado que, si la contraprestación por la actividad profesional se encuentra establecida por las partes, resulta improcedente* ***su regulación judicial, «pues el precio del mandato puede ser libremente fijado entre los contratantes, por virtud de los principios de libertad contractual y autonomía de la voluntad»*** *(CSJ SL694-2013). En el mismo sentido, en decisión CSJ SL, 22 ene. 2013, rad. 36606, se puntualizó:*
>
> *Y por otra, que la tasación de honorarios del mandato conforme a lo 'usual' de esta clase de prestación de servicios personales (artículo 2184-3 ibídem), sólo procede a falta de su expresa estipulación por las partes contratantes, por manera que, el hecho de que el mandante no pague al mandatario lo acordado, no legitima a éste para que variando la contraprestación de su contratante, reclame judicialmente a aquél un valor distinto al expresamente estipulado, sino apenas, para que haga efectivo su pago en los términos que rigen en esta materia los artículos 1617 y 1627 ibídem…*

Del contenido de la cláusula que se acaba de reproducir, se observa que allí se fijaron los términos en que las partes pactaron la remuneración por honorarios profesionales en la prestación de los servicios de abogacía, por razón de la gestión de cobro encomendada, sus condicionamientos y responsabilidades, como su cumplimiento, aspectos sobre los cuales, se itera, la jurisdicción laboral sí tiene competencia.

Ahora bien, se tiene que en este asunto los suscribientes acordaron que la causación de los honorarios estaba condicionada a la obtención de un resultado, esto es, al recaudo efectivo del dinero adeudado a la entidad bancaria y objeto de cobro, modalidad de pago de honorarios que es perfectamente legal, viable o válida y no configura una cláusula «leonina» como lo reclama la parte recurrente.

Es oportuno recordar que la profesión de abogado ostenta un grado de liberalidad que permite a quienes la ejercen, pactar autónomamente el valor de su gestión a realizar; potestad en la cual se incluye el esfuerzo profesional y ético que deba desplegarse para cumplir con el mandato, inclusive corriendo el riesgo de no lograr ninguna retribución, si no se obtiene un resultado favorable.

Precisamente, desde la decisión CSJ SL, 22 nov. 2011, rad. 39171, ***la Corte puntualizó que, tratándose de honorarios profesionales para los abogados en el marco de un contrato de mandato celebrado en forma escrita conforme al artículo 2142 del Código Civil, los suscribientes quedan obligados y sometidos a los términos expresamente acordados,*** *lo que está en armonía con lo dispuesto en los artículos 2149 y 2157 ibídem, al punto que, al existir estipulación expresa sobre la remuneración, dicho acuerdo legal rige para las partes y se torna inmodificable*

En la aludida jurisprudencia, se explicó que esa expresión de voluntad frente a los honorarios en el contrato de mandato, puede manifestarse de varias maneras, inicialmente, las partes pueden pactar una remuneración fija o un valor determinado por la gestión judicial o extrajudicial; también pueden acordar el ***reconocimiento de una cuota litis, recibiendo como posibles honorarios una parte de las utilidades que se obtengan y, a su vez, pueden convenir una forma de remuneración aleatoria sujeta a la consecución de un resultado o una gestión especifica; escenario último en el cual, se ha precisado por esta corporación, que si el mandatario no consigue «ningún resultado favorable, perderá todos los actos ejecutados en cuanto hace a su interés de recibir remuneración por su gestión profesional…***

Cabe agregar que la Corte al analizar un asunto similar en el que en un contrato de mandato, se pactó el reconocimiento de honorarios profesionales condicionado al resultado exitoso de la gestión judicial, recordó que cuando el pacto de contraprestación está sujeto a una obligación de resultado, de no llegarse a cumplir «la condición a que se sometió la obligación de pagar los honorarios» a favor del profesional del derecho, no surge deber alguno en cabeza del mandante que concede el encargo, pues la obligación remunerativa acordada no se hace exigible. En la decisión CSJ SL 2 jun. 2009, rad. 33099, reiterada en la CSJ SL28032020.

Igual conclusión se obtiene, al analizar el aparte de la cláusula séptima que indica que el Banco puede llegar a un acuerdo directo con los deudores e inclusive celebrar una transacción o conceder una rebaja frente a la obligación adeudada; pues en dicho escenario no se desconocería la remuneración del abogado, ya que la entidad bancaria allí ratifica que los honorarios profesionales, en estas eventualidades, se causarán y reconocerán al profesional del derecho sobre lo efectivamente recaudado con esa negociación o acto que se ejecute.". (Negrilla y subrayado fuera del texto).

Igualmente, resulta importante destacar, a través de la reforma de la demanda se solicitó el pago de $2.195.629.625 por concepto de capital junto con la corrección monetaria e intereses moratorios, sin que logre extraer la Sala los conceptos o valores que integran este monto, siendo deber del profesional exponer lo pertinente para la prosperidad de sus pretensiones. Además, argumenta el extremo activo que se vendieron o cedieron las cuotas sociales al señor CARLOS ERNESTO GAVIRIA CAMACHO (hoy día es socio mayoritario), sin que pueda determinarse en este litigio en qué influye dicha situación debido a que la relación contractual sostenida fue con la persona jurídica CRISTO LECTOR LTDA y solo resulta relevante verificar cuáles procesos culminaron con sentencia o transacción y los valores netos reconocidos para extraer el porcentaje del 25% en acatamiento de lo pactado en el contrato civil de prestación de servicios..

Asi las cosas, no es posible acceder a los anhelos del demandante, ya que si bien, quedó acreditado que intervino en los renombrados procesos, no probó cómo culminaron los mismos, cuyo evento procedería el pago de los honorarios pactados, los cuales desde el inicio del contrato se sujetaron a un resultado y no al despliegue de varias actividades, las cuales, tampoco podrían constatarse de manera detallada ya que los procesos no se aportaron en su totalidad, resultando el material probatorio escaso para imponer condena a la sociedad y en consecuencia analizar una posible solidaridad de las socias demandadas.

Por lo anteriormente expuesto, la decisión de primer grado será confirmada en su integridad, por haber arrimado a similares conclusiones.

SIN COSTAS en esta instancia.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, conforme a lo expuesto en precedencia.

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 DAVID GARCIA VANEGAS CONTRA COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. (Rad. 26 2021 00304 01)

Bogotá D.C. treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023)

AUTO

Se reconoce personería adjetiva a la abogada **YENNY PAOLA MEJIA RADA** como apoderada sustituta de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por **MARCELA PATRICIA CEBALLOS OSORIO**, en su calidad de abogada perteneciente a la **UNIÓN TEMPORAL DEFENSA PENSIONES.**



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 primero de la Ley 2213 del 13 de junio del 2022, profieren la siguiente

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por COLFONDOS, PORVENIR y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en su favor de la sentencia proferida por la Juez 26 Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 6 de septiembre del 2023 *(Audiencia virtual, archivo 36 expediente digital, récord: 52.05),* en la que se resolvió:

*"**PRIMERO. DECLARAR** ineficaz el traslado efectuado por el demandante **DAVID GARCIA VANEGAS,** al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

***SEGUNDO. CONDENAR** al fondo de pensiones **PORVENIR S.A** a transferir a la Administradora Colombiana de Pensiones **COLPENSIONES** la totalidad de los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del actor junto con sus rendimientos financieros causados, así como el porcentaje correspondiente a gastos de administración, primas de seguros provisionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, lo anterior debidamente indexado con cargo a sus propios recursos, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

***TERCERO. CONDENAR** al fondo de pensiones **COLFONDOS S.A**., a que transfiera a COLPENSIONES, los dineros descontados de la cuenta de ahorro individual del demandante que correspondían a gastos de administración, prima de seguros previsionales de invalidez y de sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, lo anterior debidamente indexado con cargo a sus propios recursos, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*
***CUARTO. CONDENAR** a la Administradora Colombiana de Pensiones **COLPENSIONES** para que acepte dicha transferencia y contabilice, para todos los efectos pensionales, las semanas cotizadas por el demandante, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

***QUINTO. DECLARAR NO PROBADAS** las excepciones propuestas.*

***SEXTO. CONDENAR** en costas de esta instancia a los fondos de pensiones **PORVENIR S.A**, y **COLFONDOS S.A.,** a razón de un 50% a cargo de cada una**,** fijándose como agencias en Derecho la suma de **UN MILLÓN QUINIENTOS MIL PESOS ($1'500.000).**"*

Frente a tal decisión las demandadas interpusieron recurso de la siguiente manera:

PORVENIR solicita se revoque la sentencia en cuanto a la condena de la indexación pues esta consiste en la simple actualización de la moneda para contrarrestar la valoración de las mismas por el transcurso del tiempo, dada la condición inflacionaria, la economía, solicitando se tenga en cuenta que entre las obligaciones que deben cumplir las administradoras de fondos de pensiones se encuentra la de garantizar la rentabilidad mínima en las cuentas de ahorro individual de cada uno de sus afiliados, por lo que resulta incompatible ordenar la condena de indexación. *(Audiencia virtual, archivo 36 expediente digital, récord: 53.26[1])*

[1] **APODERADA PORVENIR:** Me permito presentar recurso de apelación de manera parcial en frente al fallo emitido por su Señoría en primera instancia concerniente para que el honorable Tribunal Superior de Bogotá revoque parcialmente el fallo referente a la condena de la indexación y lo sustento de la siguiente manera:

Su Señoría solicito muy amablemente al honorable Tribunal Superior de Bogotá, Sala laboral que revoque parcialmente el fallo referente a la condena de indexación, teniendo en cuenta el pronunciamiento de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia en su sala laboral SL 9316 de fecha 29 de junio del 2016, donde allí indicó que la indexación consiste en la simple actualización de la moneda para contrarrestar la valoración de

COLFONDOS de igual manera solicita se revoque la condena de la indexación ya que no era posible la opción de la indexación de los conceptos que se llegarán de ordenar a devolver al régimen de prima media con prestación definida, porque los rendimientos generados, en todo caso fueron superiores a los que se hubiera podido generar en ISS hoy COLPENSIONES si la parte actora nunca se hubiera trasladado de Régimen, señalando quedó más que compensado este concepto y en su sentir es excesiva la imposición de la indexación ordenada en primera instancia, toda vez que con el traslado de los rendimientos se completaría la depreciación del poder adquisitivo de los recursos objeto de transferencia a Colpensiones, precisando se debe tener en cuenta la decisión sobre este punto de fecha 24 de junio del 2021 con ponencia de la Doctora María Eugenia Gómez Velásquez *(Audiencia virtual, archivo 36 expediente digital, récord: 53.26*[2]

Finalmente COLPENSIONES señala que al momento de declarar la ineficacia del traslado de régimen de la parte demandante, considerando la falta del deber de información que tenía la AFP al momento de la suscripción del formulario de afiliación, se pasó por alto que para la fecha del traslado la realidad de la normatividad aplicable era la ley 100 y con ella se constataba solamente la aceptación espontánea, libre y expresa un afiliado para trasladarse de régimen, lo cual se concluía con la firma del formulario de afiliación, situación que se dio este asunto se dio a plenitud según se deriva del documento suscrito y registrado por la parte demandante.

---

las mismas por el transcurso del tiempo, dada la condición inflacionaria, la economía, pero también es de tener en cuenta en este orden de ideas, que entre las obligaciones que deben cumplir las administradoras de fondos de pensiones se encuentra la de garantizar la rentabilidad mínima en las cuentas de ahorro individual de cada uno de sus afiliados, por lo que resulta incompatible ordenar la condena de indexación.

Pues bien, su señoría, teniendo en cuenta que en el caso del señor David la cuenta ahorro individual reporta un porcentaje de 61% en rendimientos sin que se viera afectada por el fenómeno de la inflación. De esta manera, pues dejó presentado sentado mi recurso de apelación. Muchas gracias.

[2] **APODERADO COLFONDOS:** En la oportunidad procesal pertinente, proceso a interponer recurso de apelación respecto a la sentencia que se acaba de dictar por su despacho en cuanto a la declaratoria de ineficacia y los conceptos a devolver por parte de Colfondos a Colpensiones, ya que no era posible la opción de la indexación de los conceptos que llegarán de ordenar a devolver al régimen de prima media con prestación definida, porque con los rendimientos generados por mi representada, en todo caso fueron superiores a los que se hubiera podido generar en ISS hoy COLPENSIONES y la parte actora nunca se hubiera trasladado de Régimen, quedó más que compensado este concepto, es excesiva la imposición de la indexación ordenada en primera instancia, toda vez que con el traslado de los rendimientos se completaría la depreciación del poder adquisitivo de los recursos objeto de transferencia a Colpensiones, sobre el tema en sentencia del 24 de junio 2021 y con ponencia de la doctora María Eugenia Gómez Velázquez, señaló "*no hay a poner condena por concepto de indexación, teniendo en cuenta que la administradora de fondo de pensiones (….) de devolver la la totalidad de las cotizaciones que se hubiera con motivo de la afiliación de la demandante sin descuento alguno, recibiendo rendimientos generados, concepto que puede compensar la devaluación que se hubiera causado en el tiempo, por la anterior se modificará la sentencia de primera instancia, revocándose en cuando condenó a Colfondos al pago de la indexación sobre los valores que deberá trasladar a Colpensiones*". Dejo sustentado de esa manera, mi recurso de apelación. Muchas gracias.

Así mismo, considera el juzgamiento de la conducta de los fondos con base en normas inexistentes no tiene justificación jurídica alguna y viola gravemente el debido proceso de Colpensiones, quien sin haber participado en el trámite del traslado, es quien debe afrontar la carga de la prestación, esto con base a que no se tuvo en cuenta al momento de proferir la sentencia, el de la relatividad jurídica pues Colpensiones es un tercero en este asunto y es de recordar que los actos jurídicos en principio tienen efectos inter partes y las consecuencias que se deriven de la celebración de estos actos jurídicos solo deben repercutir sobre las partes involucradas, por lo cual se debe tener en cuenta que la entidad a la que representa no puede de ninguna manera ser favorecida y mucho menos perjudicada por este contrato que se celebró entre la parte demandante y las AFP.

De igual manera indica no es razonable ni jurídicamente válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado de régimen, pues esta exigencia desvirtúa el principio de confianza legítima, teniendo en cuenta el principio de legalidad y debido proceso, que no consiste solamente en las posibilidades de defensa o en la oportunidad para interponer recursos, sino que exige además como lo expresa el artículo 29 de la Constitución Política, el ajuste de las normas preexistentes al acto que se juzga.

Aduce que, en caso, de que se llegara a confirmar la decisión se mantenga la condena impuestas a las AFP, en el entendido de que se deben reintegrar la totalidad de las cotizaciones. Asimismo, solicita que se adicione la sentencia en cuanto a que se condicione la orden dada a Colpensiones al previo cumplimiento de las obligaciones, toda vez que Colpensiones no podrá dar cumplimiento a la sentencia hasta tanto la AFP no reintegre los recursos y actualice los datos de la de la parte demandante en la respectiva base de datos *(Audiencia virtual, archivo 36 expediente digital, récord: 56.06[3])*.

---

[3] **APODERADA COLPENSIONES:** Sí, su Señoría, estando dentro de la oportunidad procesal, respetuosamente me permito interponer y sustentar recurso de apelación en los siguientes términos: en primer lugar, he de manifestar que la señora juez, al momento de su decisión de declarar la ineficacia del traslado de régimen de la parte demandante, considerando la falta del deber de información que tenía la AFP al momento de la suscripción del formulario de afiliación, paso por alto que para la fecha del traslado la realidad de la normatividad aplicable era la ley 100 y con ella se constataba solamente la aceptación espontánea, libre y expresa un afiliado para trasladarse de régimen, lo cual se concluía con la firma del formulario de afiliación, lo cual en este asunto se dio a plenitud según se deriva del documento suscrito y registrado por la parte demandante.

De igual manera no es razonable ni jurídicamente válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado de régimen, pues esta exigencia desvirtúa el principio de confianza legítima, teniendo en cuenta el principio de legalidad y

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de subsanación de la demanda (página 10 Archivo 10 expediente digital) las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (páginas 7 a 9 ibídem), aspirando principalmente se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, en consecuencia se condene a PORVENIR autorizar el traslado del RAIS al RPM administrado por Colpensiones, así mismo se ordene a Porvenir a retornar todos los montos aportados al RPM con sus respectivos rendimientos sin que se efectúe descuento alguno y a Colpensiones a tenerlo como afiliado en el RPM, condenas *ultra y extra petita,* costos y costas del presente 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 al RAIS, ordenando a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES, la totalidad de los recursos que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, lo que incluye los aportes efectuados junto con sus rendimientos, así mismo condenó a esta y a COLFONDOS a devolver los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. A

---

debido proceso, pues que no consisten solamente en las posibilidades de defensa o en la oportunidad para interponer recursos, sino que exige además como lo expresa el artículo 29 de la Constitución Política, el ajuste de las normas preexistentes al acto que se juzga.

Así mismo, señores magistrados, el juzgamiento de la conducta de los fondos con base en normas inexistentes no tiene justificación jurídica alguna y viola gravemente el debido proceso de Colpensiones, quien sin haber participado en el trámite del traslado, es quien debe afrontar la carga de la prestación, esto con base a que no se tuvo en cuenta al momento de proferir la sentencia, tan importante principio de la relatividad jurídica pues Colpensiones es un tercero en este asunto y es de recordar que los actos jurídicos en principio tienen efectos inter partes y las consecuencias que se deriven de la celebración de estos actos jurídicos solo deben repercutir sobre las partes involucradas, por lo cual es de tenerse en cuenta, señores magistrados, que la entidad a la que represento no puede de ninguna manera ser favorecida y mucho menos perjudicada por este contrato que se celebró entre la parte demandante y las AFP.

Con lo anterior, dejó sustentado el recurso, Eh reiterándole a los señores magistrados se revoque la decisión que se acaba de proferir y en consecuencia se absuelva a mi representada de cada una de las pretensiones en su contra. Ahora bien, en caso de que se llegara a confirmar la decisión por parte del honorable tribunal, luego se mantenga la condena impuestas a las AFP, en el entendido de que se deben reintegrar la totalidad de las cotizaciones. Asimismo, le solicito señores magistrados, que se adicione la sentencia de la condena impuesta a la entidad que represento con una obligación de hacer a favor de la demandante, que se condicione al previo cumplimiento de las obligaciones, toda vez que Colpensiones no podrá dar cumplimiento a la sentencia hasta tanto la AFP no reintegre los recursos a mi representada y actualice los datos de la de la parte demandante en la respectiva base de datos. Muchas gracias su Señoría.

Colpensiones, le ordenó reactivar la afiliación en el Régimen de Prima Media sin solución de continuidad, y recibir los dineros que le fueren trasladados. Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, no se logró acreditar por COLFONDOS el cumplimiento del deber de información que le incumbía para con la demandante al momento del traslado, que le ayudara a tomar una decisión acertada sobre la construcción de su derecho pensional.

Pues bien, para resolver la controversia, es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002[4].

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 18 de octubre de 1953 *(Página 26, Archivo 10 expediente digital)*, por lo que la edad de 62 años, la cumpliría el mismo día y mes del año 2015, advirtiéndose a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es, al 1° de abril de 1994, aun cuando contaba con 41 años de edad, esto es, que en principio podría ser beneficiario del régimen de transición; lo cierto es que conforme a la historia laboral valida para bono pensional el accionante tan solo contaba para esa data con **74.29** semanas

[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".

cotizadas al ISS (Archivo 5 expediente digital, pág. 146[5]), procediendo a solicitar su traslado mediante la peticion elevada ante COLPENSIONES el 16 de noviembre del 2018 *(Páginas 71 y 72 Archivo 10 expediente digital)*, esto es, cuando ya había cumplido la edad para adquirir el derecho pensional, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante lo anterior, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende el 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 **27 de julio de 1994 con fecha de efectividad 1° de agosto de ese año,** específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP (Pág. 78, *Archivo 05 expediente digital*), precisándose, aun cuando no obra el formulario de afiliación a la AFP COLFONDOS donde realizó el traslado, se debe indicar, para el tema objeto de debate la presencia del formulario escrito no constituye un requisito sine qua non o prueba solemne, pues lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto 694 de 1994 es que se debe informar por escrito al empleador del trabajador la selección realizada, en aras de que aquel efectúe las cotizaciones al fondo correspondiente. Lo anterior impone entonces a la AFP COLFONDOS, acreditar el consentimiento

5

RESUMEN HISTORIA LABORAL

Nit/Patronal	Empleador	Novedad	Origen Información	Fecha Desde	Fecha Hasta	No.Días	Salario	Error/ observación
P 1008230151	GARCIA VANEGAS ISRAEL DE JE	LABORAL	ISS	15/09/1988	31/12/1988	108	$30,150	
P 1008230151	GARCIA VANEGAS ISRAEL DE JE	LABORAL	ISS	01/01/1989	31/12/1989	365	$39,310	
P 1008230151	GARCIA VANEGAS ISRAEL DE JE	LABORAL	ISS	01/01/1990	16/02/1990	47	$47,370	

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
520	74.29	0	0.00	0	0.00	520	74.29	0	0.00	0	0.00

TOTALES : LABORADOS-LICENCIAS-SIMULTANEOS **TOTALES : LABORADOS-LICENCIAS-SIMULTANEOS**

DIAS: 520 SEMANAS: 74.29 DIAS: 520 SEMANAS: 74.29

El número de semanas se calculó con días calendario

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 CSJ SL12136-2016, radicación No. 46.292 de 2014, enseñó:

> *«Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos del tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.*
>
> *Es evidente que cualquier determinación personal de la índole que aquí se discute**, es eficaz**, cuando existe un consentimiento informado; en materia de seguridad social, el juez no puede ignorar que por la trascendencia de los derechos pensionales, la información, en este caso, del traslado de régimen, debe ser de transparencia máxima.*
>
> *Para este tipo de asuntos, se repite, tales asertos no comprenden solo los beneficios que dispense el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.*
>
> *El juez no puede pasar inadvertidas falencias informativas, menos considerar que ello no es de su resorte, pues es claro que cuando quien acude a la jurisdicción reclama que se le respete el régimen de transición, indiscutiblemente, como se anotó, surge la perentoriedad de estudiar los elementos estructurales para que el mismo opere, es decir, debe constatar que el traslado se produjo en términos de eficacia, para luego, determinar las consecuencias propias».*

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

En consecuencia, no solo es menester demostrar la existencia del traslado, sino que impone verificarse que este acto se produjo bajo el presupuesto de la libertad informada, pues de no cumplirse con dicho presupuesto, se incurriría en un vicio que invalidaría dicho acto jurídico, lo que trae como consecuencia o efecto, retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, con ineficacia *ex tunc*[6], en los términos del artículo 1746 del Código Civil, ante la inexistencia de una norma distinta que de manera explícita regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico.

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

> *«(…)*
> *De modo que al no existir una norma explícita que regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico en la legislación civil, acudió al aludido precepto relativo a las consecuencias de la nulidad, el cual consagra las mismas consecuencias de aquella. Dicha disposición establece:*
>
> *Artículo 1746. La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita (subrayas fuera de texto).*
>
> *En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.*
>
> ***Entonces, según la norma precedente, el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición.*** *En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia»*.

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

> *«**1. La consecuencia de la inobservancia del deber de información: ineficacia del acto jurídico de cambio de régimen***
>
> *Al contestar la demanda, Colpensiones sostuvo que en este asunto no hay lugar a declarar la nulidad del traslado de la actora del régimen público de pensiones al privado, en la medida que no se demostró un vicio del consentimiento en la modalidad de error, fuerza o dolo.*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Señalando la Corte, de acuerdo a la doctrina se le han adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un **traslado de la carga de la prueba** de la parte 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[7], Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y en las

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

sentencias SL 1421 de 2019, SL 1452 de 3 de abril de 2019, SL 1689 de 8 de mayo de 2019, destacando de la referida sentencia CSJ SL1452 de 3 de abril de 2019, los siguientes apartes:

> *«(…)* ***Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto.***
>
> *(…)*
>
> *Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*
>
> *(…).*
>
> *Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i)*

"La 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.

> *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 demandante[8], no acreditan de manera a alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que el asesor de COLFONDOS le indicó que lo mejor era vincularse a es AFP porque el RPM se iba a acabar y por esa razón firmó el formulario sin coacción alguna.
Nótese, de lo relatado por el demandante no es posible colegir de forma alguna que haya confesado la recepción de una información, clara, oportuna y certera y muchos menos que la AFP COLFONDOS, haya cumplido con su obligación de buen consejo.

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 -COLFONDOS- no logró demostrar, como era su deber, que suministró al convocante una información de tales características.

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

[8] Audiencia del 6 de septiembre del 2023, récord 8:44

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

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada COLFONDOS. omitió en el momento del traslado de régimen **(27 de julio de 1994,** efectivo el **1° de agosto 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.

Es menester precisar, no tiene incidencia alguna el hecho que el demandante hubiese efectuado traslados entre AFP (*Página 78, Archivo 05 expediente digital*), en tanto ello no conlleva a que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en el RAIS, máxime si se tiene en cuenta que si bien se trató de traslados los mismos fueron dentro del mismo régimen de ahorro individual, según se observa en el historial de vinculación, ibidem.

Frente al de traslado a diversas AFP 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.

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.

En ese orden, la ineficacia del tránsito de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de PORVENIR S.A. como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliado el actor *(ver certificación pág. 80 Archivo 05),* del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, así como la activación de su afiliación en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, de tal manera se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto, como también el hecho de que la citada AFP PORVENIR y COLFONDOS deberán devolver a COLPENSIONES el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de pensión mínima con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados.

Sin embargo, debe precisarse en este punto, ésta Sala de Decisión adicionará el fallo de primer grado, en cuanto a que las citadas AFP deben también devolver las **comisiones** y se **dispondrá** que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

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

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

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

> ***«7. Consecuencias de la declaración de ineficacia***
> *Por no estar acreditado que PORVENIR S. A. hubiere consignado a COLPENSIONES, los aportes que la demandante tenía en su cuenta individual con sus rendimientos, incluyendo también los valores correspondientes a gastos de administración, los cuales según se expuso en las sentencias CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y*

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

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

Por otro lado, conviene 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 CSJ SL2877-2020).

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES – entidad a favor de quien se surte la consulta (pág. 7 Archivo 16 expediente digital)[9] basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia CSJ SL1689-2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está

[9] Se tuvo por contestada la demanda mediante auto del 26 de octubre del 2022 (*Archivo 20 expediente digital*).

sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que, además, está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

Finalmente, 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.

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

SIN COSTAS en esta instancia.

En mérito de 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 fallo de primer grado en sus numerales **SEGUNDO y TERCERO**, en cuanto a que las AFP COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. deberán retornar además de lo ordenado por la Juez *a quo* las **comisiones debidamente indexadas** y también 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.

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

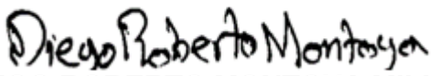
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR ELISABETTA MORELLI RICO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-, PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A., SKANDIA S.A. Y COMO LLAMADA EN GARANTIA MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. (RAD. 26 2022 00008 01).

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre dos mil veintitrés (2023)

AUTO

Se reconoce personería adjetiva al abogado LUIS EDUARDO CALDERON PASTRANA, como apoderado de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, en los términos y para los efectos del poder conferido en la escritura No. 1281, como abogado adscrito a la sociedad GODOY CORDOBA ABOGADOS S.A.S.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

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

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandante y las demandadas PORVENIR S.A., SKANDIA S.A. y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, de la sentencia proferida por la Juez 26 Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 03 de octubre del 2023 (Exp. Digital: Audiencia archivo 31, récord: 47:19), en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO. DECLARAR** ineficaz el traslado efectuado por la demandante **ELISABETTA MORELLI RICO**, identificada con cédula de ciudadanía número 35.498.685, al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*
>
> ***SEGUNDO. CONDENAR** al fondo de pensiones **PROTECCIÓN**, a transferir a la Administradora Colombiana de Pensiones **COLPENSIONES** los dineros obrantes en la cuenta de ahorro individual de la actora, junto con sus rendimientos financieros causados, así como el porcentaje correspondiente a gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y de sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima. Lo anterior, debidamente indexado y con cargo a sus propios recursos, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*
>
> ***TERCERO. CONDENAR** a los fondos de pensiones **PORVENIR** y **SKANDIA** a transferir a la Administradora Colombiana de Pensiones **COLPENSIONES** los dineros descontados de la cuenta de ahorro individual de la demandante correspondientes a gastos de administración, prima de seguros previsionales de invalidez y de sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima. Lo anterior, debidamente indexado y con cargo a sus propios recursos.*
>
> ***CUARTO. CONDENAR** a la Administradora Colombiana de Pensiones **COLPENSIONES** para que acepte dicha transferencia y contabilice, para todos los efectos legales, las semanas cotizadas por el demandante, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*
>
> ***QUINTO. ABSOLVER** a la Llamada en Garantía **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS** de las pretensiones incoadas en el llamamiento en garantía, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*
>
> ***SEXTO. DECLARAR NO PROBADAS** las excepciones propuestas.*
>
> ***SÉPTIMO. ABSOLVER** a **COLPENSIONES** del reconocimiento y pago de la pensión de vejez, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*
>
> ***OCTAVO. CONDENAR** en costas de esta instancia a los fondos de pensiones **PORVENIR, SKANDIA** y **PROTECCIÓN**, a razón de un treinta y tres puntos treinta y tres por ciento (33.33%) a cargo de cada una de ellas, fijándose como agencias en Derecho la suma de **UN MILLÓN QUINIENTOS MIL PESOS ($1'500.000).***
>
> ***NOVENO. CONDENAR** en costas de esta instancia a **SKANDIA**, y a favor de la Llamada en Garantía **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS**, fijándose como agencias en Derecho la suma de **OCHOCIENTOS MIL PESOS ($800.000).** ".*

Inconforme con la decisión, la parte actora formuló recurso de apelación[1], en relación con la negativa al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, ya que en

[1] ***Recurso Demandante, récord: 49:41, archivo 31:** "Gracias Señoría, procedo a interponer y sustentar recurso de apelación en relación con la decisión del despacho de negar la pretensión de reconocimiento de la pensión de vejez con fundamento en las siguientes consideraciones, sea lo primero, indicar, porque la decisión omitió y desconoció las pruebas documentales obrantes en el expediente, en especial la solicitud presentada por la empleadora María Sandra Morelli Rico el 25 de mayo de 2021 ante Protección, en la cual, a través de apoderada, solicitó liquidar la mora patronal por el no pago de aportes a pensión del afiliado Elizabeth Elizabeth Morelli Rico por el periodo comprendido entre el primero de julio del 95 y el 30 de noviembre de 2001, a partir de esta prueba comentar que fue acompañada de más de una declaración realizada bajo la gravedad de juramento ante notario público por la empleadora, en la que declaró los extremos de la relación laboral, la existencia de la relación laboral y reconoció de manera expresa que incurrió en Mora por no realizar los aportes a pensión de una relación laboral que se extendió en el tiempo hasta el 30 de noviembre de 2001, a partir de esta documental desconocida, pues es claro que el sentido del fallo debe variar y es que pues ya no cuestionamos la decisión del despacho basada en que en la demanda debía vincularse a la empleadora o que debía formularse una pretensión con base en la cual se declara la existencia de este tiempo.*
>
> *Puede existir relación laboral en tanto hay suficiente prueba de que esto ocurra y es por ello que no puede basarse la sentencia en la consideración de que no existe o no está registrada en la historia laboral, porque justamente estamos ante la inexistencia de aportes en Colpensiones con posterioridad al 30 de junio del 95, no registra porque esto corresponde al incumplimiento de su deber de verificar que ante la ausencia de novedad de retiro se siguieran haciendo las cotizaciones.*

su sentir, la decisión omitió y desconoció las pruebas documentales obrantes en el expediente, en especial la solicitud presentada por la empleadora María Sandra Morelli Rico el 25 de mayo de 2021 ante Protección, en la cual, a través de apoderada, solicitó liquidar la mora patronal por el no pago de aportes a pensión del afiliado Elizabeth Morelli Rico por el periodo comprendido entre el 1º de julio de 1995 y el 30 de noviembre de 2001, prueba que fue acompañada de declaraciones realizadas bajo la gravedad de juramento ante notario público por la empleadora, en la que declaró los extremos de la relación laboral, la existencia de la relación laboral y reconoció de manera expresa que incurrió en mora por no realizar los aportes a pensión de una relación laboral que se extendió en el tiempo hasta el 30 de noviembre de 2001.

Es por ello que, si la relación laboral existe y no está en discusión, no era necesario traer este juicio a la empleadora, quién de manera diligente, tanto ante Protección como Colpensiones solicitó que le liquidaran la deuda para proceder al pago.

Así las cosas, se elimina ese Pilar de la decisión y no puede considerarse que no existió mora o que debía tramitarse en este juicio, alguna diferencia por la existencia de la relación laboral cuando está no existe, y solicitó la empleadora que se liquidará la mora patronal. Es justamente a partir de esta situación y se insiste en que la reclamación administrativa fue agotada por la demandante, pero la empleadora solicitó la liquidación de esta mora no puede, entonces, partir del supuesto de que no existió la relación laboral, que es la decisión con la cual el despacho sustenta la afirmación según la cual Colpensiones, antes Seguro Social, no se encontraba obligado a ejecutar acciones de cobro con posterioridad al 30 de junio de 1995, sin que mediara novedad de retiro, no volvieron a figurar aportes, pero no existió el deber de verificación y fiscalización, ni mucho menos de cobro de los aportes, por lo que no es de recibo, entonces está consideración de que debía tramitarse en este juicio la declaración de este tiempo de servicio, porque no hay duda de la existencia de la relación laboral con la demandante, pues se aportó esta solicitud a folio 34 de la demanda de las pruebas documentales decretadas por el despacho.

La solicitud presentada ante Protección, la respuesta de Protección en la que le indica a la señora María Sandra Morelli Rico que debe presentar ante Colpensiones esta solicitud por ser la administradora ante la cual figura el periodo de mora, así como la solicitud presentada en junio de 2021 a folio 146 ante Colpensiones en la que la empleadora solicita la liquidación del periodo de mora patronal de julio 1 del 95 a 30 de noviembre de 2001, reconociendo de manera expresa la existencia de la relación laboral, está solicitud, además, insisto, acompañada de una declaración juramentada y mostrando así la voluntad de pago de los periodos en mora, por lo que con esto queda demostrado que la relación laboral existió y si existió la relación laboral, no hubo novedad de retiro existió la mora, que en este caso no solo se le imputa, sino que acepta de manera expresa la empleadora con fundamento en estas consideraciones considera la sentencia ha de ser revocada en cuanto negó el reconocimiento de la pensión de vejez, pues al computarse las semanas correspondientes al periodo del primero de julio del 95 al 30 de noviembre de 2001 queda acreditado un número superior a las 1300 semanas de cotización.

Más exactamente, computando estas 378, arribamos a una cifra de 1374 semanas a marzo de 2021, más las semanas contabilizadas por el despacho agosto de 2022, quedando así claramente acreditado el requisito de semanas de cotización.

Entonces, al quedar desvirtuado el argumento conforme al cual Colpensiones no tenía por qué ejecutar acciones de cobro, se impone la revocatoria de la decisión en lo desfavorable a mi poderdante y así el reconocimiento de la pensión de vejez, pues no se demostró que Colpensiones ejecutará las acciones de cobro y es completamente alejado de la realidad probatoria considerar que no existió el tiempo de servicio o que el mismo no goza de respaldo probatorio, como lo calificó el despacho, de que no se aportó mínima prueba cuando ya se refirió en este recurso la documental que acredite la existencia de la relación laboral en estos términos, solicito al Tribunal Superior de Bogotá modificar la sentencia, revocar la negativa de las pretensiones relativas al reconocimiento de la pensión de vejez y en su lugar condenar a Colpensiones al reconocimiento y pago de la pensión de vejez.".

Agregó, a partir de esta documental es claro que el sentido del fallo debe variar aunado a que se aparta de la decisión de la *a quo* basada en que a la demanda debía vincularse a la empleadora o que debía formularse una pretensión con base en la cual se declarara la existencia de este tiempo. Esgrimió, no puede basarse la sentencia en que no existe o no está registrada en la historia laboral los periodos, porque justamente estamos ante la inexistencia de aportes en Colpensiones con posterioridad al 30 de junio del 95, correspondiendo al incumplimiento del deber de la entidad de verificar que ante la ausencia de novedad de retiro se siguieran haciendo las cotizaciones, es por ello que, si la relación laboral existe y no está en discusión, no era necesario traer a este juicio a la empleadora, quién de manera diligente, solicitó ante Protección como Colpensiones que le liquidaran la deuda para proceder al pago.

Así las cosas, discurrió, no puede considerarse que no existió mora o que debía demostrarse en este juicio la existencia de la relación laboral porque la empleadora solicitó la liquidación y no se puede partir del supuesto de que no existió la relación laboral, cuando la entidad se encontraba obligada a ejecutar acciones de cobro con posterioridad al 30 de junio de 1995, por no existir novedad de retiro, lo que conlleva a que la sentencia sea revocada en cuanto negó el reconocimiento de la pensión de vejez, pues al computarse las semanas correspondientes al periodo del 1º de julio de 1995 al 30 de noviembre de 2001 queda acreditado un número superior a las 1300 semanas de cotización, exactamente, computando 378 semanas arribamos a una cifra de 1374 semanas a marzo de 2021, quedando así claramente acreditado el requisito de semanas de cotización.

Por su parte, PORVENIR, indicó[2], si bien existe un precedente jurisprudencial, la misma Corte Suprema de Justicia ha indicado que no se puede aplicar este

[2] ***Recurso PORVENIR, récord: 56:17, archivo 31****: "Muchas gracias, Señoría, de manera respetuosa me permito interponer recurso de apelación en contra de la sentencia de instancia solicitando al Tribunal Superior en su Sala Laboral se sirva a revocar la presente decisión en lo que corresponde a la Ineficacia de afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual, así como las condenas impuestas en contra de PORVENIR conforme a las siguientes consideraciones, en primer lugar, debe decirse, que si bien existe un precedente jurisprudencial, la misma Corte Suprema de Justicia ha indicado que no se puede aplicar este precedente de manera homogénea a todos los casos en donde se solicita la ineficacia de la afiliación por el incumplimiento del deber de información, en efecto, debe existir una similitud en las condiciones fácticas de cada caso, situación que para mí representada no es el presente asunto, pues en el momento del traslado de régimen pensional como la demandante lo confiesa en el interrogatorio de parte, no estuvo presente un promotor comercial de la AFP Porvenir, por lo que no existió la oportunidad de cumplir con el deber de información y, por lo tanto, no nos encontramos en las circunstancias de la regla jurisprudencial de la honorable Corte Suprema de Justicia y por ende no es procedente reprochar la conducta de una administradora que no estuvo presente en el momento de traslado pensional.*

Ahora bien, con independencia de la información que le brindó la persona de Recursos Humanos en donde trabajaba, la demandante tendrá en cuenta que las condiciones, características, ventajas y desventajas del régimen de ahorro individual se encontraban establecidas en la Ley 100 del 93, por lo que la demandante pudo validar en cualquier momento el contenido de la información otorgada por mi representada o posterioridad a

precedente de manera homogénea a todos los casos en donde se solicita la ineficacia de la afiliación por el incumplimiento del deber de información, en efecto, debe existir una similitud en las condiciones fácticas de cada caso, situación que no es el presente asunto, pues en el momento del traslado de régimen pensional como la demandante lo confiesa en el interrogatorio de parte, no estuvo presente un promotor comercial de la AFP Porvenir, por lo que no existió la oportunidad de cumplir con el deber de información y, por lo tanto, no nos encontramos en las circunstancias de la regla jurisprudencial de la honorable Corte Suprema de Justicia y por ende no es procedente reprochar la conducta de una administradora que no estuvo presente en el momento de traslado pensional.

Añadió, con independencia de la información que le brindó la persona de Recursos Humanos en donde trabajaba la demandante debe tenerse en cuenta que las condiciones, características, ventajas y desventajas del régimen de ahorro

---

su afiliación ya que no había un asesor de Porvenir, pudo acercarse a las oficinas para solicitar información sobre su estado pensional.

De igual manera, como todo consumidor financiero, la demandante debe actuar con una mediana diligencia, lo cual se ponía por lo menos obtener información suficiente sobre el acto jurídico que está adoptando con mayor razón si los datos relevantes que permitirán precisar las consecuencias de esa decisión estaban claramente determinados en normas legales de común conocimiento. Y, además, si el traslado fue efectuado por el empleador y no directamente por un promotor de Porvenir. Así mismo, debe decirse que el actuar de la AFP llamada a juicio, siempre ha sido de buena fe objetiva, pues todas sus acciones se ejecutaron en virtud de los presupuestos legales vigentes al momento del traslado de régimen. De hecho, de tener en cuenta que en este panorama mi representada como un agente oficioso involuntario en los términos establecidos por los artículos 2304 y 2310 del Código Civil, en cuanto creyendo administrar su propia actividad, administró los negocios de otro y luego de declarar la ineficacia del acto, termina entregando unos rendimientos superiores a los que habrían tenido los aportes de haber sido gestionados por el encargado. Y si estos son así, pues esa agencia oficiosa, involuntaria, debe dar lugar al reembolso de la utilidad efectiva obtenida, lo cual se traduce en que solamente debería estar obligada a entregar los rendimientos que habrían tenido los aportes de haber sido administrados por esta entidad.

En el mismo orden de ideas, tampoco es procedente que la administradora deba restituir las sumas que pagó por concepto de primas de seguros previsionales, por cuanto estos ya no se encuentran en su poder, sino en terceros que los recibieron de buena fe en virtud del contrato de tracto sucesivo que se dio para proteger a la afiliada durante el periodo de solicitud de su afiliación, bajo los riesgos de invalidez y muerte. Y se debe recordar en este caso, que mi representada está en la obligación de contratar estos negocios para la afiliación de la demandante, en línea con lo señalado anteriormente, debe indicarse que la devolución de los gastos de administración resulta improcedente, de conformidad con lo conceptuado por la Superintendencia Financiera de Colombia, que ha señalado que el traslado de recursos entre los regímenes pensionales de efectuarse de conformidad con la norma específicamente prevista para ello, que en este caso sería el artículo 7º del Decreto 3995 del 2008, disposición normativa que debe aplicarse en todos los casos en que por cualquier circunstancia sea necesario efectuar un traslado de recursos, lo que desde luego incluyen las restituciones.

Se solicita a los Honorables Magistrados revocar la decisión de instancia relativa a la indexación de los valores objeto de la condena impuesta a mi representada, en la medida que igualmente se dispuso la devolución de los rendimientos del capital que se encuentran en la cuenta individual de la demandante. Y ello es así, pues, como bien lo ha venido señalando, tanto el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca como el Tribunal Superior de Cali se ha determinado que no es viable ordenar la indexación toda vez que con el traslado de los rendimientos financieros se compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda. Y en este caso, estaría condenando dos veces a mi representada. Es por todo lo anterior su Señoría que solicito respetuosamente al honorable Tribunal Superior revocar la sentencia de instancia respecto de las condenas impuestas en contra de la AFP Porvenir, muchas gracias.".

individual se encontraban establecidas en la Ley 100 del 93, por lo que la demandante pudo validar en cualquier momento el contenido de la información otorgada por la AFP o con posterioridad a su afiliación ya que no había un asesor de Porvenir, pudo acercarse a las oficinas para solicitar información sobre su estado pensional.

De igual manera, consideró, como todo consumidor financiero, la demandante debió actuar con mediana diligencia, y obtener información suficiente sobre el acto jurídico que estaba adoptando, con mayor razón verificar los datos relevantes que permitirán precisar las consecuencias de esa decisión, estando claramente determinados en normas legales de común conocimiento, además, si el traslado fue efectuado por el empleador y no directamente por un promotor de Porvenir.

Así mismo, precisó, el actuar de la AFP llamada a juicio, siempre ha sido de buena fe objetiva, pues todas sus acciones se ejecutaron en virtud de los presupuestos legales vigentes al momento del traslado de régimen. De hecho, debe tenerse en cuenta que en este panorama la AFP como un agente oficioso involuntario en los términos establecidos por los artículos 2304 y 2310 del Código Civil, creyó administrar su propia actividad, administró los negocios de otro y luego de declarar la ineficacia del acto, termina entregando unos rendimientos superiores a los que habría tenido al haber sido gestionados por el encargado, siendo procedente que esa agencia oficiosa, reembolse la utilidad efectiva, lo cual se traduce en que solamente debería estar obligada a entregar los rendimientos.

En el mismo orden de ideas explicó, no es procedente que la administradora deba restituir las sumas que pagó por concepto de primas de seguros previsionales, por cuanto estos ya no se encuentran en su poder, sino en terceros que los recibieron de buena fe en virtud del contrato de tracto sucesivo que se dio para proteger a la afiliada durante el periodo de solicitud de su afiliación, bajo los riesgos de invalidez y muerte, pues la AFP está en la obligación de contratar estos negocios para la afiliación de la demandante. Asimismo, la devolución de los gastos de administración resulta improcedente, de conformidad con lo conceptuado por la Superintendencia Financiera de Colombia, que ha señalado que el traslado de recursos entre los regímenes pensionales debe aplicarse en todos los casos en que por cualquier circunstancia sea necesario efectuar un traslado de recursos, lo que desde luego incluyen las restituciones, según lo prevé el artículo 7º del Decreto 3995 del 2008.

Solicitó, revocar la decisión de instancia relativa a la indexación de los valores objeto de la condena en la medida que se dispuso la devolución de los rendimientos del capital que se encuentran en la cuenta individual de la demandante, pues como bien lo ha venido señalando tanto el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca como el Tribunal Superior de Cali se ha determinado que no es viable ordenar la indexación toda vez que con el traslado de los rendimientos financieros se compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda y en este caso, estaría condenando dos veces a la AFP.

La encartada SKANDIA, atacó la condena[3] dirigida a devolver los gastos de administración, primas de seguros previsionales, porcentaje pensión de garantía

[3] ***Recurso SKANDIA, récord: 1:01:47, archivo 31:*** *"En la etapa correspondiente, interpongo recurso de apelación parcial contra la sentencia para que los honorables magistrados de Bogotá revoquen la condena impuesta, atendiendo a que la AFP debe devolver los gastos de administración, primas de seguros profesionales, porcentaje pensión de garantía mínima debidamente indexada. El Fondo de Pensiones conforme lo establece la normatividad cuando se solicitó el traslado Horizontal hacia Protección SA mi representada, trasladó el Fondo de Garantía de pensión mínima. Luego entonces no reposa dentro las arcas dicho emolumento, como constancia de ello se debe tener en cuenta las pruebas que fueron allegadas junto con la contestación de mi representada donde se indica que la señora Elizabeth Murillo Rico, identificada con cédula de ciudadanía número 35498085 estuvo afiliada al fondo de pensiones obligatorias de Skandia mediante la suscripción del contrato de vinculación 70000002123357 del 1º de julio de 2015 hasta el 31 de enero del 2016 y que para el día 8 de marzo del año 2016 se realizó un traslado hacia Protección, de la siguiente manera se trasladan por concepto cotización obligatoria cotización voluntaria empresa y Fondo de Garantía de pensión mínima y se viene cuantificando las sumas, luego entonces desde ese punto de vista mi representada ya cumplió con el deber legal de trasladar unos rubros por concepto de pensión de garantía mínima, por tal motivo, no sería factible que el fondo de pensiones tenga que retornar los porcentajes de garantía mínima toda vez que no se cuenta con dicho dinero de la cuenta de ahorro individual del afiliado. En todo caso debe ser la AFP Protección que los debe trasladar como quiera que fue a ese fondo de pensiones quien se retornó dicho ese monumento juntos con los aportes. Ahora bien, referente a los gastos, comisiones y seguros previsionales dichos rubros no pueden ser trasladados por mi representada teniendo en cuenta que ya fueron causados a favor de la señora demandante, estos generaron unos rendimientos mediante unas gestiones administrativas por lo cual su sustento se representa mediante el descuento de sus gastos o comisiones, si bien es cierto, las pretensiones de la demanda van dirigidas en torno a que se declare la ineficacia de la afiliación y que se ha venido decantando por nuestro órgano de cierre que la consecuencia es que las cosas vuelvan a su estado inicial, lo cierto es que también se deben aplicar principios de equidad y justicia y la ponderación que ha tenido mi representada en cuanto a la buena fe, estos porcentajes fueron destinados para el uso específico de contratar un contrato de aseguramiento. Si bien es cierto el despacho manifestó que el objeto del contrato, precisamente es asegurar dichos siniestros en el presente proceso de ineficacia de traslado, se llamó a la aseguradora dado el caso o de considerarse confirmar el fallo, se llamó a la aseguradora para que retorne dicho seguro, porque aquí lo que se está discutiendo es una validez de un contrato de afiliación que sucedió hace 20 años y que posiblemente se vino a ver afectado otros contratos a raíz de unos traslados horizontales que se realizó con mi representada.*

En este sentido, al declararse la ineficacia de la afiliación, la demandante nunca estuvo afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad y en ese sentido no está afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad, mi representada no debe hacer ninguna gestión administrativa en aras de tenerla asegurada para los riesgos de invalidez y sobrevivencia, teniendo en cuenta pues que nunca estuvo dentro del sistema general de pensiones del régimen de ahorro individual, por tal motivo no existe ningún vínculo contractual a ninguna de las partes, es decir, no existió un vínculo con la señora demandante con el cambio, pues se declaró la nulidad de la afiliación, lo que da cuenta que nunca hubo cambio del régimen y a su vez, no se pudo haber contratado un aseguramiento a través de una aseguradora. En este sentido, honorables magistrados estaría causando un enriquecimiento sin causa a favor de la aseguradora sin que exista ningún vínculo, pues ella debe ser la que debe retornar dichos conceptos al régimen de prima media con prestación definida.

No obstante, lo anterior, se solicita, no sea condenada a devolver los seguros de invalidez. Sobrevivencia las primas tradicionales, al ser gastos propios de la sociedad, teniendo en cuenta que ya han habido pronunciamientos de los diferentes tribunales, en especial de la ciudad de Medellín, donde se ha manifestado que no hay lugar en poner condena por concepto indexación, teniendo en cuenta que la administradora de fondos de pensiones se le impuso la obligación de devolver la totalidad de las cotizaciones

mínima debidamente indexados, explicando, cuando se solicitó el traslado Horizontal hacia Protección S.A., la AFP trasladó el Fondo de Garantía de pensión mínima, luego entonces no reposa dentro las arcas dicho emolumento, como constancia de ello se debe tener en cuenta las pruebas que fueron allegadas junto con la contestación donde se indica que la señora Elizabeth Murillo Rico, identificada con cédula de ciudadanía No. 35.498.085 estuvo afiliada al fondo de pensiones obligatorias de Skandia mediante la suscripción del contrato de vinculación 70000002123357 del 1º de julio de 2015 hasta el 31 de enero del 2016 y que para el día 8 de marzo del año 2016 se realizó un traslado hacia Protección, y por ende, se trasladó por concepto cotización obligatoria voluntaria y el Fondo de Garantía de Pensión Mínima las sumas, entonces, desde ya se cumplió con el deber legal de trasladar los rubros por concepto de pensión de garantía mínima, no siendo factible que el fondo de pensiones tenga que retornar los porcentajes de garantía mínima toda vez que no se cuenta con dicho dinero de la cuenta de ahorro individual del afiliado, siendo la AFP Protección quién debe trasladar dichos conceptos como quiera que ese fondo de pensiones recibió dicho concepto juntos con los aportes. Referente a los gastos, comisiones y seguros previsionales, dijo, dichos rubros no pueden ser trasladados teniendo en cuenta que ya fueron causados a favor de la demandante, los cuales generaron unos rendimientos mediante unas gestiones administrativas representados en el descuento de gastos o comisiones, si bien es cierto, las pretensiones de la demanda van dirigidas en torno a que se declare la ineficacia de la afiliación y que se ha venido decantando por el órgano de cierre que la consecuencia que las cosas vuelvan a su estado inicial, lo cierto es que también se deben aplicar principios de equidad y justicia y la ponderación que ha tenido la AFP en cuanto a la buena fe, resaltó, estos porcentajes fueron destinados para el uso específico de un contrato de aseguramiento. Añadió, de confirmarse el fallo, se llamó a la aseguradora para que retorne dicho seguro, porque lo que se está discutiendo es una validez de un contrato de afiliación que sucedió hace 20 años y que posiblemente se vino a ver afectado otros contratos a raíz de unos traslados horizontales que se realizó con mi representada, no siendo viable devolver los seguros de invalidez y sobrevivencia de las primas tradicionales, al ser gastos propios de la sociedad, teniendo en cuenta que ya han habido pronunciamientos de los diferentes tribunales, en especial de la ciudad de Medellín, donde se ha

---

con motivo la afiliación de la demandante sin descuento alguno, incluyendo rendimientos generados, concepto que puede compensar, la devaluación que se hubiera causado en el tiempo, según sentencia el 24 de junio del año 2021 bajo el radicado 05015 2019 153101, motivo por el cual se debe acoger esa teoría, como quiera que se estaría causando un perjuicio a la AFP".

manifestado que no hay lugar a imponer condena por concepto indexación, teniendo en cuenta que la administradora de fondos de pensiones se le impuso la obligación de devolver la totalidad de las cotizaciones con motivo la afiliación de la demandante sin descuento alguno, incluyendo rendimientos generados, concepto que puede compensar, la devaluación que se hubiera causado en el tiempo, según sentencia el 24 de junio del año 2021 bajo el radicado 05015 2019 153101, motivo por el cual se debe acoger esa teoría, como quiera que se estaría causando un perjuicio a la AFP.

Por último, COLPENSIONES, argumentó[4], se pasó por alto que para la fecha de entrada de la Ley 100 se debía tener en cuenta la aceptación espontánea, libre y expresa un afiliado para trasladarse de régimen a través de la firma del formulario de afiliación. En su sentir, no es razonable ni jurídicamente viable imponer a las administradoras, obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado de régimen, lo que desvirtúa el principio de confianza legítima teniendo en cuenta que el principio de legalidad no consiste solamente en las posibilidades de defensa, además, como lo expresa el artículo 29 de la Constitución Política, se debe acoger las normas preexistentes al acto que se impugna.

En caso de que se llegue a confirmar la decisión por parte del Honorable Tribunal, pidió, se mantenga la condena impuesta a la AFP, en el entendido que está debe reintegrar la totalidad de las cotizaciones que recibió junto con todos los recursos de la cuenta individual así, así mismo, suplicó se adicione la sentencia con una obligación de hacer a favor de la demandante condicionada al cumplimiento de las

---

[4] ***Recurso Colpensiones, récord: 1:09:02, archivo 31:*** *"Sí, su Señoría, estando dentro de la oportunidad procesal pertinente, me permito interponer recurso de apelación en los siguientes términos, en primer lugar he de manifestar que la señora fue el momento de su decisión de declarar la ineficacia del traslado de régimen de la demandante, considerando esa falta de información que tenía la AFP el momento de la suscripción del formulario, pasó por alto que para la fecha de entrada a la realidad del momento, según la normatividad aplicable para la Ley 100 era la aceptación espontánea, libre y expresa un afiliado para trasladarse de régimen a través de la firma del formulario de afiliación.*

De igual manera, no es razonable ni jurídicamente, vale imponer a las administradoras, obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado de régimen, lo que desvirtúa el principio de confianza legítima teniendo en cuenta que el principio de legalidad no consiste solamente en las posibilidades de defensa, además, como lo expresa el artículo 29 de la Constitución Política, se debe acoger las normas preexistentes al acto que se impugna. Con lo anterior dejó sustentado el recurso reiterando los honorables magistrados que se revoque la decisión que se acaba de proferir, ahora en caso de que se llegue a confirmar la decisión por parte del Honorable Tribunal, se mantenga la condena impuesta a la AFP, en el entendido que está debe reintegrar la totalidad de las cotizaciones que recibió junto con todos los recursos de la cuenta individual así, así mismo solicito a los honorables magistrados que se adicione la sentencia frente a la condena impuesta a la entidad que represento con una obligación de hacer a favor de la demandante que se condiciona previo cumplimiento de las obligaciones que se impongan a las AFP, toda vez que no se podrá dar cumplimiento a la sentencia hasta tanto estas no reintegran los recursos a mi representada y actualicé la información de la demandante en la respectiva base de datos. Muchas gracias su Señoría.".

obligaciones que se impongan a las AFP, toda vez que no se podrá dar cumplimiento a la sentencia hasta tanto las AFP no reintegran los recursos.

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda (Exp. Digital*: Archivo 01* página 3), las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (páginas 3 a 6, ibidem), aspirando:

> **Primera: Que se declare la nulidad y /o ineficacia de la afiliación de la señora ELISABETTA MORELLI RICO identificada con cedula de ciudadanía No 35.498.685, realizada en marzo del año 2002 al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP PORVENIR S.A. así como los traslados entre administradoras con destino a SKANDIA y PROTECCIÓN**
>
> **Segunda: Que se declare que la única afiliación válida al Sistema General de pensiones la señora ELISABETTA MORELLI RICO identificada con cedula de ciudadanía No 35.498.685, es la efectuada al Instituto de Seguros Sociales hoy COLPENSIONES.**
>
> **Tercera: Que se ordene a PROTECCIÓN S. A. trasladar con destino a COLPENSIONES el monto total de los aportes acreditados en la cuenta de ahorro individual de la señora ELISABETTA MORELLI RICO identificada con cedula de ciudadanía No 35.498.685.**
>
> **Cuarta: Que se condene a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a reconocer y pagar a favor de la señora ELISABETTA MORELLI RICO identificada con cedula de ciudadanía No 35.498.685 la pensión de vejez de conformidad con lo establecido en el artículo 33 de la ley 100 de 1993 modificada por la ley 797 de 2003 con efectividad a partir del retiro del sistema general de pensiones.**
>
> **Quinta: Que se condene a las demandadas al pago de las costas y agencias en derecho.**
>
> **Sexta: Que en uso de las facultades Ultra y Extra Petita se condene a las entidades demandadas a lo que resulte probado dentro del proceso.**

Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró ineficaz el traslado efectuado por la demandante ELISABETTA MORELLI RICO, al régimen de ahorro individual con solidaridad, se condenó al fondo de pensiones PROTECCIÓN, a transferir a COLPENSIONES los dineros obrantes en la cuenta de ahorro individual de la actora, junto con sus rendimientos financieros causados, así como el porcentaje correspondiente a gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y de sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexado y con cargo a sus propios recursos, se condenó a los fondos de pensiones PORVENIR y SKANDIA a transferir a COLPENSIONES los dineros descontados de la cuenta de ahorro individual de la

demandante correspondientes a gastos de administración, prima de seguros previsionales de invalidez y de sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexado y con cargo a sus propios recursos, se condenó a COLPENSIONES para que acepte dicha transferencia y contabilice, para todos los efectos legales, las semanas cotizadas por el demandante, se absolvió a la llamada en garantía MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS de las pretensiones incoadas, se absolvió a COLPENSIONES del reconocimiento y pago de la pensión de vejez y se condenó en costas. Lo anterior tras considerar la *a quo*, con fundamento en la línea jurisprudencial instituida por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en las que se estableció el alcance del deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen cuando las AFP no acaten ese deber y por ende no se acredite la existencia de un consentimiento informado, situación que en autos no se acreditó. Igualmente, frente al reconocimiento de la pensión de vejez estimó, la demandante debió llamar a juicio a la empleadora para que acreditara la relación laboral, aunado a que no existe ninguna pretensión dirigida a que se ordene el pago de los aportes con mora y la prueba documental no es suficiente para tener por acreditado un vínculo.

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[5].

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 08 de julio de 1960 *(página 18, archivo 01 expediente digital*), por lo que la edad de 57 años, los cumplió el mismo día y mes del año 2017, procediendo a solicitar su traslado a tràves de las peticiones elevadas ante COLPENSIONES el 25 de agosto del 2021 (*archivo 11.1,*

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

documentos 14 y 15), 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, contaba apenas con 0,29[6] semanas cotizadas al sistema (Exp. Digital: *archivo 12* página 3*),* por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

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 **07 de marzo de 2002** con fecha de efectividad a partir del **01 de mayo de 2002** *(página 30 y 37, archivo 16 expediente digital),* por afiliación que hiciera inicialmente a PORVENIR*,* específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP expedido por ASOFONDOS y el formulario de afiliación suscrito con esa AFP.

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

COLPENSIONES Nit 900.336.004-7
REPORTE DE SEMANAS COTIZADAS EN PENSIONES
PERIODO DE INFORME: Enero 1967 julio/2022
ACTUALIZADO A: 25 julio 2022

INFORMACIÓN DEL AFILIADO

Tipo de Documento:	**Cédula de Ciudadanía**	Fecha de Nacimiento:	**08/07/1960**
Número de Documento:	**35498685**	Fecha Afiliación:	**19/11/1985**
Nombre:	**ELISABETTA MORELLI RICO**	Correo Electrónico:	
Dirección:	**CL 55 10 32**	Ubicación:	
Estado Afiliación:	**Trasladado**		

RESUMEN DE SEMANAS COTIZADAS POR EMPLEADOR

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

[1]Identificación Aportante	[2]Nombre o Razón Social	[3]Desde	[4]Hasta	[5]Último Salario	[6]Semanas	[7]Lic	[8]Sim	[9]Total
1006300805	INSTITUTO DE SEGUROS	19/11/1985	20/11/1985	$54.630	0,29	0,00	0,00	0,29
1008239494	MORELLI RICO MARIA S	22/07/1994	31/12/1994	$150.000	23,29	0,00	0,00	23,29
51751461	MORELLI RICO MARIA S	01/01/1995	30/06/1995	$150.000	25,43	0,00	0,00	25,43
800186061	DEFENSORIA DEL PUEBL	01/09/2004	30/04/2005	$0	0,00	0,00	0,00	0,00

[10] TOTAL SEMANAS COTIZADAS:	**49,00**
[11] SEMANAS COTIZADAS CON TARIFA DE ALTO RIESGO(INCLUIDAS EN EL CAMPO 10 " "TOTAL SEMANAS COTIZADAS"):	**0,00**

6

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

*«**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.

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

[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 la demandante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, contaba 58 años de edad y tenía una densidad de cotizaciones también aproximada de 1286 semanas, según su historia laboral de Folios 15 a 22; luego, es claro que tenía una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión de vejez a cargo del ISS, por estar próximo a cumplir los requisitos que disponen sus reglamentos.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

"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

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

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

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

---

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.

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la demandante[9], no acreditan de manera a alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que en el año 2002 cuando comenzó a laborar en la Procuraduría firmó el formulario sin que se encontrara presente algún asesor de Porvenir. Manifestó de manera clara que, no le indicaron nada sobre rendimientos, de aportes voluntarios, ni le informaron las características del régimen pues solo le pasaron los papeles de ingreso por parte del área de vinculaciones laborales.

Nótese, de lo relatado por la demandante no es posible colegir de forma alguna que haya confesado la recepción de una información, clara, oportuna y certera y mucho menos que PORVENIR, haya cumplido con su obligación de buen consejo, para con la actora.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR (*página 30 Archivo 15 expediente digital),* este no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le

---

9 Interrogatorio Demandante, récord 14:01, archivo 26*: "**Mi vida pensional comenzó en el año 1985 con el ISS hasta el año 2002, año en que entré a trabajar con la Procuraduría General de la Nación y me vinculé a Porvenir, en el año 2002 empecé mi carrera laboral y como parte de los requisitos para ingresar como funcionaria de la Procuraduría se llenan unos formularios** y está el de afiliación ante Porvenir y para diligenciarlo fue la manera como quedé vinculada, no tuve contacto con ningún asesor de Porvenir solo vi en el formulario, recuerdo que leí el formulario de Porvenir porque fue el que diligencié, no había asesor de Colpensiones, no solicité proyección a Colpensiones, tuve una relación normal con el fondo, efectué un traslado horizontal porque muchos años después, según recuerdo, la razón fue por oferta de mejores condiciones, era un tema más de comercio, no me planteé la posibilidad de retornan porque estaba cumpliendo con el hecho de estará afiliada a un fondo de pensiones, el formulario lo suscribí libre y voluntaria como requisito para ingresar como funcionaria de la Procuraduría, quiero retornar a Colpensiones porque una vez me pensione solamente voy a contar con una mesada de 1 salario mínimo y no tiene nada que ver con lo que coticé durante toda mi vida, teniendo en cuenta esta demanda solicité la historia laboral y esa es la proyección que tengo y el número de semanas cotizadas y en algún omento pregunté mi proyección al futuro, no he presentado inconformidad, no solicite a la persona encargada que mi vinculación siguiera en el Régimen de Pirma Media, solo llené el formulario que me ofrecieron, teniendo en cuenta el hecho o rumor que el ISS iba a desaparecer por diferentes motivos siendo la forma más segura estar en un fondo como Porvenir, en ese momento era n hecho notorio ya que estaba en la prensa y noticias, se hablaba la liquidación o final del ISS, seguramente me trasladé por una mejor oferta en cuanto al monto de mi pensión, no recuerdo una charla, me acuerdo llenando un formulario y haciendo ese trámite pero no recuerdo el detalle de lo que se conversó, nadie me alertó o comunicó algo de eso, con Santander hoy Protección, recuerdo que estaba en la Procuraduría General de la Nación y me ofrecieron este fondo como mejor en comparación con Skandia, fue como la repetición de lo que había pasado antes y yo opto por cambia de fondo, fue algo igual, me dicen que es mejor, hablaban de ser mejor en cuenta a la pensión, monto, un trámite ágil, se centró fue en eso, en mejores condiciones al momento de pensionarme, el tema era que iba a ganar más porque Protección tenía mejores jugadas en el mercado y eso me iba a beneficiar pero no me acuerdo conversar sobre el tema, en ese momento yo no recuerdo haber tratado ese tema puntual de la pensión, los extractos se reciben por el correo electrónico, no consulto los extractos, los archivo o elimino, quiero trasladarme a Colpensiones para tener una pensión coherente con lo que he cotizado, en Protección no pasaría de 1 salario mínimo, en Colpensiones podría equivaler a 4 o 5 millones más o menos, entiendo que se promedian los últimos salarios de los últimos años, siendo superior al que me ofrece Protección"*

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

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el fondo de pensiones demandado proporcionara a la afiliada una suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna información sobre las reales implicaciones de abandonar el régimen de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras. No obstante, la administradora –PORVENIR S.A.- no logró demostrar, como era su deber, que suministró a la convocante una información de tales características porque, aun cuando en la contestación de la demanda afirmó que proporcionó la adecuada y completa ilustración a la demandante al momento de trasladarse, solamente aportó como medio de convicción el formulario de afiliación.

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

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

> ***«1. El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones: Un deber exigible desde su creación***
>
> ***1.1 Primera etapa: Fundación de las AFP. Deber de suministrar información necesaria y transparente.***
>
> *El sistema general de seguridad social en pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del otorgamiento de diferentes tipos de prestaciones. Con este fin, la Ley 100 de 1993 diseñó un sistema complejo de protección pensional dual, en el cual, bajo las reglas de libre competencia, coexisten dos regímenes: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, y el Régimen de Ahorro*

Individual con Solidaridad (RAIS), administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (AFP).

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

Ahora bien, para la Sala la incursión en el sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS y, por tanto, de la prestación de un servicio público esencial, estuvo, desde un principio, sujeto a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba.
…
En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.° 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 2002, cuando se produjo el traslado de la aquí demandante, la AFP PORVENIR estaba en la obligación de informar a su futura

afiliada sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, pero ello en el asunto no ocurrió o, por lo menos, no se acreditó.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR S.A. omitió en el momento del traslado de régimen **(07 de marzo de 2002, efectivo el 1° de mayo de 2002)** el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es, relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

En la misma dirección se debe señalar, no tiene incidencia alguna que la demandante no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación con la información que se le debía suministrar cuando se trasladó de régimen, al respecto se puede consultar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia STL11385 del 18 de julio de 2017, radicado 47646.

Tampoco incide el hecho que la demandante hubiese efectuado traslados entre AFP (pág. 37, 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, según se observa en el historial de vinculación ibidem.

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

> *«Precisamente en este punto la Corte advierte que la opositora Old Mutual S.A. sugiere que la afiliación entre regímenes privados es un acto de relacionamiento que implica su voluntad de permanecer al RAIS. Si bien el Tribunal no acudió expresamente a este argumento, lo cierto es que destacó que el afiliado tuvo la oportunidad de trasladarse en el periodo de gracia que estableció la Ley 797 de 2003 para retornar a Colpensiones y no lo hizo, lo que a su juicio ratificaba su voluntad de continuar en el RAIS.*
>
> *Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona*

> *contó con información suficiente para tomar esa decisión. En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.*
>
> *De modo que no es dable siquiera sugerir que los posteriores traslados entre administradoras pueden configurar un acto de relacionamiento capaz de ratificar la voluntad de permanencia en ellas, como se infiere de las decisiones de la Sala de Descongestión de esta Corte CSJ SL249-2022 y SL259-2022. Nótese que, conforme la perspectiva explicada, esa voluntad de permanencia en el RAIS es inane dado que no desvirtúa el incumplimiento del deber de información y además ubica la discusión en actuaciones que estarían respaldadas en un acto jurídico ineficaz, esto es, el del traslado inicial.*
>
> *Justamente lo anterior explica que la acción para demandar estos asuntos no sea la de nulidad -como también lo sugieren de forma equivocada aquellas providencias- sino la de ineficacia, en la cual, se reitera, lo relevante es determinar, sin más agregados, si la persona al momento de suscribir el acto de traslado de régimen pensional ha sido debidamente informada sobre las ventajas, desventajas y consecuencias de su traslado y permanencia en el RAIS.*
>
> *Por tanto, nuevamente se enfatiza que este es el precedente vigente y en vigor de la Sala de Casación Laboral de esta Corte, y recoge cualquier otro que le sea contrario, en especial el condensado en aquellas providencias».*

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

> *«De otra parte, hay que resaltar que **los cambios de administradoras de pensiones y la permanencia en el RAIS no contribuyen a esclarecer si la demandante contó con la debida ilustración al momento de trasladarse al RAIS**. De hecho, en sentencias CSJ SL5686-2021 y CSJ SL5688-2021, reiterada en la CSJ SL1055-2022, esta Sala explicó que «argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión».*
>
> *En este sentido, se indicó que «los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente **porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz**, el cual no puede sanearse como la nulidad»* (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 traslado de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de PROTECCIÓN S.A., fondo al que se encuentra afiliada la actora (*Página 37 Archivo 16 expediente digital*) del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados así como la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, de tal manera se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto.

Debe precisarse, atendiendo el grado jurisdiccional de consulta en que se conoce el presente proceso en favor de Colpensiones, se adicionará el ordinal segundo y tercero del fallo de primer grado, en cuanto a que además de lo ordenado, PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A. deben devolver a COLPENSIONES, las **comisiones**, por el tiempo en que la demandante estuvo aparentemente afiliada a esa administradora, por virtud del restablecimiento de las cosas a su estado inicial.

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

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

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

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

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

> *ora en el de la seguridad social; en la doctrina es indiscutido que la nulidad del contrato de trabajo, no priva al trabajador del derecho a su remuneración; o que en materia de seguridad social, en el laboral administrativo, según el mandato expreso del artículo 136 del C.C.A. el trabajador o el afiliado de buena fe, tiene el derecho a conservar, sin deber de restituir las prestaciones que le hubieren sido pagadas.*
>
> *[…]*
>
> *La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C.,* ***esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.***
>
> *Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual,* ***ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.***
>
> *Las consecuencias de la nulidad no pueden ser extendidos a terceros, en este caso, a la administradora del régimen de prima media en el que se hallaba el actor antes de producirse la vinculación cuya nulidad se declara, de modo que no debe asumir por el sistema de pensiones sanciones derivadas de la mora en el pago íntegro del derecho pensional, obligaciones por las que sólo ha de responder a partir de cuándo le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada."*

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

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

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

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

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

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

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

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

En punto a la petición realizada por SKANDIA de condenar a la llamada en garantía MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., en sentir de esta Corporación, la

aseguradora no está obligada a cubrir ninguna de las condenas, atendiendo que lo pretendido en autos no es otra cosa que la declaratoria de ineficacia, por falta de consentimiento informado de la afiliación realizada por la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad con el consecuente retorno al régimen de prima media con prestación definida y el traslado de las sumas recibidas por concepto aportes, cotizaciones, bonos pensionales y rendimientos financieros.

El anterior razonamiento encuentra sustento en lo previsto en el artículo 108[10] de la Ley 100 de 1993, que impone a las administradoras de fondos de pensiones el deber de contratar seguros colectivos previsionales que concurran a la financiación de las pensiones de invalidez y sobrevivientes que deban reconocerse a los afiliados del RAIS, lo cual implica que la garantía contratada solo se activa cuando ocurre el reconocimiento de dichas prestaciones –invalidez y sobrevivientes- y se requiere completar el capital respectivo para su pago al beneficiario, aspectos no comprendidos en la discusión de autos, lo que desde luego conlleva la absolución de la aseguradora convocada al proceso. Se confirma la decisión.

Igualmente, 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.

Con relación 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.

De otra parte, y teniendo en cuenta los argumentos de apelación de la actora, lo primero que ha de indicar la Sala es que dentro del presente asunto la señora ELISABETTA MORELLI RICO sostiene que existió una relación de trabajo con la

---

[10] ***ARTÍCULO 108. SEGUROS DE PARTICIPACIÓN.*** *Los seguros que contraten las administradoras para efectuar los aportes adicionales necesarios para financiar las pensiones de invalidez y sobrevivientes deberán ser colectivos y de participación.*
<Inciso modificado por el artículo 54 de la Ley 1328 de 2009. El nuevo texto es el siguiente:> El Gobierno Nacional determinará la forma y condiciones cómo las sociedades administradoras de Fondos de Pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán contratar los seguros previsionales para el pago de las pensiones de invalidez y sobrevivencia.

señora MARIA SANDRA MORELLI RICO, entre el 22 de julio de 1994 al 30 de noviembre de 2001, vínculo que soporta con el historial de semanas cotizadas en pensiones -Colpensiones- entre el 22 de julio de 1994 al 30 de junio de 1995 (página 19, archivo 01) junto con los derechos de petición que radicó la señora MARIA SANDRA MORELLI RICO a través de apoderada judicial ante la AFP PROTECCIÓN en fecha 25 de mayo de 2021 (páginas 34 a 41, archivo 01) y COLPENSIONES el 03 de junio de 2021 y 18 de agosto de 2021 (páginas 46 a 56), solicitudes que tuvieron como objeto que se liquidara la presunta mora patronal por el periodo comprendido entre el 1º de julio de 1995 al 30 de noviembre de 2001, aceptando con ello la señora MARIA SANDRA MORELLI RICO la relación laboral, no obstante esta situación y siendo precisamente punto de reparo de la demandante, adviértase, **se debió acreditar en esta litis la prestación del servicio a favor de la persona natural MARIA SANDRA MORELLI RICO para la procedencia de los periodos objeto de mora patronal.**

Al respecto, es importante resaltar, dicho reporte de semanas o derechos de petición no son prueba de la que se pueda inferir que la demandante ejecutó labores en favor de MARIA SANDRA MORELLI RICO en el lapso aquí pretendido, aunado a que no se aportó prueba que pudiera respaldar la existencia de una prestación del servicio en dicho periodo que lograra demostrar el cargo que ejecutó la demandante, las funciones realizadas, la remuneración percibida, entre otros aspectos relevantes de una verdadera relación laboral y que pudieran dar certeza a la Sala de Decisión de la misma.

Téngase en cuenta que respecto al reporte de semanas como prueba para acreditar la prestación del servicio la Corte Suprema de Justicia en su Sala Laboral, entre otras, en sentencia de 10 de marzo de 2005, rad. 24313, reiterada en la SL15929-2017, discurrió:

> ***«[…]Y lo sostenido por el ad quem, en cuanto a que para cierta época aparezca afiliado el actor al ISS, no es suficiente para demostrar la existencia del contrato de trabajo al ser ello apenas un <mero indicio de ese tipo de vinculación****>, no resulta un razonamiento equivocado, habida consideración que como lo ha reiterado la Corte de tiempo atrás <…el hecho de la afiliación al seguro social, no demuestra por sí sólo el contrato de trabajo, pues para la estructuración de este, se requiere la coexistencia de los elementos del contrato de trabajo> (Sentencia del 18 de marzo de 1994, radicado 6261)». (Negrilla de la Sala).*

De tal suerte no es posible tener por acreditados los periodos del 1º de julio de 1995 al 30 de noviembre de 2001, confirmándose en este aspecto la sentencia de primer grado.

Sentado lo anterior, se procede al estudio de la pensión de vejez, advirtiendo, en virtud de la ineficacia del traslado, e iterando que la demandante NO es beneficiaria del régimen de transición, conforme se expuso desde el inicio de esta providencia, se advierte la prestación pensional de la accionante en efecto deber ser estudiada con fundamento en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993[11], disposición que exige para el caso de las mujeres debe haber alcanzado 57 años en tanto a partir del 1° de enero del 2014 la edad se incrementó, así como las cotizaciones mínimas ascendían a 1.000 semanas , las cuales aumentaron desde el 1° de enero del año 2005 en 50 y a partir del 1° de enero de 2006 en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas.

De esta manera, como ya se mencionó se encuentra a página 18 del archivo *«01Demanda.pdf»*, copia del documento de identidad de la demandante, en el cual se consigna como fecha de nacimiento el 08 de julio de 1960, por lo que acreditó la edad exigida de 57 años, el mismo día y mes del año **2017**; ahora bien, en cuanto a la cantidad de semanas de cotización, se encuentra a página 39 del archivo digital (16contestacionProtección.pdf), la HISTORIA LABORAL generada por la AFP PROTECCIÓN con corte al 24 de agosto de 2022 y COLPENSIONES (archivo 12, página 3), en la que se desprende que la demandante contaba a dicha data con 1.011,42[12] semanas, discriminadas en 48,57 otro régimen, 647,14 semanas otros fondos y 315,71 semanas Protección, razón por la cual es claro que actualmente la promotora de este litigio **NO** reúne los requisitos previstos en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, razón por la cual el anhelo de la promotora del litigio se torna en una **PETICIÓN ANTES DE TIEMPO**, contrario a lo señalado por la Juez de primer grado, por lo que se revocará este punto y en su lugar se declarará probada esta excepción de oficio.

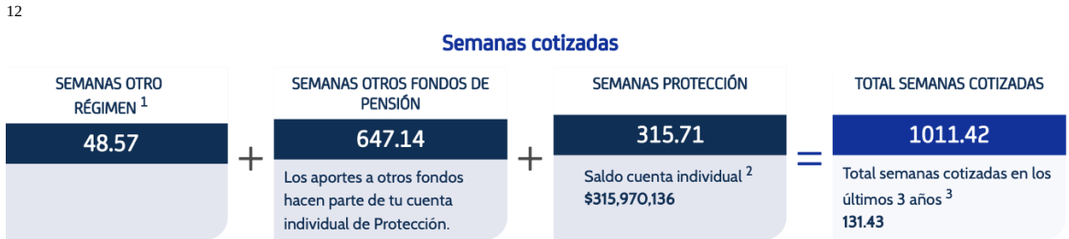
---

[11] *"**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".

[12]



Con relación a este asunto, es importante indicar, dicha excepción puede ser declarada de oficio, por cuanto en los términos del artículo 282 del C.G.P[13]., solamente las excepciones de prescripción, compensación y nulidad relativa, deben ser solicitadas para su procedencia, precisándose, el análisis aquí efectuado frente al derecho pensional de la actora, esto es, el número de semanas (1.011,42), no es óbice para que la misma continúe efectuando los aportes al sistema, si a bien lo tiene, y en ese orden no se vea afectada su eventual pensión de vejez por el fenómeno de la cosa juzgada, de haberse prohijado una decisión absolutoria frente a este tema.

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES[14] *(Páginas 6 y 7, Archivo 11 Contestación Colpensiones expediente digital)*, entidad ésta última a favor de quien se surte la consulta*,* basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la mencionada sentencia SL-1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por la encartada, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

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

---

[13] *"Art. 282. En cualquier tipo de proceso, cuando el juez halle probados los hechos que constituyen una excepción deberá reconocerla oficiosamente en la sentencia, salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa, que deberán alegarse en la contestación de la demanda..."*

[14] Se tuvo por contestada la demanda en auto del 31 de enero de 2023, archivo 18 del expediente digital.

PRIMERO: ADICIONAR los numerales **SEGUNDO y TERCERO** del fallo de primer grado, para ordenar a la AFP PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A. a devolver a COLPENSIONES, además de lo dispuesto por la Juez *a quo*, las **comisiones**, debidamente **indexadas** con cargo a sus propias utilidades, por el tiempo en que la demandante estuvo aparentemente afiliada a esas administradoras, conforme lo considerado.

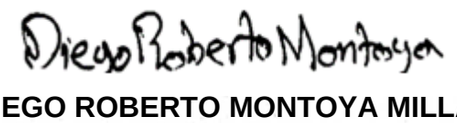
SEGUNDO: DISPONER que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: REVOCAR el numeral **SÉPTIMO** de la sentencia proferida en primer grado y, en su lugar, **DECLARAR PROBADA DE OFICIO** la excepción de **PETICIÓN ANTES DE TIEMPO**, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

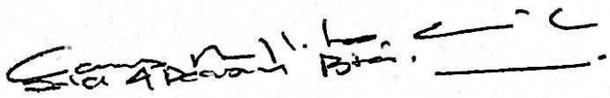
CUARTO: **CONFIRMAR** en lo demás, la sentencia de primera instancia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia.

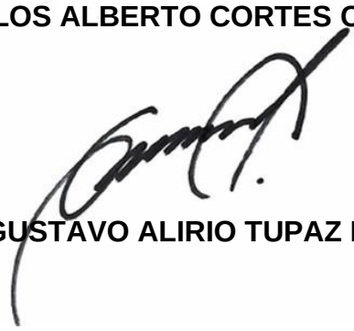
NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA 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 BERTHA NANCY ESLAVA DE FUENTES CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- Y PORVENIR S.A. (RAD. 27 2023 00083 01)

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre 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 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 la demandante y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, contra la sentencia proferida por la Juez 27 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 04 de octubre de 2023 (archivo15 del expediente digital, récord: 36:18), en la que se resolvió:

> *"**PRIMERO: DECLARAR** inexistente la afiliación al RAIS efectuado por la señora BERTHA NANCY ESLAVA DE FUENTES, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*
>
> ***SEGUNDO:** Como consecuencia de lo anterior, **DECLARAR** que la señora BERTHA NANCY ESLAVA DE FUENTES se encuentra válidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES desde el 17 de agosto de 1977 sin solución de continuidad, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*
>
> ***TERCERO: DECLARAR NO PROBADAS** las excepciones formuladas por COLPENSIONES, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

> ***CUARTO: CONDENAR*** *en costas a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES en la suma de $3'000.000 como agencias en derecho a favor de la demandante.*
>
> ***QUINTO: DECLARAR*** *la* ***FALTA DE JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA*** *de la jurisdicción ordinaria laboral para resolver las pretensiones relacionadas con el reconocimiento de la pensión y, en consecuencia,* ***ORDENAR*** *el envío del expediente a los Juzgados Administrativos del Circuito de Bogotá, para lo de su cargo.".*

Inconforme con la decisión, el apoderado de la demandante interpuso recurso[1], manifestando su desacuerdo frente a la pretensión de la pensión de vejez, la cual no fue resuelta por la *a quo* al declarar la falta de jurisdicción y competencia. Al efecto, advirtió, el despacho está desobedeció una orden del superior en razón a que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, declaró que eran competentes los jueces de la jurisdicción ordinaria laboral para conocer el asunto de la señora Bertha Nancy Eslava de Fuentes y por tal motivo declaró la nulidad de lo actuado y envió el proceso al Juzgado 27 Laboral del Circuito de Bogotá para que fallara en primera instancia.

---

[1]***Recurso Demandante, récord 38:33, archivo 15:*** *"Con el debido respeto, solicito al Honorable Tribunal se sirva modificar la sentencia que acabará de proferir el despacho confirmándole en cuanto declaró la inexistencia del traslado, que por cierto ya había sido declarado por un juzgado administrativo, pero se niega a fallar lo relacionado con la pensión por falta de jurisdicción, sea lo primero advertir que el despacho está desobedeciendo una orden del superior en razón a que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, declaró que eran competentes los jueces de la jurisdicción ordinaria laboral para conocer el asunto de la señora Bertha Nancy Eslava de Fuentes y por tal motivo declaró la nulidad de lo actuado y envió el proceso al Juzgado 27 Laboral del Circuito de Bogotá para que fallara en primera instancia. Sin embargo, hoy el despacho está desobedeciendo esa orden y se está negando a fallar por falta de jurisdicción, cuando ya un superior jerárquico señaló que sí es competente para fallar.*

Lo segundo, la señora Bertha Nancy Eslava de Fuentes lleva muchos años reclamando, 10 o 13 años tratando de recuperar su pensión sin contar todo el tiempo que lleva tratando de que se logre la inexistencia del traslado y ya dos jueces le han dicho que no tienen competencia, le dijo el Tribunal Administrativo y ahora le dice el Juzgado Laboral.

Por tal motivo, es una carga desproporcionada para la demandante que ningún juez decida sobre su pensión, no hacen uso del fuero de atracción que está consagrado tanto en el Código General del Proceso como en el Código de Procedimiento administrativo y de lo Contencioso administrativo, en virtud de cuál cuando el juez debe conocer una pretensión que está relacionada, intrínseca y directamente con otra pretensión, debe fallar las dos, así no tenga competencia para una de ellas, porque como lo mencionó, es desproporcionado que a una persona la pongan a pasear por todos los juzgados y jurisdicciones del país para que nadie le resuelva su caso de fondo. En este caso no se está resolviendo de fondo el caso de la señora Bertha Eslava y se está vulnerando su derecho al libre acceso a la administración de Justicia, por lo que el Tribunal Superior debe decidir de fondo sobre la pensión de la señora demandante.

Recordemos que tanto al Tribunal como al juzgado mencionó que lo más aconsejable en este caso era proponer el conflicto de competencia para evitar lo que está sucediendo ahora, pero la jurisdicción ordinaria laboral asumió la competencia y debe resolver de fondo el asunto propuesto por la actora. Por tal motivo, solicito al despacho se sirva acceder a las pretensiones de la demanda por los cambios de jurisprudencia, actualmente la pensión más favorable para la señora Bertha Nancy Eslava es la pensión consagrada en el Acuerdo 049 de 1990 subsidiariamente, la Ley 33 del 85, Ley 71 de 1988 y en el peor de los casos, ejerciendo facultades ultra y extra petita de ser necesario, lo cual no estaba vedado para el Tribunal cuando se trata de garantías mínimas y derechos fundamentales como la pensión, la Ley 797 del año 2013, pero reitero, el orden es que se pronuncie primero sobre el Acuerdo 049 de 1900 de 1990. En estos términos solicito se modifique la decisión de primera instancia y se condene a pagar la pensión a la señora demandante. Muchas gracias.".

De otra parte, esgrimió, la señora Bertha Nancy Eslava de Fuentes lleva muchos años reclamando, más o menos 10 o 13 años tratando de recuperar su pensión sin contar todo el tiempo que lleva tratando de lograr la inexistencia del traslado y ya dos jueces le han dicho que no tienen competencia, siendo una carga desproporcionada para la demandante que ningún juez decida sobre su pensión, debiéndose hacer uso del fuero de atracción que está consagrado tanto en el Código General del Proceso como en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en virtud del cual, cuando el juez debe conocer una pretensión que está relacionada, intrínseca y directamente con otra pretensión, debe fallar las dos, así no tenga competencia para una de ellas, tornándose desproporcionado que o se resuelva de fondo la situación de la señora Bertha Eslava, vulnerándose el derecho al acceso a la administración de Justicia.

Recordó, tanto el tribunal como el juzgado mencionó que lo más aconsejable en este caso era proponer el conflicto de competencia para evitar lo que está sucediendo ahora, pero la jurisdicción ordinaria laboral asumió la competencia y debe resolver de fondo el asunto propuesto por la actora. Por tal razón, solicitó se accedan a las pretensiones de la demanda por los cambios de jurisprudencia, analizando la prestación más favorable para la demandante bajo las reglas del Acuerdo 049 de 1990 subsidiariamente, la Ley 33 del 85, Ley 71 de 1988 y, ejerciendo facultades ultra y extra petita la Ley 797 del año 2013.

Por su parte, Colpensiones[2] adujo, no comparte la decisión de la *a quo,* toda vez que, dentro de proceso no se logró demostrar el supuesto engaño proveniente de

[2] ***Recurso Colpensiones, récord 44:11, archivo 15:*** *"Muchas gracias su Señoría, teniendo en cuenta la sentencia condenatoria que acaba de dictar el despacho, me permito interponer y sustentar el recurso de apelación contra la misma. Al respecto, tenemos que el honorable Juzgado 27, ordenó declarar la ineficacia, la afiliación de la parte actora y en su lugar tener a la accionante como afiliada al régimen de prima media con prestación definida a cargo de Colpensiones, por ende, me permito indicar que Colpensiones no comparte tal decisión, toda vez que la entidad, no comparte esta decisión, toda vez que, como se indicó tanto en la contestación de la demanda como los alegatos de conclusión, nunca en el transcurso del proceso, se logró demostrar el supuesto engaño sufrido por las AFP, donde estaba afiliada la actora, así como la falta de información al momento de la asesoría.*

Al ser esto un asunto probatorio de Colpensiones, no tiene documentos o conoció en su momento de la referida asesoría recibida por la demandante, queda sujeto aquello que la AFP del RAIS logre demostrar esta relación, pues con su gestión acorde al estatuto del consumidor, leyes y decretos que regulan la afiliación de los particulares al sistema régimen de ahorro individual con solidaridad.

No obstante lo anterior, al revisar el formulario de afiliación y traslado firmado por la demandante y suscrito bajo la gravedad del juramento, en el mismo se encuentra la manifestación expresa de que lo hizo libre de apremios y por su propia voluntad. Por tanto, la afiliación de la parte actora al RAIS se realizó con el lleno de requisitos legales y en dichas oportunidades, pues no manifestó su deseo de retratarse a la misma razón por la cual no podía ordenar su regreso automático al régimen de prima media con prestación definida. Así

la AFP, donde estaba afiliada la actora, así como la falta de información al momento de la asesoría.

Consideró, al ser esto un asunto probatorio, Colpensiones no tiene documentos o conoció en su momento sobre la referida asesoría recibida por la demandante, quedando sujeto aquello a que la AFP logre demostrar esta relación, acorde al estatuto del consumidor, leyes y decretos que regulan la afiliación de los particulares al sistema régimen de ahorro individual con solidaridad.

Añadió, al revisar el formulario de afiliación y traslado firmado por la demandante suscrito bajo la gravedad del juramento, se encuentra la manifestación expresa de 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 requisitos legales y en dichas oportunidades, no manifestó su deseo de retractarse por lo que no se puede ordenar el regreso automático al régimen de prima media con prestación definida. Así mismo, dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente se

---

mismo, dentro del expediente no obra prueba alguna y que efectivamente se lo hubiese hecho incurrir en error, falta el 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. Así mismo, no se evidencia dentro del formulario nota de protesta o anotación alguna que permita inferir con probabilidades de certeza una inconformidad por parte de la demandante, al contrario, se observa que las documentales se encuentran sujetas a derecho y que se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas, siendo fácil concluir que en el presente asunto no se vició el consentimiento alegado por error toda vez que el mismo no tiene la fuerza legal para repercutir sobre la edificación jurídica del acto celebrado ante la accionada AFP PORVENIR y posteriormente Colfondos.

Por no tratarse de un error de nulidad, que es aquel que por esencial afecta la validez del acto y lo condena a su anulación y rescisión judicial del anterior, se deduce que, sin esta decisión libre de voluntarios, impresiones y en las oportunidades legales, la accionante nunca manifestó su deseo de retractarse sobre la afiliación al raíz a la postre que asumiera las consecuencias legales de tales decisiones que no fueron otras que realizó por las normas, procedimiento y requisito establecidos para el régimen de ahorro individual 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, lo que significa que la vinculación a las administradoras del RAIS goza de total validez.

Finalmente, al haber fundado la parte actora su pretensión en el hecho de haber sido engañada por los asesores de los fondos privados, a los cuales ha estado afiliado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1516 del Código Civil y 167 del Código General del Proceso, le correspondía la carga de probar dicha afirmación, lo que brilla por su ausencia, en el presente caso los hechos y pretensiones de la accionante no estaban llamadas a prosperar por cuanto carecían de la reunión total de exigencias y rigurosidades que establece la ley para retornar del RAIS a la RPM, teniendo en cuenta lo anterior y pues aunado a lo indicaban los alegatos de conclusión y previamente en la contestación de la demanda y también con base en la certificación del Comité de Conciliación expedida del Comité de Conciliación de la administradora colombiana de pensiones, se solicita muy respetuosamente al honorable Tribunal Superior de Bogotá, Sala laboral que revoque la sentencia preferida en primera instancia y es su lugar se absuelva con pensiones de todas y cada una de las condenas.".

le hubiese hecho incurrir en error o falta el deber de la información por parte de la AFP o que se está en presencia de algún vicio del consentimiento, como error, fuerza o dolo, se echa de menos la nota de protesta o anotación alguna que permita inferir con probabilidades de certeza una inconformidad por parte de la demandante, al contrario, se observa que las documentales se encuentran sujetas a derecho y que se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas, siendo fácil concluir que en el presente asunto no se vició el consentimiento alegado por error toda vez que el mismo no tiene la fuerza legal para repercutir sobre la edificación jurídica del acto celebrado ante la accionada AFP PORVENIR y posteriormente Colfondos.

Por no tratarse de un error de nulidad, que es aquel que por esencia afecta la validez del acto y lo condena a su anulación y rescisión judicial, se deduce que, sin esta decisión libre de presiones y en las oportunidades legales, la accionante nunca manifestó su deseo de retractarse sobre la afiliación al raíz, a la postre, que asumiera las consecuencias legales de tales decisiones que no fueron otras que realizó por las normas, procedimiento y requisito establecidos para el régimen de ahorro individual 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, lo que significa que la vinculación a las administradoras del RAIS goza de total validez.

Finiquitó, al haber fundado la parte actora su pretensión en el hecho de haber sido engañada por los asesores de los fondos privados, a los cuales ha estado afiliada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1516 del Código Civil y 167 del Código General del Proceso, le correspondía la carga de probar dicha afirmación, lo que brilla por su ausencia, en el presente caso los hechos y pretensiones de la accionante no están llamadas a prosperar por cuanto carecen de las exigencias y rigurosidades que establece la ley para retornar del RAIS a la RPM.

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda (páginas 15 a 17, archivo01, carpeta 02JuzgadoAdministrativo), las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (páginas 17 a 20), aspirando:

1. **Peticiones principales:**
   1.1. Tener para todos los efectos jurídicos que es inexistente la afiliación o traslado de la señora BERTHA NANCY ESLAVA DE FUENTES, del Instituto de Seguros Sociales a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía PORVENIR S.A. (Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad).
   1.2. Se tenga para todos los efectos jurídicos que la señora BERTHA NANCY ESLAVA DE FUENTES es beneficiaria del régimen de transición pensional previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por no haberse trasladado jamás al régimen de ahorro individual con solidaridad.

   1.3. Sírvase reconocer y pagar a la señora BERTHA NANCY ESLAVA DE FUENTES:
      1.3.1. La pensión prevista en la Ley 33 de 1985, teniendo en cuenta todos los factores salariales percibidos durante el último año de servicios, es decir, además de la asignación básica los factores salariales tales como: prima de navidad, prima de servicio, prima de antigüedad, subsidio de alimentación, bonificación por servicios prestados, bonificación especial de recreación, prima de vacaciones y sueldo por vacaciones.
      1.3.2. Las mesadas adicionales de diciembre de cada año.
      1.3.3. Los intereses moratorios liquidados mes por mes, desde el momento en que se causaron las mesadas pensionales adeudadas hasta que se verifique el pago total de cada una de las obligaciones.

> **2. Primeras peticiones subsidiarias:** En caso de no acceder a las peticiones principales:
>
> 2.1. Tener para todos los efectos jurídicos que es inexistente la afiliación o traslado de la señora BERTHA NANCY ESLAVA DE FUENTES del Instituto de Seguros Sociales a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía PORVENIR S.A. (Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad).
>
> 2.2. Se tenga para todos los efectos jurídicos que la señora BERTHA NANCY ESLAVA DE FUENTES es beneficiaria del régimen de transición pensional previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por no haberse trasladado jamás al régimen de ahorro individual con solidaridad.
>
> 2.3. Sírvase reconocer y pagar a mi poderdante:
>
> 2.3.1. La pensión de vejez prevista en el acuerdo 049 de 1990.
>
> 2.3.2. Las mesadas adicionales de diciembre de cada año.
>
> 2.3.3. Los intereses moratorios liquidados mes por mes, desde el momento en que se causaron las mesadas pensionales

Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró inexistente la afiliación al RAIS efectuado por la señora BERTHA NANCY ESLAVA DE FUENTES, como consecuencia se declaró que la señora BERTHA NANCY ESLAVA DE FUENTES se encuentra válidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES desde el 17 de agosto de 1977 sin solución de continuidad, se declararon no probadas las excepciones formuladas por COLPENSIONES, se declaró la falta de jurisdicción y competencia para resolver las pretensiones relacionadas con el reconocimiento de la pensión, ordenándose el envío del expediente a los Juzgados Administrativos del Circuito de Bogotá, para lo de su cargo y se condenó en costas. **Lo anterior tras considerar la *a quo***, el acto jurídico de traslado por medio del cual la señora Bertha Nancy se afilió a Porvenir, no nació a la vida jurídica, ya que la demandante no consintió dicho acto o declaración, la voluntad de afiliación al ser falsificada la firma, conforme evidenció de las pruebas aportadas al plenario, por lo que, en aplicación del artículo 898 del Código de Comercio, declaró inexistente el traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado desde el 17 de agosto de 1977.

Igualmente, advirtió, no pueden analizarse las pretensiones relacionadas con el reconocimiento de la pensión de vejez que reclama la demandante, teniendo en

cuenta que conforme las certificaciones laborales, el último cargo de la señora Bertha Nancy Eslava de Fuentes, fue el de auxiliar del área salud en la empresa social del Estado Hospital Simón Bolívar, por lo que, conforme el parágrafo del artículo 26 de la Ley 10 de 1990, solo son trabajadores oficiales de las empresas sociales del Estado quienes desempeñan cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria o de servicios generales en las mismas instituciones, concluyendo en este asunto, la señora Eslava de Fuentes fue **empleada pública** de la empresa social del Estado Hospital Simón Bolívar, siendo el competente para conocer de estos litigios la jurisdicción contenciosa administrativa.

Establecido lo anterior se abordará el estudio del recurso de apelación interpuesto por Colpensiones y, posteriormente por la demandante, en los puntos objeto de censura, además de surtirse el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, 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 tal forma, corresponde a esta Sala definir, como primer problema jurídico planteado, la validez del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual de la actora, llevado a cabo en el año 03 de agosto de 2000 a PORVENIR y ante COLFONDOS el 25 de octubre de 2001 (páginas 41 y 43 archivo 01 Proceso Escaneado).

Sea lo primero recordar que, el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 114 *ibidem* permite al afiliado la selección libre y voluntaria del régimen pensional; por su parte, el artículo 271 del mismo estatuto, señala las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, y ordena dejar sin efecto dicho acto, y realizar uno nuevo sin presiones.

Por su parte, el artículo 4º del Decreto 656 de 1994, estipula que *“las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.”.*

Ahora bien, de cara a lo anterior, se encuentra demostrado en el proceso que la señora BERTHA NANCY ESLAVA DE FUENTES se afilió y cotizó al Instituto de Seguros Sociales entre el 17 de agosto de 1997 al 31 de diciembre de 2016 (*expediente digital, archivo 01, proceso escaneado.pdf, páginas 277 a 291*), conforme al reporte de semanas actualizado al 21 de marzo de 2017.

Asimismo, se observa, mediante formulario de afiliación a Porvenir S.A., diligenciado el 03 de agosto de 2000, se efectuó un traslado a nombre de la accionante, al régimen de ahorro individual con solidaridad (expediente digital, archivo ibidem, página 43). No obstante, la suscripción de dicho formulario de vinculación no fue realizada por ella, según dicho de la señora BERTHA NANCY ESLAVA DE FUENTES.

Por lo anterior, el 23 de enero de 2015 la AFP PORVENIR remitió comunicación a la Vicepresidenta de Financiamiento e Inversiones de COLPENSIONES informando (página 45, ibidem):

Respetada señora Diana:

Por medio de la presente, nos permitimos solicitar la activación de la afiliación de la señora BERTHA NANCY ESLAVA DE FUENTES con CC 41773479 quién nos ha manifestado que no consintió su traslado a Porvenir, dado que la firma que aparece estampada en el formulario de traslado no corresponde a su firma original.

Dicha afirmación fue corroborada mediante estudio grafológico cuya copia se adjunta a la presente comunicación.

Por consiguiente, la afiliación válida sigue siendo la de Colpensiones al amparo del artículo 1.502 del Código Civil que determina que para que un contrato se forme y sea válido se requiere que concurran entre otros requisitos, que la persona "consienta en dicho acto", circunstancia que no se dio en este caso.

Esta solicitud activación se soporta en la Ley 19 de 2012 - Antitrámites, que en relación con la autenticidad de la firma dispone:

> Artículo 36. *"PRESUNCIÓN DE VALIDEZ DE FIRMAS. El artículo 24 de la Ley 962 de 2005, quedará así: Artículo 24. Presunción de validez de firmas. Las firmas de particulares impuestas en documentos privados, que deban obrar en trámites ante autoridades públicas no requerirán de autenticación. Dichas firmas se presumirán que son de la persona respecto de la cual se afirma corresponden. **Tal presunción se desestimará si la persona de la cual se dice pertenece la firma, la tacha de falsa, o si mediante métodos tecnológicos debidamente probados se determina la falsedad de la misma**".* (se resalta)

Ahora bien en virtud de lo previsto en el artículo 8 de la citada Ley, adicional a los documentos que acreditan la falsedad, no es necesaria la intervención de ninguna autoridad. En efecto señala dicho artículo:

> *"PROHIBICIÓN DE EXIGIR ACTUACION JUDICIAL PREVIA PARA LA DECISIÓN ADMINISTRATIVA: Se prohíbe exigir como requisito previo para obtener una decisión administrativa **la interposición de una acción judicial** y la presentación de la copia de la providencia que ordene el reconocimiento o adjudicación de un derecho."*

Por último, no puede perder de vista que el artículo 83 de la Constitución Política dispone que todas las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deban ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas, norma que ampara a la señora BERTHA NANCY ESLAVA DE FUENTES con CC 41773479.

Con base en lo antes expuesto y en los documentos que lo soportan, muy comedidamente reiteramos nuestra solicitud de activar la afiliación citada, advirtiendo que Porvenir procederá a girar los aportes a Colpensiones en el proceso denominado "no vinculados"

Lo anterior se soporta con el escrito de fecha 05 de enero de 2015, por medio del cual el perito que realizó la prueba grafológica; el cual fue contratado por PORVENIR en su momento, indicó (pág. 49, archivo proceso escaneado):

Asunto: **INFORME DE ANALISIS GRAFOLOGICO**

Ref.: **Rad. 0100222057731800**
C.C. 41773479
T.N. 7934845 - 7935728

La señora **BERTHA NANCY ESLAVA DE FUENTES,** identificada con la C.C. No. 41.773.479, en carta radicada ante Porvenir S.A. solicita... "en el formulario de afiliación No 01417850 diligenciado por el asesor GIOVANY LINARES se falsifico la firma de mi mandante."

Teniendo en cuenta la solicitud mencionada, se procedió al estudio de la firma y validación del formulario de afiliación Número 01417850 de fecha 3 de Agosto de 2000, el cual aparece relacionado al número de cedula de ésta persona. Al revisar la firma e información suministrada por la señora ESLAVA DE FUENTES, con diligencia de autenticación ante notaria. Se pudo observar en principio Discrepancias en los movimientos generadores de los trazos, extensión, desplazamiento, y ubicación en el espacio gráfico, concluyendo que la signatura que suscribe el formulario de afiliación referido no se identifica con la firma autógrafa del titular. Presenta saldo a la fecha en el fondo.

Se asignara la tarea al área de Atencion Integral al Cliente para la gestión y respuesta correspondiente.

El presente informe se anexará como parte integral al Expediente Administrativo que se lleva en la Gerencia de Auditoria de Porvenir S.A.

En el mismo sentido, evidencia esta Sala que la demandante incluso, desconoce la firma que reposa en el formulario de afiliación a Colfondos, sociedad que valga señalar, no fue demandada ni vinculada a esta litis, la cual data del 25 de octubre de 2001 (página 51, archivo 01 proceso escaneado), admitiéndose entonces la falsificación de la rúbrica, conforme se desprende del análisis efectuado por la Fiscalía General de la Nación, Unidad de Indagación e Instrucción Ley 600 de 2000, Fiscalía 91 Seccional, calendada 30 de julio de 2012 (páginas 53 a 57, ib.), así:

> De acuerdo al análisis probatorio que se hace sobre el recaudo obrante en esta actuación la Fiscalía no encuentra con claridad la forma como ocurrieron los acontecimientos, maxime si es la misma entidad que tras las quejas de los ofendidos procede, motu proprio, a realizar las respectivas pruebas grafológicas para establecer que "Al parecer se trata de actuaciones irregulares de carácter penal, donde presumiblemente se falsificaron las firmas de personas, para ser afiliadas al Fondo de Pensiones administrado por Colfondos", generando dudas estos acontecimientos sobre la forma como se pudieron realizar las múltiples falsedades cuando se sabe que es la propia entidad la que maneja este tipo de contratos a través de agentes comerciales y que, en definitiva es a sus dependencias a donde van a ingresar tanto las afiliaciones al fondo, como el recaudo económico por estos conceptos. Tanto así, que ante las diferentes quejas de los ofendidos es que procede internamente a realizar los cotejos para establecer que efectivamente las precitadas personas fueron suplantadas.
>
> Ahora bien, pese a los anteriores planteamientos esta actuación se encaminó a establecer la identidad e individualización de los presuntos responsables razón por la cual esta Delegada en sus distintas actuaciones dispuso las diligencias
>
> 4
>
> con ese propósito sin que en el interregno de la investigación se hubieren aportado los elementos de juicio indispensables para ello, convirtiéndose en un imposible sumarial el arribo de pruebas que nos muestren con toda certeza tanto la plena identidad de quienes pudieron haber cometido estos hechos, porque precisamente ante esa circunstancia surge el impedimento del aporte probatorio para tal finalidad.
>
> Así entonces dentro del presente recaudo no se evidencian elementos probatorios para determinar la plena identidad o individualización del autor de este hecho punible, convirtiéndose como se indica, en un imposible allegar las pruebas que nos den esa claridad si en cuenta se tiene el tiempo transcurrido desde la fecha de ocurrencia de los hechos (años 1999, 2000, 2001, 2003), todo lo cual resulta lo suficientemente válido como para dar aplicación al contenido del artículo 325 en concordancia con el 327 del C. de P.P. profiriendo RESOLUCION INHIBITORIA y ordenando que en firme esta decisión se archiven las diligencias.

Debe aclararse que si bien en esta investigación se dispuso la practica del dictamen grafológico respecto del señor NEIRA LEON, tal prueba resulta innecesaria para este caso dado que la misma ya fue materia de análisis por el propio Fondo de Pensiones en donde se concluyó que ciertamente fue adulterada, razón por lo que para esta decisión se considera como inconducente.

De otro lado y establecido como se encuentra dentro de la actuación que efectivamente los señores VICTOR LAIN LINARES GOMEZ, JUAN DE JESUS CRISTANCHO NUÑEZ, EDGAR BOLIVAR ALVAREZ, MARIA EUGENIA ARANGO DIAZ, BERTHA NANCY ESLAVA DE FUENTES, JOSE GONZALO NEIRA LEON y ELBA MARIA CARDENAS GUTIERREZ fueron objeto de suplantación para la afiliación ilícita en el Fondo de Pensiones de Colfondos, como lo estableció la propia entidad, se dispone el dar aplicabilidad a los preceptos del artículo 21 en consonancia con el 66 del C. de P.P., ordenando el RESTABLECIMIENTO a favor de los mismos, por lo que se oficiará a COLFONDOS deje sin efectos legales las referidas afiliaciones y disponga las gestiones para que las cosas vuelvan a su estado anterior, valga decir, devolviendo los aportes e inscripciones a las entidades a donde hubieren estado afiliados estas personas.

Igualmente y como quiera que con estos hechos se podrían estar evidenciando algunas irregularidades internas en Colfondos que llevaron a estas afiliaciones de manera fraudulenta, ofíciese a las respectivas autoridades y Superintendencias competentes, para que adelanten las investigaciones del caso sobre los hechos materia de esta actuación.

Pues bien, de cara a los medios de prueba mencionados, para esta Sala se demostró que el formulario de vinculación de la AFP PORVENIR que data del 03 de agosto de 2000, tenido en cuenta inicialmente para el traslado de régimen, no fue suscrito por la aquí demandante, y en efecto, tampoco medió su autorización para que otra persona lo suscribiera.

Puntualmente, se observa que PORVENIR admitió esta irregularidad a través del escrito de fecha 23 de enero de 2015, tan es así que solicitó directamente a COLPENSIONES la activación de la afiliación de la actora al ser la única válida en virtud a lo dispuesto en el articulo 1502 del Código Civil y articulo 36[3] de la Ley 19 de 2012, resaltando esta administradora de pensiones que no es necesaria la intervención de ninguna autoridad cuando se acredita la falsedad de los documentos.

---

[3]***ARTÍCULO 36. PRESUNCIÓN DE VALIDEZ DE FIRMAS.*** *El artículo 24 de la Ley 962 de 2005, quedará así:*

"Artículo 24. Presunción de validez de firmas. Las firmas de particulares impuestas en documentos privados, que deban obrar en trámites ante autoridades públicas no requerirán de autenticación. Dichas firmas se presumirán que son de la persona respecto de la cual se afirma corresponden. Tal presunción se desestimará si la persona de la cual se dice pertenece la firma, la tacha de falsa, o si mediante métodos tecnológicos debidamente probados se determina la falsedad de la misma.

Los documentos que implican transacción, desistimiento y, en general, disposición de derechos, deberán presentarse y aportarse a los procesos y trámites administrativos de acuerdo con las normas especiales aplicables. De la misma manera, se exceptúan los documentos relacionados con el sistema de seguridad social integral y los del magisterio".

Aunado a lo que antecede se tiene que el formulario de Colfondos también carece de validez en la medida que la propia sociedad analizó el documento y estableció que fue objeto de suplantación, informándolo así a la fiscalía como anteriormente se anotó, en consecuencia, la Fiscalía 91 Seccional ordenó el restablecimiento a favor de la demandante, entre otros sujetos, ordenando a dicha AFP dejar sin efectos la afiliación.

En este sentido, en el examine quedó plenamente demostrada la ausencia de consentimiento de la demandante respecto del traslado efectuado el 03 de agosto de 2000, pues como quedó visto, no fue ella quien plasmó su firma en el formato de vinculación, siendo la consecuencia de tal falencia la inexistencia del acto jurídico, tal como lo aceptó la misma AFP, es decir, no produjo efecto alguno.

En consecuencia, y en punto al recurso de Colpensiones, en esta litis resulta evidente que la AFP Porvenir S.A. faltó a su deber en la verificación de los requisitos formales para legalizar el traslado, pues así lo admitió la propia AFP luego de una prueba grafológica realizada, lo que conlleva la inexistencia del acto jurídico de traslado y, en consecuencia, la señora BERTHA NANCY ESLAVA DE FUENTES se encuentra válidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, como lo encontró la juez de primera instancia, y por ello habrá de confirmarse la decisión de la *a quo.*

Importa resaltar que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado en los casos en los que se declara la ineficacia de un traslado de régimen, que en tratándose de afiliados, los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos debieron ingresar a RPM, criterio que igualmente es aplicable frente al porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima (CSJ SL2209-2021).

Y aunque este criterio se ha establecido para los casos en que se encuentra procedente la inexistencia del traslado por falta de información, es totalmente aplicable al caso que ahora ocupa la atención de la Sala, si se tiene en cuenta

que, al declararse la nulidad del acto, conlleva los mismos efectos jurídicos como si nunca se hubiere efectuado el mismo, razón por la cual, las cosas deben retornar a su estado inicial, al no haber nacido a la vida jurídica ese acto pues falta un elemento esencial como lo era la suscripción del documento o, el consentimiento de la actora, por lo ya explicado.

Por tanto, no sobra advertir, Porvenir S.A. deberá trasladar a **COLPENSIONES** el saldo que se encuentre en la cuenta de ahorro individual de la actora con sus respectivos rendimientos y sumas descontadas por concepto de cuotas de administración, comisiones, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades, conforme lo considerado. Igualmente, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, en tal sentido se adicionará la sentencia de primer grado.

En otro giro, frente a la inconformidad planteada por el apoderado de la demandante, relacionada con la falta de jurisdicción y competencia declarada por la juez de primer grado, se advierte, teniendo en cuenta que conforme a las certificaciones laborales que obran a páginas 183 a 225 del archivo 01, se desprende que el último cargo desempeñado por la señora Bertha Nancy Eslava de Fuentes, fue el de auxiliar del área salud en la empresa Social del Estado Hospital Simón Bolívar, siendo aplicable el contenido del parágrafo del artículo 26[4]

[4] *"ARTÍCULO 26.- Clasificación de empleos. En la estructura administrativa de la Nación, de las entidades territoriales o de sus entidades descentralizadas, para la organización y prestación de los servicios de salud, los empleos pueden ser de libre nombramiento y remoción o de carrera.*

Son empleos de libre nombramiento y remoción:

1. En la administración nacional central o descentralizada, los enumerados en las letras a), b), c) e i) del artículo 1 de la Ley 61 de 1987.

2. En las entidades territoriales o en sus entes descentralizados:

a. Los de Secretario de Salud o Director Seccional o local del sistema de salud, o quien haga sus veces, y los del primer nivel jerárquico, inmediatamente siguiente;

b. Los de Director, Representante Legal de entidad descentralizada y los del primero y segundo nivel jerárquico, inmediatamente siguientes;

de la Ley 10 de 1990, que dispone, solo son trabajadores oficiales de las empresas sociales del Estado quienes desempeñan cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria o de servicios generales en las mismas instituciones, se concluye que la demandante ostentaba la calidad de **empleada pública** y no trabajadora oficial, asignándose en principio, la competencia para resolver lo pertinente frente al reconocimiento pensional a la jurisdicción contencioso administrativa.

No obstante lo anterior, es pertinente hacer un breve recuento de las actuaciones surtidas en esta litis, evidenciando:

La parte actora acudió en un primer momento a la jurisdicción contencioso administrativa a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho a fin de ventilar las pretensiones que hoy ocupa a la Sala, proceso que fue tramitado ante el Juzgado 53 Administrativo del Circuito de Bogotá, Sección Segunda, quien profirió fallo el 29 de octubre de 2020 accediendo a las pretensiones al concluir que el traslado de la accionante al régimen de ahorro individual fue inexistente y en consecuencia reconoció la pensión bajo la prerrogativa de la Ley 71 de 1988. (Páginas 235 a 467, carpeta 02, Carpeta02JuzgadoAdministrativo)

Al recurrirse dicha decisión por COLPENSIONES, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección D en fecha 04 de octubre de 2021 (páginas 643 a 652, ib.), dispuso:

---

c. Los empleos que correspondan a funciones de dirección, formulación y adopción de políticas, planes y programas y asesoría. Ver art. 6, Ley 60 de 1993.

NOTA: Texto subrayado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-387 de 1996.

Todos los demás empleos son de carrera. Los empleados de carrera, podrán ser designados en comisión, en cargos de libre nombramiento y remoción, sin perder su pertenencia a la carrera administrativa. Ver Ley 443 de 1998.

PARÁGRAFO. - Son trabajadores oficiales, quienes desempeñen cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales, en las mismas instituciones.

Los establecimientos públicos de cualquier nivel, precisarán en sus respectivos estatutos, qué actividades pueden ser desempeñadas mediante contrato de trabajo.". (Negrilla de la Sala).

Revisado el expediente, observa el Despacho que la parte actora solicita como pretensión principal, que se **declare la inexistencia del traslado de la señora BERTHA NANCY ESLAVA DE FUENTES, del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual**. Igualmente, se advierte que en los actos demandados, COLPENSIONES indicó que no se podía acceder al reconocimiento de la pensión, debido a que considera que existen inconsistencias en la afiliación. Es decir, en el asunto debe decidirse sobre un conflicto entre el afiliado y las administradoras de la seguridad social, ya que como se indicó, COLPENSIONES alega que no puede acceder a lo solicitado, debido a que considera que la actora sigue afiliada a PORVENIR S.A. Ambas entidades fueron demandadas en este proceso. En este orden de ideas, no hay certeza sobre cuál es la entidad que eventualmente deba asumir la pensión de vejez de la parte actora, si se llega a ordenar su reconocimiento.

Por lo tanto, es evidente que, de conformidad con las normas mencionadas anteriormente, el presente asunto escapa de la competencia fijada por la Ley para la Jurisdicción Contencioso Administrativa. En consecuencia, como en el presente asunto se profirió sentencia de primera instancia, se ordenará remitir el asunto al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá (Reparto), en vista de que conoce de los recursos de apelación de las sentencias proferidas en primera instancia, según el artículo 15 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

En mérito de lo expuesto, se,

R E S U E L V E:

PRIMERO: DECLARAR la falta de jurisdicción del Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Segunda, para conocer del presente proceso.

SEGUNDO: REMITIR el presente proceso en el estado en que se encuentra, al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá (reparto), por conducto de la Secretaría de la Subsección "D", de conformidad con lo expuesto en la parte motiva (Art. 168 del C.P.A.C.A.).

TERCERO: Por Secretaría, déjense las constancias respectivas y cúmplase a la mayor brevedad lo dispuesto, previas las anotaciones a que haya lugar.

Posteriormente, distinta Sala Laboral de esta Corporación en fecha 31 de enero de 2023, con Ponencia de la Magistrada Marleny Rueda Olarte, dispuso (archivo 06, Cuaderno Expediente Tribunal):

> *"Sería del caso entrar a resolver el recurso de apelación presentado contra la providencia proferida el 29 de octubre del 2020 por el Juzgado Cincuenta y Tres*

> *Administrativo Oral del Circuito de Bogotá Sección Segunda en la cual se impartió condena en contra de Colpensiones, de no ser porque se observa que al haber declarado el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Segunda - Subsección D mediante proveído del 04 de octubre del 2021 la falta de jurisdicción y competencia y, corresponder por competencia a la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral debemos remitirnos al artículo 16 del Código General del Proceso aplicable por disposición expresa del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el cual dispone lo siguiente:*
>
> *(…)*
>
> *Conforme lo anterior, es claro que al haberse declarado la falta de jurisdicción y competencia lo actuado conservará validez* ***salvo la sentencia proferida la cual es nula****, por tanto al ser nula la sentencia proferida en primera instancia por parte del Juzgado Administrativo, es procedente remitir el presente proceso para que sea repartido en primera instancia a los Juzgados Laborales del Circuito y una vez se profiera la decisión de primera instancia correspondiente regresara el expediente en caso de ser procedente conocer en segunda instancia. En ese orden de ideas, se dispone que por secretaría se remitan de manera inmediata las presentes diligencias a la oficina de reparto de los Juzgados Laborales del Circuito, por ser los competentes para proferir la decisión de primera instancia.".*

En virtud de lo que antecede, se ordenó repartir el proceso a los Juzgados Laborales del Circuito para que se pronunciaran frente a las pretensiones aquí invocadas, correspondiendo al Juzgado 27 Laboral del Circuito de Bogotá, quién declaró la falta de jurisdicción y competencia en la sentencia recurrida, como se vio en precedencia.

Sobre esta temática, la Sala Plena de la Corte Constitucional mediante Auto 866-2022, resolvió un conflicto negativo suscitado entre un juzgado Laboral y uno Administrativo, donde se solicitaba la declaratoria de ineficacia del traslado y el consecuente reconocimiento y pago de la pensión de vejez.

Al efecto, dicha Corporación, expuso:

> ***"La competencia general y residual de la jurisdicción ordinaria laboral en asuntos no atribuidos a otra jurisdicción***
>
> *21. En el Auto 406 de 2021, la Sala Plena de esta Corporación expuso el alcance del artículo 104 de la Ley 1437 de 2011 para efectos de asignar la competencia a la jurisdicción de lo contencioso administrativo. En particular, indicó que, de acuerdo con el numeral 4º, aquella estudiará los procesos "relativos a la relación legal y reglamentaria entre los servidores públicos y el Estado, y la seguridad social de los mismos, cuando dicho régimen esté administrado por una persona de derecho público". Conforme a la normativa citada, la jurisdicción contencioso administrativa conoce de los asuntos relacionados con la seguridad social, siempre y cuando concurran dos factores: (i) la condición de empleado público del titular del derecho; y (ii) que la entidad administradora de seguridad social sea de naturaleza pública.*

22. La Corte concluyó que, en los procesos en los que se discute la declaratoria de ineficacia del traslado del RPM al RAIS de un empleado público, se satisface el primer factor para activar la cláusula especial de competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, esto es, la condición de empleado público del demandante. Sin embargo, no se cumple con el segundo factor que consiste en la naturaleza pública de la administradora de pensiones involucrada en el litigio.

23. En ese entendido, al no acreditarse los dos factores concurrentes para asignar el conocimiento a la jurisdicción contencioso administrativa, es aplicable la cláusula general o residual de competencia de la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral, en los términos del artículo 12 de la Ley 270 de 1996 y el artículo 2.4 de la Ley 712 de 2001. Así entonces, los procesos en los que se discute la declaratoria de nulidad o ineficacia del traslado del RPM al RAIS son competencia de la jurisdicción ordinaria laboral.

24. Con base en lo expuesto, el referido ***Auto 406 de 2021*** *fijó la siguiente regla de decisión, que ha sido reiterada en los* ***Autos 784, 885, 906 y 952 de 2021****, entre otros: "La jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral y de seguridad social es la competente para conocer las controversias sobre nulidad o ineficacia de afiliaciones al RAIS, por cuanto el régimen de la seguridad social es administrado por una persona jurídica de derecho privado. En esa medida, no se cumple con uno de los requisitos establecidos por el numeral 4º del artículo 104 del CPACA, para efectos de asignar la competencia a la jurisdicción de lo contencioso administrativo".*

25. En relación con las pretensiones subsidiarias dirigidas a COLPENSIONES, que consisten en: (i) activar la afiliación a esa administradora y (ii) reconocer y pagar la pensión de vejez, la Sala advierte que su conocimiento no correspondería, en principio, a la jurisdicción ordinaria laboral, de acuerdo con lo previsto por esta Corporación mediante ***Auto 626 de 2022****.*

26. En dicha providencia, se aclaró que este tipo de controversias son asuntos "que, en esencia, involucra[n] a una afiliada y a una entidad administradora de pensiones y cesantías de naturaleza privada (…) y, por ende, encuadra[n] dentro del supuesto previsto en el numeral 4 del artículo 2 del CPTSS". Así, aunque en esa oportunidad consideró que era posible inferir que la demandante era empleada pública, "aquello no permite asignar el conocimiento del asunto al juez administrativo. Lo anterior, teniendo en cuenta que, como se expuso, la pretensión principal está dirigida contra Porvenir S.A, por lo cual la controversia escapa a la citada Jurisdicción, al no encuadrar dentro del supuesto previsto en el numeral 4 del artículo 104 del CPACA".

27. Además, la Sala recordó que esta Corporación al resolver conflictos entre jurisdicciones en los que ha advertido la acumulación de pretensiones de distintas jurisdicciones ha precisado que, "corresponde al juez de conocimiento determinar la validez de la acumulación de las pretensiones (…) al juez del conflicto no le corresponde segmentar la demanda ni referirse a la admisibilidad de las pretensiones de la misma, en el sentido de determinar si aquellas pueden ser o no tramitadas en un mismo proceso, o guardan una relación de conexidad o son compatibles entre sí (…) si el juez del conflicto advierte que una demanda contiene pretensiones de diversa naturaleza o que, prima facie, el demandante pretende la acumulación de pretensiones, debe atribuir la competencia para conocer del asunto al juez a quien corresponda conocer de la pretensión principal. Lo anterior, con el objeto de que sea éste quien decida sobre la admisibilidad y procedencia de la acumulación de las pretensiones".

28. La Sala Plena constata que, en el presente caso:

> *(i) Se generó un conflicto negativo entre una autoridad de la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral (Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá) y otra de la jurisdicción contenciosa administrativa (Juzgado Dieciséis Administrativo del Circuito de Bogotá), de acuerdo con los presupuestos subjetivo, objetivo y normativo, analizados en los fundamentos jurídicos 3 y 4 de esta providencia.*
>
> *(ii) Con base en lo anterior, la Sala dirime el presente conflicto negativo de jurisdicción en el sentido de determinar que el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá es la autoridad competente para conocer del proceso promovido por Luz Marina García Murillo contra COLFONDOS y COLPENSIONES.*
>
> *(iii) Ello en aplicación de la regla de decisión fijada por la Sala Plena en el Auto 406 de 2021 y reiterada en los Autos 784, 885, 906 y 952 de 2021, tal y como se transcribió en el fundamento jurídico 24 de esta providencia, la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral y de seguridad social es la competente para conocer las controversias sobre nulidad o ineficacia de afiliaciones al RAIS.*
>
> *Asi mismo, la Sala advierte que la pretensión principal está dirigida contra COLFONDOS S.A., por lo tanto, el presente asunto no se encuadra dentro del supuesto previsto en el numeral 4 del artículo 104 del CPACA. Lo expuesto, conforme las consideraciones transcritas del Auto 626 de 2022 en el fundamento jurídico 26 de este auto.*
>
> *(iv) Así las cosas, la Sala Plena aplicará la cláusula residual de competencia del artículo 12 de la Ley 270 de 1996, y el artículo 2.4 del Código Procesal del Trabajo. En consecuencia, ordenará remitir el expediente al Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, para lo de su competencia y para que comunique la presente decisión a los interesados.*
>
> ***Regla de decisión**: Corresponde a la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral conocer las controversias que tengan como pretensión principal la nulidad o ineficacia de afiliaciones al RAIS y subsidiariamente la afiliación y el reconocimiento de la pensión de jubilación en el RPM. Ello, conforme lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley 270 de 1996 y el artículo 2.4 del Código Procesal del Trabajo.".*

Bajo tales aspectos, se observa, en este asunto, concurren entes de derecho privado (Porvenir S.A.) y de derecho público (Colpensiones), las cuales, estima la señora Bertha Nancy Eslava de Fuentes, son los llamados a responder por la inexistencia de la afiliación y la consecuente pensión de vejez, por lo que, acogiendo lo explicado por la Corte Constitucional, es claro que no se puede remitir el proceso a la jurisdicción contenciosa para que resuelva lo pertinente frente a la pensión de vejez, pues si bien, la demandante tiene la calidad de empleada pública, al dirigirse la pretensión principal a la inexistencia del traslado, es dable conocer de la prestación pensional al ser accesoria, lo que conlleva a revocar este punto y en consecuencia procederá la Sala a resolver el reconocimiento de la pensión de la señora BERTHA NANCY ESLAVA DE FUENTES, recogiendo entonces cualquier postura que en contrario se hubiere tomado en el pretérito, por lo ya expuesto.

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[5], 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 registro civil de nacimiento de la demandante (*Archivo 33, pág. 01ProcesoDigitalizado.expediente digital*) que da cuenta de su fecha de nacimiento el **22 de julio de 1958**, ello permite concluir que a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es, al 30 de junio de 1995[6] contaba con 36 años de edad, por tanto, en principio sería beneficiaria del régimen de transición. Igualmente, la actora durante su vida laboral efectuó cotizaciones al extinto Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones desde el **17 de agosto de 1977 al 31 de agosto de 2000,** para un total de **521,34** semanas (archivo 03, páginas 166 a 173, actualizado al 05 de junio de 2013), igualmente, se encontraba laborando inclusive, para el Hospital Simón Bolívar III Nivel Empresa Social del Estado desde el **14 de enero de 1994 al 16 de diciembre de 2015**, por lo menos, fecha en que se expidió el certificado laboral para trámite pensional que reposa a página 3, archivo 03, carpeta 01) reuniendo un total de **1307 semanas**[7], esto,

---

[5] "*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"

[6] *El Hospital Simón Bolívar es una Empresa Social del Estado del Orden* ***Distrital****, de conformidad con los Acuerdos No. 13 y 17 de 1997 del Concejo Distrital, por medio de los cuales transformaron los Hospitales en Empresas Sociales del Estado, que ostentan la jurisdicción coactiva predicada en la Ley 1066 de 2006. Por tanto, acogiendo el parágrafo del artículo 151 de la Ley 100 de 1993, el Sistema General de Pensiones comenzó a regir para los servidores el 30 de junio de 1995.*

[7] ***(521,34 reportadas en Colpensiones+786 semanas del 01/09/2000 al 16/12/2015 tiempo en que laboraba para el Hospital Simón Bolívar, se descuentan las simultaneas con el ISS.)***

excluyendo los tiempos simultáneos, por manera que, la demandante conservó el régimen de transición ya que la edad de los 55 años la cumplió el **22 de julio de 2013** y, al **29 de julio de 2005** contaba con más de 750 semanas (tenia a dicha data 774 semanas[8]).

No obstante, el análisis efectuado, con el fin de verificar la ley pensional aplicable a la señora BERTHA NANCY ESLAVA DE FUENTES de manera concreta (Ley 33 de 1985, Ley 71 de 1988 o Acuerdo 049 de 1990), se hace necesario imputar la totalidad de semanas cotizadas por la demandante a la fecha de proferirse este fallo junto con la novedad de retiro e IBC, pues nótese, en este asunto solo obra información pensional hasta el 16 de diciembre de 2015 sin que se encuentre actualizada la misma, habiendo transcurrido a la fecha de esta sentencia 7 años y 11 meses, debido a los antecedentes citados en precedencia, **siendo indispensable que una vez se trasladen los aportes y demás rubros ordenados como consecuencia de la inexistencia de la afiliación por parte de PORVENIR a COLPENSIONES, de no haberse efectuado aun, COLPENSIONES proceda a convalidar la historia laboral y analizar y reconocer la pensión más favorable a la demandante en los términos de las leyes en cita.** Lo anterior, como quiera que la demandante no está llamada a sufrir las consecuencias negativas del trámite procesal de esta litis.

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 revocará el numeral 5º, se adicionará el numeral 2º y se confirmará en lo demás, conforme a lo motivado.

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: REVOCAR el numeral **QUINTO** de la sentencia proferida y en su lugar, **DECLARAR** que la demandante es beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y en consecuencia deberá

[8] 521,34 semanas reportadas en Colpensiones + 252,71 semanas del 01/09/2000 al 29/07/2005.

COLPENSIONES analizar y reconocer la pensión de vejez bajo la normatividad **más favorable**, en los términos previstos en la Ley 33 de 1985, Ley 71 de 1988 o Acuerdo 049 de 1990, conforme a la parte motiva.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral **SEGUNDO** de la sentencia de primer grado para en su lugar, ordenar a Porvenir S.A. a trasladar a **COLPENSIONES** el saldo que se encuentre en la cuenta de ahorro individual de la actora con sus respectivos rendimientos y sumas descontadas por concepto de cuotas de administración, comisiones, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades, conforme lo considerado. Igualmente, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, conforme a lo expuesto.

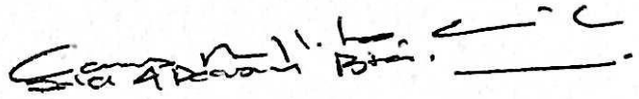
TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado 27 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

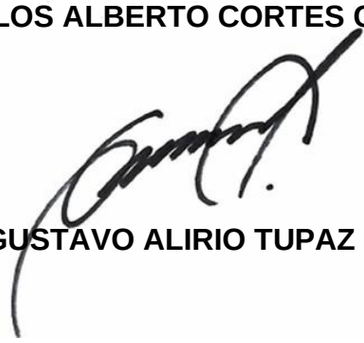
NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN



CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL

BOGOTA D.C.

SALA LABORAL.

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO RAUL EDUARDO VILLAMIL OLIVEROS CONTRA AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P (RAD. 28 2019 00104 01).

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre 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 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 del grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante de la sentencia proferida por la Juez Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 13 de abril del 2023 (Audiencia virtual archivo 11, récord: 32:31), en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO: ABSOLVER*** *de todas y cada una de las pretensiones de la demanda incoadas en contra de la sociedad AGUAS DE BOGOTA S.A. por parte del señor RAUL EDUARDO VILLAMIL OLIVEROS todo conforme se dijo en la parte motiva de esta sentencia.*
>
> ***SEGUNDO: DECLARAR*** *probada la excepción formulada por el extremo demandado denominada inexistencia del reintegro laboral, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido.*
>
> ***TERCERO:*** *Sin condena en costas en esta instancia.*
>
> ***CUARTO:*** *Si no fuere apelada la presente decisión se deberá consultar con el superior.**"***

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 del demandante, a lo cual se procede previa la constatación

de inexistencia de causal de nulidad que invalide lo actuado y conforme a las siguientes:

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante, señor RAUL EDUARDO VILLAMIL OLIVEROS, las pretensiones visibles en las páginas 9 a 11 del Archivo 1 expediente digital, las cuales encontraron soporte en los fundamentos fácticos de páginas 5 a 9 del mismo archivo, encaminadas a que se declare de manera principal la ineficacia de la terminación del contrato, en consecuencia se condene a la demandada al pago de los salarios dejados de percibir a partir del 12 de febrero del 2018 hasta que sea reintegrado, primas, cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, pagos al sistema de seguridad social (Salud, Pensión y ARL), la indemnización equivalente a 180 días de salario por terminar el contrato de trabajo sin permiso del Ministerio de Trabajo, costas, indexación de las sumas adeudadas, derechos *ultra y extra petita,* o en subsidio solicita se declare que la terminación del contrato fue injusta y por ende se debe condenar al pago de la indemnización por despido sin justa causa del artículo 64 del C.S.T. junto con la indemnización de 180 días de salario por terminar el contrato de trabajo sin permiso del Ministerio de Trabajo. **Obteniendo sentencia de primera instancia desfavorable**, en tanto se absolvió a la demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra, tras considerar, que si bien el actor para el momento del finiquito del vínculo laboral tenía una debilidad manifiesta dado el accidente laboral que sufrió, el cual le ocasionó una PCL del 25.77%, lo cierto es que la terminación del contrato no se dio por un trato discriminatorio sino fue en virtud de una causa legal y objetiva, esto es la expiración del convenio interadministrativo suscrito entre el Acueducto de Bogotá y Aguas de Bogotá.

Establecido lo anterior se abordará el estudio del presente asunto en virtud del grado jurisdiccional de Consulta en favor del demandante, iniciando con la estabilidad laboral reforzada por fuero de salud alegada.

De este modo se tiene que 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 reintegro y 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."*

Del mismo modo dicha Corporación en reciente sentencia SL1152 del 10 de mayo del 2023 Radicado No. 90116 señaló que la *Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad» y su «Protocolo Facultativo» de 2006* es vinculante no solo para el entendimiento del concepto de discapacidad, sino de la protección de estabilidad contenida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, indicando que "*constituye el parámetro para interpretar los derechos humanos de las personas con discapacidad contenidos en la Constitución, especialmente, en lo que concierne a las medidas de integración social en igualdad de oportunidades de las demás personas*" señalando cual es el alcance que se le debe dar al artículo 26 de la citada ley en los siguientes términos:

> *"… para la aplicación de la protección de estabilidad laboral reforzada establecida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, la Sala considera que, aquella se configura cuando concurren los siguientes elementos:*

1. *La deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, a mediano y largo plazo.*
2. *La existencia de barreras que puedan impedir al trabajador que sufre la deficiencia el ejercicio efectivo de su labor, en igualdad de condiciones que los demás.*

En cuanto a las barreras, el artículo 2.5 de la Ley 1618 de 2013 señala que son «cualquier tipo de obstáculo que impida el ejercicio efectivo de los derechos de las personas con algún tipo de discapacidad». La Sala destaca que el término discapacidad empleado en este precepto debe entenderse como «algún tipo de deficiencia a mediano y largo plazo».

Dicha disposición, sin pretender realizar un listado exhaustivo, señala que las barreras pueden ser:

> *a) Actitudinales: Aquellas conductas, palabras, frases, sentimientos, preconcepciones, estigmas, que impiden u obstaculizan el acceso en condiciones de igualdad de las personas con y/o en situación de discapacidad a los espacios, objetos, servicios y en general a las posibilidades que ofrece la sociedad;*
>
> *b) Comunicativas: Aquellos obstáculos que impiden o dificultan el acceso a la información, a la consulta, al conocimiento y en general, el desarrollo en condiciones de igualdad del proceso comunicativo de las personas con discapacidad a través de cualquier medio o modo de comunicación, incluidas las dificultades en la interacción comunicativa de las personas.*
>
> *c) Físicas: Aquellos obstáculos materiales, tangibles o construidos que impiden o dificultan el acceso y el uso de espacios, objetos y servicios de carácter público y privado, en condiciones de igualdad por parte de las personas con discapacidad.*

Al respecto, debe destacarse que, en el ámbito laboral, el trabajador tiene el derecho a que esas barreras comunicadas o conocidas por el empleador, sean mitigadas mediante los ajustes razonables en el trabajo que, según los define la convención en el artículo 2, consisten en:

[…] las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales.

Por tanto, el empleador tiene la obligación de realizar los ajustes razonables para procurar la integración al trabajo regular y libre (artículo 27 de la convención), en iguales condiciones que las demás. Para tales efectos la Sala entiende por ajustes razonables, una lista no cerrada de medidas o adaptaciones que los empleadores pueden implementar para eliminar o mitigar esas barreras y permitir la plena participación de las personas con discapacidad en el trabajo.

Asimismo, los ajustes razonables deben fundarse en criterios objetivos y no suponer «una carga desproporcionada o indebida» para el empleador. La determinación de la razonabilidad o proporcionalidad de los ajustes requeridos podrían variar, según cada situación, lo que implica para los empleadores hacer un esfuerzo razonable para identificar y proporcionar aquellos que sean imprescindibles para las personas con discapacidad. Y en caso de no poder hacerlos debe comunicarle tal situación al trabajador.

Los ajustes razonables cobran relevancia al momento de lograr la integración laboral de las personas con discapacidad, máxime si se tiene en cuenta que el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en las Observaciones finales sobre el informe inicial de Colombia del año 2016, recomendó al Estado que «adopte normas que regulen los ajustes razonables en la esfera del empleo».

En suma, la protección de estabilidad laboral reforzada que refiere el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, a la luz de la convención analizada, se determina conforme a los siguientes parámetros objetivos:

a) La existencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial a mediano y largo plazo. Entiéndase por deficiencia, conforme a la CIF, «los problemas en las funciones o estructurales corporales tales como una desviación significativa o una pérdida»;

b) La existencia de una barrera para el trabajador de tipo actitudinal, social, cultural o económico, entre otras, que, al interactuar con el entorno laboral, le impiden ejercer efectivamente su labor en condiciones de igualdad con los demás;

c) Que estos elementos sean conocidos por el empleador al momento del despido, a menos que sean notorios para el caso.

Lo anterior puede acreditarse mediante cualquier medio probatorio, atendiendo al principio de la necesidad de la prueba y sin perjuicio de que, para efectos de dar por probados los hechos constitutivos de la discapacidad y los ajustes razonables, de acuerdo con el artículo 51 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el juez en el ejercicio del deber de decretar pruebas de oficio ordene practique la prueba pericial.

En el anterior contexto, la determinación de una situación de discapacidad analizada al amparo de la convención no depende de un factor numérico, pues mirarlo así sería mantener una visión que se enfoca en la persona y sus limitaciones. El baremo establecido en el manual de calificación de pérdida de capacidad laboral tiene vocación de ser aplicado en los campos de la seguridad social, para fines principales de aseguramiento, rehabilitación y prestacionales.

Así, a juicio de la Sala, sin que esto implique un estándar probatorio, sí es conveniente anotar que al momento de evaluar la situación de discapacidad que conlleva a la protección de estabilidad laboral reforzada, es necesario establecer, por lo menos, tres aspectos:

(i) La existencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, una limitación o discapacidad de mediano o largo plazo -factor humano-;

(ii) El análisis del cargo, sus funciones, requerimientos, exigencias, el entorno laboral y actitudinal específico -factor contextual-; y

(iii) La contrastación e interacción entre estos dos factores -interacción de la deficiencia o limitación con el entorno laboral-.

Si del análisis referido se concluye que el trabajador está en situación de discapacidad y la terminación del vínculo laboral es por esta razón, el despido es discriminatorio y, es preciso declarar su ineficacia por lo que procede el reintegro con el pago de salarios y demás emolumentos respectivos, junto con la orden de los ajustes razonables que se requieran y la indemnización contemplada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

> *Es importante reiterar que para despedir a una persona con discapacidad es necesario solicitar previamente el permiso del Ministerio del Trabajo; de no ser así, se activa una presunción de despido discriminatorio, la cual puede ser desvirtuada en juicio por parte del empleador (CSJ SL1360-2018). En tal caso, en un proceso judicial a las partes les concierne lo siguiente:*
>
> - *Para solicitar el amparo del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, el trabajador debe demostrar que tenía una discapacidad (deficiencia más barrera laboral, en los términos previamente descritos) y que el empleador conocía tal situación al momento del retiro o que era notoria.*
>
> - *Para desestimar la presunción de despido discriminatorio, al empleador le corresponde probar que realizó los ajustes razonables y, en caso de no poder hacerlos, demostrar que eran una carga desproporcionada o irrazonable y que se le comunicó al trabajador. Igualmente,* ***puede acreditar que se cumplió una causal objetiva****, justa causa, mutuo acuerdo o renuncia libre y voluntaria del trabajador.*
>
> *Por otra parte,* ***la Corporación recuerda que el empleador puede terminar el vínculo contractual si se cumple una causal objetiva*** *o justa causa y teniendo en cuenta que a la luz de la Convención sobre derechos de las personas con discapacidad también debe demostrar la realización de los ajustes razonables, o que no los hizo por ser desproporcionados o irrazonables.*
>
> *Por último, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función de unificación de la jurisprudencia, se aparta de las interpretaciones que consideran que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 aplica para personas que sufren contingencias o alteraciones momentáneas de salud o que padecen patologías temporales, transitorias o de corta duración toda vez que, conforme se explicó,* ***la Convención y la ley estatutaria previeron tal protección únicamente para aquellas deficiencias de mediano y largo plazo que al interactuar con barreras de tipo laboral impiden su participación plena y efectiva en igualdad de condiciones con los demás. Aquí, vale precisar que las diferentes afectaciones de salud per se no son una discapacidad, pues solo podrían valorarse para efectos de dicha garantía si se cumplen las mencionadas características.”*** (Negrillas y subrayas fuera de texto)

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, sin que sea necesario conforme lo agregado por la citada SL1152 del 2023 la identificación de los porcentajes señalados en el artículo 7 del Decreto 2463 del 2001, para aquellos eventos causados con posterioridad a la entrada en vigencia de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad que lo fue el 10 de junio del 2011 .

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)[1]. Esta misma conclusión es compartida por la Corte Constitucional quien, en la plurimencionada sentencia de unificación determinó que "*la parte accionada desvirtuaría la presunción si acredita en sede judicial la existencia de una causa justa para terminar la relación".*

En esa dirección, a tono con la postura jurisprudencial sobre esta materia, mientras al demandante le corresponde probar el estado de debilidad manifiesta, a la demandada AGUAS DE BOGOTÁ le atañe probar que la terminación operó

---

[1] *(…) 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).*

por una justa causa o una causa legal, desvirtuando de esta forma la mentada presunción.

Así las cosas, lo primero que debe advertir la Sala es que no es motivo de discusión dentro del presente asunto que el demandante prestó sus servicios a la entidad AGUAS DE BOGOTÁ S.A., mediante un contrato de trabajo bajo 2 modalidades diferentes, aspecto que además de no haber sido objeto de discusión se constata con la documental aportada al plenario, pues milita en las páginas 43 y 44 (Archivo 01) el contrato de trabajo a término fijo inferior a 1 año del 19 de diciembre de 2012 al 18 de abril de 2013, suscrito por las partes, de igual forma se aportaron dos prórrogas a dicho contrato para los periodos comprendidos entre el 18 de abril de 2013 a 18 de mayo de 2013 (pág. 45 ibidem) y del 19 mayo de 2013 a 18 de junio de 2013 (pág. 46 ibidem).

Adicionalmente, a páginas 47 y 48 del expediente (Archivo 01), se encuentra el contrato de trabajo por "*duración de la obra o por la naturaleza de la labor determinada*", con fecha de inicio el 19 de junio de 2013 y el cual finalizó el 11 de febrero de 2018, tal como se evidencia en carta de comunicación enviada al demandante (pág. 343 ibidem), donde se le comunica la imposibilidad de la continuación de la relación laboral por la terminación del Convenio Interadministrativo 1.7-10200-809-2012 y también se aportó la liquidación de prestaciones sociales donde se señala que la fecha de contratación fue el 19 de diciembre del 2012 y de "*retiro"* el 11 de febrero del 2018 (pág. 347 ibidem).

En ese orden, y por razones de método abordará la Sala en primer lugar el estudio correspondiente respecto de la finalización del vínculo laboral del actor con Aguas de Bogotá S.A. E.S.P., advirtiendo obra en las páginas 343 del expediente (Archivo 01) la comunicación dirigida al demandante el 8 de febrero de 2018, donde se le informa la terminación de la relación contractual a partir del 11 de febrero del 2018 en razón a la culminación de la obra por la expiración del Convenio Interadministrativo número 1.7-10200-809-2012 en los siguientes términos:

> *" En razón a la terminación del* ***CONVENIO INTERADMINISTRATIVO 1.7-10200-809-2012*** *perteneciente al* ***Proyecto Aseo****, hecho público y notorio que hace imposible la continuidad de su relación laboral, en los términos del Art. 61 del CST literal D, le informó que a partir de la finalización de la jornada laboral del día domingo 11 de febrero de 2018, se dará por terminado de forma*

> *legal, el contrato que por duración de la obra o por la naturaleza de la labor contratada que tenemos suscrito por usted"*

En esa dirección, conviene traer a colación el contenido de la cláusula segunda del *"Contrato individual de trabajo por duración de la obra o por la naturaleza de la labor determinada"*, suscrito por las partes el 19 de junio del 2013 que es del siguiente tenor (pág. 47 archivo 01 expediente digital):

> ***"SEGUNDA:** El término de duración del Contrato será el requerido para la ejecución de la obra o labor contratada. **Está condicionado a la existencia del Contrato Interadministrativo** No. 1-07-10200-08009-2012, celebrado entre LA EMPRESA y la Empresa de Acueducto y Alcantarillado S.A ESP, conforme lo previenen las cláusulas de terminación del citado contrato"* (negrillas y subrayas fuera de texto)

De igual forma, se allegó como prueba la prórroga No. 21 del plazo de ejecución del contrato interadministrativo 1-07-10200-0809-2012 del 15 de enero de 2018 (págs. 451 y 453 Archivo 01 expediente digital) suscrito entre el Acueducto de Bogotá y Aguas de Bogotá donde se indicó:

> *"(...) **CLAUSULAS: PRIMERA: OBJETO**. - Prorrogar el plazo de ejecución del Contrato citado en VEINTIOCHO (28) DÍAS CALENDARIO, esto es hasta el **12 de febrero de 2018** y adicionar su valor en la suma de ($16.972.317.000) M/TE, para un valor total del contrato de SEISIENTOS TREINTA Y CINCO MIL SEIS MILLONES OCHENTA Y TRES MIL CUATROSCIENTOS CUARENTA PESOS ($635.006.083.440) M/TE. ...(...)"*

Pues bien, de conformidad con el material probatorio vertido al plenario, en especial las documentales citadas, a juicio de esta Sala de decisión, resulta evidente que la contratación del demandante se enmarcó dentro de los contratos denominados por obra o labor, dado que desde el inicio de ésta modalidad de vinculación (19/06/2013), en el mismo contrato (pág. 411 Archivo 01), se definió, que la actividad para la cual fue contratado era la de operario de recolección y/o barrido y se supeditó la duración de su vínculo a la vigencia del convenio interadministrativo 1-07-10200-0809-2012.

Así las cosas, se tiene que las partes acordaron que la vigencia de la relación contractual **estaría supeditada a la duración del convenio interadministrativo 1-07-10200-0809-2012**, aunado a ello no se probó de forma alguna que la actividad del demandante como operario de recolección y/o barrido se realizará por razones diferentes a la ejecución del convenio interadministrativo, es decir no se demostraron actividades ajenas a las que se impusieron para la ejecución del

convenio interadministrativo 1-07-10200-0809-2012, en orden interpretar que la contratación del demandante en la realidad no fue bajo la modalidad establecida en el contrato de trabajo, contrario a ello, como ya se indicó se demostró que de forma expresa las partes acordaron supeditar la duración del vínculo a la vigencia del convenio interadministrativo.

Igualmente, ha de tenerse en cuenta que en casos como en el de autos donde lo alegado no es una justa causa **sino un modo legal de terminación**, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en sentencia SL 711 del 24 de febrero del 2021 indicó:

> *"Es cierto que, acorde con el actual criterio de la Corte, plasmado en la sentencia SL2586-2020, se indicó que, si bien en los contratos de trabajo a término fijo la expiración del plazo es un modo legal de terminación del vínculo,* ***sólo se tendrá como causal objetiva, si se demuestra la extinción de las causas que le dieron origen al contrato u ocaso de la necesidad empresarial,*** *pues si ello no ocurre, se presume que la decisión de no renovar el contrato estuvo revestida de una conducta discriminatoria."* (Subrayas y negrillas 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 **feneció por una causa legal** contenida en el C.S.T., artículo 61 literal "d", esto es, por **terminación de la obra o labor contratada**, pues no a otra conclusión se puede arribar, teniendo en cuenta que como se ha venido señalando, en el contrato de trabajo que ató a las partes y que finalizó el 11 de febrero de 2018 se estableció que el vínculo se supeditaba a la vigencia del convenio interadministrativo 1-07-10200-0809-2012 *(obra para la cual fue contratado el demandante)*, el cual conforme la modificación, denominada prórroga del plazo de ejecución del 15 de enero de 2018, finalizó el 12 de febrero de 2018 (págs. 451 y 453 Archivo 01 expediente digital) 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 por la vigencia de la obra o labor para la cual fue contratada, y en efecto quedó acreditado –para la modalidad contractual convenida- **la extinción de las causas que dieron origen** al contrato por duración de la obra o labor determinada.

En suma, 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 conforme lo dispone el artículo 61 del C.S.T. literal D, esto es, la *"terminación de la obra o labor contratada"* y no en razón de los padecimientos de salud del señor VILLAMIL OLIVEROS pues si bien gozaba de una disminución de su salud dado el accidente laboral que sufrió desde el 13 de noviembre del 2013 como lo señala el dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez (págs. 337 a 341 Archivo 01) con una PCL del 25.77% y contaba para la data de finalización del contrato de trabajo con recomendaciones laborales dadas por MAPFRE a su empleador el 22 de diciembre del 2017 y por 6 meses (hasta el 22 de junio del 2018) acreditándose por ende dicha condición médica, se tiene que 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 en el presente asunto por cuanto se itera la demandada AGUAS DE BOGOTÁ logró acreditar que el fenecimiento de la relación laboral **obedeció a la configuración de una causal objetiva,** recuérdese una de las sentencias aquí citadas 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"*

Advirtiéndose en consonancia con lo considerado por la H. Corte Suprema de Justicia en la citada sentencia SL1153 del 2023 en el presente asunto a la demandada pese a los padecimiento de salud del promotor del litigio (FRACTURA DE LA EPIFISIS INFERIOR DE LA TIBIA) no le era posible efectuar ajustes razonables en el trabajo del accionante, entendidos estos como "*las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en*

igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales" (Art 2 Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad), en tanto como ya se ha señalado el vínculo contractual finalizó por una causal objetiva -finalización de la obra o labor para la cual fue contratado el demandante-.

Por lo anterior, no puede concluirse que la terminación del vínculo contractual correspondió a un acto discriminatorio del estado de salud del actor, razón por la cual se confirmará la decisión 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

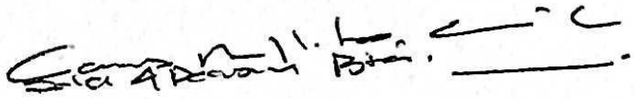
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por la Juez 28 Laboral del Circuito de Bogotá.

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 JULIAN BEDOYA DELGADO CONTRA UNIDOS POR SANTANDER S.A.S., INGENIERÍAS VIAS Y CONCRETOS S.A.S. y DAFER Y B S.A.S., estas dos últimas como integrantes del CONSORCIO YARIMA (RAD. 28 2019 00108 01).

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre 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 de los recursos de apelación promovidos por las demandadas VERGEL Y CASTELLANOS hoy INGENIERÍAS VIAS Y CONCRETOS S.A.S. y UNIDOS POR SANTANDER S.A.S., contra la sentencia proferida por la Juez (28) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 02 de marzo de 2023 *(Audio archivo 05 expediente digital, récord 13:13)*, en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO: DECLARAR*** *que entre el demandante señor JULIAN BEDOYA DELGADO y las sociedades que integran el consorcio Yarima, esto es, DAFER Y B S.A.S y VERGEL Y CASTELLANOS S.A., hoy INGENIERIA VIAS y CONCRETOS S.A.S, existió una relación laboral regida por un contrato de trabajo vigente entre el 22 de agosto de 2015 al 21 de agosto del año 2016, conforme se expuso en la parte considerativa de esta decisión.*
>
> ***SEGUNDO: CONDENAR*** *a las sociedades que integran el CONSORCIO YARIMA: DAFER Y B S.A.S y VERGEL Y CASTELLANOS S.A., hoy INGENIERIA VIAS y CONCRETOS S.A.S a reconocer y pagar al demandante los siguientes emolumentos o conceptos:*
>
> • *CESANTIAS: $2.406.045*
> • *INTERESES A LAS CESANTIAS JUNTO CON LA CORRESPONDIENTE SANCIÓN, LA SUMA DE: $370.068.*

• PRIMA DE SERVICIOS: $530.542
• VACACIONES: $1.872.500
• BONIFICACION: $2.000.000

Se advierte que las vacaciones se deberán cancelar de manera indexada.

***TERCERO: CONDENAR** a las demandadas DAFER Y B S.A.S y VERGEL Y CASTELLANOS S.A., hoy INGENIERIA VIAS y CONCRETOS S.A.S., al pago de intereses moratorios a la tasa máxima establecida para los créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia financiera, sobre el valor de las prestaciones adeudadas al demandante, esto por concepto de sanción moratoria del artículo 65 del C.S.T.*

***CUARTO: ABSOLVER** a las demandadas DAFER Y B S.A.S y VERGEL Y CASTELLANOS S.A., hoy INGENIERIA VIAS y CONCRETOS S.A.S., como integrantes del consorcio Yarima, de las demás pretensiones incoadas en el libelo genitor.*

***QUINTO: CONDENAR** de manera solidaria a la demandada UNIDOS POR SANTANDER S.A.S. por las condenas aquí impuestas contra de DAFER Y B S.A.S y VERGEL Y CASTELLANOS S.A., hoy INGENIERIA VIAS y CONCRETOS S.A.S., quienes integran el consorcio Yarima.*

***SEXTO: DECLARAR** no probadas los medios exceptivos propuestos por el extremo demandado.*

***SÉPTIMO:** Las **COSTAS DE ESTA INSTANCIA** están a cargo de las sociedades que integran el extremo demandado. Señalándose como agencias en derecho la suma de $500.000 a cargo de cada una de estas y a favor de la parte actora.".*

Inconforme con la decisión, las demandadas VERGEL Y CASTELLANOS hoy INGENIERÍAS VIAS Y CONCRETOS S.A.S. y UNIDOS POR SANTANDER S.A.S., apelaron la decisión.

Inicialmente, la encartada VERGEL Y CASTELLANOS hoy INGENIERÍAS VIAS Y CONCRETOS S.A.S., expuso[1] la empresa desconocía el vínculo laboral que había suscrito el demandante con el Consorcio Yarima. Aunado a ello, ha de tenerse en

[1] ***Recurso demandada Vergel y Castellanos (archivo 05, récord 16:11): "****Su señoría interpongo recurso de apelación conforme a lo siguiente, reitero, que mi poderdante desconocía el vínculo laboral que había suscrito el demandante con el Consorcio Yarima. Aunado a lo anterior, ha de tenerse en cuenta que frente a los intereses moratorios cobrados en la sentencia por el despacho mi poderdante no actúa en ningún momento de mala fe, pues reitero, que este desconocía que, a la fecha, no se le había cancelado la liquidación y las prestaciones sociales al hoy demandante.*

Asimismo, mi poderdante, mi representado desconocida en su momento, las condiciones de contratación y demás, puesto que el consorcio era quien se encargaba de todos estos trámites administrativos frente al personal, por lo que al parecer de la suscrita no hay responsabilidad, ni por qué mi representado deba pagar dichos emolumentos, por lo que solicito ha de tener en cuenta frente a los intereses moratorios que mi poderdante no actuó de mala fe, aunado a que, como se mencionó en sus alegatos de conclusión, el porcentaje de participación de VERGEL Y CASTELLANOS hoy INGENIERÍA VIAS Y CONCRETOS era mínimo y la participación del mismo fue cedida a la sociedad TRANSIBIR teniendo la sociedad TRANSIBIR, que responder por la sentencia en mención, muchas gracias.".

cuenta que frente a los intereses moratorios cobrados en la sentencia por el despacho la empresa no actuó en ningún momento de mala fe, pues se desconocía que a la fecha no se le había cancelado la liquidación y las prestaciones sociales al hoy demandante.

Asimismo, expuso, la empresa desconocía en su momento las condiciones de contratación y demás, puesto que el consorcio era quien se encargaba de todos estos trámites administrativos frente al personal, por lo que no hay responsabilidad ni se debe pagar los emolumentos causados, incluso, los intereses moratorios causados al no actuar de mala fe. Agregó, el porcentaje de participación de VERGEL Y CASTELLANOS hoy INGENIERÍA VIAS Y CONCRETOS era mínimo y la participación fue cedida a otra sociedad teniendo esta sociedad que responder por la sentencia en mención.

Por su parte, la enjuiciada UNIDOS POR SANTANDER S.A.S., manifestó[2], dicha sociedad y el CONSORCIO YARIMA suscribieron un contrato de obra civil, cuyo

[2] ***Recurso demandado Unidos Por Santander (archivo 95, récord 19:24: "****Gracias doctora, me permito interponer recurso de apelación contra la sentencia dictada dentro del presente proceso, teniendo en cuenta los siguientes argumentos:*

Debe mencionarse que UNIDOS POR SANTANDER y el CONSORCIO YARIMA suscribieron un contrato de obra civil, cuyo objeto era la construcción de obras de arte, drenaje y contención en la vía la Guadalupe la OIBA. Dicho contrato especificaba que el CONSORCIO YARIMA, era un contratista independiente y que se encontraba a cargo de las obligaciones laborales del personal que vinculara para ejecución del contrato, de igual forma era su obligación mantener indemne a mi representada en cualquier reclamación que pudiera presentarse con ocasión al vínculo comercial que las unía, encontramos entonces en el escrito de demanda que la parte actora solicitó, se declare que entre el demandante y el Consorcio Yarima Vergel y Castellanos S.A., la sociedad DAFER Y B S.A.S y la sociedad UNIDOS POR SANTANDER S.A.S., existió una relación de trabajo y que de igual forma, en audiencia llevada a cabo por el despacho como fijación del litigio, se estableció lo siguiente: Se circunscribirá en determinar, si entre las demandadas como integrantes del Consorcio Yarima y el demandante, existió un contrato de trabajo a término fijo, el cual se afirma que estuvo vigente entre el 22 de agosto de 2015 hasta el 21 de agosto de 2016 y si el salario mensual percibido por el actor correspondía a la suma de 3'745.000.
Como consecuencia de lo anterior, se habrá de establecer si al demandante le asiste, derecho al reconocimiento y pago de las cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, primas de servicios, la bonificación aprobada por el señor Albeiro Osorio en una suma de 2'000.000 de pesos, los gastos de alojamiento por la suma de 1'000.000 de pesos y la indemnización moratoria contenida en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, así quedó fijado el litigio. De lo anterior, tenemos que el señor Julián Bedoya Delgado, presuntamente tuvo una relación laboral con el Consorcio Yarima, conformado por VERGEL Y CASTELLANOS S.A. y la sociedad DAFER Y B S.A.S., consorcio del cual mi representada UNIDOS POR SANTANDER, no hizo parte.
Debe entonces tenerse en cuenta que, en este proceso no se alegó la responsabilidad solidaria de mi representada, ni se determinó en la fijación del litigio, si UNIDOS POR SANTANDER, era solidariamente responsable por las acreencias pretendidas por el demandante, así como tampoco hubo un debate probatorio, frente al tema de la responsabilidad solidaria, en razón a que esto no fue contemplado como un hecho dentro de la demanda. En consecuencia, no puede argumentarse como lo hizo la parte demandante, en los alegatos de conclusión de la audiencia citada, situaciones que no fueron contempladas, ni en los hechos de la demanda, ni en las pretensiones como lo es la responsabilidad solidaria de mi representada, pues prácticamente nos estaríamos encontrando frente a una reforma de la demanda en una instancia en la que no

objeto era la construcción de obras de arte, drenaje y contención en la vía la Guadalupe la OIBA. Dicho contrato especificaba que el CONSORCIO YARIMA, era un contratista independiente y que se encontraba a cargo de las obligaciones laborales del personal que vinculara para ejecución del contrato, de igual forma, era su obligación mantener indemne a la sociedad de cualquier reclamación que pudiera presentarse con ocasión al vínculo comercial que las unía.

Relató, en el escrito de demanda se solicitó se declare que entre el demandante y el Consorcio Yarima Vergel y Castellanos S.A., la sociedad DAFER Y B S.A.S y la sociedad UNIDOS POR SANTANDER S.A.S. existió una relación de trabajo, de igual forma, en audiencia llevada a cabo por el despacho como fijación del litigio, se estableció lo siguiente: "*Se circunscribirá en determinar, si entre las demandadas como integrantes del Consorcio Yarima y el demandante, existió un contrato de trabajo a término fijo, el cual se afirma que estuvo vigente entre el 22 de agosto de 2015 hasta el 21 de agosto de 2016 y si el salario mensual percibido por el actor correspondía a la suma de 3'745.000.*

Como consecuencia de lo anterior, se habrá de establecer si al demandante le asiste, derecho al reconocimiento y pago de las cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, primas de servicios, la bonificación aprobada por el señor Albeiro Osorio en una suma de 2'000.000 de pesos, los gastos de alojamiento por la suma de 1'000.000 de pesos y la indemnización moratoria contenida en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo", así quedó fijado el litigio. Por lo

---

hay lugar a ello, situación que implicaría igualmente una vulneración al derecho de defensa de mi representada.
Recordemos que la sentencia tiene que guardar correspondencia con lo pedido dentro de la demanda y con lo probado dentro del proceso. Al fijar el litigio, tanto el despacho como la parte demandante dejó por fuera la responsabilidad solidaria de mi representada, pues como se indicó, la fijación del litigio se limitó en determinar si entre las demandadas como integrantes del Consorcio Yarima y el demandante existió un contrato de trabajo a término fijo, volviéndose a aclarar que mi representada no es, ni fue integrante del consorcio Yarima.

Así las cosas, no puede el despacho desconocer la iniciativa de los contendientes, determinada en la fijación del tema del conflicto, ni definir la controversia a partir de hechos no aducidos en la demanda ni en el proceso. Nótese que, en el interrogatorio tomaba la representante de UNIDOS POR SANTANDER, se le preguntó si la sociedad que represento era integrante del Consorcio Yarima, pregunta que fue resuelta de forma negativa.

Por todo lo anterior y teniendo en cuenta que las pruebas practicadas en este proceso, se observa que el empleador del demandante fue el Consorcio Yarima y que mi representada no tuvo vínculo contractual con este, así como no fue alegada ni probada la responsabilidad solidaria no puede condenarse a mi representada por tal tema. En estos términos, señora juez queda sustentado el recurso, a favor de mi representada, gracias, señora juez.".

anterior, argumentó, el señor Julián Bedoya Delgado, presuntamente tuvo una relación laboral con el Consorcio Yarima, conformado por VERGEL Y CASTELLANOS S.A. y la sociedad DAFER Y B S.A.S., consorcio del cual la sociedad UNIDOS POR SANTANDER, no hizo parte.

Debe entonces tenerse en cuenta que, en este proceso no se alegó la responsabilidad solidaria, ni se determinó en la fijación del litigio si UNIDOS POR SANTANDER, era solidariamente responsable por las acreencias pretendidas por el demandante, así como tampoco hubo un debate probatorio, frente al tema de la responsabilidad solidaria, en razón a que esto no fue contemplado como un hecho dentro de la demanda. En consecuencia, no puede argumentarse como lo hizo la parte demandante, en los alegatos de conclusión de la audiencia citada, situaciones que no fueron contempladas, ni en los hechos de la demanda, ni en las pretensiones como lo es la responsabilidad solidaria, pues prácticamente sería una reforma de la demanda, situación que vulnera el derecho de defensa.

Recordó, la sentencia tiene que guardar correspondencia con lo pedido dentro de la demanda y con lo probado dentro del proceso y la fijación del litigio se limitó en determinar si entre las demandadas como integrantes del Consorcio Yarima y el demandante existió un contrato de trabajo a término fijo, aclarando, dicha empresa no fue integrante del consorcio Yarima. En su sentir, en el interrogatorio de parte absuelto por la representante legal de UNIDOS POR SANTANDER, se le preguntó si la sociedad era integrante del Consorcio Yarima y respondió de forma negativa, debiéndose tener en cuenta dicha situación.

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante en este ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de subsanación de la demanda (páginas 3 a 4 del archivo 01 del expediente digital), las cuales encuentran fundamento en los hechos consignados en las páginas 4 a 8 (ibidem), solicitando:

PRIMERA: Que se declare que entre el demandante, señor **JULIAN BEDOYA DELGADO** y los demandados, **CONCORCIO YARIMA, VERGEL Y CASTELLANOS S.A., LA SOCIEDAD DAFER Y B. S.A.S Y LA SOCIEDAD UNIDOS POR SANTANDER S.A.S.**, existió una relación de trabajo subordinada bajo la figura de contrato escrito de carácter laboral a término fijo de un año, con un salario mensual por el valor de $3.745.000, el cual tuvo como extremos temporales desde el día 22 de agosto del 2015 hasta el 21 de agosto del 2016.

SEGUNDA: Como consecuencia de la anterior declaración que se condene los demandados, **CONCORCIO YARIMA, VERGEL Y CASTELLANOS S.A., LA SOCIEDAD DAFER Y B. S.A.S Y LA SOCIEDAD UNIDOS POR SANTANDER S.A.S** a pagarle a favor de **JULIAN BEDOYA DELGADO**, **el auxilio a la cesantías**, correspondiente al periodo de enero del 2016 a 21 de agosto del 2016. Esto es la suma de DOS MILLONES CUATROCIENTOS TRES MIL CUARENTA Y DOS PESOS MCTE ($2.403.042).

TERCERA: Que se condene al señor **CONCORCIO YARIMA, VERGEL Y CASTELLANOS S.A., LA SOCIEDAD DAFER Y B. S.A.S Y LA SOCIEDAD UNIDOS POR SANTANDER S.A.S.**, a pagarle a favor de **JULIAN BEDOYA DELGADO, los intereses a las cesantías**, liquidadas a razón del 24% anual sobre el valor del auxilio de cesantías. Esto es la suma de CIENTO OCHENTA Y CINCO MIL TREINTA Y CUATRO PESOS M/CTE. ($185.034).

CUARTA: Que se condene a los demandados, **CONCORCIO YARIMA, VERGEL Y CASTELLANOS S.A., LA SOCIEDAD DAFER Y B. S.A.S Y LA SOCIEDAD UNIDOS POR SANTANDER S.A.S.**, a pagarle a favor de **JULIAN BEDOYA DELGADO, las vacaciones**, correspondiente a todo el tiempo en que duro la relación laboral.

Esto es la suma de UN MILLON OCHOCIENTOS SETENTA Y DOS MIL QUINIENTOS PESOS MCTE ($1.872.500).

QUINTA: Que se condene a los demandados, **CONCORCIO YARIMA, VERGEL Y CASTELLANOS S.A., LA SOCIEDAD DAFER Y B. S.A.S Y LA SOCIEDAD UNIDOS POR SANTANDER S.A.S.**, a pagarle a favor de **JULIAN BEDOYA DELGADO,** el valor correspondiente **a las primas de servicio**, por el periodo del 1 de julio del 2016 al 21 de agosto del 2016. Esto es la suma de QUINIENTOS TREINTA MIL QUINIENTOS CUARENTA Y DOS PESOS M/CTE. ($530.542).

SEXTA: Que se condene a los demandados, **CONCORCIO YARIMA, VERGEL Y CASTELLANOS S.A., LA SOCIEDAD DAFER Y B. S.A.S Y LA SOCIEDAD UNIDOS POR SANTANDER S.A.S.**, a pagar los conceptos laborales que se detallaran a continuación.

1. **Pago por mora cesantías año 2015:** el valor correspondiente a la mora por el no pago oportuno del auxilio de las cesantías del año 2015, por valor de UN MILLON CINCUENTA MIL PESOS MCTE ($1.050.000).

2. **Bonificación:** el valor correspondiente a la bonificación aprobada por el señor ALBEIRO OSORIO, por el valor de DOS MILLONES DE PESOS MCTE ($2.000.000).

3. **Gastos de alojamiento:** el valor correspondiente al arriendo de la habitación en la cual se alojó el demandante para el cumplimiento de sus actividades labores como ingeniero, por el periodo del mes de junio, julio y 15 días del mes de agosto del 2016, por un valor total de UN MILLON DE PESOS MCTE ($1.000.000).

SEPTIMA: Que se condene a los demandados, **CONCORCIO YARIMA, VERGEL Y CASTELLANOS S.A., LA SOCIEDAD DAFER Y B. S.A.S Y LA SOCIEDAD UNIDOS POR SANTANDER S.A.S.**, a pagarle a favor de **JULIAN BEDOYA DELGADO,** la suma de $85.136.331,06, por concepto de indemnización por falta de pago de las prestaciones sociales, equivalente a 682 días de retardo por **una suma igual al último salario diario por cada día de retardo**, a partir del día 22 de agosto de 2.016, hasta el día de la presentación de la demanda, más los que se sigan causando el día en que efectivamente se realice el pago de las prestaciones sociales adeudadas al trabajador.

OCTAVA: Que se condene al demandado, a pagar las costas del proceso

Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus aspiraciones, por cuanto se declaró que entre el demandante señor JULIAN BEDOYA DELGADO y las sociedades que integran el consorcio Yarima, esto es, DAFER Y B S.A.S y VERGEL Y CASTALLANOS S.A., hoy INGENIERIA VIAS y CONCRETOS S.A.S, existió una relación laboral regida por un contrato de trabajo vigente entre el 22 de agosto de 2015 al 21 de agosto del año 2016, se condenó a las sociedades que integran el CONSORCIO YARIMA: DAFER Y B S.A.S y VERGEL Y CASTALLANOS S.A., hoy INGENIERIA VIAS y CONCRETOS S.A.S a reconocer y pagar al demandante las prestaciones sociales, vacaciones de manera indexada, bonificación, sanción por no pago de intereses y al pago de intereses moratorios a la tasa máxima establecida para los créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia financiera, sobre el valor de las prestaciones adeudadas en los términos del artículo 65 del C.S.T., se absolvió a las demandadas DAFER Y B S.A.S y VERGEL Y CASTALLANOS S.A., hoy INGENIERIA VIAS y CONCRETOS S.A.S., como integrantes del consorcio Yarima, de las demás pretensiones incoadas en el libelo y se condenó de manera solidaria a la demandada UNIDOS POR SANTANDER S.A.S. por las condenas aquí impuestas y se condenó en costas.

Lo anterior tras considerar la *a quo,* el demandante suscribió un contrato fijo con el Consorcio Yarima, conforme al contrato a término fijo aportado al plenario, así como obra autorización de retiro de cesantías y certificación laboral, además consideró, el consorcio demandado puede comparecer al proceso por parte de sus integrantes, siendo viable declarar una única relación laboral. Frente a la liquidación de prestaciones sociales, sanción por no pago de intereses a las cesantías y vacaciones estimó la procedencia de los rubros ya que, si bien obra la respectiva liquidación final no existe constancia de pago o transferencia bancaria, igual suerte corrió la bonificación ya que el representante legal de Consorcio Yarima aceptó adeudar esta suma al actor.

En cuanto a la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T., verificó que el actor interpuso la demanda por fuera de los 24 meses siguientes a terminación del contrato, según acta de reparto que obra a folio 93 del plenario, por lo que, al haberse sustraído la demandada del pago de las prestaciones sociales, procede la condena de intereses moratorios, pues quedó evidenciado la

mala fe de la empleadora, no existiendo justificación para sustraerse del pago de los rubros debidos.

Finalmente, en cuanto a la solidaridad indicó, el artículo 34 a 36 y 69 del C.S.T. prevén esta figura, misma que aplica a esta litis dado que el artículo 34 del C.S.T. indica que el beneficiario de la obra será solidariamente responsable con el contratista a los pagos que tengan derecho los trabajadores, esto, por concepto de salarios, prestaciones e indemnizaciones. Concluyó, en el caso bajo estudio el objeto del acuerdo consorcial celebrado entre VERGEL Y CASTELLANOS y DAFER B S.A.S. nació en virtud de la celebración de la obra pública celebrada entre la Gobernación de Cundinamarca y la sociedad aquí demandada UNIDOS POR SANTANDER cuyo objeto fue realizar el mejoramiento, pavimentación, entre otros aspectos (folios 72 a 82) del Departamento, por lo que la labor ejecutada por el actor benefició a la sociedad Unidos por Santander siendo viable que responda de manera solidaria.

En este orden de ideas, sea lo primero señalar, no es motivo de discusión en esta instancia que entre el demandante, señor JULIAN BEDOYA DELGADO y las sociedades que integran el consorcio Yarima, esto es, DAFER Y B S.A.S y VERGEL Y CASTELLANOS S.A., hoy INGENIERIA VIAS y CONCRETOS S.A.S, existió una relación laboral regida por un contrato de trabajo fijo vigente entre el 22 de agosto de 2015 al 21 de agosto del año 2016, pues dicha situación no fue objeto de reparo por parte de las enjuiciadas. Además esta situación se corrobora con el contrato de trabajo a término fijo, carta de no prórroga del contrato de fecha 20 de octubre de 2015, constancia de entrega del contrato de trabajo, certificación laboral de fecha 02 de agosto de 2016, ratificación de terminación del contrato de trabajo del 2 de agosto de 2016, carta retiro de cesantías, certificado de afiliación ARL SURA, autorización de consignación de liquidación de prestaciones sociales, liquidación definitiva contrato de trabajo (páginas 12 a 42, archivo 01).

En ese orden, se abordará el estudio del recurso de apelación interpuesto por las demandadas VERGEL Y CASTELLANOS S.A. hoy INGENIERÍAS VIAS Y CONCRETOS S.A.S. y UNIDOS POR SANTANDER S.A.S., 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, el problema jurídico en esta instancia, se circunscribe en determinar, si hay lugar a condenar a la sociedad VERGEL Y CASTELLANOS S.A. hoy INGENIERÍAS VIAS Y CONCRETOS S.A.S. al pago de la indemnización moratoria en los términos del artículo 65 del C.S.T. y, si la codemandada UNIDOS POR SANTANDER S.A.S. debe responder de manera solidaria por las condenas impuesta en esta litis.

Así pues, en lo que toca al pago de la **indemnización moratoria** prevista en el artículo 65 del C.S.T., y respecto de la cual la sociedad VERGEL Y CASTELLANOS S.A. hoy INGENIERÍAS VIAS Y CONCRETOS S.A.S. solicita su absolución al actuar de buena fe, sentado está por la jurisprudencia que la sanción moratoria no procede de manera automática, sino que ha de analizarse la buena o mala fe con la que actuó el empleador[3], 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.

En este sentido la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL-3288-2021 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*

[3] *"...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).*

> *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).*

Conforme a lo anterior, advierte esta Sala de decisión en el *sub examine*, la sociedad recurrente VERGEL Y CASTELLANOS S.A. hoy INGENIERÍAS VIAS Y CONCRETOS S.A.S. no aludió la circunstancia que justificara la omisión en el pago de la liquidación de prestaciones sociales del actor, pues es claro que dicha sociedad integra el Consorcio YARIMA y al ocupar tal posición tiene la obligación de conocer los términos de las contrataciones y el cumplimiento de las mismas, puntualmente debió conocer los contratos de trabajo que suscribió el actor y el pago de los rubros laborales, no siendo atendible que se excuse ante dicha omisión al aducir un desconocimiento cuando, se repite, esta sociedad integra el Consorcio y ello implica unas obligaciones. Nótese en este punto, que los hechos aquí ventilados acaecieron el 22 de agosto de 2015 al 21 de agosto del año 2016 y en dicha época la Alta Corporación sostenía que los integrantes del consorcio respondían entre sí, así discurrió la Corte antes de cambiar el criterio en el 2021 (CSJ SL 676-2021):

> *"Las uniones temporales, así como los consorcios, son alianzas estratégicas entre organizaciones de contratistas o empresariales que buscan aumentar su competitividad empleando sus recursos y fuerzas técnicas, económicas y financieras para la realización de proyectos de contratación altamente especializados o intensivos en capital, y en el cual se preserva la autonomía jurídica de los sujetos asociados.*
>
> *Esta figura jurídica se constituye, al tenor del artículo 7.o de la Ley 80 de 1993, "cuando dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato,* ***respondiendo solidariamente por el cumplimiento total de la propuesta y del objeto contratado****".*
>
> ***Se diferencia de los consorcios en que la responsabilidad por las sanciones por el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la propuesta y el contrato no es estrictamente solidaria -como sí lo es en aquellas organizaciones-****, sino que se individualiza en cabeza de cada uno de los integrantes y de acuerdo con su grado de participación en la ejecución de tales obligaciones.*
>
> *La jurisprudencia ha señalado que la conformación de un consorcio o unión temporal no configura una persona jurídica diferente a los de sus miembros individualmente considerados y a partir de este argumento ha precisado que "no son sujetos procesales que puedan responder válidamente por obligaciones a su cargo, por lo que las responsabilidades que en la ejecución de la obra se susciten, son a cargo de las personas que las integran" (CSJ SL, 11 feb. 2009, rad. 24426). Asimismo, que "no obstante que tienen responsabilidad solidaria, (...) cuando concurren al proceso (...) se debe integrar litisconsorcio necesario por activa o por pasiva según corresponda*

> *con todos y cada uno de los unidos temporalmente" (CSJ SL, 24 nov. 2009, rad. 35043), de modo que carecen de capacidad para ser parte y comparecer al proceso.".*

Se itera, la Alta Corporación ante un nuevo estudio del asunto, consideró pertinente modificar el anterior precedente jurisprudencial para establecer que las uniones temporales y consorcios sí tienen capacidad para ser parte y comparecer al proceso a través de su representante legal, y sin que deba constituirse un litisconsorcio necesario con cada uno de sus integrantes, y en esa medida pueden responder por las obligaciones de sus trabajadores, así como cada uno de sus miembros solidariamente, situación que no aplica en esta litis ya que los hechos sucedieron en el 2016, como ya se dijo y, la sociedad recurrente debe responder solidariamente de las obligaciones adquiridas por el Consorcio y bajo tal premisa debió verificar el cumplimiento del contrato de trabajo del señor JULIAN BEDOYA S.A.S. que le asistían en calidad de empleador, no siendo de recibo que pretenda la exoneración de los intereses moratorios cuando omitió el pago de la liquidación, incluso, desde la terminación a la fecha de proferirse el fallo de primera instancia transcurrió un tiempo más que considerable (del 2016 al 2023).

Igualmente, en cuanto al argumento dirigido a que la sociedad VERGEL Y CASTELLANOS S.A. hoy INGENIERÍAS VIAS Y CONCRETOS S.A.S. cedió su participación como accionista a otra sociedad, debe advertirse, una vez revisada la contestación aportada a páginas 212 a 216, no se logra extraer ninguna información o hecho de defensa al respecto, no siendo viable que en sede de alzada se expongan nuevas situaciones que no fueron objeto de defensa desde la respuesta a la demanda. Asimismo, si esta recurrente consideraba que no le asistía obligación alguna en esta litis, debió solicitar la integración con la sociedad cesionaria y ello no ocurrió. Por lo expuesto se confirmará la condena fulminada por la *a quo.*

En otro giro, frente al recurso interpuesto por la enjuiciada UNIDOS POR SANTANDER S.A.S., en relación con la procedencia de la solidaridad contemplada en el artículo 34 del C.S.T., debe advertirse al recurrente, en primer lugar, en los hechos de los numerales 8º a 10º se plasmó lo siguiente:

> *"8. El CONSORCIO YARIMA, está conformado por la empresa VERGEL Y CASTELLANOS S.A., sociedad comercial con domicilio en Bogotá, identificada con el NIT 800.057.402-5 y la empresa DAFER YB. S.A.S., mediante contrato consorcial a fin de celebrar contrato de obra.*

> *9. El consorcio se crea, a fin de celebrar contrato de obra para el mejoramiento, rehabilitación, y pavimentación de la red secundaria para la conectividad regional en el programa estratégico de infraestructura de conectividad para Santander, enmarcado en el contrato plan de la nación con el agroforestal y energético... para la gobernación de Santander, en virtud del contrato de obra pública No. 00003561 del 29 de diciembre del 2014, a favor de la SOCIEDAD UNIDOS POR SANTANDER S.A.S.*
>
> *10. La SOCIEDAD UNIDOS POR SANTANDER S.A.., contrato con el consorcio YARIMA, para ejecutar el contrato de obra pública antes mencionado y del cual el señor JULIAN BEDOYA DELGADO, presto sus servicios como ingeniero de planta T&A.".*

De lo anterior se extrae que el demandante al fundamentar sus anhelos mencionó las situaciones que dieron lugar a ello, como lo fue inicialmente, la suscripción de un contrato comercial de obra pública entre UNIDOS POR SANTANDER S.A.S. y CONSORCIO YARIMA, además, estos fundamentos fácticos fueron aceptados en la contestación por parte de la primera sociedad (página 160, archivo 01), conociendo entonces los actos jurídicos que la involucraban, de modo que la demanda es clara en afirmar que todo se originó por el contrato de obra civil que tenía a su cargo esta recurrente.

Ahora bien, encuentra esta Sala que, en efecto, la juzgadora al fijar el litigio en la audiencia celebrada el 8 de noviembre de 2022 (archivo 03) lo limitó a establecer si entre las partes se suscribió un contrato de trabajo, incluyéndose en este asunto a la sociedad recurrente UNIDOS POR SANTANDER S.A.S. y nada se dijo frente a la solidaridad en dicha etapa procesal, no obstante, considera esta Sala de Decisión que es deber del fallador tener coherencia e interpretar los hechos y razones de derecho formulados en este asunto, pues es palpable que se persigue una solidaridad.

Téngase en cuenta, la figura de la solidaridad guarda relación con el objeto del litigio por cuanto si bien no se solicitó esta pretensión de manera literal en la demanda, lo cierto es que el demandante expuso en el acápite de razones de derecho:

> *"**La sociedad UNIDOS POR SANTANDER S.A.S, es solidariamente responsable de las obligaciones que emana en el contrato laboral** suscrito por CONSORCIO YARIMA, y conjuntamente de las empresas que conforman el consorcio, esto es, la sociedad VERGEL Y CASTELLANOS S.A., LA SOCIEDAD DAFER Y B. S.A.S con el demandante al tenor del ART. 36 C.S.T., en virtud a que la prestación del servicio desarrollado por el demandante beneficio a la sociedad UNIDOS POR SANTANDER S.A.S. con ocasión del contrato de obra pública No. 00003561 del 29 de diciembre del 2014, pues ésta, contrato con el consorcio YARIMA, para que ejecutara el contrato del*

> *obra pública del cual el demandante hizo parte del talento humano que ejecuto el mismo.".*

Entonces, resulta oportuno verificar la solidaridad que le asiste a esta sociedad dado que se declaró que los empleadores únicamente fueron INGENIERÍAS VIAS Y CONCRETOS S.A.S. y DAFER Y B S.A.S., estas dos últimas como integrantes del CONSORCIO YARIMA, no pudiéndose entonces desconocer que UNIDOS POR SANTANDER S.A.S., suscribió un contrato comercial de obra civil con las demás enjuiciadas y por ende, debe responder solidariamente frente a las condenas que recaen sobre salarios prestaciones e indemnizaciones, pues se insiste, aunque el acápite de pretensiones no contiene este anhelo, lo cierto es que sí está plasmado en las razones de derecho y defensa así como en los hechos, debiendo el operador judicial hacer un estudio y análisis acucioso sin que ello implique nuevas solicitudes.

Aclarado lo anterior, en punto al recurso de la demandada UNIDOS POR SANTANDER S.A.S. en cuanto a la **responsabilidad solidaria,** resulta pertinente señalar esta figura jurídica -**solidaridad del dueño o beneficiario de la obra**- se encuentra prevista en nuestro ordenamiento sustantivo laboral en el artículo 34 del C.S.T., que en su tenor literal preceptúa:

> *"1o) Son contratistas independientes y, por tanto, verdaderos patronos y no representantes ni intermediarios, las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficios de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva. Pero* ***el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores, solidaridad que no obsta para que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o para que repita contra él lo pagado a esos trabajadores.***
>
> ***2o) El beneficiario del trabajo o dueño de la obra, también será solidariamente responsable, en las condiciones fijadas en el inciso anterior, de las obligaciones de los subcontratistas frente a sus trabajadores, aún en el caso de que los contratistas no estén autorizados para contratar los servicios de subcontratistas."*** (Negrillas de la Sala)

Frente a dicha figura, la Corte Suprema de Justicia ha precisado en múltiples pronunciamientos que esta solidaridad *"fue instituida en la normatividad sustantiva laboral, con el fin de garantizar el pago de las acreencias laborales de los trabajadores cuando se presenta la contratación de trabajos u obras por parte de empresas a través de contratistas, siendo beneficiarias o dueñas de la obra las*

primeras"[4]*.* Puntualmente, en sentencia SL3111 de 2021 -reiterada en la SL4322 de 2021-, explicó:

> *"(…)*
>
> *Fuera de lo observado, en sentencia CSJ SL 4430 -2018, sobre el propósito de la institución jurídica de la solidaridad en la responsabilidad del beneficiario del trabajo, apuntaló la Sala:*
>
> > *«No debe perderse de vista que la razón histórica que inspiró la consagración normativa de la solidaridad que hoy ocupa la atención de la Sala, fue evitar que los derechos de los trabajadores fueran burlados cuando los grandes empresarios* ***contrataran*** *la ejecución de una o más obras y los contratistas o subcontratistas no tuvieren la solvencia económica para responder por las acreencias laborales causadas, de tal manera que pudiera acudirse a obligar al beneficiario de ella a satisfacerlas, facultándole a su vez la acción de repetición por lo pagado».*
>
> *También, ha sido enfática esta corporación en considerar que dicha solidaridad es aplicable, salvo que los servicios o la obra contratada traten actividades extrañas a las que normalmente desarrolla la empresa contratante, y además que, la pluricitada figura no guarda relación alguna con la vinculación del trabajador****, pues es diáfano que se pregona únicamente respecto al contratista independiente****, lo que deriva, sencillamente, en que el deudor solidario, en calidad de contratante, tan solo sea un garante de las obligaciones laborales adeudadas por el empleador.*
>
> *Vale la pena, entonces, traer a colación lo expuesto en la sentencia CSJ SL3718-2020, en la que se discurrió:*
>
> *La jurisprudencia ha considerado que la solidaridad legal prevista en el art. 34 del CST entre el beneficiario o dueño de la obra y el contratista independiente tiene como objetivo central garantizar la protección de los trabajadores en lo que respecta al reconocimiento y pago efectivo de las acreencias laborales, producto de la contratación que efectúe el beneficiario o dueño de la obra con un contratista independiente para la realización o prestación de una obra o servicio determinado, salvo que se trate de labores extrañas a las actividades normales de la empresa o negocio de aquel. Así lo ha dicho esta Corporación en sentencias CSJ SL, 26 sept. 2000, rad. 14038, 1 marzo 2010, rad. 35864 y SL217-2018, entre otras, donde ha sostenido:*
>
> *[…] el legislador, con el sentido proteccionista que corresponde al derecho laboral, previendo la posibilidad de que el contrato por las grandes empresas, como vehículo que les sirva para evadir las obligaciones sociales, y dada la frecuencia con que los pequeños contratistas independientes caen en la insolvencia o carecen de la responsabilidad necesaria, sin desconocer el principio de que el beneficiario de la obra no es en caso alguno el sujeto patronal, estableció expresamente, a favor exclusivo de los trabajadores, la responsabilidad solidaria del contratista y del beneficiario por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que puedan tener derecho, sin perjuicio de que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o repita con él lo pagado a esos trabajadores.*
>
> *Para la Corte,*
>
> *[…]* ***esta figura jurídica [refiriéndose a la solidaridad] no puede asimilarse ni***

[4] SL4322 de 2021.

> ***confundirse con la vinculación laboral…, pues tiene cada una alcances y consecuencias distintas. Es claro que la vinculación de carácter laboral es con el contratista independiente y que el obligado solidario no es más que un garante para el pago de sus acreencias, de quien, además, el trabajador puede también exigir el pago total de la obligación demandada, en atención al establecimiento legal de esa especie de garantía. […]***
>
> *De esta manera lo ha dicho esta Corporación:*
>
> *'La fuente de la solidaridad, en el caso de la norma, no es el contrato de trabajo ni el de obra, aisladamente considerados, o ambos en conjunto, sino la ley: esta es su causa eficiente y las dos convenciones su causa mediata, o en otros términos:* ***los dos contratos integran el supuesto de hecho o hipótesis legal. Ellos y la relación de causalidad entre las dos figuras jurídicas, son los presupuestos de la solidaridad instituida en la previsión legal mencionada (Sent., 23 de septiembre 1960****, "G.J.", XCIII, 915).'…" Sentencia CSJ SL de 26 de sept. de 2000, n.° 14038."*

Con relación a la hermenéutica de dicha disposición ha sostenido la Corte Suprema de Justicia, la misma contiene dos requisitos para su procedencia, a saber: i) ser beneficiario de la obra o del servicio contratado y, ii) que las actividades ejecutadas por la contratista a favor de la contratante no se traten de labores extrañas a las actividades normales de esta última, esto es, que sean afines[5].

Conforme tal reseña jurisprudencial, para que opere esta solidaridad se requiere que se verifique, preliminarmente, tanto la existencia del contrato de trabajo como del vínculo jurídico que liga al beneficiario de la obra con el contratista independiente, pues ellos y su relación de causalidad, en palabras de la Corte "***son los presupuestos de la solidaridad instituida en la previsión legal mencionada'***[6].

Adicionalmente, es necesario que las actividades contratadas sean afines con las labores propias y ordinarias de la parte contratante, tal como lo adoctrinó el órgano de cierre de esta jurisdicción en sentencia de radicación No. 28438 de 20 de febrero de 2007[7], donde concluyó que el dueño de la obra debe responder

---

[5] *Sentencia CSJ SL5053-2019, reiterada en SL1863 de 2020.*

[6] *Sent., 23 de septiembre 1960, "G.J.", XCIII, 915).'…" Sentencia CSJ SL de 26 de sept. de 2000, n.° 14038*

[7] *"…**En este caso ocurre, que el Instituto Nacional de Vías fue el dueño de la obra contratada por el contratista empleador incumplido, como lo estableció probatoriamente el Tribunal. Por ello, si bien el numeral 2º del artículo 134B de la Ley 446 de 1998 denunciado por falta de aplicación, da a los jueces administrativos la competencia para conocer de los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho originados en una relación laboral de carácter legal y reglamentaria, es innegable que los derechos del demandante se invocaron con fundamento en la vinculación laboral con el contratista y la solidaridad del ente estatal, para efectos de la***

solidariamente por las obligaciones generadas por el empleador o contratista incumplido, **desde luego, si la actividad del beneficiario de la obra, es similar a la del contratista**, postura reiterada, entre otras en sentencias con radicación No. 35864 de 1º de marzo de 2010, SL11655 del 2 de septiembre de 2015 y SL3718 de 2020 y en la SL640 de 2022 al expresar: "*para que se presente la solidaridad alegada es preciso que exista una relación directa entre el giro ordinario de los negocios del obligado solidario y la actividad que realizaba el trabajador*".

En similares términos, en sentencia SL 7789-2016, esa Corporación sostuvo:

> *"Como lo destaca el recurrente, la disposición legal que concibe la solidaridad entre el contratista independiente y el beneficiario de la obra por el pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones de los trabajadores del primero,* ***exige que las actividades que desplieguen***

---

satisfacción de las deudas provenientes de ella, sin que se discutiera la naturaleza del carácter laboral del contrato que unió al servidor acá demandante, orientándose ésta a la imposición de la condena solidaria.

Respecto de ello de manera reiterada esta Sala de Casación ha sostenido, que:

"(…)el obligado solidario no es más que un garante para el pago de sus acreencias, de quien, además, el trabajador puede también exigir el pago total de la obligación demandada, en atención al establecimiento legal de esa especie de garantía. Y no por ello puede decirse que se le esté haciendo extensiva la culpa patronal al Municipio demandado. No, la culpa es del empleador, pero los derechos respecto de los salarios, las prestaciones e indemnizaciones (como lo enuncia el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo) que de ella emanan son exigibles a aquel en virtud, como atrás se anotó, de haberse erigido legalmente la solidaridad que estableció el estatuto sustantivo laboral, en procura de proteger los derechos de los asalariados o sus causahabientes".

"'(…) La fuente de la solidaridad, en el caso de la norma, no es el contrato de trabajo ni el de obra, aisladamente considerados, o ambos en conjunto, sino la ley: esta es su causa eficiente y las dos convenciones su causa mediata, o en otros términos: los dos contratos integran el supuesto de hecho o hipótesis legal. Ellos y la relación de causalidad entre las dos figuras jurídicas son los presupuestos de la solidaridad instituida en la previsión legal mencionada"' (Sent., 23 de septiembre 1960, "G.J.", XCIII, 915).

"No debe perderse de vista que la razón histórica que inspiró la consagración normativa de la solidaridad que hoy ocupa la atención de la Sala, fue evitar que los derechos de los trabajadores fueran burlados cuando los grandes empresarios contrataran la ejecución de una o más obras y los contratistas o subcontratistas no tuvieren la solvencia económica para responder por las acreencias laborales causadas, de tal manera que pudiera acudirse a obligar al beneficiario de ella a satisfacerlas, facultándole a su vez la acción de repetición por lo pagado"(sentencia del 26 de septiembre de 2000, Rad. 14038).

Tal y como lo diferencia la sentencia, la solidaridad proviene de la ley y se constituye en parte del efecto de la responsabilidad, trayendo al responsable solidario como un garante de las obligaciones que emanan del empleador; siendo esa la vinculación entre el trabajador su empleador y el dueño o beneficiario de la obra, mas no el contrato de trabajo, que como se dijo no se alegó respecto de la entidad estatal demandada.

> ***uno y otro tengan el mismo giro ordinario o normal, vale decir tengan correspondencia en su objeto social.***
>
> *No se trata en absoluto de que el verdadero empleador (contratista independiente) cumpla idénticas labores a las que desarrolla quien recibe el beneficio de la obra, pero tampoco que cualquier labor desarrollada por éste pueda generar el pago solidario de las obligaciones laborales. En los términos del artículo 34 del C.S.T. es* ***preciso que las tareas coincidan en el fin o propósito que buscan empresario y contratista; en otras palabras, que sean afines."*** (Negrilla y Subrayas de la Sala),

En sentido contrario, la Corte ha enseñado que, si las labores contratadas son ajenas al objeto ordinario de la contratante, no surge la solidaridad contemplada en el artículo 34 del C.S.T.. Así, en sentencia con radicación 39648 del 25 de septiembre de 2009, precisó:

> *"(…) esta Corte reitera una vez más que la solidaridad establecida en el artículo 34 del CST es una garantía del pago de los salarios, prestaciones e indemnizaciones a que tiene derecho el trabajador, e, igualmente, precisa que dicha garantía se activa a cargo del beneficiario o dueño de la obra en virtud del convenio celebrado entre este y el empleador, salvo que lo contratado se trate de labores extrañas a las actividades normales de la empresa o negocio de aquel."*

Precisado lo anterior, con relación al primero de los presupuestos, esto es, que el contratante sea beneficiario de la obra o servicio contratado, destaca la Sala, en el asunto no se presentó inconformidad frente a las conclusiones de la juez que apuntaron a tener por acreditada la existencia de vínculos comerciales entre las sociedades VERGEL Y CASTELLANOS S.A. hoy INGENIERÍAS VIAS Y CONCRETOS S.A.S. y DAFER Y B S.A.S. y UNIDOS POR SANTANDER S.A.S., toda vez que se aportó el contrato de obra suscrito, (paginas 75 a 86 del archivo 01), que prevé:

> *"CONSIDERANDOS*
>
> *Que la sociedad UNIDOS POR SANTANDER S.A.S. suscribió con la GOBERNACION DE SANTANDER el Contrato de Obra Pública No. 00003561, mediante documento de fecha del 29 de diciembre de 2014, cuyo objeto consiste en que la sociedad UNIDOS POR SANTANDER S.A.S. realice el MEJORAMIENTO, REHABILITACIÓN YPAVIMENTACIÓN DE LA RED SECUNDARIA PARA LA CONECTIVIDAD REGIONAL EN EL PROGRAMA ESTRATÉGICO DE INFRAESTRUCTURA DE CONECTIVIDAD PARA SANTANDER ENMARCADO EN LE CONTRAIO PLAN DE LA NACIÓN CON LE*
> *DEPARTAMENTO DE SANTANDER, CONPES 3775 DE 2013 - CORREDOR AGROFORESTAL YENERGÉTICO (GAMBITA - VADO REAL. - SUAITA - SAN JOSÉ DE SUAITA - LA CASCADA - LE TIRANO - OIBA GUADALUPE /CONTRATACIÓN - CHIMA - SIMACOTA - SOCORRO - PARAMO / CONTRATACIÓN -GUACAMAYO -SANTAHELENA- LA ARAGUA / SANTA TAMA - MIRABUENOS/ ARAGUA- ISLANDIA - EL CARMEN – YARIMA- para la Gobernación de Santander…*

Que las Parles están interesadas en asociarse estratégicamente para conformar un CONSORCIO para la suscripción y ejecución de un CONTRATO DE OBRA con la sociedad UNIDOS POR SANTANDER S.A.S para el MEJORAMIENTO. REHABILITACIÓN Y PAVIMENTACIÓN DE LA RED SECUNDARIA PARA LA CONECTIVIDAD REGIONAL EN LE PROGRAMA ESTRATÉGICO DE INFRAESTRUCTURA DE CONECTIVIDAD PARA SANTANDER ENMARCADO EN EL CONTRATO PLAN DE LA NACIÓN CON EL DEPARTAMENTO DE SANTANDER, CONPES 3775 DE 2013 - CORREDOR AGROFORESTAL YENERGÉTICO (GAMBITA - VADO REAL - SUAITA - SAN JOSÉ DESUAITA - LACASCADA - LE TIRANO - OIBA GUADALUPE /CONTRATACIÓN - CHIMA - SIMACOTA - SOCORRO - PARAMO / CONTRATACIÓN - GUACAMAYO - SANTA HELENA - LA ARAGUA / SANTA HELENA - MIRABUENOS/ ARAGUA - ISLANDIA - LE CARMEN - YARIMA - TMM, la GOBERNACION DE SANTANDER, objeto del Contrato de Obra Pública No. 00003561.(…).

Celebrar el presente acuerdo Consorcial, comprometiéndose en forma conjunta y solidaria, incluyendo la facultad para asignar un representante legal del Consorcio, con las más amplias facultades, en, los términos que se establecen en el presente documento. (…).

ACUERDAN

(…)

SEGUNDO. - OBJETO. Por el presente documento las Parles que en el actúan, formalizan la celebración de un Acuerdo Consorcial para ejecutar el CONTRATO DE OBRA que pretende contratar la sociedad UNIDOS POR SANTANDER S.A.S. cuyo objeto principal es el MEJORAMIENTO, REHABILITACIÓN Y PAVIMENTACIÓN DE LA RED SECUNDARIA PARA LA CONECTIVIDAD REGIONAL EN EL PROGRAMA ESTRATÉGICO DE INFRAESTRUCTURA DE CONECTIVIDAD PARA SANTANDER ENMARCADO EN EL CONTRATO PLAN DE LA NACIÓN CON LE DEPARTAMENTO DE SANTANDER, CONPES 3775 DE 2 0 1 3 - CORREDOR AGROFORESTAL YENERGÉTICO (GAMBITA - VADO REAL - SUAITA - SAN JOSÉ DE SUAITA -LA CASCADA - EL TIRANO - OIBA GUADALUPE /CONTRATACIÓN - CHIMA - SIMACOTA - SOCORRO- PARAMO / CONTRATACIÓN- GUACAMAYO - SANTA HELENA - LA ARAGUA / SANTA HELENA - MIRABUENOS / ARAGUA - ISLANDIA - LE CARMEN - YARIMA - TMM para la Gobernación de Santander, objeto del Contrato de Obra Pública No. 00003561.

Para el cumplimiento de su objeto las pares acuerdan unir sus fortalezas en cuanto a experiencia, capital y financiación, conformando un Consorcio realizando las labores mencionadas de conformidad con las exigencias del Contrato de Concesión.

Las obras derivadas del CONTRATO DE OBRA a suscribirse con la sociedad UNIDOS POR SANTANDER S.A.S, serán ejecutadas directamente por las partes que conforman el presente CONSORCIO en los porcentajes de participación que se establecen más adelante. Las partes podrán ejecutar directamente la totalidad de las obras que les corresponden y/o subcontratar con terceros parte de las mismas de acuerdo a su porcentaje de participación en el CONSORICO YARIMA y con lo que se establezca en el contrato de obra.".

Como se ve, la vinculación del demandante tenía relación directa con la contratación existente entre las sociedades llamadas a juicio y tenía como propósito hacer parte de la ejecución de ese contrato de obra suscrito entre

VERGEL Y CASTELLANOS S.A. hoy INGENIERÍAS VIAS Y CONCRETOS S.A.S. y DAFER Y B S.A.S. y UNIDOS POR SANTANDER S.A.S., aunado a que en el interrogatorio de parte los representantes legales de UNIDOS POR SANTANDER S.A.S. e INGENIERÍA VÍAS Y CONCRETOS S.A.S[8]., aceptaron dicha situación, resultando claro que UNIDOS POR SANTANDER S.A.S. fue beneficiaria de los servicios prestados por el trabajador, por lo que acreditado se encuentra el primero de los supuestos a que se refiere el artículo 34 del C.S.T.

Solventado lo anterior, con relación al segundo presupuesto, esto es, "*que las actividades ejecutadas por la contratista a favor de la contratante no se traten de labores extrañas a las actividades normales de esta última, esto es, que sean afines"*, necesario resulta traer a colación el objeto social de cada una de las empresas citadas a juicio.

En ese orden, se examinan los certificados de existencia y representación legal de las enjuiciadas, evidenciando:

UNIDOS POR SANTANDER S.A.S. (páginas 87 a 92, archivo 01):

[8] ***Interrogatorio de parte de la Representante Legal de la demandada UNIDOS POR SANTANDER S.A.S.****, archivo 03, récord 12:40: "Conozco al demandante porque trabajó para el Consorcio Yarima en el tramo Carmen Yarima, no tengo conocimiento de cuánto tiempo trabajo con ellos, yo lo conocí ya cando la empresa iba a salir, tengo entendido que él trabajaba en la planta de asfalto si no estoy mal, el consorcio lo conforman Dafer y Vergel Castellanos, se suscribió un contrato con el consorcio Yamira, nosotros como se verifica en la Cámara de Comercio estamos con una empresa de Yarima, como Meyan S.A., Vergel y Castellanos y Consitop, el consorcio era el encargado de la obra, respecto a los salarios no sabemos si le pagaron todo, no tenemos nada que ver con la empresa, el contrato no se ha liquido ni el tramo, y el consorcio no ha traslado los documentos que se han solicitado hace varios años".*

Interrogatorio de parte de la Representante Legal de la demandada VERGEL Y CASTELLANOS S.A.S. *hoy INGENIERÍA VÍAS Y CONCRETOS S.A.S., archivo 03, récord 19:45: "No conozco al actor, hubo un consorcio donde estaba VERGEL Y CASTELLANOS esa participación fue cedida, en el expediente obra el documento donde se cede la participación, el consorcio estaba integrado por DAFER y VERGEL y Castellanos, en el 2014 se creó el consorcio para una obra de Santander, todo lo manejo el consorcio Yamira, conformado por Dafer, Vergel y Unidos por Santander, se contrató al actor por parte del Consorcio, fueron 2 contratos en el 2014 y el otro en el 2017, el área de personal maneja todo lo de contratación el delegado por nosotros era una personas de Unidos por Santander, que era Diana y ellos informaban todo sobre esta obra, se han iniciado acciones legales para saber todo sobre este contrato, no se sabe si se le pagó o no, no sé por qué terminó la relación laboral, no nos han pasado ningún tipo de documentación sobre él".*

CERTIFICA:
OBJETO SOCIAL: EL OBJETO DE LA SOCIEDAD SERÁ LA SUSCRIPCIÓN Y EJECUCIÓN DEL CONTRATO DE OBRA, OBJETO DE LA LICITACIÓN PÚBLICA NO. IT-LP-14-16, CUYO OBJETO ES EL MEJORAMIENTO, REHABILITACIÓN Y PAVIMENTACIÓN DE LA RED SECUNDARIA PARA LA CONECTIVIDAD REGIONAL EN EL PROGRAMA ESTRATÉGICO DE INFRAESTRUCTURA DE CONECTIVIDAD PARA SANTANDER ENMARCADO EN EL CONTRATO PLAN DE LA NACIÓN CON EL DEPARTAMENTO DE SANTANDER, CONPES 3775 DE 2013 - CORREDOR AGROFORESTAL Y ENERGÉTICO (GAMBITA - VADO REAL - SUAITA - SAN JOSÉ DE SUAITA - LA CASCADA - EL TIRANO - OIBA GUADALUPE / CONTRATACIÓN - CHIMA - SIMACOTA - SOCORRO - PARAMO / CONTRATACIÓN - GUACAMAYO - SANTA HELENA - LA ARAGUA / SANTA HELENA - MIRABUENOS / ARAGUA - ISLANDIA - EL CARMEN - YARIMA - TMM)., ASÍ COMO TODAS LAS GESTIONES COMERCIALES Y ADMINISTRATIVAS NECESARIAS PARA LA SUSCRIPCIÓN, EJECUCIÓN, CUMPLIMIENTO Y LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO DE OBRA MENCIONADO. EN DESARROLLO DE SU OBJETO SOCIAL PRINCIPAL, LA SOCIEDAD SUSCRIBIRÁ, EJECUTARÁ Y LIQUIDARÁ EL CONTRATO DE OBRA, OBJETO DE LA LICITACIÓN PÚBLICA NO. IT-LP-14-16,Y TODAS LAS ACTIVIDADES NECESARIAS, COMPLEMENTARIAS O AFINES REQUERIDAS PARA EL CUMPLIMIENTO, EJECUCIÓN Y LIQUIDACIÓN DE ESTE CONTRATO, EN PARTICULAR, Y DEL OBJETO SOCIAL DE LA SOCIEDAD QUE SE PROMETE CONSTITUIR, EN GENERAL. PARÁGRAFO 1°. EN DESARROLLO DE SU OBJETO SOCIAL LA SOCIEDAD PODRÁ EJECUTAR LAS SIGUIENTES ACTIVIDADES, SIN AGOTARSE EN LAS MISMAS: A) EFECTUAR TODA CLASE DE OPERACIONES DE CRÉDITO, ACTIVO O PASIVO, ADQUIRIR O ENAJENAR TODA CLASE DE BIENES, MUEBLES O INMUEBLES, GIRAR, ENDOSAR, RECIBIR, DESCONTAR, ADQUIRIR, Y PIGNORAR TODA CLASE DE INSTRUMENTOS NEGOCIABLES; B) IMPORTAR, EXPORTAR, DISTRIBUIR, RECIBIR, O DAR EN CONSIGNACIÓN TODA CLASE DE ELEMENTOS, EQUIPOS, MAQUINARIA, REPUESTOS E INSUMOS RELACIONADOS CON EL OBJETO SOCIAL PRINCIPAL; C) CELEBRAR CUALQUIER ACTO O CONTRATO RELACIONADO CON EL DESARROLLO O QUE PRETENDA LA REALIZACIÓN DE SU OBJETO SOCIAL; D) ELABORAR ESTUDIOS, EJECUTAR OBRAS Y ESTABLECER CONTROLES DE CALIDAD, DESARROLLAR SISTEMAS Y PROGRAMAS INFORMÁTICOS, E) PROMOCIONAR, ORGANIZAR Y ADMINISTRAR SOCIEDADES, A TRAVÉS DE LA ADQUISICIÓN DE ACCIONES O PARTES SOCIALES O LA FUSIÓN CON OTRAS SOCIEDADES, QUE EN TODOS LOS CASOS TENGAN IGUAL O SIMILAR OBJETO O, BIEN, ALGÚN OBJETO RELACIONADO DIRECTA O INDIRECTAMENTE O COMPLEMENTARIO CON EL OBJETO SOCIAL DE LA SOCIEDAD, PREVIA AUTORIZACIÓN DE LOS ORGANISMOS COMPETENTES; F) ADQUIRIR LA PROPIEDAD, O RECIBIR EN ARRENDAMIENTO, O MEDIANTE CUALQUIER OTRA MODALIDAD CONTRACTUAL, BAJO CUALQUIER TÍTULO LEGAL, TODA CLASE DE BIENES MUEBLES O INMUEBLES QUE PUEDAN SER NECESARIOS PARA DESEMPEÑAR SUS FINES SOCIALES, ASÍ COMO GRAVAR O HIPOTECAR DICHOS BIENES; G) EN GENERAL, CELEBRAR DENTRO O FUERA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, POR SU PROPIA CUENTA Y NOMBRE, O POR CUENTA Y NOMBRE DE TERCEROS, TODO TIPO DE ACTOS, CONTRATOS, CONVENIOS, YA SEAN CIVILES, COMERCIALES, INDUSTRIALES, TÉCNICOS O FINANCIEROS, PRINCIPALES O ACCESORIOS, O DE CUALQUIER OTRA NATURALEZA, QUE SEAN NECESARIOS O CONVENIENTES PARA EL LOGRO DE SUS FINES SOCIALES. PARÁGRAFO 2°. CUALQUIERA DE LAS ACTIVIDADES DESCRITAS EN LA PRESENTE CLÁUSULA, SE DESARROLLARÁ CON ARREGLO A LOS PLIEGOS DE CONDICIONES DE LA LICITACIÓN PÚBLICA NO IT-LP-14-16, ASÍ COMO A SUS ADENDAS, ANEXOS, MODIFICACIONES O ACLARACIONES, Y LO DISPUESTO EN EL CONTRATO DE OBRA RESPECTIVO, SUS ANEXOS, APÉNDICES, MODIFICACIONES Y ACLARACIONES.

VERGEL Y CASTELLANOS S.A.S. (páginas 93 a 100, ibidem):

OBJETO SOCIAL: LA SOCIEDAD TENDRÁ POR OBJETO SOCIAL PRINCIPAL EL SIGUIENTE: EL DESARROLLO Y EXPLOTACIÓN EN COLOMBIA Y EN EL EXTERIOR, DE TODA CLASE DE ACTIVIDADES PROPIAS DE LA GERENCIA, LA ADMINISTRACIÓN, ECONOMIA, LAS FINANZAS, EL MERCADEO, LA INGENIERÍA, LA ARQUITECTURA Y DEMÁS ACTIVIDADES QUE SE RELACIONEN CON ESTAS, EN ESPECIAL DE OBRAS DE INFRAESTRUCTURA Y EJECUCIÓN DE MACROPROYECTOS, ESTUDIOS Y DISEÑOS DE PROYECTOS, Y TODAS LAS ACTIVIDADES INHERENTES A ESTAS RAMAS, Y, ENTRE ELLAS, ESPECIALMENTE: LA FORMULACIÓN, PLANEACIÓN, COORDINACIÓN, EJECUCIÓN, CONTROL, SUPERVISIÓN, CONSULTORÍA, INTERVENTORÍA, OPERACIÓN, CONTRATACIÓN, CONSTRUCCION, MANTENIMIENTO, MEJORAMIENTO, REHABILITACIÓN, INSTALACIÓN, GESTIÓN COMERCIAL, AMBIENTAL, ADMINISTRACIÓN Y GERENCIA DE PLANES, PROGRAMAS, PROYECTOS Y OBRAS, EN INVERSIONES PÚBLICAS Y PRIVADAS, A DESARROLLAR POR ENTES EL DERECHO PÚBLICO, PRIVADO O MIXTO, EN TODAS LAS RAMAS DE LA INGENIERÍA, ARQUITECTURA Y CIENCIAS AFINES, ENTRE OTROS: A) LA OPERACIÓN, CONSTRUCCIÓN Y MANTENIMIENTO, MEJORAMIENTO, REHABILITACIÓN, INSTALACIÓN, GESTIÓN COMERCIAL, ADMINISTRACIÓN Y GERENCIA DE OBRAS O DE PROYECTOS DE CONSTRUCCIONES DE TODA ÍNDOLE EN LAS RAMAS DE LA INGENIERÍA Y LA ARQUITECTURA, Y DEMÁS ÁREAS RELACIONADAS; B) LA FORMULACIÓN, IMPLANTACIÓN, COORDINACIÓN, EJECUCIÓN, CONTROL, SUPERVISIÓN, CONSULTORÍA E INTERVENTORÍA DE PLANES, PROGRAMAS Y PROYECTOS DE TODAS LAS RAMAS DE LA INGENIERÍA Y ARQUITECTURA, Y CIENCIAS AFINES, EN LAS ÁREAS TÉCNICA, ECONÓMICA, ADMINISTRATIVA, FINANCIERA, JURÍDICA Y AMBIENTAL, EN ENTES PÚBLICOS Y PRIVADOS, GUBERNAMENTALES Y NO GUBERNAMENTALES; C) LA SOCIEDAD PODRÁ DESARROLLAR CUALQUIER ACTIVIDAD CIVIL O COMERCIAL, LÍCITA, QUE ESTÉ RELACIONADA CON EL OBJETO SOCIAL.

DAFER B Y S.A.S. (páginas 1010 a 104):

OBJETO SOCIAL: LA SOCIEDAD TENDRA COMO OBJETO, LA REALIZACION DE CUALQUIER ACTIVIDAD ECONOMICA LICITA TANTO EN COLOMBIA COMO EN EL EXTRANJERO Y EN ESPECIAL LA SOCIEDAD TENDRA COMO OBJETO SOCIAL: EL ESTUDIO, DISEÑO, PLANEACION, CONTRATACION Y EJECUCION DE

OBRAS CIVILES Y CONSTRUCCIONES PUBLICAS PRIVADAS, DESARROLLO DE OBRAS DE GEOTECNIA Y LA PRESTACION DE SERVICIOS EN GENERAL, OBRAS DE SANEAMIENTO BASICO, CONSTRUCCION DE ACUEDUCTOS, POLIDUCTOS O GASEODUCTOS, ALQUILER DE MAQUINARIA Y EQUIPO QUE TENGA QUE VER O SE RELACIONE CON LA CONSTRUCCION Y LA CONSTRUCCION DE OBRAS CIVILES, DE EDIFICACIONES, EDIFICACIONES VERTICALES, REMODELACIONES DE EDIFICACIONES COMPLETAS O PARTES DE ELLAS, O SU ACONDICIONAMIENTO, PREPARACION DE TERRENOS, TRABAJOS DE PINTURA INDUSTRIAL, REVESTIMIENTO Y MANTENIMIENTO DE TODA CLASE DE TUBERIA, SOLDADURAS API Y ASME EN GENERAL Y TODOS LOS ACTOS LICITOS DE COMERCIO PERTENECIENTES O RELACIONADOS CON LA REPRESENTACION DE COMPAÑIAS NACIONALES Y EXTRANJERAS, POR TO

ANTERIOR, LA SOCIEDAD PODRA REALIZAR LABORES DE DISTRIBUCI6N DE ARTICULOS DE COMERCIO Y DE MAQUINARIA BIEN SEAN IMPORTADOS O PRODUCIDOS POR LA INDUSTRIA NACIONAL, POR IS SOCIEDAD O POR TERCEROS, A SOCIEDAD PODRA PRESTAR SERVICIOS DE ASESORIA Y DE INTERVENTORIA DE OBRAS, PODRA REALIZAR LA PROMOCION DE OBRAS Y EL ESTUDIO, PROGRAMACION REPRESENTACION, GERENCIA Y ADMINISTRACION DE PLANES PROMOCIONALES Y DE VENTA DE INMUEBLES Y DE CONSTRUCCION DE URBANIZACIONES, PARCELACIONES, CENTROS DE VIVIENDA, INDUSTRIALES O COMERCIALES, PODRA TENER PARTICIPACION EN CONSORCIOS O UNIONES TEMPORALES EN LAS ACTIVIDADES RELACIONADAS EN LOS APARTES ANTERIORES, ADQUIRIR CUOTAS, PARTES O ACCIONES DE OTRAS SOCIEDADES, PODRA ESTABLECER AGENCIAS O SUCURSALES DENTRO O FUERA DEL PALS CON EL CUMPLIMIENTO DE LAS NORMAS DEL

TERRITORIO EN EL CUAL DECIDE ESTABLECERSE. EN DESARROLLO DE SU OBJETO SOCIAL, LA SOCIEDAD PODRA ADQUIRIR, DAR O TOMAR EN ARRENDAMIENTO, GRAVAR O LIMITAR EL DOMINIO DE TODA CLASE DE EQUIPOS, MAQUINARIAS, INSTALACIONES, MATERIALES, Y DEMAS ELEMENTOS EMPLEADOS COMO AUXILIARES O DESTINADOS A LA CONSTRUCCION DE OBRAS CIVILES O CUALQUIERA OTRAS; ESTABLECER TALLERES PARA LA REPARACION, SOSTENIMIENTO Y RECONSTRUCCI6N DE EQUIPOS; ADQUIRIR BIENES Y RAICES PARA USO DE SUS ESTABLECIMIENTOS, DEPBSITOS, PLANTAS O SITIOS DE TRABAJO , HIPOTECARLOS CONSTRUIRIOS Y EXPORTARLOS COMERCIALMENTE O ENAJENARLOS CUANDO YA NO FUEREN NECESARIOS PARA SUS OBRAS O CONSTRUCCIONES Y EXPLOTAR CANTERAS, PLAYAS Y DEM6S DEPBSITOS NATURALES Y YACIMIENTOS DE MATERIALES PARA CONSTRUCCION CON DESTINO A SUS OBRAS O LA YENTA DE LOS MISMOS, CONTRATAR EMPRESTITOS Y TOMAR DINERO EN MUTUO, CONSTITUIR GARANTIAS SOBRE ACTIVOS MUEBLES O INMUEBLES Y CELEBRAR OPERACIONES FINANCIERAS QUE LE PERMITAN ADQUIRIR LOS FONDOS Y OTROS ACTIVOS NECESARIOS PARA EL DESARROLLO DE LA EMPRESA; CONTRATAR LA EJECUCION DE OBRAS Y TRABAJOS BAJO LAS DIFERENTES , MODALIDADES COMERCIALES O ADMINISTRATIVAS DE CONTRATACION Y ACTUAR COMO MANDATARIA DE PERSONAS, JURIDICAS O NATURALES, PARA NEGOCIOS O ACTIVIDADES QUE TENGAN RELACIONES CON SU OBJETO SOCIAL, ASOCIARSE CON TERCEROS, PARA LA EJECUCION DE OBRAS O PARA LA REALIZACION DE PROYECTOS ESPECIFICOS; SUBCONTRATAR OBRAS O PARTE DE ELLAS; CONSTITUIR COMPAÑIAS FILIALES PARA

PARA LA EXPLOTACION DE CUALESQUIERA ACTIVIDADES COMPRENDIDAS EN EL OBJETO SOCIAL Y TOMAR INTERES COMO PARTICIPE DE OTRAS SOCIEDADES O EMPRESAS DE OBJETO AN6LOGO O COMPLEMENTARIO AL SUYO, HACER APORTES EN DINERO, EN BIENES O SERVICIOS A TALES SOCIEDADES O EMPRESAS, ENAJENAR SUS CUOIAS, PARTES, ACCIONES O DERECHOS EN LAS MISMAS, FUSIONARSE CON ELLOS O ABSORBERIAS Y EN GENERAL, EJECUTAR TODOS LOS ACTOS Y CELEBRAR TODOS LOS CONTRATOS RELACIONADOS DIRECTAMENTE CON LAS ACTIVIDADES INDICADAS EN ESTE ARTICULO Y DE TODAS AQUELLAS QUE TENGAN COMO FINALIDAD EJERCER LOS DERECHOS Y CUMPLIR LAS OBLIGACIONES LEGAL O CONVENCIONALMENTE , DERIVADAS DE LA EXISTENCIA Y DE LAS ACTIVIDADES DESARROLLADAS POR LA SOCIEDAD, PODRA DESARROLLAR LA COMPRA, DISTRIBUCION, IMPORTACION, ADECUACION Y ALMACENAMIENTO DE MATERIAS PRIMAS PARA LOS MISMOS FINES, PODRA DESARROLLAR IS PRESTACION DE SERVICIOS GENERALES ANTE ENTIDADES PUBLICAS Y PRIVADAS, TALES COMO ASEO, MANTENIMIENTO Y DISEÑO DE JARDINES Y AREAS EXTERIORES. LA

En tal sentido, en los términos del artículo 34 del C.S.T. conforme a los objetos sociales atrás descritos de cada una de las demandadas, se tiene que los mismos están relacionados o conexos con el estudio, diseño, planeación, infraestructura, ejecución de obras civiles – proyectos- y todas las actividades inherentes a las ramas de la ingeniería, aunado a ello, el señor JULIAN BEDOYA DELGADO fue contratado a efectos de realizar actividades propias para el cumplimiento del contrato civil, en el cargo de Ingeniero de Planta T&T para efectuar actividades propias el

CONTRATO DE OBRA que contrató la sociedad UNIDOS POR SANTANDER S.A.S. cuyo objeto principal consistió en el mejoramiento, rehabilitación y pavimentación de la red secundaria para la conectividad regional en el programa estratégico de infraestructura de conectividad para Santander enmarcado en el contrato plan de la nación con el departamento de Santander, CONPES 3775 de 2 0 1 3 - corredor agroforestal y energético (gambita - vado real - Suaita - San José de Suaita -La Cascada - El Tirano - Oiba Guadalupe /contratación - Chima - Simacota - Socorro- Paramo / contratación- Guacamayo - Santa Helena - La Aragua / Santa Helena - Mirabuenos / Aragua - Islandia - Le Carmen - Yarima - Tmm para la Gobernación de Santander, siendo el objeto del Contrato de Obra Pública No. 00003561, evidenciándose con claridad el nexo de causalidad entre las funciones desarrolladas por el actor y el objeto del contrato a desarrollar por las integrantes del Consorcio YARIMA.

Dicho lo anterior, se tiene por acreditado el segundo presupuesto, esto es, "*que las actividades ejecutadas por la contratista a favor de la contratante no se traten de labores extrañas a las actividades normales de esta última, esto es, que sean afines"*, siendo procedente declarar que en el sub judice se configuró la solidaridad de que trata el art. 34 del C.S.T. por lo que UNIDOS POR SANTANDER S.A.S. deberá responder solidariamente por las condenas impuestas a cargo del empleador.

Al punto, conviene recordar lo señalado por la Corte Suprema de Justicia sentencia SL-217 de 2018, radicación No. 58487, en la cual asentó:

> *"Esta Sala en sentencia SL4400-2014, del 26 de mar. 2014, rad. 39000, rememoró lo enseñado en decisión SL, del 20 de mar. 2013, rad.40.541, en torno a que la solidaridad se presenta cuando la actividad ejecutada por el contratista independiente cubre una necesidad propia del beneficiario y, además,* ***cuando constituye una función directamente vinculada con la ordinaria explotación de su objeto social, que por lo mismo desarrolla éste.***
>
> ***Igualmente se exhibe importante recordar que para su determinación puede tenerse en cuenta no sólo el objeto social del contratista y del beneficiario de la obra, sino también las características de la actividad específica desarrollada por el trabajador****.*
>
> *Así se explicó en la sentencia SL, del 2 de jun. 2009, rad. 33082:*
>
> > *[…] En primer término, y antes de estudiar los medios de convicción que se citan en el cargo, resulta de interés para la Corte precisar que el anterior*

> *razonamiento de la impugnación en realidad involucra una cuestión de orden jurídico y no fáctico, esto es, si para establecer la solidaridad del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo se deben comparar exclusivamente los objetos sociales del contratista independiente y del beneficiario o dueño de la obra o si es viable analizar también la actividad específica adelantada por el trabajador; cuestión que no puede ser planteada en un cargo dirigido por la vía de los hechos.*
>
> *Con todo, encuentra la Corte, como lo ha explicado en anteriores oportunidades, que de cara al establecimiento de la mencionada solidaridad laboral, en los términos del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo,* ***lo que debe observarse no es exclusivamente el objeto social del contratista sino, en concreto, que la obra que haya ejecutado o el servicio prestado al beneficiario o dueño de la obra no constituyan labores extrañas a las actividades normales de la empresa o negocio de éste. Y desde luego, en ese análisis cumple un papel primordial la labor individualmente desarrollada por el trabajador, de tal suerte que es obvio concluir que sí, bajo la subordinación del contratista independiente, adelantó un trabajo que no es extraño a las actividades normales del beneficiario de la obra, se dará la solidaridad establecida en el artículo 34 citado****.''*

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 la confirmación de la sentencia de primer grado conforme a las consideraciones atrás expuestas.

COSTAS en esta instancia a cargo de las demandadas UNIDOS POR SANTANDER S.A.S. Y VERGEL Y CASTELLANOS S.A. hoy INGENIERÍAS VIAS Y CONCRETOS 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 y por autoridad de la ley,

RESUELVE

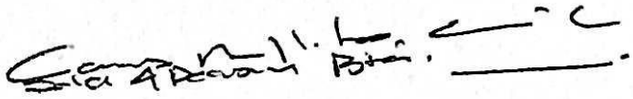
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las demandadas UNIDOS POR SANTANDER S.A.S. Y VERGEL Y CASTELLANOS S.A. hoy INGENIERÍAS VIAS Y CONCRETOS S.A.S. y a favor del demandante.

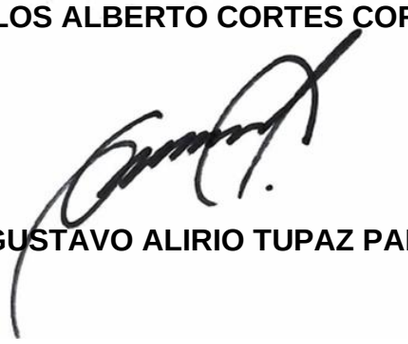
NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

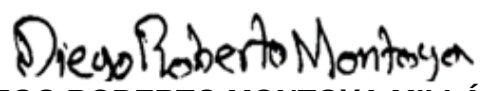


CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

AGENCIAS EN DERECHO: Se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de $1.160.000 a cargo de cada una de las demandadas en un 50%, la cual deberá ser incluida en la liquidación de costas en favor del demandante, 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 PROMOVIDO POR MARA LIBIA SEPULVEDA SANCHEZ CONTRA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP (RAD. 28 2021 00547 01).

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre 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 recurso de apelación interpuesto por la parte actora, contra la sentencia proferida por la Juez Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 16 de agosto del 2023 *(Audiencia virtual archivo 13, expediente digital, récord 18:17)*, en la que se resolvió:

> *"**PRIMERO: ABSOLVER** de todas y cada una de las pretensiones de la demanda incoadas en contra de la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP**, por parte de la demandante **MARÍA LIBIA SEPULVEDA SÁNCHEZ**, todo conforme se dispuso en la parte motiva de esta sentencia.*
>
> ***SEGUNDO: DECLARAR** probado el medio exceptivo propuesto por el extremo demandado que denominó **INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES DEMANDADAS Y COBRO DE LO NO DEBIDO**.*
>
> ***TERCERO: SIN COSTAS** en esta instancia.*

> ***CUARTO:*** *Si no fuere apelada la presente decisión, se deberá* ***CONSULTAR*** *con el superior."*

Inconforme con la decisión la apoderada judicial de la parte actora, la apeló señalando que su inconformidad radica en que, si bien la entidad demandada UGPP realizó la indexación de la mesada pensional de la señora María Libia Sepúlveda Sánchez, mediante resolución que data de 10 de noviembre de 2021, las diferencias de mesadas pensionales no fueron indexadas por lo que aun la UGPP adeuda el pago de la indexación de las diferencia de mesadas dejadas de percibir desde su reconocimiento y hasta la actualidad, advirtiendo que conforme lo señalado por la Corte Suprema de Justicia la indexación hace énfasis a la perdida del poder adquisitivo de la moneda Colombiana y no la tiene porque asumir el pensionado, por ende solicita se condene a la pasiva por este rubro. *(Audiencia virtual archivo 13, expediente digital, récord 19:10[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 señora MARIA LIBIA SEPULVEDA SANCHEZ, las pretensiones relacionadas en la página 4

[1] **APODERADA PARTE DEMANDANTE:** Gracias su Señoría, de manera respetuosa, me permito interponer recursos de apelación ante el Honorable Tribunal Superior de Distrito Judicial, Sala Laboral para que, en efecto, revoquen o modifiquen parcialmente, la sentencia proferida por el despacho en los siguientes términos.

Si bien es cierto, la entidad demandada UGPP realizó la indexación de la mesada pensional de la señora María Libia Sepúlveda Sánchez, mediante resolución o acto administrativo que data de 10 de noviembre de 2021, lo que no es cierto es que (interferencia) magistrado (interferencia) función de acción de las diferencias de (interferencia) dejadas de percibir, pues no fueron indexadas por esta entidad, es decir, que la entidad UGPP aún adeuda el pago de la indexación de las diferencias de todas las mesadas indexadas dejadas de percibir desde el año 2017 hasta la fecha en que fue incluida en nómina de Pensionados y hasta la actualidad, esto es en cuanto en el desprendible de pago que (inaudible) a la señora María Libia Sepúlveda Sánchez lo realiza por una suma total de $41'363.656.41 y realizadas las operaciones aritméticas de indexación por parte de esta apoderada queda pendiente la suma de 1'530.594 por concepto de indexación de todas las diferencias dejadas de cancelar a la señora María Libia Sepúlveda Sánchez.

Lo anterior, pues ha sido un motivo ya de Jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación laboral, en el sentido en que pues la indexación ya hace énfasis en que pues la pérdida del poder adquisitivo de la moneda Colombiana no la tiene porque asumir el pensionado y todas las (inaudible por interferencia) mes a mes hasta cuando sean efectuado el pago de todas y cada una de ellas deberán ser indexadas, situación pues que no ocurrió por parte de la entidad UGPP a la señora María Libia, es así entonces su Señoría que bajo pues esta sustentación dejó sustentado mi recurso de apelación, ante el Honorable Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral. Muchas gracias.

(Archivo 01 expediente digital), las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos narrados en la página 3 (ibidem), aspirando:

1. Ajustar el valor inicial de la pensión de jubilación Convencional, reconocida al **DEMANDANTE**, aplicando al salario promedio devengado por él – que es el mismo que tomó la entonces **Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero,** para liquidarle la prestación -, el valor de la devaluación monetaria o indexación, causada entre la fecha **de retiro del causante** de la Caja agraria - **27 JUN 1999**, y el día a partir del cual hizo exigible dicha pensión **– 14 SEP 2004.**

2. Indexado el valor inicial de la primera mesada pensional, ordenar los ajustes de las mesadas subsiguientes pagadas en los años posteriores con los porcentajes respectivos aplicados al valor inicial de la pensión, con inclusión de las mesadas adicionales de junio y diciembre.

3. A reconocer las diferencias de las mesadas pensiónales adeudadas desde **27 JUN 1999 ,** hasta la fecha en que se verifique el pago, indexadas mes a mes

4. Costas y agencias en derecho.

Obteniendo sentencia de primera instancia totalmente desfavorable a sus pretensiones por cuanto se absolvió a la demandada de las aspiraciones incoadas en su contra por la actora, tras considerar que la UGPP en virtud de la reclamación elevada por la demandante mediante Resolución RDP 030585 del 10 de noviembre del 2021, procedió a indexar la primera mesada pensional de la demandante en cuantía de $1.232.843,76 efectiva a partir del 14 de septiembre del 2004 pero con efectos fiscales a partir del 24 de abril del 2018 por efectos de la prescripción, razón por la cual adujo quedaron superadas las suplicas de la demanda.

Previo a abordar el estudio del asunto que nos ocupa, debe precisarse, no fue materia de controversia ni lo es ahora, que a la demandante le fue reconocida por parte de la CAJA DE CREDITO AGRARIO, INDUSTRIAL Y MINERO EN LIQUIDACIÓN pensión de jubilación convencional, mediante Resolución No. 103447 del 15 de diciembre de 2004 (páginas 52 a 55), con fundamento en lo previsto en el artículo 41 de la Convención Colectiva de 1998-1999, a partir del 14 de septiembre del 2004 en cuantía inicial de $846.195,66, teniendo en cuenta el 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicios.

Precisándose, en lo que toca a la indexación de la primera mesada pensional, la UGPP en virtud de la reclamación efectuada por la parte actora el 24 de abril del 2021, profirió la Resolución RDP 030585 del 10 de noviembre del 2021 mediante la cual señaló:

> Que el derecho constitucional a mantener el poder adquisitivo de las pensiones está reconocido en el artículo 53 de la Constitución de 1991, el cual señala que el Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.
>
> Que vista la jurisprudencia transcrita y por cumplirse los presupuestos legales, se determina que la señora MARIA LIBIA SEPULVEDA SANCHEZ laboro hasta el 27 de junio de 1999 y cumplió el status de pensionado el día 14 de septiembre de 2004, y en el acto administrativo de reconocimiento se estableció el valor de la mesada pensional en $ 846.195,66, motivo por el cual se debe indexar el monto de la mesada pensional. Por lo tanto tenemos:
>
> Valor INDEXADO reconocido: $1.232.843,76 M/CTE.
>
> Efectiva a partir del 14 de septiembre de 2004, pero con efectos fiscales a partir del 24 de abril de 2018 por prescripción trienal.
>
> (...)
>
> **R E S U E L V E**
>
> **ARTÍCULO PRIMERO:** Indexar la primera mesada de la pensión de jubilación a favor de la señora MARIA LIBIA SEPULVEDA SANCHEZ, ya identificada, en cuantía de $1.232.843,76 (UN MILLON DOSCIENTOS TREINTA Y DOS MIL OCHOCIENTOS CUARENTA Y TRES PESOS CON 76/100 M/CTE), efectiva a partir del 14 de septiembre de 2004, pero con efectos fiscales a partir del 24 de abril de 2018 por prescripción trienal.
>
> **PARAGRAFO:** Como quiera que la pensión de jubilación convencional tiene el carácter de compartida con dicha pensión de vejez, CAJA AGRARIA hoy asumido por la UGPP pagará si lo hubiere solamente el mayor valor que resulte entre la pensión de vejez que haya reconocido COLPENSIONES y el valor de la pensión de jubilación convencional reconocida por la CAJA AGRARIA.
>
> **ARTÍCULO SEGUNDO:** El Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional pagará al interesado las diferencias que resultaren de aplicar el artículo anterior y la Resolucion
>
> 3447 del 15 de Diciembre de 2004, teniendo especial cuidado en deducir lo cancelado por vía ejecutiva o administrativa, con los reajustes correspondientes, previas las deducciones ordenadas por la ley, con observancia del turno respectivo.

ARTÍCULO TERCERO: Esta pensión continuara a cargo de las entidades concurrentes en su pago y en la misma proporción previamente establecida.

ARTÍCULO CUARTO: La presente pensión estará sujeta a todas las incompatibilidades legales.

ARTICULO QUINTO: Notifíquese a la Doctora TERESITA CIENDUA TANGARIFE, haciéndole saber que en caso de inconformidad contra la presente providencia, puede interponer por escrito los recursos de Reposición y/o Apelación ante EL SUBDIRECTOR DE DETERMINACION DE DERECHOS PENSIONALES (E). De estos recursos podrán hacerse uso dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación, manifestando por escrito las razones de inconformidad, según el C.P.A C.A.

Así las cosas, en efecto como lo indica la recurrente la accionada no se pronunció sobre la petición de indexación de las diferencias de mesadas sub siguientes, frente a lo cual debe la Sala indicar dicha petición sí tiene vocación de prosperidad, en la medida que la indexación no implica el incremento del valor de los créditos, **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 recientemente 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 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).**

Igualmente se debe recordar que la institución jurídica de la indexación persigue una actualización de la obligación en cuanto al poder adquisitivo que tenía en la fecha en que debió de haberse solucionado y aquella en que efectivamente se pague, esto es, que el inexorable paso del tiempo, sin otro condicionamiento, distinto al impago del deudor, justifica el reajuste o corrección monetaria, siendo los índices de devaluación un hecho notorio, lo que evita demostrar esa situación.

La indexación no busca resarcir un perjuicio económico en estricto sentido, como ya quedó dicho, sino adaptar a la realidad económica del país un fenómeno particular de igual naturaleza, con ello no se recibe una ventaja económica ni se indemniza por el retardo en el pago, como tampoco se percibe un rendimiento del capital adeudado, solo se recauda el monto obligacional con capacidad adquisitiva, igual a la que tenía a la fecha en que se debió pagar.

Así las cosas, de manera evidente, entre la fecha en que debió reconocerse las diferencias de mesadas pensionales y el pago de las adeudadas, habrá transcurrido un interregno considerable, por lo que, resulta procedente la indexación sobre la suma que sea reconocida por concepto del retroactivo de diferencias de mesadas pensionales que se causaron a partir del 24 de abril del 2018 conforme lo señaló la demandada en la Resolución que reconoce la indexación de la primera mesada pensional, teniendo en cuenta la fecha que medie entre su exigibilidad y la fecha en que efectivamente se haga el pago, aplicando la fórmula que para tal fin se estableció en la Sentencia proferida dentro de la Radicación No.31222, por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y en ese sentido se proferirá condena, precisándose lo anterior solo será viable en caso de que en efecto la UGPP deba pagar un mayor por diferencias de mesadas pensionales. si lo hubiere, en el eventual caso que se le reconozca a futuro -o ya se le haya reconocido- la pensión de vejez a la demandante.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta por la UGPP (pág. 6 Archivo 06 expediente digital) frente a la citada indexación del retroactivo de las diferencias de mesadas pensionales, la misma no tiene vocación de prosperidad como quiera que esta se hizo exigible desde el momento en que se reconoció la indexación de la primera mesada pensional pero no se ordenó el pago de las sumas debidas, esto es, con la Resolución RDP 030585 del 10 de noviembre del 2021 y la demanda se presentó incluso con anterioridad -28 de octubre del 2021 Archivo 2 expediente digital-.

En los términos anteriores, la Sala procede a revocar la sentencia de primera instancia, para en su lugar condenar a la indexación de las sumas adeudadas por concepto de retroactivo de diferencias pensionales, en los términos anteriormente dichos.

Sin **COSTAS** en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar **CONDENAR** a la **UGPP**, a pagar a la accionante **MARIA LIBIA SEPULVEDA SANCHEZ** de manera indexada las diferencias de mesadas pensionales que se causen a partir del 24 de abril del 2018 y hasta que se verifique el respectivo pago, precisándose lo anterior solo será viable en caso de que en efecto la UGPP deba pagar un mayor por diferencias de mesadas pensionales si lo hubiere, en el eventual caso que se le reconozca a futuro -*o ya se le haya reconocido*- la pensión de vejez a la demandante, de conformidad con lo expuesto 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 LIZA JOHANNA GAITÁN NIÑO CONTRA OBSERVER MONITORING ON LINE LTDA (RAD. 29 2022 00019 01).

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre 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 de los recursos de apelación interpuestos por la demandante y la sociedad demandada, contra la sentencia proferida por la Juez 29 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 29 de mayo de 2023 (Exp. Digital: Audio archivo 13, récord: 40:39), en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO; DECLARAR*** *que entre la demandada OBSERVER MONITORING ON LINE LTDA y la demandante LIZA JOHANA GAITAN NIÑO, existió un contrato de trabajo a término fijo vigente del 25 de septiembre de 2019 al 28 de septiembre de 2021, devengando como salario la suma de $2.000.000.*
>
> ***SEGUNDO: CONDENAR*** *a la demandada OBSERVER MONITORING ON LINE LTDA a pagar a la demandante LIZA JOHANA GAITAN NIÑO por concepto de prestaciones sociales y vacaciones las siguientes sumas de dinero:*
>
> - *Auxilio de cesantías $ 1.197.778*
> - *Intereses sobre cesantías $107.670*
> - *Prima de servicios $1.197.778*
> - *Vacaciones $598.889*
>
> *Total, de prestaciones sociales $3.102.115*
>
> ***TERCERO: CONDENAR*** *a la demandada OBSERVER MONITORING ON LINE LTDA a pagar a la demandante LIZA JOHANA GAITAN NIÑO la indemnización por terminación del contrato sin justa causa por valor de $7.866.666*
>
> ***CUARTO: CONDENAR*** *a la demandada OBSERVER MONITORING ON LINE LTDA a indexar las sumas objeto de condena al momento de su pago según el IPC certificado por el DANE.*
>
> ***QUINTO: CONDENAR*** *a la demandada OBSERVER MONITORING ON LINE LTDA a cancelar a la demandante, el valor de los aportes a la seguridad social por*

> *el periodo comprendido entre el 25 de septiembre de 2019 al primero de marzo de 2020, teniendo como Ingreso Base de Cotización, la suma de $2.000.000, según el cálculo actuarial que realice el fondo al cual se encuentre afiliada la demandante.*
>
> ***SEXTO: CONDENAR** a la demandada al pago de las costas del proceso incluyendo como agencias en derecho la suma de $ 500.000*
>
> ***SÉPTIMO: ABSOLVER** a la demandada OBSERVER MONITORING ON LINE LTDA del resto de pretensiones incoadas en su contra.”.*

Inconforme con la decisión la demandada la apeló, solicitando su revocatoria[1] ya que en su sentir no se valoraron las pruebas recaudadas y en su lugar la empresa cumplió con la carga probatoria impuesta, demostrándose con los testigos y documentos, la existencia de un verdadero contrato de prestación de servicios.

Frente al despido sin justa causa aludió, la empresa efectuó requerimientos y eso aparece en los documentos aportados junto con la contestación, soportando la causal 9º alegada de la carta de despido. Igualmente, atacó los periodos o prórrogas considerados por la *a quo* al aplicarse una jurisprudencia equivocada.

Por su parte, la demandante recurrió la decisión[2], solicitando se declare la procedencia de la sanción e indemnización moratoria previstas en los artículos 90 de la Ley 50 de 1990 y 65 del C.S.T.

---

[1] ***Recurso Demandada (récord 46:52, archivo 13):*** *“Señora Juez, quiero interponer el recurso de apelación contra el fallo proferido por usted, dado que me opongo, señora, juez a la valoración de la prueba, dado que nuestra carga probatoria fue en debida forma y con una prueba plena, es de anotar que con referencia al contrato de prestación de servicios, tanto las personas que fueron llamadas como testigos, como los documentos aportados, denotaban y se aportó plenamente de que fue un contrato de prestación de servicios.*

Con respecto al despido sin justa causa, tenía en cuenta de que, sí se habían hecho requerimientos anteriores, señora juez, y que eso aparece como carga probatoria en los documentos que aportamos nosotros dentro de la contestación de la demanda y que si hacen parte de la causal novena. Señora Juez, también es importante que usted determinó unos periodos de prórrogas, del contrato de forma equivocada. Por lo tanto, pues la jurisprudencia utilizada, solicito se conceda el recurso de apelación y me reservo señora juez, la Facultad de ampliarlo ante el superior correspondiente, en este caso el Magistrado que corresponda en el Tribunal Superior.”.

[2] ***Recurso Demandante (récord 42:39, archivo 13):*** *“Gracias señora juez y presento recurso de apelación, el cual procedo a sustentar:*

Estando dentro del término, me permitió interponer recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia proferida por la señora Juez 29 Laboral del Circuito de Bogotá, en lo atinente a la solución de las sanciones moratoria por no pago de cesantías y porque se absolvió por no pago de la consignación de los prestaciones sociales en el término correspondiente y por el pago de la moratoria, de que trata la Ley 50, en los siguientes términos, señora juez, toda vez que la demandada OBSERVER MONITORING ON LINE LTDA, desde el primer momento en que contrató a la señora Lisa Gaitán, para prestar los servicios mediante contratación de servicio, siempre buscó que a la señora se le reconocieran, los derechos laborales que le correspondía de acuerdo a los servicios que ella prestaba, los cuales fueron demostrados que correspondieron a un contrato de trabajo.

Si bien es cierto, la presunción de buena fe que consagra el artículo 65 del código sustantivo, dice que pese al resultado del recurso debe precisar la Corte, por vía doctrina que para la imposición de la sanción moratoria no es indispensable que, el trabajador reclame el pago de los derechos que le correspondan, ni durante la ejecución del contrato ni a su terminación, pues el artículo 65 del Código Sustantivo de Trabajo, no exige dicho requisito, al punto que pueda asimilarse la figura del requerimiento de usarse en las obligaciones civiles, los jueces laborales debe entonces valorar en cada caso sin esquemas preestablecidos, la conducta del empleador renuente a pago de los salarios y prestaciones debidos a la terminación del vínculo laboral, para deducir si existen motivos serios, o atendibles, que lo exoneren de la sanción moratoria. Pues, de acuerdo a lo dicho por la jurisprudencia de la Corte, el contenido del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, introduce una excepción al principio general de la buena fe al consagrar la presunción de mala fe del empleador que a la

Lo anterior, por cuanto la demandada OBSERVER MONITORING ON LINE LTDA, desde el primer momento en que suscribió el contrato civil, vulneró los derechos laborales al ejecutarse en la realidad un contrato de trabajo. Alegó, la presunción de buena fe que consagra el artículo 65 del C.S.T., prevé que para la imposición de la sanción moratoria no es indispensable que el trabajador reclame el pago de los derechos que le correspondan, ni durante la ejecución del contrato ni a su terminación, pues este artículo, no exige dicho requisito, entonces los jueces laborales deben valorar en cada caso sin esquemas preestablecidos, la conducta del empleador renuente al pago de los salarios y prestaciones debidos a la terminación del vínculo laboral, para deducir si existen motivos serios o atendibles, que lo exoneren de la moratoria.

De acuerdo a lo dicho por la jurisprudencia de la Corte, el contenido del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, introduce una excepción al principio general de la buena fe al consagrar la presunción de mala fe del empleador que a la finalización del contrato omite pagar a un ex trabajador los salarios y prestaciones, por lo que en este caso, se puede concluir que la mala fe del empleador fue existente al ser renuente al pagar los salarios que le correspondía a la demandante, tratándose de la primera relación laboral desde el 25 de septiembre del 2019. Aclaró, las funciones que desempeñó la señora Liza Gaitán desde el primer día de prestación de servicios fueron las mismas del contrato de trabajo existente con posterioridad, por tanto, corresponde reconocer el pago de la denominada indemnización.

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 LIZA JOHANNA GAITÁN NIÑO en este ordinario, las pretensiones relacionadas a páginas 1 a 5 del archivo 01 del expediente digital, las cuales encuentran fundamento en los hechos consignados a páginas 5 a 10 (ibidem), aspirando se declare de manera principal:

---

finalización del contrato omite pagar a un ex trabajador los salarios y prestaciones que aduce esa determinación fue emitida por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en sentencia del 30 de mayo de 1994, del cual se puede concluir que la mala fe del empleador fue existente fue renuente a reconocerle los salarios que le correspondía a la señora, frente a la relación inicial que trató de (inaudible) y ocultar la relación laboral con la señora Elizabeth del 25 de septiembre del 2019. Por tanto, no se comprende porque la señora juez que, en uso de su sana crítica, de su decisión, toma como que la compañía demandada no obró de mala fe, pese que apenas se ha declarado la relación laboral.

Si bien es cierto las funciones que desempeñó la señora Liza Gaitán, desde el primer día de prestación de servicios, fueron las mismas en las que ejecutó los contratos de trabajo existentes con posterioridad, por tanto, corresponde reconocer a la señora Liza Johanna Gaitán, el pago de la denominada indemnización contenida en el artículo 65 del código sustantivo de trabajo y eso sería todo, señora juez muchísimas.".

PRIMERA. Que se declare que entre la señora LIZA JOHANNA GAITÁN NIÑO y la sociedad OBSERVER MONITORING ON LINE LTDA. existió una la relación de trabajo desde el 25 de septiembre de 2019 hasta el 28 de septiembre de 2021.

SEGUNDA. Que se declare que la señora LIZA JOHANNA GAITÁN NIÑO devengó, como contraprestación por los servicios ejecutados en beneficio de la sociedad OBSERVER MONITORING ON LINE LTDA., la suma mensual de DOS MILLONES DE PESOS M/L ($2.000.000,00) desde el 25 de septiembre de 2019 hasta el 31 de julio de 2020.

TERCERA. Que se declare que la señora LIZA JOHANNA GAITÁN NIÑO devengó, como contraprestación por los servicios ejecutados en beneficio de la sociedad OBSERVER MONITORING ON LINE LTDA., la suma mensual de TRES MILLONES CIENTO CUARENTA Y CUATRO MIL PESOS M/L ($3.144.000,00) desde el 1 de agosto de 2020 hasta el 28 de septiembre de 2021.

CUARTA. Que se declare que la sociedad OBSERVER MONITORING ON LINE LTDA. desvinculó sin justa causa a la señora LIZA JOHANNA GAITÁN NIÑO el 28 de septiembre de 2021.

QUINTA. Que se declare que la sociedad OBSERVER MONITORING ON LINE LTDA. no pagó de forma completa a la señora LIZA JOHANNA GAITÁN NIÑO el auxilio de cesantías causado desde el 25 de septiembre de 2019 hasta el 28 de septiembre de 2021.

SEXTA. Que se declare que la sociedad OBSERVER MONITORING ON LINE LTDA. no pagó de forma completa a la señora LIZA JOHANNA GAITÁN NIÑO los intereses sobre las cesantías causados desde el 25 de septiembre de 2019 hasta el 28 de septiembre de 2021.

SÉPTIMA. Que se declare que la sociedad OBSERVER MONITORING ON LINE LTDA. no pagó de forma completa a la señora LIZA JOHANNA GAITÁN NIÑO las primas de servicios causadas desde el 25 de septiembre de 2019 hasta el 28 de septiembre de 2021.

OCTAVA. Que se declare que la sociedad OBSERVER MONITORING ON LINE LTDA. no pagó de forma completa a la señora LIZA JOHANNA GAITÁN NIÑO la compensación en dinero de las vacaciones causadas desde el 25 de septiembre de 2019 hasta el 28 de septiembre de 2021.

NOVENA. Que se declare que la sociedad OBSERVER MONITORING ON LINE LTDA. no pagó de forma completa en favor de la señora LIZA JOHANNA GAITÁN NIÑO los aportes obligatorios al sistema de seguridad social en pensiones causados desde el 25 de septiembre de 2019 hasta el 28 de septiembre de 2021.

DÉCIMA. Que se declare que la sociedad OBSERVER MONITORING ON LINE LTDA. adeuda a la señora LIZA JOHANNA GAITÁN NIÑO la indemnización causada desde el 15 de febrero de 2020 hasta el 28 de septiembre de 2021, por la no consignación oportuna del auxilio de cesantías correspondiente al año 2019.

DÉCIMA PRIMERA. Que se declare que la sociedad OBSERVER MONITORING ON LINE LTDA. adeuda a la señora LIZA JOHANNA GAITÁN NIÑO la sanción causada desde el 1 de febrero de 2020 hasta el 28 de septiembre de 2021 por el no pago oportuno de los intereses sobre las cesantías correspondientes al año 2019.

DÉCIMA SEGUNDA. Que se declare que la sociedad OBSERVER MONITORING ON LINE LTDA. adeuda a la señora LIZA JOHANNA GAITÁN NIÑO la indemnización por la terminación unilateral y sin justa causa de su contrato de trabajo.

Como consecuencia pidió:

PRIMERA. Que se condene a la sociedad OBSERVER MONITORING ON LINE LTDA. a pagar de forma completa a la señora LIZA JOHANNA GAITÁN NIÑO el auxilio de cesantías causado desde el 25 de septiembre de 2019 hasta el 28 de septiembre de 2021, en la cuantía que se acredite en el transcurso del proceso.

SEGUNDA. Que se condene a la sociedad OBSERVER MONITORING ON LINE LTDA. a pagar de forma completa a la señora LIZA JOHANNA GAITÁN NIÑO los intereses sobre las cesantías causados desde el 25 de septiembre de 2019 hasta el 28 de septiembre de 2021, en la cuantía que se acredite en el transcurso del proceso.

TERCERA. Que se condene a la sociedad OBSERVER MONITORING ON LINE LTDA. a pagar de forma completa a la señora LIZA JOHANNA GAITÁN NIÑO las primas de servicios causadas desde el 25 de septiembre de 2019 hasta el 28 de septiembre de 2021, en la cuantía que se acredite en el transcurso del proceso.

CUARTA. Que se condene a la sociedad OBSERVER MONITORING ON LINE LTDA. a pagar de forma completa a la señora LIZA JOHANNA GAITÁN NIÑO la compensación en dinero de las vacaciones causadas desde el 25 de septiembre de 2019 hasta el 28 de septiembre de 2021, en la cuantía que se acredite en el transcurso del proceso.

QUINTA. Que se condene a la sociedad OBSERVER MONITORING ON LINE LTDA. a pagar a órdenes de la entidad administradora de fondos de pensiones que indique la señora LIZA JOHANNA GAITÁN NIÑO los aportes obligatorios al sistema de seguridad social en pensiones causados desde el 25 de septiembre de 2019 hasta el 28 de septiembre de 2021, en la cuantía que se acredite en el transcurso del proceso.

SEXTA. Que se condene a la sociedad OBSERVER MONITORING ON LINE LTDA. a pagar a la señora LIZA JOHANNA GAITÁN NIÑO la indemnización causada desde el 15 de febrero de 2020 hasta el 28 de septiembre de 2021, por la no consignación oportuna del auxilio de cesantías correspondiente al año 2020, en la cuantía que se acredite en el transcurso del proceso.

SÉPTIMA. Que se condene a la sociedad OBSERVER MONITORING ON LINE LTDA. a pagar a la señora LIZA JOHANNA GAITÁN NIÑO la sanción causada desde el 1 de febrero de 2020 hasta el 28 de septiembre de 2021, por el no pago oportuno de los intereses sobre las cesantías correspondientes al año 2019, en la cuantía que se acredite en el transcurso del proceso.

OCTAVA. Que se condene a la sociedad OBSERVER MONITORING ON LINE LTDA. a pagar a la señora LIZA JOHANNA GAITÁN NIÑO la indemnización por la terminación unilateral y sin justa causa de su contrato de trabajo, en la cuantía que se acredite en el transcurso del proceso.

NOVENA. Que se condene a la sociedad OBSERVER MONITORING ON LINE LTDA. a pagar a la señora LIZA JOHANNA GAITÁN NIÑO un día de salario por cada día que se demore en el pago o consignación de las deudas laborales reclamadas en la presente demanda, desde la fecha de terminación de la relación laboral, el 28 de septiembre de 2021, hasta la fecha en que el pago se verifique efectivamente, tal como lo dispone el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

DÉCIMA. Que se condene a la sociedad OBSERVER MONITORING ON LINE LTDA. al pago de las costas y gastos del proceso.

DÉCIMA PRIMERA. Que se impongan por parte del Despacho las condenas a que hubiere lugar en ejercicio de las facultades extra y ultra petita.

De manera subsidiaria suplicó:

PRIMERA. Que se declare que entre la señora LIZA JOHANNA GAITÁN NIÑO y la sociedad OBSERVER MONITORING ON LINE LTDA. existió una la relación de trabajo desde el 2 de marzo de 2020 hasta el 28 de septiembre de 2021.

SEGUNDA. Que se declare que la señora LIZA JOHANNA GAITÁN NIÑO devengó, como contraprestación por los servicios ejecutados en beneficio de la sociedad OBSERVER MONITORING ON LINE LTDA., la suma mensual de DOS MILLONES CIENTO CUARENTA Y CUATRO MIL PESOS M/L ($2.144.000,00) desde el 2 de marzo de 2020 hasta el 31 de julio de 2020.

TERCERA. Que se declare que la señora LIZA JOHANNA GAITÁN NIÑO devengó, como contraprestación por los servicios ejecutados en beneficio de la sociedad OBSERVER MONITORING ON LINE LTDA., la suma mensual de TRES MILLONES CIENTO CUARENTA Y CUATRO MIL PESOS M/L ($3.144.000,00) desde el 1 de agosto de 2020 hasta el 28 de septiembre de 2021.

CUARTA. Que se declare que la sociedad OBSERVER MONITORING ON LINE LTDA. desvinculó sin justa causa a la señora LIZA JOHANNA GAITÁN NIÑO el 28 de septiembre de 2021.

QUINTA. Que se declare que la sociedad OBSERVER MONITORING ON LINE LTDA. no pagó de forma completa a la señora LIZA JOHANNA GAITÁN NIÑO el auxilio de cesantías causado desde el 2 de marzo de 2020 hasta el 28 de septiembre de 2021.

SEXTA. Que se declare que la sociedad OBSERVER MONITORING ON LINE LTDA. no pagó de forma completa a la señora LIZA JOHANNA GAITÁN NIÑO los intereses sobre las cesantías causados desde el 2 de marzo de 2020 hasta el 28 de septiembre de 2021.

SÉPTIMA. Que se declare que la sociedad OBSERVER MONITORING ON LINE LTDA. no pagó de forma completa a la señora LIZA JOHANNA GAITÁN NIÑO las primas de servicios causadas desde el 2 de marzo de 2020 hasta el 28 de septiembre de 2021.

OCTAVA. Que se declare que la sociedad OBSERVER MONITORING ON LINE LTDA. no pagó de forma completa a la señora LIZA JOHANNA GAITÁN NIÑO la compensación en dinero de las vacaciones causadas desde el 2 de marzo de 2020 hasta el 28 de septiembre de 2021.

NOVENA. Que se declare que la sociedad OBSERVER MONITORING ON LINE LTDA. no pagó de forma completa los aportes obligatorios al sistema de seguridad social

en pensiones causados en favor de la señora LIZA JOHANNA GAITÁN NIÑO desde el 2 de marzo de 2020 hasta el 28 de septiembre de 2021.

DÉCIMA. Que se declare que la sociedad OBSERVER MONITORING ON LINE LTDA. adeuda a la señora LIZA JOHANNA GAITÁN NIÑO la indemnización por la terminación unilateral y sin justa causa de su contrato de trabajo.

B) CONDENATORIAS.

PRIMERA. Que se condene a la sociedad OBSERVER MONITORING ON LINE LTDA. a reliquidar y pagar de forma completa a la señora LIZA JOHANNA GAITÁN NIÑO el auxilio de cesantías causado desde el 2 de marzo de 2020 hasta el 28 de septiembre de 2021, en la cuantía que se acredite en el transcurso del proceso.

SEGUNDA. Que se condene a la sociedad OBSERVER MONITORING ON LINE LTDA. a reliquidar y pagar de forma completa a la señora LIZA JOHANNA GAITÁN NIÑO los intereses sobre las cesantías causados desde el 2 de marzo de 2020 hasta el 28 de septiembre de 2021, en la cuantía que se acredite en el transcurso del proceso.

TERCERA. Que se condene a la sociedad OBSERVER MONITORING ON LINE LTDA. a reliquidar y pagar de forma completa a la señora LIZA JOHANNA GAITÁN NIÑO las primas de servicios causadas desde el 2 de marzo de 2020 hasta el 28 de septiembre de 2021, en la cuantía que se acredite en el transcurso del proceso.

CUARTA. Que se condene a la sociedad OBSERVER MONITORING ON LINE LTDA. a reliquidar y pagar de forma completa a la señora LIZA JOHANNA GAITÁN NIÑO la compensación en dinero de las vacaciones causadas desde el 2 de marzo de 2020 hasta el 28 de septiembre de 2021, en la cuantía que se acredite en el transcurso del proceso.

QUINTA. Que se condene a la sociedad OBSERVER MONITORING ON LINE LTDA. a pagar a órdenes de la entidad administradora de fondos de pensiones que indique la señora LIZA JOHANNA GAITÁN NIÑO los mayores valores causados sobre los aportes obligatorios al sistema de seguridad social en pensiones causados desde el 2 de marzo de 2020 hasta el 28 de septiembre de 2021, en la cuantía que se acredite en el transcurso del proceso.

SEXTA. Que se condene a la sociedad OBSERVER MONITORING ON LINE LTDA. a pagar a la señora LIZA JOHANNA GAITÁN NIÑO la indemnización por la terminación unilateral y sin justa causa de su contrato de trabajo, en la cuantía que se acredite en el transcurso del proceso.

SÉPTIMA. Que se condene a la sociedad OBSERVER MONITORING ON LINE LTDA. a pagar a la señora LIZA JOHANNA GAITÁN NIÑO la indexación sobre las sumas reclamadas, en el porcentaje que se pruebe en juicio.

OCTAVA. Que se condene a la sociedad OBSERVER MONITORING ON LINE LTDA. al pago de las costas y gastos del proceso.

NOVENA. Que se impongan por parte del Despacho las condenas a que hubiere lugar en ejercicio de las facultades extra y ultra petita.

Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus aspiraciones, por cuanto se declaró que entre la demandada OBSERVER MONITORING ON LINE LTDA y la demandante LIZA JOHANA GAITAN NIÑO,

existió un contrato de trabajo a término fijo vigente del 25 de septiembre de 2019 al 28 de septiembre de 2021, devengando como salario la suma de $2.000.000, se condenó al pago de prestaciones sociales, vacaciones, indemnización por terminación del contrato sin justa causa debidamente indexados junto con el valor de aportes a la seguridad social por todo el tiempo laborado y se condenó en costas.

Lo anterior, tras considerar la *a quo*, con las pruebas recaudadas, interrogatorio de parte, testimonios y en especial las documentales se encontró probada la prestación personal del servicio de la actora a favor del convocado a juicio, procediendo la aplicación de la presunción contenida en el artículo 24 del C.S.T., la que no encontró desvirtuada, concluyendo así, que la relación que ató a las partes tenía carácter laboral, fulminando condena por el interregno en que las partes sostuvieron un contrato de prestación de servicios, referente a las prestaciones sociales, vacaciones y aportes al SGSSI. Frente a la indemnización por despido consideró que las justas causas soportadas en el artículo 62 del C.S.T. (numerales 2[3], 6[4], 9[5], 10[6] y 13[7]), no se probaron en esta litis al contrastar las mismas con el material probatorio recaudado, puntualmente, en los descargos efectuados por la demandada no se hace relación o se reprocha las causales invocadas, incumpliéndose, además, el proceso disciplinario que dispuso la Corte Constitucional en sentencia C-593-2014. A su vez, consideró la juzgadora que la empresa enjuiciada se limitó a señalar que la demandante presentó varias conductas como ausentismos, grave indisciplina, incumplimientos de funciones en el SGSST y otras actividades propias del cargo, quedando solo en afirmaciones las justezas señaladas ya que solo se corroboró estas conductas con la misiva de despido de fecha 28 de septiembre de 2021 sin estar soportadas en el proceso.

Con relación a la sanción e indemnización moratoria, agregó, la demandada efectuó el pago final de la liquidación de acreencias, lo que refleja un acto de buena fe, así mismo, en el interregno en el que se ejecutó el contrato civil, la empresa actuó como verdadero contratante y no pretendió desdibujar una relación laboral.

---

[3] *Todo acto de violencia, injuria, malos tratamientos o grave indisciplina en que incurra el trabajador en sus labores, contra el {empleador}, los miembros de su familia, el personal directivo o los compañeros de trabajo.*

[4] *Cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, o cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos.*

[5] *El deficiente rendimiento en el trabajo en relación con la capacidad del trabajador y con el rendimiento promedio en labores análogas, cuando no se corrija en un plazo razonable a pesar del requerimiento del {empleador}.*

[6] *La sistemática inejecución, sin razones válidas, por parte del trabajador, de las obligaciones convencionales o legales.*

[7] *La ineptitud del trabajador para realizar la labor encomendada.*

Establecido lo anterior se abordará el estudio del recurso de apelación interpuesto por el demandado 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).

Precisado lo anterior y con el ánimo de dar desarrollo a la impugnación del demandado, 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 analizar la procedencia del tipo contractual, indemnización por despido, sanción e indemnización moratoria previstas en los artículos 99 de la Ley 50 de 1990 y 65 del C.S.T., respectivamente.

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 de la demandante, mientras que el traído a juicio se opone al afirmar que se trató de un contrato de prestación de servicios de naturaleza civil entre el 25 de septiembre de 2019 al 26 de febrero de 2020 únicamente, en atención a que el 02 de marzo de 2020 se suscribió un contrato de trabajo a término fijo, razón por la cual frente a la primera modalidad contractual, precisa la Sala, no tiene importancia la denominación que al mismo le asignen las partes, ni que se halle regido por estipulaciones especiales, pues lo que configura el contrato de trabajo es la forma como se ejecuta la prestación, es decir, debe hacerse primar la realidad sobre la apariencia formal, de acuerdo con el artículo 53 Constitucional y el entendimiento jurisprudencial y doctrinal en torno al tema.

De igual forma, es menester señalar a este apelante, que a la parte actora le basta acreditar la prestación personal del servicio, por cuanto en virtud de la ventaja probatoria consagrada en el artículo 24 del C. S. del T., se podría presumir la existencia de un contrato de trabajo entre las partes, correspondiendo por tanto al llamado a juicio desvirtuar su existencia (Al respecto, puede consultarse la sentencia CSJ SL2480-2018 de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia[8]).

---

[8] *«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****.”*

Así, se advierte, en el caso de marras no se encuentra en discusión la prestación personal del servicio de la demandante en favor de la empresa demandada por cuanto la misma fue aceptada desde la contestación de la demanda (Exp. Digital: *Archivo 07 págs. 15 a 20*), y se constata con el contrato de prestación de servicios aportado por la demandada (Archivo 08 expediente digital), precisándose, no fue materia de debate, que posteriormente entre las partes se suscribió un contrato de trabajo a término fijo a partir del 2 de marzo de 2020 el cual se prorrogó hasta el 28 de septiembre de 2021; último extremo que, si bien la demandada no compartió en el escrito de contestación, no fue objeto de apelación.

Establecido lo anterior, la Sala verificará si el contrato de prestación de servicios suscrito desde el 25 de septiembre de 2019 hasta la fecha de suscripción del contrato de trabajo a término fijo, en virtud de la primacía de la realidad siempre se trató de un contrato laboral. Ello, por cuanto no se niega la relación laboral que comenzó a regir desde el 01 de marzo de 2021.

Asi las cosas, el representante legal de la demandada al absolver interrogatorio[9], manifestó que se suscribió un contrato de prestación de servicios con la demandante, iniciando el 25 de octubre de 2019 hasta el 28 de febrero de 2020, luego, en marzo de 2020 se suscribió un contrato laboral por 6 meses, el cual se prorrogó a un año. Puntualmente, con relación al contrato de prestación de servicios afirmó que la demandante se ausentó en varias oportunidades dado que su tipo de contrato y actividades permitían manejar el tiempo, ausentándose de manera frecuente, no iba 1, 2 o 3 días a la semana, manejaba sus horarios, debía rendir informes frente a la gestión de recursos humanos para procesos de reclutamiento en la empresa, debiendo presentar cuentas de cobro por $2.000.000. Enfatizó, la actora gestionar las políticas relacionadas con contratación, procesos de cargos, revisar vacaciones y permisos entre otros aspectos, en tratándose del contrato de

[9] ***Interrogatorio RL Demandada, récord 00:05:21, archivo 13:*** *"Soy gerente de la empresa, soy soltero, en el año 2019 se suscribió un contrato de prestación de servicios con la demandante, la dirección es 367f-85 en Bogotá, el periodo inicio el 25 de octubre de 2019 hasta el 28 de febrero de 2020, ese contrato esta aportado en la demanda, luego en marzo de 2020 inicia un contrato laboral por 6 meses y luego fijo inferior a un año, ella se ausentó en varias oportunidades dado que su tipo de contrato y actividades permitían manejar su tiempo, ella se ausentaba de manera frecuente, no venía 1,2 o 3 días a la semana, manejaba sus horarios, ella recibía informes frente a la gestión de recursos humanos, no existe un procedimiento porque existe es una coordinación sobre la gestión que adelantaba, tenía un contrato de prestación de servicios, del 25 de setiembre de 2019 al 1 de marzo de 2020 estaba en recursos humanos para procesos de reclutamiento en la empresa, ella presentaba cuenta de cobro por $2.000.000, quien coordinó el contrato y recibía todo lo relacionado con el contrato era Luis Fernando Morales, lo que se recibió fue la gestión de procesos para la elaboración de procesos de recursos humanos y la elaboración de políticas de la empresa, suscribió un contrato por 6 meses como Directora de recursos humanos, debía realizar todas las políticas relacionadas con recursos humanos, contratación, procesos de cargos, revisar vacaciones y permisos entre otros, la empresa entrega un auxilio que era por ejecutar los servicios afuera de la ciudad, eso fue en el departamento de Antioquia por eso la empresa les concedió el auxilio, fue un proyecto concreto, parte de las pruebas habían entrevistas, descargos, excusas o reporte para que ella surtiera el debido proceso que el despido son justa causa, el contrato terminó con la carta emitida por la empresa, la empresa, si se surtieron los procesos para que ella argumentara el no cumplimiento de las funciones, eso está en el acta, se requirió por correo, la respuesta no fue la indicada, y en otros casos se presentaron incumplimientos frente al sistema de gestión".*

trabajo la actora conoció las pruebas, previo al despido, así como presentó descargos acatando el debido proceso. Del mismo modo, los testigos **LUIS FERNANDO MORALES RESTREPO[10], ANDREA MAHECHA HERRERA[11]** y **JOAQUIN CASTRO DIAZ[12]**, refirieron haber conocido a la demandante,

[10] ***LUIS FERNANDO MORALES RESTREPO, récord 00:34:39, archivo 13:*** *"Soy Gerente de una compañía de ingeniería, laboré en la demandada entre el 2015 al 2020, yo era director administrativo, debía coordinador los proyectos, compras, apoyar obras y departamentos, estructuración de áreas, estábamos con el ingeniero creando áreas y demás, yo al conocía e el 2019 cuando ingresó a la empresa, ella tenía una asesoría o consultoría de recursos humanos, ella contaba con conocimientos para eso, conozco que era un contrato en el que debía desarrollar manuales para los cargos administrativa hasta técnicos, ella iba a la oficina ahí estaba porque yo le facilitaba la documentación, ella iba en las mañanas, a veces luego de pico y placa, habían días que no iban, ella debía presentar informes, se le pedían informes o resultados de contratación para iniciar un proceso, ella hacia procesos de entrevistas y se evaluaban perfiles, ella pasaba el informe mensual y luego entregaba todo, no sé honorarios, estuve hasta enero de 2020 y ella estaba ejecutando ese contrato, Librado es el primo de un amigo, lo conozco desde la infancia, yo estaban buscando y me dio la oportunidad de trabajar con él, he trabajado en las empresas por más de 20 años, soy accionista, conozco a Libardo por mi primo, me retiré por temas profesionales, según resultados que se dieran se hacía un reconocimiento, ella fue llamada para un procesos de contratación y se lección porque su hoja de vida así lo perfila, ella sabe de recursos humanos, consideramos pertinente esa asesoría, ella no cumplía horario, yo me la encontraba incluso en otros lugares, no hay una responsabilidad, había una isla y cualquiera llegaba y se hacía ahí, no tenía que cumplir horario, ese contrato venció como en septiembre u octubre de 2019, Librado se fue a un viaje y yo era el responsable de pedir informes, yo iba varias veces a la empresa y la vi ahí, super que siguió vinculada, yo estuve como 6 o 7 años y o habían problemas, ninguna persona que yo conociera tuvo problemas con pagos".*

[11] ***ANDREA MAHECHA HERRERA, récord 51:52, archivo 13:*** *"Soy tecnóloga administrativa, laboro en la empresa hace 10 años, inicié en el 2013 o 2014, luego, cuando creció la empresa empecé a ser asistente de licitaciones luego asumí la dirección y ahora estoy en dirección administrativa, conocí a Liza en septiembre o octubre porque en mi área siempre se presentan las personas de cualquier proceso, ella llegó para un tea de asesoría, ella empezó como prestador del servicio, no vi el contrato, sé que iba a iniciar labores de reclutamiento en la empresa, no sé porque se fue, percibí en el ambiente laboral varias fallas, conmigo se presentaron inconveniente como un relacionamiento difícil, era difícil, grosera, intente tener un buen relacionamiento pero no pude, del 2019 al 2021 para los contratos de permanencia era un horario de 7 am a 5pm y los sábados no los trabajábamos, ese siempre ha sido mi horario de trabajo, los prestadores de servicio no tienen horario, ella llegó a participar de las pausas, en la rutina no la veo muy seguido, yo era alguien que la preguntaba mucho no la ubicaba frecuentemente en la oficina, no manejaba horario, yo la requerí para puntos puntuales y cuando llegaba a la oficina era en un carro, Luis Fernando Morales nos coordinaba a todos por un viaje familiar que tuvo, tuvimos un contrato grande en Antioquia y ella fue llamada para asistir ese contrato en HSEQ, en la pandemia Libardo hizo una reunión y nos notificó la nueva forma de trabajar, nos dijeron que la empresa iba a seguir y que no nos íbamos a quedar sin empleo, Librado nos dijo que si podíamos hacer un aporte voluntario se podía hacer, muchas persona son lo hicieron, eso era porque muchas personas no hacían uso del auxilio de transporte, por eso la mayoría de personas no hicieron el aporte, no compartí oficina con ella, estábamos en una oficina abierta, ella se fue un tiempo para México porque bajo a un puesto de trabajo y comentó que se iba a México, hubo una brigada de emergencia y luego citó a una reunión para capacitación, había una niña que se llamaba Angie Guzmán y ella me ayudó con una gestión y vi el chat y le pregunté qué significaba eso, ella se asustó y me dijo que no tenía nada que ver, no me quiso contar, yo le dije que le contara a Libardo, yo le di unos días y al ver que ella no le contaba a Libardo yo le conté, la empresa hacia reconocimientos y daba incentivos, ella no iba siempre, hubo un tiempo e que si había más frecuencia que la inicial, ella llegaba a la s9 o 10, se iba temprano, ella y yo hablamos y me notificaba que se iba a ir temprano, trabajamos en un cubículo abierto todos, ella solicitó estar en la oficina donde Luis Fernando pero fue temporal, estuvo ahí como 3 meses, yo también tuve varios lugares de trabajo".*

[12] ***JOAQUIN CASTRO DIAZ, récord 01:22:47, archivo 13:*** *"Lideró un emprendimiento, labore de mayo de 2019 a octubre de 2022, estaba en la dirección comercial, la conocía cuando ingreso en el 2019 hasta el 2021, ella tuvo una vinculación inicial con prestación de servicios luego contrato laboral, por servicios asesoraba a recursos humanos, cuando firmó el contrato estaba en el área administrativa y HSE, por contrato de trabajo debía mirar todo lo de recursos humanos y SST, ella estaba en la oficina, en el 2019 prestaba los servicios a la empresa, no la veía inicialmente, ella tuvo un viaje a México, ella lo haca un frecuencia, tenía un pico y placa y es era por horarios, lo observé en varias ocasiones, la empresa llevaba un control de lunes a viernes de 7 am a 5 pm, el contrato se llevaba con un sistema de acceso donde cada empleado deja su acceso al momento de ingreso y salida no tengo certeza pero ella tenía conflictos con la empresa con los compañeros de trabajo, tenía diferencias, ejercía una influencia negativa, no tenía horario, se desplazaba en un horario, recuerdo que se ejecutó un proyecta en Antioquia y ella estuvo en la oficina durante varios meses, yo asistí a una reunión virtual, mi función como director comercial era generar negociaciones con los clientes por eso me debía desplazar a varios proyectos, no tengo claridad si ella firmó un documento peor ella debía verificar el sistema de gestión, se daba un auxilio por el desplazamiento, como transporte, alimentación y hospedaje, eso solo aplica para proyectos, ella presentó varias ausencias, eso era por migrañas y demás, recibo un auxilio*

inicialmente como asesora en recursos humanos a través de un contrato de prestación de servicios, haberla visto prestar sus servicios de manera personal y en diferentes días de la semana ya que disponía de su tiempo dependiendo del "pico y placa" implementado en aquella época.

Así las cosas, de los medios probatorios ya enunciados se extrae la prestación personal del servicio de la actora en favor de la demandada, de ahí que, la promotora del juicio se encuentra cobijada por la presunción del artículo 24 del C.S.T., y en ese orden, le correspondía a la sociedad enjuiciada desvanecer la presunción en comento.

Sin embargo, analizado en su integridad el acervo probatorio acopiado en autos, no encuentra la Sala elementos que, en suma, conlleven a desvirtuar dicha presunción, particularmente, factores que permitan concluir que la actividad realizada por la demandante era autónoma, ni siquiera con lo señalado por la accionada en el interrogatorio de parte y por los testigos arrimados al proceso, quienes por el contrario con sus declaraciones confirman la existencia de una verdadera relación laboral.

Concretamente, se destaca, la empresa contrató a la demandante inicialmente a través de un contrato civil de prestación de servicios a partir del 25 de septiembre de 2019 para desempeñarse como Directora de RRHH, teniendo como obligaciones: "*Son obligaciones del CONTRATISTA: 1. Obrar con seriedad y diligencia en el servicio contratado, 2. Atender las solicitudes, recomendaciones que haga el CONTRATANTE o sus delegados, con la mayor prontitud posible. 3. Observar en el desarrollo del presente convenio los criterios técnicos y las recomendaciones dadas por el CONTRATANTE, de acuerdo a sus necesidades. 4. Poner a disposición del CONTRATANTE, todos los conocimientos y recursos requeridos para el cabal cumplimiento del presente contrato en sus objetivos acordados entre las partes. 5. Mantener informado al CONTRATANTE de toda comunicación que por razón de su prestación del servicio debe conocer. 6. Cumplir oportunamente con las obligaciones y actividades a desarrollar contenidas en la cláusula primera del presente convenio. 7. Cumplir oportunamente con sus obligaciones de pago a la Seguridad Social. 8. Presentar soportes de pago de Seguridad Social anexo con informe de actividades y productos desarrollados. 9. Realizar entregas parciales con el fin que EL CONTRATANTE evalúe el avance de los productos a desarrollar y hacer correcciones necesarias. Las fechas de la las entregas parciales se definirá de mutuo acuerdo."* (archivo 008, contrato de prestación de servicios, cláusula cuarta, páginas 1 y 2).

---

porque debía desplazarme, no tengo claridad de cuál fue la razón, ella generaba controversias con los empleados".

A su vez, en el contrato de trabajo a término fijo se pactó como cargo DIRECTORA RRHH, estipulándose como funciones las siguientes: "*Observar rigurosamente las normas que le fije la empresa para la realización de la labor a que se refiere el presente contrato, Guardar absoluta reserva, salvo autorización expresa de la empresa, de todas aquellas informaciones que lleguen a su conocimiento, debido a su trabajo, y que sean por naturaleza privadas, Ejecutar por sí mismo las funciones asignadas y cumplir estrictamente las instrucciones que le sean dadas por la empresa, o por quienes la represente, respecto del desarrollo de sus actividades, Cuidar permanentemente los intereses de la empresa, Dedicar la totalidad de su jornada de trabajo a cumplir a cabalidad con sus funciones, Programar diariamente su trabajo y asistir puntualmente a las reuniones que efectué la empresa a las cuales hubiere sido citado, Observar completa armonía y comprensión con los clientes, con sus superiores y compañeros de trabajo, en sus relaciones personales y en la ejecución de su labor, Cumplir permanente con espíritu de lealtad, colaboración y disciplina con la empresa, Avisar oportunamente y por escrito, a la empresa todo cambio en su dirección, teléfono, o ciudad de residencia"* (archivo 08, contrato a término fijo 1, página 2, cláusula tercera).

Como se puede evidenciar y contrario a lo afirmado por la enjuiciada, la actora fue contratada laboralmente para ejercer el mismo cargo de Directora RRHH, mismo que ejecutaba como contratista desde el 25 de septiembre de 2019, pues desempeñaba las mismas funciones inherentes a esa área, siendo corroborada esta situación por los testigos que laboraron en aquella época en la empresa, al exponer:

- **LUIS FERNANDO MORALES RESTREPO**, récord 00:34:39, archivo 13: "… ella tenía una asesoría o consultoría de recursos humanos, ella contaba con conocimientos para eso, conozco que era un contrato en el que debía desarrollar manuales para los cargos administrativos y técnicos, hacia procesos de entrevistas y se evaluaban perfiles, fue llamada para los procesos de contratación y selección porque su hoja de vida así lo perfila, ella sabe de recursos humanos".

- **ANDREA MAHECHA HERRERA**, récord 51:52, archivo 13: "… ella llegó para prestar asesoría, empezó como prestador del servicio, sé que iba a iniciar labores de reclutamiento en la empresa, llegó a participar de las pausas".

- **JOAQUIN CASTRO DIAZ**, récord 01:22:47, archivo 13: "asesoraba a recursos humanos, cuando firmó el contrato estaba en el área administrativa y HSE, por contrato de trabajo debía mirar todo lo de recursos humanos y SST".

De modo, que ninguno de los testigos pudo desvirtuar la aludida presunción y, por el contrario, la reafirman con sus dichos al señalar que la actora siempre ejecutó las funciones en el área de recursos humanos, como ya se señaló, pues ninguno hizo ninguna diferenciación frente al contrato de prestación de servicios y el laboral, lo que lleva a concluir que siempre se trató de una misma relación. Si bien, indicaron conjuntamente que la demandante no cumplía horario y que llegaba en las zonas horarias que a bien tuviera, lo cierto es que la demandante siempre hizo presencia en las oficinas de la empresa y prestaba los servicios acatando los informes y demás gestiones que debía realizar como Directora de RRHH, a saber, llevar a cabo procesos de reclutamiento, revisar novedades con empleados, estructurar políticas, entre otros, labores que además, fueron corroboradas por el representante legal de la demandada al absolver interrogatorio (récord 00:05:21, archivo 13).

En ese orden de ideas, al estar determinada la prestación personal del servicio, como ya se dijo, la parte actora cuenta con la ventaja probatoria que presume los demás elementos del contrato de trabajo, sumado a la existencia de indicios que dan cuenta de una relación laboral subordinada, 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 C.S.T., pero que deben armonizarse con la Recomendación No. 198 de la OIT y que fueron recordados en la sentencia CSJ SL1439-2021, siendo dable de este modo, concluir dicha subordinación no fue desvirtuada por la empresa y por lo tanto, no puede colegirse cosa distinta a que entre la actora y el llamado a juicio existió una verdadera relación de trabajo, y bajo ese entendido, habrá de confirmarse la sentencia de primer grado en este aspecto.

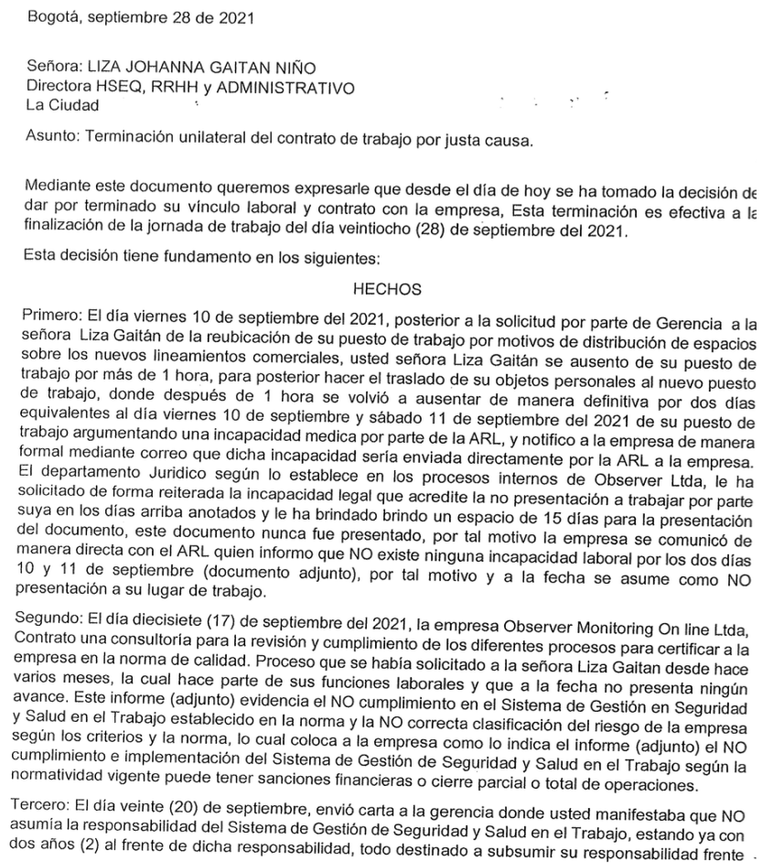
Se aclara, no es de recibo que la empresa contraté a una profesional para ejercer un cargo de manera autónoma e independiente (contratista), cuando el mismo se desarrolló con posterioridad a través de un contrato de trabajo bajo la misma denominación y funciones, riñendo con la realidad ya que la actora debió siempre ejecutar las directrices de la empresa desde un primer momento, lo que desnaturaliza el contrato civil, precisándose, la Sala se abstiene de analizar las condenas relacionadas con las prestaciones sociales, vacaciones y aportes a seguridad social integral, por no haber sido tal asunto objeto de apelación por la empresa demandada.

Acto seguido, procede esta Corporación a resolver la procedencia de la indemnización por despido y de prosperar este anhelo, se verificará las correspondientes prórrogas, al ser estos 2 aspectos punto de apelación de la empresa demandada.

En ese sentido, procede la Sala a determinar si el despido de la demandante se soportó en una justa causa; que para el caso de alzada corresponde a la causal novena del artículo 62 del C.S.T., y para ello 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 entonces que, al trabajador le basta probar el hecho del despido, correspondiéndole al empleador la demostración de la justa causa[13].

De tal suerte, no existe controversia en cuanto a que la relación laboral fue terminada de manera unilateral por parte de la demandada mediante comunicación calendada 28 de septiembre de 2021 (Archivo 008, carta de terminación.pdf del expediente digital) así:



Bogotá, septiembre 28 de 2021

Señora: LIZA JOHANNA GAITAN NIÑO
Directora HSEQ, RRHH y ADMINISTRATIVO
La Ciudad

Asunto: Terminación unilateral del contrato de trabajo por justa causa.

Mediante este documento queremos expresarle que desde el día de hoy se ha tomado la decisión de dar por terminado su vínculo laboral y contrato con la empresa, Esta terminación es efectiva a la finalización de la jornada de trabajo del día veintiocho (28) de septiembre del 2021.

Esta decisión tiene fundamento en los siguientes:

HECHOS

Primero: El día viernes 10 de septiembre del 2021, posterior a la solicitud por parte de Gerencia a la señora Liza Gaitán de la reubicación de su puesto de trabajo por motivos de distribución de espacios sobre los nuevos lineamientos comerciales, usted señora Liza Gaitán se ausento de su puesto de trabajo por más de 1 hora, para posterior hacer el traslado de su objetos personales al nuevo puesto de trabajo, donde después de 1 hora se volvió a ausentar de manera definitiva por dos días equivalentes al día viernes 10 de septiembre y sábado 11 de septiembre del 2021 de su puesto de trabajo argumentando una incapacidad medica por parte de la ARL, y notifico a la empresa de manera formal mediante correo que dicha incapacidad sería enviada directamente por la ARL a la empresa. El departamento Juridico según lo establece en los procesos internos de Observer Ltda, le ha solicitado de forma reiterada la incapacidad legal que acredite la no presentación a trabajar por parte suya en los días arriba anotados y le ha brindado brindo un espacio de 15 días para la presentación del documento, este documento nunca fue presentado, por tal motivo la empresa se comunicó de manera directa con el ARL quien informo que NO existe ninguna incapacidad laboral por los dos días 10 y 11 de septiembre (documento adjunto), por tal motivo y a la fecha se asume como NO presentación a su lugar de trabajo.

Segundo: El día diecisiete (17) de septiembre del 2021, la empresa Observer Monitoring On line Ltda, Contrato una consultoria para la revisión y cumplimiento de los diferentes procesos para certificar a la empresa en la norma de calidad. Proceso que se había solicitado a la señora Liza Gaitan desde hace varios meses, la cual hace parte de sus funciones laborales y que a la fecha no presenta ningún avance. Este informe (adjunto) evidencia el NO cumplimiento en el Sistema de Gestión en Seguridad y Salud en el Trabajo establecido en la norma y la NO correcta clasificación del riesgo de la empresa según los criterios y la norma, lo cual coloca a la empresa como lo indica el informe (adjunto) el NO cumplimiento e implementación del Sistema de Gestión de Seguridad y Salud en el Trabajo según la normatividad vigente puede tener sanciones financieras o cierre parcial o total de operaciones.

Tercero: El día veinte (20) de septiembre, envió carta a la gerencia donde usted manifestaba que NO asumía la responsabilidad del Sistema de Gestión de Seguridad y Salud en el Trabajo, estando ya con dos años (2) al frente de dicha responsabilidad, todo destinado a subsumir su responsabilidad frente

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

a la consultoría que había determinado que no había un cumplimiento en el mismo.- Para la empresa y trabajador es claro que existe un contrato laboral vigente en donde se encuentra estipulado claramente su cargo a desempeñar e inherente a este por mandato de ley sus obligaciones a cumplir frente al Sistema de Gestión en Seguridad y Salud en el Trabajo.

Cuarto: El día veinte (20) de septiembre, usted volvió a enviar correo donde manifestó que no cumple con la experiencia acreditada y la implementación del Sistema de Gestión en Seguridad y Salud en el Trabajo y NO autoriza el uso de su hoja de vida para la presentación de un proceso de licitación en que participa la empresa, porque usted no podía asumir esa responsabilidad; colocando a la empresa en la posición de contratar a un profesional para la presentación de su perfil en la licitación.

Quinto: La empresa Observer Monitoring On Line Ltda, recibió informe de la consultoría contratada y en dicho informe se pudo establecer unas responsabilidades a cargo suyo que estaban siendo pasadas por alto y que están colocando a la empresa en situación de alto riesgo. (informe anexo).

Sexto: El día miércoles veintidós (22) de septiembre del 2021, usted es requerida por la gerencia y el departamento jurídico en compañía del profesional a cargo de la consultoría contratada, quien presento el informe y determino el incumplimiento que se tiene frente a la implementación del Sistema de Gestión en Seguridad y Salud en el Trabajo, en especial la reclasificación del riesgo, conformación de los comités COPASST y Convivencia laboral, los cuales son de carácter muy grave y NO son subsanables y otras fallas y/o omisiones también encontradas y que si pueden ser subsanables; durante esta reunión para aclarar lo acontecido, en dicha entrevista (grabada con el consentimiento de los actores involucrados) entre varios puntos tratados, usted señora Liza Gaitán manifiesta de manera abierta y reiterada que no se hace responsable del Sistema de Gestión de Seguridad y Salud en el Trabajo de la empresa y que no autoriza el uso de su perfil profesional para la licitación en curso, por tal motivo la gerencia toma las siguientes medidas.

- Solicita al departamento jurídico revise el abandono de las funciones contratadas a la señora Liza Gaitán como directora HSEQ.
- Se realiza la contratación de un profesional para la presentación de su perfil profesional para la licitación en curso.
- Se realiza contratación de los servicios profesionales para corregir e implementar todo lo pertinente al sistema de gestión que Liza Gaitán por su mala gestión y abandono a responsabilidades contractuales no cumplió.

Es importante resaltar que la empresa se ve obligada a incurrir en sobre costos y asumir perdidas por su abandono como profesional encargado de la dirección HSEQ.

Séptimo: Observer Monitoring On Line Ltda, ya le había sancionado tanto verbal como por escrito a su hoja de vida por faltas en el incumplimiento de sus labores y comportamientos verbales en contra de su empleador, sanciones que usted se había negado a firmar en algunos casos.

Octavo: El día viernes 24 de septiembre usted señora Liza Gaitán Niño, envía carta mediante correo electrónico a la gerencia de la empresa Observer Monitoring On Line, carta que fue recibida y leída por el representante legal el día lunes 27 de septiembre, donde usted de forma temeraria acusa a la gerencia de la comisión de hechos ilícitos graves que le fueron obligados a realizar bajo la directriz de

gerencia, situación entre otras que se surtirá adecuadamente ante los organismos correspondientes sin evadir la responsabilidad allí endilgada y que será dirimida en su momento ante los despachos correspondientes por quienes allí se determinen responsables de la ejecución de dichos actos. Esta carta por usted firmada es un ejemplo claro de su malestar hacia a esta gerencia de la empresa y constituye una acción penal tipificada como injuria y calumnia, siendo esto un acto repetitivo tal y como lo fue en su momento la sanción disciplinaria a usted impuesta por hablar mal y de forma ofensiva de su empleador frente a otros empleados.

Para esta decisión, la empresa se apoya en las causales establecidas como terminación unilateral del trabajo por justa causa, en el artículo 62 numerales 2, 6, 9, 10 y 13; articulo 58 numerales 1, 4 y 5, articulo 60 numeral 4 y 5 del código sustantivo del trabajo.

Le solicitamos de forma respetuosa que a más tardar el día veintiocho (28) de septiembre del 2021, realice entrega de los elementos otorgados al terminar sus funciones en esta empresa, a quien corresponda, así como de su puesto de trabajo; también es menester recordarle que usted firmo un contrato de confidencialidad que se extiende en el tiempo posterior a su salida de la empresa.

Le extendemos un sincero agradecimiento por el trabajo realizado durante el tiempo que hizo parte de nuestro equipo laboral y le comunicamos que el pago concerniente a su salario y prestaciones será respectivamente liquidado en el tiempo legalmente fijado para ello.

En este orden de ideas, como se mencionó en precedencia, la *a quo* analizó las causales, hechos y motivos invocados por la empresa en la carta de despido, no encontrando soporte alguno al respecto. Frente a ello, la demandada al recurrir la decisión solo atacó la existencia de la causal 9ª del artículo 62 del C.S.T., por lo que esta Corporación, deberá examinar si ésta tuvo ocurrencia únicamente y si constituye verdaderamente justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo.

La norma ibidem dispone que son justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo por parte del empleador:

> *"(…)*
>
> ***9. El deficiente rendimiento en el trabajo en relación con la capacidad del trabajador y con el rendimiento promedio en labores análogas, cuando no se corrija en un plazo razonable a pesar del requerimiento del {empleador}.***
>
> ***(…)***
>
> ***En los casos de los numerales 9 a 15 de este artículo, para la terminación del contrato, el {empleador} deberá dar aviso al trabajador con anticipación no menor de quince (15) días.". (Negrilla de la Sala).***

Al respecto, adviértase, para dar aplicación a la justa causa de terminación del contrato prevista en el numeral 9º del artículo 62 del C.S.T., se requiere, por **mandato legal, realizar un procedimiento previo,** es decir, su aplicación no es automática y el empleador debe cumplir ciertas condiciones.

Es así como el artículo 2.2.1.1.3 el Decreto 1072 de 2015, señala el siguiente procedimiento:

> ***"ARTÍCULO 2.2.1.1.3. Procedimiento terminación unilateral por rendimiento deficiente.*** *Para dar aplicación al numeral 9) del artículo 7o. del Decreto 2351 de 1965, el empleador deberá ceñirse al siguiente procedimiento:*
>
> 1. *Requerirá al trabajador dos (2) veces, cuando menos, por escrito, mediando entre uno y otro requerimiento un lapso no inferior a ocho (8) días.*
> 2. *Si hechos los anteriores requerimientos el empleador considera que aún subsiste el deficiente rendimiento laboral del trabajador, presentará a éste un cuadro comparativo de rendimiento promedio en actividades análogas, a efecto de que el trabajador pueda presentar sus descargos por escrito dentro de los ocho (8) días siguientes; y,*
> 3. *Si el empleador no quedare conforme con las justificaciones del trabajador, así se lo hará saber por escrito dentro de los ocho (8) días siguientes.".*

Sobre esta temática, en sentencia CSJ SL5195-2021, se dispuso:

> *"… no ocurre lo mismo con el procedimiento legal dispuesto en el artículo 2° del Decreto 1373 de 1966 y que se debió adelantar, toda vez que en la carta de terminación del vínculo se alegó como principal causal de despido la consagrada en el literal A del numeral 9° del artículo 62 del CST modificado por el 7° del Decreto 2351 de 1965 y en los hechos que describen se refieren específicamente al deficiente rendimiento.*
>
> *La citada causal consiste: en el deficiente rendimiento en el trabajo en relación con la capacidad del trabajador y con el rendimiento promedio en labores análogas, cuando no se corrija en un plazo razonable a pesar del requerimiento del empleador y su aplicación no es automática, pues el patrono debe cumplir con unas condiciones, es decir con un trámite previo que radica en que se:*
>
> *a) Requerirá al trabajador dos (2) veces, cuando menos, por escrito, mediando entre uno y otro requerimiento un lapso no inferior a ocho (8) días;*
>
> *b) Si hechos los anteriores requerimientos el patrono considera que aún subsiste el deficiente rendimiento laboral del trabajador, presentará a éste un cuadro*

> *comparativo de rendimiento promedio en actividades análogas, a efecto de que el trabajador pueda presentar sus descargos por escrito dentro de los ocho (8) días siguientes; y*
>
> *c) Si el patrono no quedare conforme con las justificaciones del trabajador, así se lo hará saber por escrito dentro de los ocho (8) días siguientes.*
>
> ***Por tanto, se exigen básicamente dos elementos el requerimiento al trabajador con apego a la norma y la existencia de un cuadro que compare su rendimiento frente al de otros colaboradores que cumplan actividades similares que es lo que va permitir en realidad verificar que la persona está por debajo de la medida mínima para la empresa y así garantizar la objetividad e igualdad en las decisiones que se puedan tomar en razón de su desempeño; sin que en este caso se observa el acatamiento del citado trámite".***

Bajo estos parámetros se observa que la empresa OBSERVER MONITORING ON LINE LTDA en la misiva del 28 de septiembre de 2021, informó una serie de hechos relacionados con la reubicación del puesto de trabajo por motivos de distribución de espacios sobre nuevos lineamientos comerciales, ausentismos por más de una hora y los días 10 y 11 de septiembre de 2021, inexistencia de incapacidad por la ARL, incumplimiento del avance en los trámites de consultoría para la revisión y cumplimiento para certificar a la empresa en normas de calidad al efectuarse una incorrecta clasificación de riesgo de la empresa, incumplimiento frente a la implementación del Sistema de Gestión de Seguridad y Salud en el Trabajo, conformación comités COPASST y convivencia laboral. Básicamente la empresa en la carta de despido, argumentó que tuvo que corregir e implementar todo lo pertinente al sistema de gestión debido al abandono de las responsabilidades contractuales de la actora, en síntesis, observa la Sala, la empresa endilgó a la actora el incumplimiento de los deberes en todo lo relacionado con el Sistema de Gestión de Seguridad y Salud en el Trabajo, por lo que la causal 9ª debió dirigirse en tal sentido, es decir, debió acreditarse el **deficiente rendimiento en el trabajo en relación con la capacidad del trabajador y con el rendimiento promedio en labores análogas**, acatándose entonces el procedimiento ya enunciado.

Al respecto, una vez analizadas las pruebas recaudadas se indica, de los interrogatorios de parte y testimonios, no es posible inferir que la empresa hubiese agotado el procedimiento que exige la ley. Igual conclusión se extrae de las pruebas documentales aportadas por la empresa ya que en la carpeta 008 del expediente digital solo se adjuntó, carta de terminación del contrato del 28 de septiembre de 2021, comunicación dirigida por la demandante a la empresa en fecha 24 de septiembre de 2021 en la que expone la extralimitación a la que había sido sometida dentro del roll de encargada del SGSST, respuesta otorgada por la empresa demandada de fecha 28 de septiembre de 2021, informe revisión SGSST del 22 de septiembre de 2021, descargos del 24 de mayo de 2021 y 31 de agosto de 2021 en la que se relata hechos inconformidades surgidas en reunión del 21 de mayo de 2021 y ausentismos, respectivamente y, llamados de atención por retrasos,

permitiendo con ello concluir que la empresa no dio cabal cumplimiento a los requerimientos previos al trabajador por lo menos dos (2) veces por escrito, mediando entre uno y otro requerimiento un lapso no inferior a ocho (8) días.

Sea del caso aclarar al recurrente demandado, los descargos efectuados en 2 oportunidades por la empresa lo fueron con ocasión a las inconformidades y ausentismos presentados, no pudiéndose entonces aducir que la causal 9ª esta debidamente acreditada, cuando al referirse la empresa de una bajo rendimiento debió acreditar dicha situación, pues no es admisible que la empresa al terminar el contrato invoque una causal sin probar los hechos en que soporta la decisión, mucho más cuando existe un proceso previo regulado, el cual, se itera, no se cumplió, por ejemplo, no hay ningún cuadro comparativo de rendimiento promedio en actividades análogas y los requerimientos que demuestren objetivamente el bajo rendimiento de la señora LIZA JOHANNA GAITÁN NIÑO.

En suma, con relación al debido proceso, tampoco encuentra esta Sala satisfecho este procedimiento, en la medida que no se efectuaron los descargos por esta causal y como se ha insistido, no existieron los requerimientos, cuadro comparativo, ni ningún documento que evidenciara el cumplimiento del proceso previo que debe agotar todo empleador, **en consecuencia, no se acreditó debidamente la justeza del despido.** En este punto, la Sala analizó la causal 9º invocada al ser el único reparo de esta decisión junto con el debido proceso**.**

Concordante lo anterior, en punto al recurso de apelación de la demandada, relacionado con la aplicación de las prórrogas, procede la Sala a verificar las mismas, evidenciando al efecto, el contrato civil de prestación de servicios se suscribió por un término de 1 mes (cláusula 7ma, archivo 08) desde el 25 de septiembre de 2019, por lo que al declararse la relación hasta el 28 de septiembre de 2021 (contrato de trabajo a término fijo) y no ser atacados estos aspectos, se hará el respectivo conteo en tratándose de una única relación laboral como fue declarada por la *a quo:*

1. **Ejecución inicial 1 mes:** Del 25 de septiembre de 2019 al 24 de octubre de 2019.
2. **Primera prórroga 1 mes:** Del 25 de octubre de 2019 al 24 de noviembre de 2019.
3. **Segunda Prórroga 1 mes:** Del 25 de noviembre de 2019 al 24 de diciembre de 2019.
4. **Tercera Prórroga 1 mes**: Del 25 de diciembre de 2019 al 24 de enero de 2020.
5. **Cuarta Prórroga a 1 año**: Del 25 de enero de 2020 al 24 de enero de 2021.

6. **Quinta prórroga a 1 año:** Del 25 de enero de 2021 al 24 de enero de 2022 (El contrato terminó el 28 de septiembre de 2021).

En estos términos, le asiste razón a la demandada en la medida que, al haberse declarado una única relación laboral a término fijo (aspecto que no fue atacado), las prórrogas debieron contabilizarse desde la ejecución inicial del contrato civil pactado por escrito y, por un periodo determinado, tal como se anotó, esto es, desde el 25 de septiembre de 2019, tomándose inicialmente el plazo pactado de 1 mes, como se vio en precedencia y no los 4 meses pactados en el contrato de trabajo fijo.

De tal forma, procede el pago de la indemnización en la suma de **$7.733.333,** suma que se obtiene del salario $2.000.000/116 días (del 29 de septiembre de 2021 al 24 de enero de 2022), por lo que, al ser inferior este monto al impuesto en primer grado, se modificará tal condena.

Finalmente, en punto al recurso incoado por la parte actora, en los temas objeto de apelación, atinente a la indemnización moratoria de que trata el art. 65 del C.S.T., la jurisprudencia del órgano de cierre de esta jurisdicción ha señalado que ni su imposición ni su exoneración es automática, dado que es necesario determinar si el empleador actuó de mala fe al resistirse a reconocerle al trabajador los derechos laborales que contempla el orden jurídico. (CSJ SL, 24 abr. 2012, rad. 39600, CSJ SL9156-2015, CSJ SL1430-2018 reiteradas en sentencia SL-3345-2021).

De igual modo, se advirtió desde la sentencia CSJ SL9641-2014, que «*la buena o mala fe no depende de la prueba formal de los convenios o de la simple afirmación del demandado de creer estar actuando bajo un vínculo no laboral, pues, en todo caso, es indispensable verificar «otros tantos aspectos que giraron alrededor de la conducta que asumió en su condición de deudor obligado; vale decir, además de aquella, el fallador debe contemplar el haz probatorio para explorar dentro de él la existencia de otros argumentos valederos, que sirvan para abstenerse de imponer la sanción»*.

Asimismo, resulta procedente traer a colación el contenido de la sentencia CSJ SL1816-2023, donde discurrió frente a un tema de similares contornos:

> *"Es bien sabido que la indemnización moratoria del art. 65 del CST, tiene carácter eminentemente sancionatorio al generarse cuando el empleador se sustrae, sin justificación atendible, al pago de salarios y prestaciones sociales a que tiene derecho el trabajador a la terminación del vínculo laboral. Esta sanción no opera de manera automática, siendo necesario analizar si la conducta del dador del laborío estuvo enmarcada o no en los postulados de la buena fe.*
>
> *En el presente caso, la empresa demandada desde los albores del proceso, negó la existencia de un contrato de trabajo con el demandante y adujo que no había lugar a*

las pretensiones del demandante, por cuanto como contratista independiente obró con total autonomía y libertad y, que los pagos a su favor que le efectuó fue en tal calidad.

Cierto es que la simple negación de la relación laboral no exonera, per se, al empleador demandado de la indemnización moratoria; sin embargo, de las pruebas incorporadas al expediente se desprende que el demandante durante toda la vigencia del vínculo remitió cuentas de cobro con el membrete de Karen Tatiana Hernández y Davinson Augusto Hernández, para el cobro de los servicios por la instalación de grama y visitas de revisión de canchas.

En tales circunstancias, la Sala colige que la empresa convocada a juicio actuó de buena fe, pues la razón que invocó para no pagar las acreencias reclamadas, fue la de estar convencida de tener con el actor un contrato muy distinto a uno de trabajo. De modo, que creyó razonablemente, que no medió contrato de trabajo con el demandante, sino que se trataba de un contratista independiente, lo que se erige como un elemento de persuasión de una conducta de buena fe.

Al presentar las facturas y cuenta de cobro, es plausible que la demandada creyera no ser sujeto de las obligaciones laborales pretendidas, por lo que a criterio de la Sala demostró que estaba convencida de que no existía contrato de trabajo. En sentencia CSJ SL16572-2016, la Corte indicó:

> *"Conviene recordar que para definir la procedencia de la indemnización moratoria, debe estudiarse en cada asunto en particular la conducta remisa del empleador, para con ello establecer si su obrar, al abstenerse de pagar en forma oportuna y completa salarios o prestaciones sociales a la finalización del nexo contractual, está precedido de buena fe por encontrarse justificado en razones serias, que pese a no resultar viables o jurídicamente acertadas, si pueden considerarse atendibles y justificables, en la medida que razonablemente lo hubiese llevado al convencimiento de que nada adeudaba; o que por el contrario, su proceder se encuentra revestido de la mala fe que conduzca a fulminar una condena en su contra. De ahí que se sostenga que la aplicación de esta sanción no es automática ni inexorable.*
>
> *Del mismo modo, debe memorarse que la «buena fe» equivale a obrar con lealtad, con rectitud y de manera honesta, es decir, se traduce en la conciencia sincera, con sentimiento suficiente de lealtad y honradez del empleador frente a su trabajador, que en ningún momento ha querido atropellar sus derechos; lo cual está en contraposición con el obrar de «mala fe», de quien pretende obtener ventajas o beneficios sin una suficiente dosis de probidad o pulcritud […].*

Además de lo precedente, el hecho de probarse dentro de un proceso judicial la existencia del contrato de trabajo, en desarrollo del principio de la primacía de la realidad, no conlleva ipso facto concluir un actuar tendiente a desconocer abiertamente derechos laborales y, por tanto, desprovisto de buena fe.". (Negrilla de la Sala).

En aplicación de lo anterior, considera la Sala que no resulta viable la imposición de la indemnización moratoria a cargo de la demandada atendiendo que la empresa OBSERVER MONITORING ON LINE LTDA, si bien suscribió inicialmente un contrato de prestación de servicios y luego uno de índole laboral, lo cierto es que mientras se ejecutaba la relación civil, la propia demandante radicaba cuentas de cobro en cuantía de $2.000.000 así como en dicha época no se exigía la presencia física en las instalaciones de la enjuiciada en atención a la emergencia sanitaria originada por el Covid - 19, lo que pudo generar que las partes entendieran que las regia una relación civil, encontrándose la empresa dentro del marco de la buena fe. Igualmente, al finalizar el contrato de trabajo el 28 de septiembre de 2021, la

enjuiciada liquidó y efectuó el pago de la respectiva liquidación el día 6 de octubre de 2021, siendo aportada la misma por el extremo pasivo (archivo 08, página 2) por valor de $4.129.924, habiéndose entonces consignado dentro de un plazo razonable. Se confirma este punto.

Finalmente, en cuanto a la indemnización por la no consignación de las cesantías, de conformidad con el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 en su inciso 3º, esta sanción procede cuando el empleador no consigna el valor de la cesantía correspondiente para cada año antes del 15 de febrero del año siguiente, en la cuenta individual que el trabajador haya elegido, a razón de un día de salario por cada día de retardo, esto es, el pago de las cesantías mediante la consignación a un fondo debe efectuarse de manera anual, en las fechas referidas, salvo que el vínculo finalice antes del 15 de febrero lo que permite que se efectué el pago que corresponda al último lapso trabajado al momento de la terminación del contrato, es decir, la obligación del empleador es la consignación anual de las cesantías sin que tenga incidencia alguna que para el trabajador sean exigibles a la finalización del contrato.

Conforme lo anterior se tiene, en primer lugar, desde la fecha de suscripción del contrato civil – 25 de septiembre de 2019- hasta el inicio del contrato de trabajo, es claro que la demandada no efectuó consignación alguna a favor de la actora al haberse celebrado un contrato civil de prestación de servicios, como ya se dijo, no obstante, se itera, la convicción de la empresa era que se actuaba bajo las reglas de un contrato que no implicaba esta obligación, sin que se entienda un acto desprovisto de buena fe, lo que impide fulminar condena por este rubro. Aunado a ello, observa la Sala que las cesantías causadas en el periodo 2020 fueron consignadas por el empleador el 15 de febrero de 2021 – ver archivo 08, pago cesantias.pdf, páginas 2 y 3f- con destino a Porvenir por valor de $1.568.015, así como las causadas del 01 de enero de 2021 al 28 de septiembre de 2021 fueron liquidadas y pagadas el 06 de octubre de la misma anualidad como ya se explicó.

Por lo anterior, no se accede a las súplicas de la demandante y se confirma la decisión de primer grado.

Agotada como se encuentra la competencia de esta instancia por el estudio de los puntos objeto de apelación, lo que sigue es la modificación y posterior confirmación 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,

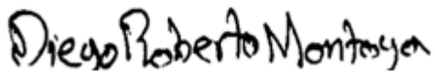
R E S U E L V E

PRIMERO: MODIFICAR el numeral **SÉPTIMO** de la sentencia de primera instancia en el sentido de **CONDENAR** a la demandada **OBSERVER MONITORING ON LINE LTDA** a pagar a la demandante **LIZA JOHANA GAITAN NIÑO** la indemnización por terminación del contrato sin justa causa por valor de **$7.733.333,** conforme a lo expuesto.

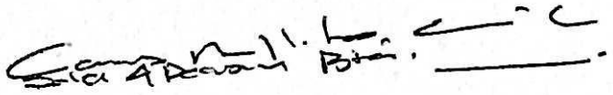
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia, de conformidad con lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

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

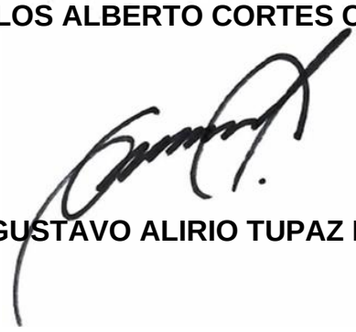
NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN



CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL

BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MARIA DE LOS ANGELES MARTINEZ ZORILLA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES- (RAD 29 2022 00119 01).

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre 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 grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, de la sentencia proferida por la Juez Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 2 de octubre del 2023 (Audiencia virtual archivo 22, récord: 27:49), en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO: CONDENAR** a la parte demandada Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, representada legalmente por su gerente y/o por quien haga sus veces, a reliquidar la pensión de vejez de la señora MARIA DE LOS ANGELES MARTINEZ ZORRILLA, en cuantía inicial de $2.015.832 pesos a partir del 1 de noviembre de 2010, y que para 2023 corresponde a $3.568.544, junto con las mesadas adicionales y con los respectivos incrementos decretados por el gobierno nacional por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.*
>
> ***SEGUNDO: DECLARAR PROBADA PARCIALMENTE** la excepción de prescripción, respecto del reajuste causado con anterioridad al 7 de diciembre de 2018.*
>
> ***TERCERO: CONDENAR** a la parte demandada Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, representada legalmente por su gerente y/o por quien haga sus veces a reconocer y pagar a la señora MARIA DE LOS ANGELES MARTINEZ ZORRILLA las diferencias causadas entre las mesadas causadas entre el 7 de diciembre de 2018 y hasta que sea incluida en nómina, teniendo en cuenta las siguientes diferencias de las mesadas:*

- *Para 2018 $ 233.093,47*
- *2019 $ 224.933,90*
- *2020 $ 290.573,41*
- *2021 $ 295.251,17*
- *2022 $ 311.844,41*
- *2023 $ 352.758,92*

***CUARTO: CONDENAR** a la parte demandada Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, representada legalmente por su gerente y/o por quien haga sus veces a reconocer y pagar a la señora MARIA DE LOS ANGELES MARTINEZ ZORRILLA los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la ley 100 de 1993, los cuales deberán ser liquidados a partir del 7 abril de 2022 y hasta la fecha en que se pague el retroactivo causado por la diferencia pensional ordenada.*

***QUINTO: AUTORIZAR** a la demanda Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones para que descuente del retroactivo causado, los aporte en salud.*

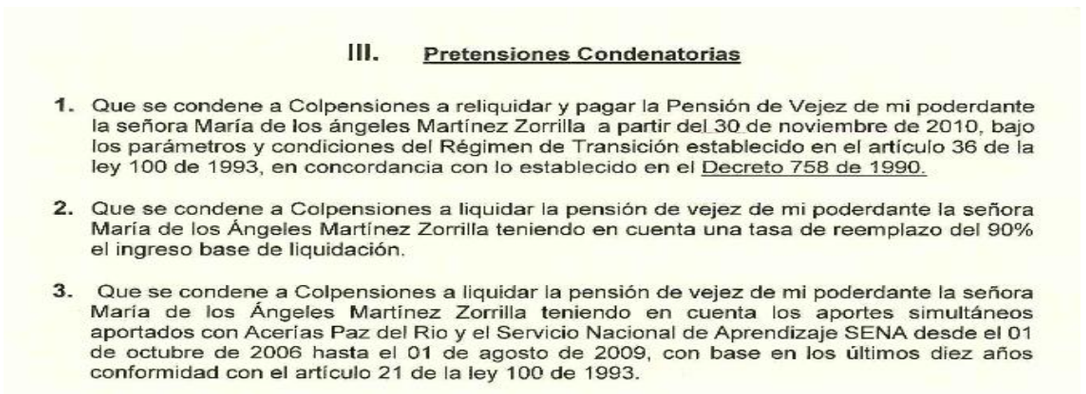
***SEXTO: DECLARAR NO PROBADA** la excepción de cosa juzgada propuesta por la demandada Administradora Colombiana De Pensiones Colpensiones, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.*

SEPTIMO: CONDENAR** en costas a la parte demandada Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, incluyendo como agencias en Derecho medio salario mínimo legal mensual vigente.**"

La ausencia de apelación contra la providencia anterior justifica la presencia de las diligencias en esta Corporación, a efectos de que se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, a lo cual se 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 MARÍA DE LOS ANGELES MARTÍNEZ ZORRILLA, las pretensiones elevadas en la página 4 del archivo 01 del expediente digital, las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos narrados en las páginas 4 y 5, ibídem, solicitando:



III. Pretensiones Condenatorias

1. Que se condene a Colpensiones a reliquidar y pagar la Pensión de Vejez de mi poderdante la señora María de los ángeles Martínez Zorrilla a partir del 30 de noviembre de 2010, bajo los parámetros y condiciones del Régimen de Transición establecido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, en concordancia con lo establecido en el Decreto 758 de 1990.
2. Que se condene a Colpensiones a liquidar la pensión de vejez de mi poderdante la señora María de los Ángeles Martínez Zorrilla teniendo en cuenta una tasa de reemplazo del 90% el ingreso base de liquidación.
3. Que se condene a Colpensiones a liquidar la pensión de vejez de mi poderdante la señora María de los Ángeles Martínez Zorrilla teniendo en cuenta los aportes simultáneos aportados con Acerías Paz del Rio y el Servicio Nacional de Aprendizaje SENA desde el 01 de octubre de 2006 hasta el 01 de agosto de 2009, con base en los últimos diez años conformidad con el artículo 21 de la ley 100 de 1993.

4. Que se condene a Colpensiones al reconocimiento y pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a favor de mi poderdante la señora María de los Ángeles Martínez Zorrilla a partir del 30 de noviembre de 2010 hasta la fecha en que se verifique su pago, generados por la demora injustificada en la reliquidación de la pensión de vejez, teniendo en cuenta los aportes simultáneos.

5. Que se condene a la demandada a pagar las sumas adeudadas actualizadas, de conformidad con certificación del DANE.

6. Que se condene en costas y agencias de derecho a la demandada.

7. Que se condene extra y ultra petita.

Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus aspiraciones pues se accedió a la reliquidación pretendida, tras considerar la *a quo* que en efecto dadas las operaciones matemáticas realizadas, la mesada reliquidada por Colpensiones para el 2012 resultaba inferior a la obtenida, en virtud de las semanas simultaneas que había cotizado del 2006 al 2009 generándose una mesada de $2.157.305 mientras que la reconocida por la demandada fue de tan solo $1.974.091, no obstante dado el fenómeno de la prescripción ordenó el pago de las diferencias de las mesadas a partir del 7 de diciembre del 2018 y en adelante, dado que presentó la reclamación el 7 de diciembre del 2021, igualmente condenó al pago de los intereses moratorios a partir del 7 de abril del 2022 y hasta que se efectúe el pago de las referidas diferencias de mesadas pensionales. Frente a la excepción de cosa juzgada la declaró no probada señalando que el proceso que cursó en el Juzgado 31 Laboral pretendía la reliquidación con las últimas 100 semanas de cotización y en este asunto la pretensión es la reliquidación con el IBC de las semanas simultaneas, por lo que no se configuraban los requisitos para esa excepción.

Así las cosas, sea lo primero indicar, no es objeto de discusión en esta instancia que la actora se encuentra pensionada conforme lo señala la Resolución 023626 del 3 de agosto del 2010 (Archivo 01, páginas 26 a 28 del expediente), acto administrativo en el que se indicó ser beneficiaria del régimen de transición y por ende otorgándole el derecho en virtud de lo establecido en el Acuerdo 049 de 1990 y teniendo en cuenta 1604 semanas de cotizaciones para un valor de mesada pensional de $1.751.064 a partir del 2 de agosto del 2009.

Posteriormente dicha prestación pensional fue reliquidada mediante acto administrativo GNR 226421 del 27 de julio del 2015 teniendo en cuenta 1641

semanas un IBL de $2.193.434 al que se le aplicó una tasa de reemplazo del 90% obteniendo una mesada pensional de $1.974.091 para el 6 de marzo del 2012 dado que la reclamación fue efectuada el 6 de marzo del 2015. (Archivo 01 págs. 18 a 25)

En este orden de ideas y previo a resolver el problema jurídico, esto es, la reliquidación de la mesada pensional teniendo en cuenta las semanas simultaneas cotizadas por la actora, debe esta Sala de decisión en virtud del grado jurisdiccional de consulta que se surte en favor de Colpensiones pronunciarse sobre la excepción de cosa juzgada formulada por la encartada en la contestación de la demanda (Archivo 09, págs. 9 a 11), para lo cual se advierte ésta es una ficción legal que se encuentra amparada en el artículo 32 del C.P.L. modificado por el artículo 19 de la Ley 712 de 2001 y por el artículo 1º de la Ley 1149 de 2007, y en el artículo 303 del C.G.P.[1], el cual dispone que para la operatividad de la misma se requiere 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".*

Así pues, las partes que se sometieron a una decisión judicial están obligadas a respetar su pronunciamiento. Igualmente será acatada por todos los funcionarios de la rama jurisdiccional, quienes no podrán ni desconocer ni modificar la decisión; no podrán tramitar nuevo proceso cada vez que se proponga la misma pretensión, entre las mismas partes y sobre el mismo objeto, pues la ley prohíbe que sobre una misma petición haya doble pronunciamiento, ya que un segundo pronunciamiento puede ser contradictorio, y sobre el mismo caso no puede haber distinta solución. Los fallos judiciales tienen que estar dotados de fuerza legal, basados en autoridad de cosa juzgada, para que tengan la virtualidad de las cosas inmutables.

Así mismo, es la decisión del Estado la que se impone a las partes querellantes, porque es necesario garantizar los derechos adquiridos. *"La cosa juzgada es el fin natural del proceso"* y ella debe garantizar la estabilidad del orden legal.

---

[1] *"**Artículo 303. Cosa juzgada.** La sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, se funde en la misma causa que el anterior y entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes".*

Y, de otra parte, la sentencia ejecutoriada vale, así sea injusta, y el beneficiario de ella podrá proponer en su favor la excepción de cosa juzgada y aún, puede pedir declaratoria de nulidad cuando el Juez procede contra la providencia ejecutoriada del superior o revive procesos legalmente concluidos (De las excepciones previas y de mérito, Editorial Temis, J. Ramón Ortega R.).

Así mismo, la Corte Suprema de Justicia en su Sala Laboral dispuso mediante sentencia SL536-2023, sobre este tópico:

> *"**Cosa juzgada***
>
> *Esta se encuentra consagrada en el artículo 332 del Código de Procedimiento Civil, hoy artículo 303 del Código General del Proceso, y aplicable por analogía en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, que exige para su configuración que «[…] el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, se funde en la misma causa que el anterior, y que entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes».*
>
> *En la sentencia CSJ SL11414-2016, esta Corporación estableció que:*
>
> *Sobre el fenómeno jurídico de la cosa juzgada, para que sea procedente, es preciso recordar que, en ambos procesos judiciales debe concurrir los tres requisitos comunes que son: 1) Identidad de persona (eaedem personae): debe tratarse del mismo demandante y demandado; **2) Identidad de la cosa pedida (eadem res): el objeto o beneficio jurídico que se solicita (no el objeto material) debe ser el mismo,** es decir, lo que se reclama; y 3) Identidad de la causa de pedir (eadem causa petendi): el hecho jurídico o material que sirve de fundamento al derecho reclamado debe ser el mismo, esto es, el por qué se reclama.*
>
> *(…)*
>
> *Para la Corte, **no se necesita una redacción idéntica de las pretensiones para predicar el fenómeno de la cosa juzgada** (CSJ SL1854-2020). Por el contrario, lo que se debe analizar más allá de la literalidad de los postulados, es que exista una causa petendi igual, lo que se traduce en una estrategia para reabrir discusiones que ya fueron surtidas y resueltas en litigios anteriores.". (negrilla y subrayado fuera del texto).*

De tal manera, como quedó visto, para la operatividad de la excepción de cosa juzgada se necesita entonces que exista identidad de partes, causa y objeto, en proceso anterior en el que se haya decidido en forma definitiva el conflicto sometido a consideración jurisdiccional (Art. 303 del C.G.P.), circunstancias que pasan a analizarse a continuación teniendo en el material probatorio vertido en el proceso.

a) Identidad de partes

En el archivo 10 del expediente digital, milita el auto admisorio del proceso que cursó en el Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. radicado No. 31 2015 00315 00, como también la demanda allí radicada, admitiéndose mediante auto calendado 23 de abril del 2015 (página 317), cuyas partes fueron: MARIA DE LOS ANGELES MARTINEZ ZORRILLA contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-.

Por su parte, dentro del presente proceso archivo 04, reposa el auto admisorio del 25 de mayo del 2022, donde se constata como partes MARIA DE LOS ANGELES MARTINEZ ZORRILLA contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-.

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

a) Identidad de causa

En la demanda que cursó en el Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá radicada bajo el No. 2015-315, se plasmaron 15 hechos (páginas 321 a 324, archivo 10), del siguiente tenor:

V. HECHOS Y OMISIONES QUE FUNDAMENTAN LAS PRETENSIONES

1. Que el día 08 de Octubre de 2009 mi poderdante radicó solicitud de Pensión de Vejez ante el ISS, tal y como se verifica en la Resolución N° 023626 de 03 de Agosto de 2010.

2. Que después de más de **TRECE (13) MESES** de haber radicado la solicitud, el ISS el dia 03 de Noviembre de 2010 notificó a mi poderdante de la Resolución Nº 023626 de 03 de Agosto de 2010.

3. Que mediante la Resolución N° 023626 de 03 de Agosto de 2010, el ISS reconoció la Pensión de Vejez a mi poderdante.

4. Que la Pensión de Vejez fue reconocida bajo los parámetros y condiciones del Régimen de Transición establecidos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 en concordancia con lo establecido en el Decreto 758 de 1990, tal y como se verifica en la Resolución Nº 023626 de 03 de Agosto de 2010.

5. Que la Ponsión de Vejez fue reconocida a mi poderdante a partir del 02 de Agosto de 2009, en cuantía inicial de $1.751.064, tal y como se desprende de la Resolución N° 023626 de 03 de Agosto de 2010.

6. Que como consecuencia del hecho anterior, se generó un retroactivo pensional a favor de mi poderdante por valor de $24.736.695, suma que quedo en suspenso hasta tanto se determinará a quien debía girarse, tal y como se verifica mediante la Resolución N° 023626 de 03 de Agosto de 2010.

7. Que el ISS liquidó la Pensión de Vejez de mi poderdante teniendo en cuenta 1.604 semanas cotizadas, aplicando una tasa de reemplazo equivalente al Noventa por ciento (90%) del ingreso base de liquidación, tal y como se desprende de la Resolución Nº 023626 de 03 de Agosto de 2010.

8. Que el pago del retroactivo quedo en suspenso por cuanto no existía claridad a quien le correspondía, tal y como se verifica en la Resolución Nº 023626 de 03 de Agosto de 2010.

9. Que el dia 18 de Noviembre de 2010, la empresa ACERIAS PAZ DEL RIO, autorizó al ISS a girar el valor del retroactivo a favor de mi poderdante, tal y como se verifica mediante la Resolución N° 000946 del 18 de Enero de 2011.

10. Que después de casi **DIECINUEVE (19) MESES** de radicada la solicitud el ISS el dia 07 de Mayo de 2011, notificó a mi poderdante la Resolución N° 000946 del 18 de Enero de 2011.

11. Que mediante Resolución N° 000946 del 18 de Enero de 2011, el ISS ingreso en nómina de Pensionados el retroactivo generado por el reconocimiento de la Pensión de Vejez de mi poderdante, en el mes de Febrero de 2011 pero pagado en el mes de Marzo de 2011.

12. Que para efectuar la liquidación de la Pensión de Vejez de mi poderdante, el ISS no tuvo en cuenta las últimas cien (100) semanas cotizadas al Sistema General de Pensiones según lo señala el artículo 20, numeral II, parágrafo I del Decreto 758 de 1990, tal y como se concluye de las Resoluciones N° 023626 de 03 de Agosto de 2010 y N°000946 del 18 de Enero de 2011, del Certificado de Información Laboral Formato N° 1 número consecutivo 55 del 10 de Diciembre de 2014, expedido por el Servicio Nacional de Aprendizaje SENA (1 folio) y del Reporte de Semanas Cotizadas expedido por el ISS (7 folios).

13. Que para efectuar la liquidación de la Pensión de Vejez de mi poderdante, el ISS no tuvo en cuenta los salarios realmente devengados sobre las cuales cotizó durante los últimos diez (10) años de acuerdo con el IPC anual –indexados , debidamente actualizados, según lo señala el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, tal y como se concluye de las Resoluciones N° 023626 de 03 de Agosto de 2010 y N°000946 del 18 de Enero de 2011, del Certificado de Información Laboral Formato N° 1 número consecutivo 55 del 10 de Diciembre de 2014, expedido por el Servicio Nacional de Aprendizaje SENA (1 folio) y del Reporte de Semanas Cotizadas expedido por el ISS (7 folios).

14. Que en lo referente al agotamiento de la reclamación administrativa, mi poderdante radicó Derecho de Petición ante Colpensiones el 06 de Marzo de 2015 con colilla de radiación Nº 2015_2033428, solicitando la

reliquidación de su Pensión de Vejez, junto con los correspondientes intereses moratorios.

15. Con respecto a la anterior solicitud, Colpensiones no se ha pronunciado hasta la fecha, después de haber transcurrido más de los treinta (30) días que le otorga la Ley. De esta forma, se da cumplimiento a lo establecido en el artículo 6 del Decreto 2158 de 1948, adoptado por el Decreto 4133 de 1948 como legislación permanente y modificado por la Ley 712 de 2001.

Entre tanto, en la demanda objeto de alzada, se plasmaron 16 hechos (archivo 01, páginas 4 y 5), así:

V. Hechos y Omisiones que Fundamentan las Pretensiones

1. Que mediante Resolución 023626 del 03 de agosto de 2010, el ISS reconoció la Pensión de Vejez a mi poderdante.

2. Que la Pensión de Vejez fue reconocida bajo los parámetros del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 en concordancia con el Decreto 758 de 1990, teniendo en cuenta 1604 semanas cotizadas.

3. Que la Pensión de Vejez fue reconocida para el año 2009 en cuantía inicial de $1.751.064, tal y como se verifica en la Resolución No. 023636 del 03 de agosto de 2010.

4. Mediante Resolución No. GNR 226421 del 27 de julio de 2015 Colpensiones reliquido la pensión de vejez de mi poderdante con un ingreso base de liquidación del 90%, teniendo en cuenta 1.641 semanas con el promedio de lo devengado en el tiempo que le hiciere falta en cuantía inicial de $1.975.091.00.

5. Las semanas cotizadas al Sistema General de Pensiones, por mi poderdante al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, de la siguiente:

EMPLEADOR	COTIZADO A	INGRESO	FECHA DE EGRESO	TOTAL PARCIAL	DIAS SIMULTANEOS	TOTAL DIAS
ACERIAS PAZ DEL RIO	SEGURO SOCIAL	02/01/1976	31/12/1994	6939		6939
ACERIAS PAZ DEL RIO	SEGURO SOCIAL	01/01/1995	28/09/1996	628		628
HORNOS NACIONALES S.A.	SEGURO SOCIAL	02/01/1997	30/04/1998	479		479
MARIA DE LOS ANGELES MARTINEZ ZORRILLA	SEGURO SOCIAL	15/06/1999	15/07/1999	31		31
MARIA DE LOS ANGELES MARTINEZ ZORRILLA	SEGURO SOCIAL	15/08/1999	15/09/1999	31		31
MARIA DE LOS ANGELES MARTINEZ ZORRILLA	SEGURO SOCIAL	15/10/1999	15/11/1999	31		31
MARIA DE LOS ANGELES MARTINEZ ZORRILLA	SEGURO SOCIAL	01/12/1999	15/01/2000	45		45
MARIA DE LOS ANGELES MARTINEZ ZORRILLA	SEGURO SOCIAL	14/02/2000	16/03/2000	33		33
MARIA DE LOS ANGELES MARTINEZ ZORRILLA	SEGURO SOCIAL	14/02/2000	16/03/2000	33		33
MARIA DE LOS ANGELES MARTINEZ ZORRILLA	SEGURO SOCIAL	01/04/2000	27/01/2001	297		297
MARIA DE LOS ANGELES MARTINEZ ZORRILLA	SEGURO SOCIAL	01/02/2001	30/04/2002	450		450
SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE	SEGURO SOCIAL	06/05/2002	29/12/2005	1314		1314
SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE	SEGURO SOCIAL	01/01/2006	30/08/2009	1320		1320
SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE	SEGURO SOCIAL	01/01/2006	30/08/2009	1320		1320
ACERIAS PAZ DEL RIO	SEGURO SOCIAL	01/10/2006	01/08/2009	1021	1021	0
SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE	SEGURO SOCIAL	01/09/2009	30/09/2010	390	0	390

Activar Windows
Ve a Configuración para activar Window

6. Mi poderdante la señora María de los Ángeles Martínez Zorrilla laboró con la entidad Acerías Paz del Río desde el 01 de octubre de 2006 hasta el 01 de agosto de 2009 para un total de 1021 días.

7. Mi poderdante la señora María de los Ángeles Martínez Zorrilla laboró con la entidad Servicio Nacional de Aprendizaje SENA desde el 01 de octubre de 2006 hasta el 01 de agosto de 2009 para un total de 1021 días.

8. Mi poderdante la señora María de los ángeles Martínez Zorrilla efectuó cotizaciones simultaneas con los empleadores **"ACERIAS PAZ DEL RIO"** y **"SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE SENA"**, en el periodo comprendido entre el 01 de octubre de 2006 hasta el 01 de agosto de 2009, para un total de **1021 días.**

9. Que al no tener en cuenta el tiempo simultaneo cotizado por mi poderdante la señora María de los Ángeles Martínez Zorrilla con los empleadores **ACERIAS PAZ DEL RIO** y **SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE- SENA** se presenta una diferencia en la liquidación de la pensión debido a que el IBC con el que se liquidaron esos tiempos no se tuvo en cuenta el tiempo que cotizo en el **SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE- SENA.**

10. Mi poderdante nació el día 02 de agosto de 1954.

11. Mi poderdante a la fecha de entrada en vigencia del Sistema Generai de Pensiones, esto es, al 01 de abril de 1994 contaba con más de 35 años de edad.

12. Mi poderdante la señora María de los Ángeles Martínez Zorrilla a la fecha de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, esto es al 01 de abril de 1994, contaba con más de 15 años de servicios.

13. Mi poderdante la señora María de los Ángeles Martínez Zorrilla cumplió los 55 años de edad el 02 de agosto de 2009.

14. Mi poderdante la señora Maria de los ángeles Martínez Zorrilla cuenta con más de 750 semanas cotizadas al 22 de julio de 2005, esto es 1.446 semanas cotizadas de conformidad con lo exigido por el Acto Legislativo 01 de 2005.

15. El día 07 de diciembre de 2021, mi poderdante solicitó ante Colpensiones la reliquidación de la Pensión teniendo en cuenta el Decreto 758 de 1990.

16. Colpensiones a la fecha no ha emitido respuesta de fondo a la solicitud, de esta forma se da por agotada la reclamación administrativa, en cumplimiento a lo establecido en el artículo 6 del Decreto 2158 de 1948, adoptado por el Decreto 4133 de 1948 como legislación permanente y modificado por la Ley 712 de 2001.

Como se puede observar, en ambos casos el sustento factico es diferente, pues en el primer proceso 31 2015 315 00 se señala que la demandada no tuvo en cuenta para la liquidación de su pensión el promedio de lo devengado en las últimas 100 semanas de aportes, mientras que en este asunto se aduce que no se tuvieron en cuenta las semanas simultaneas laboradas con ACERIAS PAZ DEL RIO y el SENA, siendo pertinente concluir que no existe identidad de causa.

c) Identidad de objeto

En la demanda instaurada en el Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá radicada, se plasmaron las siguientes pretensiones (página 320 y 321 Archivo 10):

IV. PRETENSIONES CONDENATORIAS

1. Que se condene a **COLPENSIONES** al reconocimiento y pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a favor de la señora **MARIA DE LOS ANGELES MARTINEZ ZORRILLA**, a partir del 02 de Agosto de 2009 hasta la fecha en que se verifique su pago, generados por la demora injustificada en el **reconocimiento del retroactivo** de la Pensión, esto es, sobre las *mesadas pensionales dejadas de cancelar* entre el 02 de Agosto de 2009 y el mes de Agosto de 2010, suma incluida en la nomina del mes Febrero pero pagada en el mes de Marzo de 2011, tal y como se verifica en la Resolución N°000946 del 18 de Enero de 2011.

2. Que se condene a **COLPENSIONES** a reliquidar y pagar a la señora **MARIA DE LOS ANGELES MARTINEZ ZORRILLA** la Pensión de Vejez, a partir del 02 de Agosto de 2009, teniendo en cuenta el ingreso base de liquidación de **las últimas cien (100) semanas cotizadas**, conforme a lo establecido en el artículo 20, parágrafo I numeral II del Decreto 758 de 1990, norma que le fue aplicada al momento del reconocimiento de su Pensión de Vejez.

3. Que se condene a **COLPENSIONES** al reconocimiento y pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 a favor de la señora **MARIA DE LOS ANGELES MARTINEZ ZORRILLA**, a partir del 02 de Agosto de 2009 hasta la fecha en que se verifique su pago, generados por la demora injustificada en la **reliquidación** de la Pensión de Vejez, teniendo en cuenta el ingreso base de liquidación de las cotizaciones efectuadas durante las últimas cien (100) semanas cotizadas conforme a lo establecido en el artículo 20, parágrafo I numeral II del Decreto 758 de 1990.

4. Subsidiariamente en caso de no ser reliquidada la Pensión de Vejez teniendo en cuenta el ingreso base de liquidación de los aportes efectuados durante las últimas cien (100) semanas, solicito se condene a **COLPENSIONES** a reliquidar y pagar la Pensión de Vejez de la señora **MARIA DE LOS ANGELES MARTINEZ ZORRILLA**, a partir del 02 de Agosto de 2009, teniendo en cuenta los salarios realmente devengados sobre las cuales cotizó durante los últimos diez (10) años de acuerdo con el IPC anual –indexados-, debidamente actualizados, según lo señala el artículo 21 de la Ley 100 de 1993.

Activar Windows

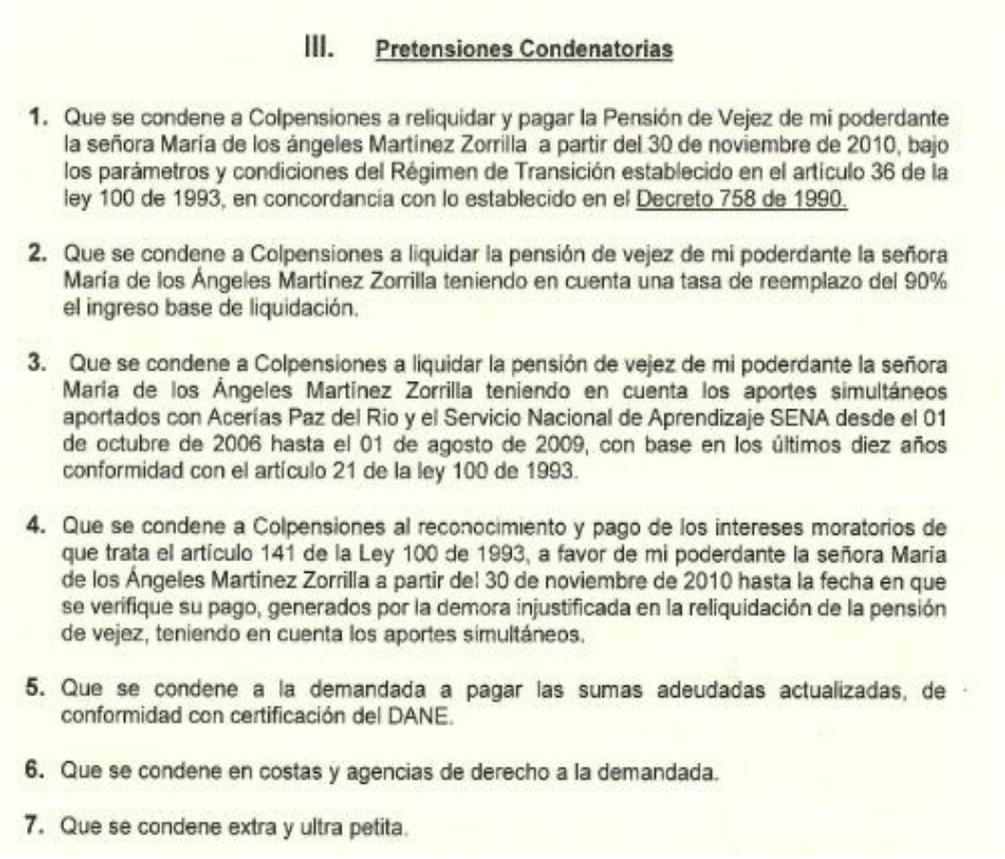
5. Subsidiariamente en caso de no ser reconocidos y pagados los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 teniendo cuenta las últimas cien (100) semanas, solicito se condene a **COLPENSIONES** a reconocer y pagar los intereses moratorios a favor de la señora **MARIA DE LOS ANGELES MARTINEZ ZORRILLA**, a partir del 02 de Agosto de 2009 hasta la fecha en que se verifique su pago, generados por la demora injustificada en la reliquidación de la Pensión de Vejez teniendo en cuenta los salarios realmente devengados sobre las cuales cotizó durante los últimos diez (10) años de acuerdo con el IPC anual –indexados-, debidamente actualizados, según lo señala el artículo 21 de la Ley 100 de 1993.

6. Que se condene a la demandada a que pague las sumas adeudadas debidamente actualizadas de conformidad con certificación expedida por el DANE.

7. Que se condene a la demandada a las costas y agencias en derecho.

8. Que se condene extra y ultra petita.

Ahora, en la demanda objeto de Consulta, se elevaron las siguientes súplicas (archivo 01, página 4):



III. Pretensiones Condenatorias

1. Que se condene a Colpensiones a reliquidar y pagar la Pensión de Vejez de mi poderdante la señora María de los ángeles Martínez Zorrilla a partir del 30 de noviembre de 2010, bajo los parámetros y condiciones del Régimen de Transición establecido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, en concordancia con lo establecido en el Decreto 758 de 1990.
2. Que se condene a Colpensiones a liquidar la pensión de vejez de mi poderdante la señora María de los Ángeles Martínez Zorrilla teniendo en cuenta una tasa de reemplazo del 90% el ingreso base de liquidación.
3. Que se condene a Colpensiones a liquidar la pensión de vejez de mi poderdante la señora María de los Ángeles Martínez Zorrilla teniendo en cuenta los aportes simultáneos aportados con Acerías Paz del Rio y el Servicio Nacional de Aprendizaje SENA desde el 01 de octubre de 2006 hasta el 01 de agosto de 2009, con base en los últimos diez años conformidad con el artículo 21 de la ley 100 de 1993.
4. Que se condene a Colpensiones al reconocimiento y pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a favor de mi poderdante la señora María de los Ángeles Martínez Zorrilla a partir del 30 de noviembre de 2010 hasta la fecha en que se verifique su pago, generados por la demora injustificada en la reliquidación de la pensión de vejez, teniendo en cuenta los aportes simultáneos.
5. Que se condene a la demandada a pagar las sumas adeudadas actualizadas, de conformidad con certificación del DANE.
6. Que se condene en costas y agencias de derecho a la demandada.
7. Que se condene extra y ultra petita.

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

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

En aplicación de lo anterior, logra extraer la Sala, en la primera actuación adelantada por la señora MARTINEZ ZORRILLA, se solicitó como pretensión principal se condenara a COLPENSIONES a reconocer y pagar la reliquidación pensional teniendo en cuenta para ello las últimas 100 semanas de cotización o en subsidio teniendo en cuenta los verdaderos salarios devengados, mientras que en este litigio como ya se mencionó lo pretendido es la reliquidación teniendo en cuenta los aportes simultáneos con ACERIAS PAZ DEL RIO y el SENA.

Por lo anterior aun cuando existe identidad de partes, no es así con el objeto y la causa por lo ya expuesto, por ende, no puede decirse que el presente litigio ya hubiera sido debatido y analizado por un operador judicial y en esa medida la Sala colige con facilidad que no concurren los elementos exigidos por el artículo 303 del C.G.P. es decir, identidad de partes, causa y objeto entre el proceso promovido ante el Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá y el presente trámite, no pudiendo entonces la Sala extraer conclusión diferente a la que arribó la Juez a quo, por lo que sin más consideraciones se prohijara la decisión de primer grado en este aspecto, en cuanto declaró no probada la excepción de COSA JUZGADA.

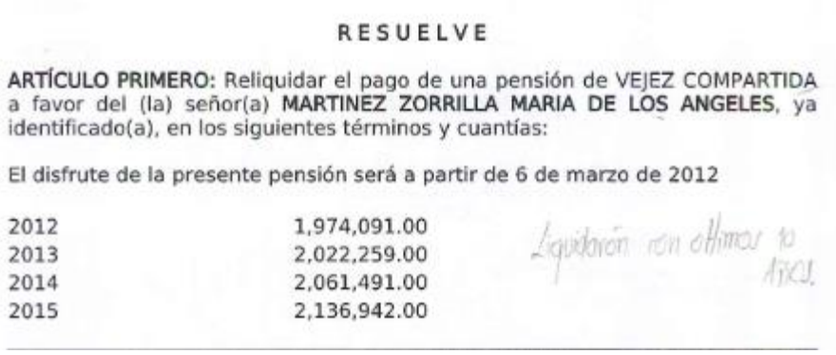
Definido lo anterior procede entonces esta Corporación a revisar la procedencia de la reliquidación pretendida, y para ello se hace necesario remitirse a la Historia Laboral de la accionante aportada por Colpensiones en el expediente administrativo y que obra en el archivo 10 págs. 2 a 11, evidenciando la Sala en dicho reporte en efecto se registran semanas simultaneas del 1° de octubre del 2006 al 31 de julio del 2009 con los empleadores ACERIAS PAZ DEL RIO y SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE SENA (140,97 semanas), las cuales como bien se señala en el libelo sirven para incrementar el IBL de la pensión. 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)

Y en la SL 2353-2020 Rad. 46729 del 8 de julio del 2020 se dijo:

> *Se debe precisar, como se explicó en el recurso de casación, la empleadora demandada efectuó contribuciones a pensión, a nombre de la actora, por el año de 1995 constatado en la autoliquidación de aportes al ISS (fls. 129 a 148), entre el 23/01/95 y el 16/05/95 y el 31/07/95 al 26/11/95. Sin embargo, esas cotizaciones no incrementan la densidad de semanas de la asegurada,* ***en cuanto son simultáneas con las vertidas por otro empleador, Universidad de La Salle, pero tendrán efectos frente el cálculo del ingreso base de liquidación.*** (Negrillas fuera de texto)

Conforme lo anterior, es claro entonces que resulta procedente revisar la liquidación de la mesada pensional efectuada por Colpensiones teniendo en cuenta para ello las citadas semanas simultaneas y con el apoyo del grupo Liquidador del Consejo Superior de la Judicatura, teniendo en cuenta una tasa de reemplazo del 90% y el IBL de los últimos 10 años como se pide en la demanda, obteniendo ésta Corporación una mesada pensional de **$1.789.496**[2] para el 2 de agosto del 2009 (fecha de reconocimiento pensional) y de $1.953.389 para el 2 de marzo del 2012 (fecha de reliquidación pensional), es decir, el ISS en su momento si reconoció para el 2 de agosto del 2009 una mesada inferior a la aquí obtenida, esto es, de $1.751.064 ($38.432 de diferencia). No obstante, como inicialmente se señaló COLPENSIONES en el año 2015 reliquidó la mesada pensional en los siguientes términos (Archivo 01 págs. 18 a 25)



RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: Reliquidar el pago de una pensión de VEJEZ COMPARTIDA a favor del (la) señor(a) **MARTINEZ ZORRILLA MARIA DE LOS ANGELES**, ya identificado(a), en los siguientes términos y cuantías:

El disfrute de la presente pensión será a partir de 6 de marzo de 2012

2012	1,974,091.00
2013	2,022,259.00
2014	2,061,491.00
2015	2,136,942.00

Liquidación con ultimos 10 Años.

Esto es que la mesada que se reliquidó para el año 2012 de $1.974.091 resulta superior a la aquí obtenida de $1.953.389, encontrándose una diferencia de -$20.702 así:

2

Cálculo Ultimos Diez Años de Vida Laboral							
AÑO	***Nº. Días***	***IPC inicial***	***IPC final***	***Factor de indexación***	***Sueldo promedio mensual***	***Salario actualizado***	***Salario anual***
1998	*80*	*31,210*	*69,80*	*2,236*	*$ 860.000,00*	*$ 1.923.357,90*	*$ 5.128.954,39*
1999	*120*	*36,420*	*69,80*	*1,917*	*$ 414.750,00*	*$ 794.880,56*	*$ 3.179.522,24*
2000	*317*	*39,790*	*69,80*	*1,754*	*$ 291.804,42*	*$ 511.886,11*	*$ 5.408.929,88*
2001	*357*	*43,270*	*69,80*	*1,613*	*$ 358.100,84*	*$ 577.662,09*	*$ 6.874.178,88*
2002	*354*	*46,580*	*69,80*	*1,498*	*$ 1.107.355,93*	*$ 1.659.369,77*	*$ 19.580.563,33*
2003	*360*	*49,830*	*69,80*	*1,401*	*$ 1.536.750,00*	*$ 2.152.621,91*	*$ 25.831.462,97*
2004	*360*	*53,070*	*69,80*	*1,315*	*$ 1.701.833,33*	*$ 2.238.326,11*	*$ 26.859.913,32*
2005	*360*	*55,990*	*69,80*	*1,247*	*$ 1.814.500,00*	*$ 2.262.048,58*	*$ 27.144.582,96*
2006	*360*	*58,700*	*69,80*	*1,189*	*$ 2.039.455,56*	*$ 2.425.110,69*	*$ 29.101.328,34*
2007	*360*	*61,330*	*69,80*	*1,138*	*$ 2.516.347,22*	*$ 2.863.868,19*	*$ 34.366.418,28*
2008	*360*	*64,820*	*69,80*	*1,077*	*$ 2.664.233,33*	*$ 2.868.921,42*	*$ 34.427.057,08*
2009	*212*	*69,800*	*69,80*	*1,000*	*$ 2.928.750,00*	*$ 2.928.750,00*	*$ 20.696.500,00*
Total días	***3600***			***Total devengado actualizado a:***		***2009***	***$ 238.599.411,68***
Total semanas	***514,29***					***Ingreso Base Liquidación***	***$ 1.988.328,43***
Total Años	***10,00***					***Porcentaje aplicado***	***90%***
						Primera mesada	***$ 1.789.495,59***

	Tabla Retroactivo Pensional				
Fecha inicial	***Fecha final***	***Incremento %***	***Valor mesada calculada***	***Mesada otorgada***	***Diferencia***
01/01/09	*31/12/09*	*7,67%*	***$ 1.789.496,00***	***$ 1.751.064***	*$ 38.432,00*
01/01/10	*31/12/10*	*2,00%*	*$ 1.825.286,00*	*$ 1.786.085*	*$ 39.200,72*
01/01/11	*31/12/11*	*3,17%*	*$ 1.883.148,00*	*$ 1.842.704*	*$ 40.443,82*
01/01/12	*31/12/12*	*3,73%*	***$ 1.953.389,00***	***$ 1.974.091***	*-$ 20.702,00*
01/01/13	*31/12/13*	*2,44%*	*$ 2.001.052,00*	*$ 2.022.259*	*-$ 21.206,82*
01/01/14	*31/12/14*	*1,94%*	*$ 2.039.872,00*	*$ 2.061.491*	*-$ 21.618,64*
01/01/15	*31/12/15*	*3,66%*	*$ 2.114.531,00*	*$ 2.136.941*	*-$ 22.410,20*
01/01/16	*31/12/16*	*6,77%*	*$ 2.257.685,00*	*$ 2.281.612*	*-$ 23.927,12*
01/01/17	*31/12/17*	*5,75%*	*$ 2.387.502,00*	*$ 2.412.805*	*-$ 25.302,81*
01/01/18	*31/12/18*	*4,09%*	*$ 2.485.151,00*	*$ 2.511.489*	*-$ 26.337,53*
01/01/19	*31/12/19*	*3,18%*	*$ 2.564.179,00*	*$ 2.591.354*	*-$ 27.174,87*
01/01/20	*31/12/20*	*3,80%*	*$ 2.661.618,00*	*$ 2.689.825*	*-$ 28.207,31*
01/01/21	*31/12/21*	*1,61%*	*$ 2.704.470,00*	*$ 2.733.132*	*-$ 28.661,50*
01/01/22	*31/12/22*	*5,62%*	*$ 2.856.461,00*	*$ 2.886.733*	*-$ 30.272,49*
01/01/23	*31/12/23*	*13,12%*	*$ 3.231.229,00*	*$ 3.265.473*	*-$ 34.243,93*

Como se puede ver y contrario a lo afirmado en primera instancia, no se genera diferencia alguna a cargo de Colpensiones teniendo en cuenta las semanas simultaneas de la actora, de modo que lo único que puede afirmarse es que Colpensiones cuando efectuó la reliquidación de la pensión en el año 2015 le arrojo incluso una mesada superior ($2.136.941) a la obtenida por la Sala ($2.114.531), precisándose la Juez de primera instancia no remitió la liquidación por ella efectuada para poder de allí analizar las operaciones efectuadas y que le arrojaron una mesada pensional de $2.157.305 para el 2012 (como lo señaló en la parte motiva de la decisión) ni de $3.568.544 para el 2023, pues aquí se obtuvo para el 2023 una mesada de $3.231.229 y actualizando la de Colpensiones otorgada desde el 2012 se tendría que la actora actualmente tiene una mesada de $3.265.473, como se dijo superior a la que obtuvo esta instancia.

De esta suerte, contrario a lo considerado por la Juez de primera instancia resulta la improcedencia de la reliquidación de la pensión en los términos expuestos en la demanda, pues como quedó visto, realizando el cálculo del I.B.L. con lo aportado por la accionante en los últimos 10 años anteriores al reconocimiento pensional y teniendo en cuenta las semanas simultaneas cotizadas, resulta un valor inferior al otorgado por la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones- en la última **Resolución-GNR 226421 del 27 de julio del 2015.**

De esta manera se agota la competencia de la Sala y conforme a las anteriores consideraciones, atendiendo el grado jurisdiccional de Consulta que se surte en favor de la accionada, deberá revocarse la sentencia de primera instancia, para en su lugar **ABSOLVER** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** - de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

Sin **COSTAS** en esta instancia. Se revocan las de primer grado, las cuales corren a cargo de la parte demandada.

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

R E S U E L V E

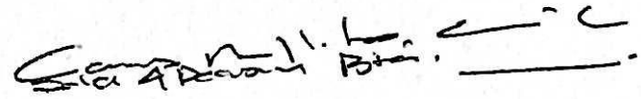
PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida en primera instancia para en su lugar, **ABSOLVER** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES–**, de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por la señora MARIA DE LOS ANGELES MARTINEZ ZORRILLA.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia. Se revocan las de primer grado, las cuales corren a cargo de la parte demandante.

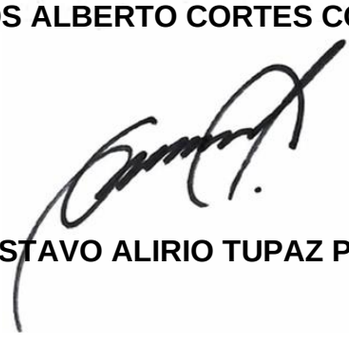
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN



CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA - SALA LABORAL -
MAGISTRADO: DR. DIEGO ROBERTO MONTOYA
RADICADO: 1100131050 29 2022 119 01
DEMANDANTE : MARIA MARTINEZ
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 los últimos diez años actualizado a 2009, 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***
11/02/98	***28/02/98***	*20*	*749.000,00*	*24.966,67*	*$ 499.333,33*		
01/03/98	***31/03/98***	*30*	*894.000,00*	*29.800,00*	*$ 894.000,00*		
01/04/98	***30/04/98***	*30*	*900.000,00*	*30.000,00*	*$ 900.000,00*		
Total días		*80*			*$ 2.293.333,33*	*$ 28.666,67*	***$ 860.000,00***

Año 1999

Fecha Inicial	***Fecha Final***	***Número días***	***Salario mensual***	***Salario diario***	***Salario anual***	***Salario promedio diario***	***Salario promedio mensual***
01/06/99	***30/06/99***	*15*	*474.000,00*	*15.800,00*	*$ 237.000,00*		
01/07/99	***31/07/99***	*15*	*474.000,00*	*15.800,00*	*$ 237.000,00*		
01/08/99	***31/08/99***	*15*	*474.000,00*	*15.800,00*	*$ 237.000,00*		
01/09/99	***30/09/99***	*15*	*474.000,00*	*15.800,00*	*$ 237.000,00*		
01/10/99	***31/10/99***	*15*	*474.000,00*	*15.800,00*	*$ 237.000,00*		
01/11/99	***30/11/99***	*15*	*474.000,00*	*15.800,00*	*$ 237.000,00*		
01/12/99	***31/12/99***	*30*	*237.000,00*	*7.900,00*	*$ 237.000,00*		
Total días		*120*			*$ 1.659.000,00*	*$ 13.825,00*	***$ 414.750,00***

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***	*15*	*474.000,00*	*15.800,00*	*$ 237.000,0*		
01/02/00	***28/02/00***	*16*	*474.000,00*	*15.800,00*	*$ 252.800,0*		
01/03/00	***31/03/00***	*16*	*474.000,00*	*15.800,00*	*$ 252.800,0*		
01/04/00	***30/04/00***	*30*	*260.100,00*	*8.670,00*	*$ 260.100,0*		
01/05/00	***31/05/00***	*30*	*260.100,00*	*8.670,00*	*$ 260.100,0*		
01/06/00	***30/06/00***	*30*	*260.100,00*	*8.670,00*	*$ 260.100,0*		
01/07/00	***31/07/00***	*30*	*260.100,00*	*8.670,00*	*$ 260.100,0*		
01/08/00	***31/08/00***	*30*	*260.000,00*	*8.666,67*	*$ 260.000,0*		
01/09/00	***30/09/00***	*30*	*260.100,00*	*8.670,00*	*$ 260.100,0*		
01/10/00	***31/10/00***	*30*	*260.100,00*	*8.670,00*	*$ 260.100,0*		
01/11/00	***30/11/00***	*30*	*260.100,00*	*8.670,00*	*$ 260.100,0*		
01/12/00	***31/12/00***	*30*	*260.100,00*	*8.670,00*	*$ 260.100,0*		
Total días		*317*			*$ 3.083.400,0*	*$ 9.726,81*	***$ 291.804,42***

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***	*27*	*286.000,00*	*9.533,33*	*$ 257.400,0*		
01/02/01	***28/02/01***	*30*	*364.000,00*	*12.133,33*	*$ 364.000,0*		
01/03/01	***31/03/01***	*30*	*364.000,00*	*12.133,33*	*$ 364.000,0*		
01/04/01	***30/04/01***	*30*	*364.000,00*	*12.133,33*	*$ 364.000,0*		
01/05/01	***31/05/01***	*30*	*364.000,00*	*12.133,33*	*$ 364.000,0*		
01/06/01	***30/06/01***	*30*	*364.000,00*	*12.133,33*	*$ 364.000,0*		
01/07/01	***31/07/01***	*30*	*364.000,00*	*12.133,33*	*$ 364.000,0*		
01/08/01	***31/08/01***	*30*	*364.000,00*	*12.133,33*	*$ 364.000,0*		
01/09/01	***30/09/01***	*30*	*364.000,00*	*12.133,33*	*$ 364.000,0*		
01/10/01	***31/10/01***	*30*	*364.000,00*	*12.133,33*	*$ 364.000,0*		
01/11/01	***30/11/01***	*30*	*364.000,00*	*12.133,33*	*$ 364.000,0*		
01/12/01	***31/12/01***	*30*	*364.000,00*	*12.133,33*	*$ 364.000,0*		
Total días		*357*			*$ 4.261.400,0*	*$ 11.936,69*	***$ 358.100,84***

Año 2002

Fecha Inicial	***Fecha Final***	***Número días***	***Salario mensual***	***Salario diario***	***Salario anual***	***Salario promedio diario***	***Salario promedio mensual***
01/01/02	***31/01/02***	*30*	*364.000,00*	*12.133,33*	*$ 364.000,0*		
01/02/02	***28/02/02***	*30*	*618.000,00*	*20.600,00*	*$ 618.000,0*		
01/03/02	***31/03/02***	*30*	*618.000,00*	*20.600,00*	*$ 618.000,0*		
01/04/02	***30/04/02***	*30*	*618.000,00*	*20.600,00*	*$ 618.000,0*		

01/05/02	**31/05/02**	24	1.136.000,00	37.866,67	$ 908.800,0		
01/06/02	**30/06/02**	30	1.420.000,00	47.333,33	$ 1.420.000,0		
01/07/02	**31/07/02**	30	1.420.000,00	47.333,33	$ 1.420.000,0		
01/08/02	**31/08/02**	30	1.420.000,00	47.333,33	$ 1.420.000,0		
01/09/02	**30/09/02**	30	1.420.000,00	47.333,33	$ 1.420.000,0		
01/10/02	**31/10/02**	30	1.420.000,00	47.333,33	$ 1.420.000,0		
01/11/02	**30/11/02**	30	1.420.000,00	47.333,33	$ 1.420.000,0		
01/12/02	**31/12/02**	30	1.420.000,00	47.333,33	$ 1.420.000,0		
Total días		354			$ 13.066.800,0	$ 36.911,86	**$ 1.107.355,93**
Año 2003							
Fecha Inicial	**Fecha Final**	**Número días**	**Salario mensual**	**Salario diario**	**Salario anual**	**Salario promedio diario**	**Salario promedio mensual**
01/01/03	**31/01/03**	30	1.420.000,00	47.333,33	$ 1.420.000,0		
01/02/03	**28/02/03**	30	1.420.000,00	47.333,33	$ 1.420.000,0		
01/03/03	**31/03/03**	30	1.420.000,00	47.333,33	$ 1.420.000,0		
01/04/03	**30/04/03**	30	1.420.000,00	47.333,33	$ 1.420.000,0		
01/05/03	**31/05/03**	30	1.917.000,00	63.900,00	$ 1.917.000,0		
01/06/03	**30/06/03**	30	1.420.000,00	47.333,33	$ 1.420.000,0		
01/07/03	**31/07/03**	30	1.420.000,00	47.333,33	$ 1.420.000,0		
01/08/03	**31/08/03**	30	1.420.000,00	47.333,33	$ 1.420.000,0		
01/09/03	**30/09/03**	30	1.420.000,00	47.333,33	$ 1.420.000,0		
01/10/03	**31/10/03**	30	1.439.000,00	47.966,67	$ 1.439.000,0		
01/11/03	**30/11/03**	30	1.420.000,00	47.333,33	$ 1.420.000,0		
01/12/03	**31/12/03**	30	2.305.000,00	76.833,33	$ 2.305.000,0		
Total días		360			$ 18.441.000,0	$ 51.225,00	**$ 1.536.750,00**
Año 2004							
Fecha Inicial	**Fecha Final**	**Número días**	**Salario mensual**	**Salario diario**	**Salario anual**	**Salario promedio diario**	**Salario promedio mensual**
01/01/04	**31/01/04**	30	1.461.000,00	48.700,00	$ 1.461.000,0		
01/02/04	**28/02/04**	30	1.496.000,00	49.866,67	$ 1.496.000,0		
01/03/04	**31/03/04**	30	1.496.000,00	49.866,67	$ 1.496.000,0		
01/04/04	**30/04/04**	30	1.496.000,00	49.866,67	$ 1.496.000,0		
01/05/04	**31/05/04**	30	2.020.000,00	67.333,33	$ 2.020.000,0		
01/06/04	**30/06/04**	30	1.496.000,00	49.866,67	$ 1.496.000,0		
01/07/04	**31/07/04**	30	1.496.000,00	49.866,67	$ 1.496.000,0		
01/08/04	**31/08/04**	30	1.496.000,00	49.866,67	$ 1.496.000,0		
01/09/04	**30/09/04**	30	2.306.000,00	76.866,67	$ 2.306.000,0		
01/10/04	**31/10/04**	30	1.587.000,00	52.900,00	$ 1.587.000,0		
01/11/04	**30/11/04**	30	1.587.000,00	52.900,00	$ 1.587.000,0		
01/12/04	**31/12/04**	30	2.485.000,00	82.833,33	$ 2.485.000,0		
Total días		360			$ 20.422.000,0	$ 56.727,78	**$ 1.701.833,33**
Año 2005							
Fecha Inicial	**Fecha Final**	**Número días**	**Salario mensual**	**Salario diario**	**Salario anual**	**Salario promedio diario**	**Salario promedio mensual**
01/01/05	**31/01/05**	30	1.647.000,00	54.900,00	$ 1.647.000,0		
01/02/05	**28/02/05**	30	1.665.000,00	55.500,00	$ 1.665.000,0		
01/03/05	**31/03/05**	30	1.665.000,00	55.500,00	$ 1.665.000,0		
01/04/05	**30/04/05**	30	2.010.000,00	67.000,00	$ 2.010.000,0		
01/05/05	**31/05/05**	30	2.488.000,00	82.933,33	$ 2.488.000,0		
01/06/05	**30/06/05**	30	1.757.000,00	58.566,67	$ 1.757.000,0		
01/07/05	**31/07/05**	30	1.757.000,00	58.566,67	$ 1.757.000,0		
01/08/05	**31/08/05**	30	1.757.000,00	58.566,67	$ 1.757.000,0		
01/09/05	**30/09/05**	30	1.757.000,00	58.566,67	$ 1.757.000,0		
01/10/05	**31/10/05**	30	1.757.000,00	58.566,67	$ 1.757.000,0		
01/11/05	**30/11/05**	30	1.757.000,00	58.566,67	$ 1.757.000,0		
01/12/05	**31/12/05**	30	1.757.000,00	58.566,67	$ 1.757.000,0		
Total días		360			$ 21.774.000,0	$ 60.483,33	**$ 1.814.500,00**
Año 2006							
Fecha Inicial	**Fecha Final**	**Número días**	**Salario mensual**	**Salario diario**	**Salario anual**	**Salario promedio diario**	**Salario promedio mensual**
01/01/06	**31/01/06**	30	1.757.000,00	58.566,67	$ 1.757.000,0		
01/02/06	**28/02/06**	30	1.757.000,00	58.566,67	$ 1.757.000,0		
01/03/06	**31/03/06**	30	1.974.000,00	65.800,00	$ 1.974.000,0		
01/04/06	**30/04/06**	30	1.845.000,00	61.500,00	$ 1.845.000,0		
01/05/06	**31/05/06**	30	2.491.000,00	83.033,33	$ 2.491.000,0		
01/06/06	**30/06/06**	30	1.845.000,00	61.500,00	$ 1.845.000,0		
01/07/06	**31/07/06**	30	1.845.000,00	61.500,00	$ 1.845.000,0		

01/08/06	**31/08/06**	30	1.845.000,00	61.500,00	$ 1.845.000,0		
01/09/06	**30/09/06**	30	2.314.000,00	77.133,33	$ 2.314.000,0		
01/10/06	**31/10/06**	30	2.245.733,33	74.857,78	$ 2.245.733,3		
01/11/06	**30/11/06**	30	2.309.000,00	76.966,67	$ 2.309.000,0		
01/12/06	**31/12/06**	30	2.245.733,33	74.857,78	$ 2.245.733,3		
Total días		360			$ 24.473.466,7	$ 67.981,85	**$ 2.039.455,56**
Año 2007							
Fecha Inicial	**Fecha Final**	**Número días**	**Salario mensual**	**Salario diario**	**Salario anual**	**Salario promedio diario**	**Salario promedio mensual**
01/01/07	**31/01/07**	30	2.332.000,00	77.733,33	$ 2.332.000,0		
01/02/07	**28/02/07**	30	2.332.000,00	77.733,33	$ 2.332.000,0		
01/03/07	**31/03/07**	30	2.540.000,00	84.666,67	$ 2.540.000,0		
01/04/07	**30/04/07**	30	2.417.000,00	80.566,67	$ 2.417.000,0		
01/05/07	**31/05/07**	30	3.112.000,00	103.733,33	$ 3.112.000,0		
01/06/07	**30/06/07**	30	2.417.000,00	80.566,67	$ 2.417.000,0		
01/07/07	**31/07/07**	30	2.417.000,00	80.566,67	$ 2.417.000,0		
01/08/07	**31/08/07**	30	2.417.000,00	80.566,67	$ 2.417.000,0		
01/09/07	**30/09/07**	30	2.873.000,00	95.766,67	$ 2.873.000,0		
01/10/07	**31/10/07**	30	2.469.000,00	82.300,00	$ 2.469.000,0		
01/11/07	**30/11/07**	30	2.469.000,00	82.300,00	$ 2.469.000,0		
01/12/07	**31/12/07**	30	2.401.166,67	80.038,89	$ 2.401.166,7		
Total días		360			$ 30.196.166,7	$ 83.878,24	**$ 2.516.347,22**
Año 2008							
Fecha Inicial	**Fecha Final**	**Número días**	**Salario mensual**	**Salario diario**	**Salario anual**	**Salario promedio diario**	**Salario promedio mensual**
01/01/08	**31/01/08**	30	2.497.000,00	83.233,33	$ 2.497.000,0		
01/02/08	**28/02/08**	30	2.497.000,00	83.233,33	$ 2.497.000,0		
01/03/08	**31/03/08**	30	2.783.000,00	92.766,67	$ 2.783.000,0		
01/04/08	**30/04/08**	30	2.612.500,00	87.083,33	$ 2.612.500,0		
01/05/08	**31/05/08**	30	3.365.500,00	112.183,33	$ 3.365.500,0		
01/06/08	**30/06/08**	30	2.612.500,00	87.083,33	$ 2.612.500,0		
01/07/08	**31/07/08**	30	2.612.500,00	87.083,33	$ 2.612.500,0		
01/08/08	**31/08/08**	30	2.612.500,00	87.083,33	$ 2.612.500,0		
01/09/08	**30/09/08**	30	2.612.500,00	87.083,33	$ 2.612.500,0		
01/10/08	**31/10/08**	30	2.612.500,00	87.083,33	$ 2.612.500,0		
01/11/08	**30/11/08**	30	2.612.500,00	87.083,33	$ 2.612.500,0		
01/12/08	**31/12/08**	30	2.540.800,00	84.693,33	$ 2.540.800,0		
Total días		360			$ 31.970.800,0	$ 88.807,78	**$ 2.664.233,33**
Año 2009							
Fecha Inicial	**Fecha Final**	**Número días**	**Salario mensual**	**Salario diario**	**Salario anual**	**Salario promedio diario**	**Salario promedio mensual**
01/01/09	**31/01/09**	30	2.647.900,00	88.263,33	$ 2.647.900,0		
01/02/09	**28/02/09**	30	2.647.900,00	88.263,33	$ 2.647.900,0		
01/03/09	**31/03/09**	30	3.065.900,00	102.196,67	$ 3.065.900,0		
01/04/09	**30/04/09**	30	2.897.900,00	96.596,67	$ 2.897.900,0		
01/05/09	**31/05/09**	30	3.623.900,00	120.796,67	$ 3.623.900,0		
01/06/09	**30/06/09**	30	2.812.900,00	93.763,33	$ 2.812.900,0		
01/07/09	**31/07/09**	30	2.812.900,00	93.763,33	$ 2.812.900,0		
01/08/09	**02/08/09**	2	2.808.000,00	93.600,00	$ 187.200,0		
Total días		212			$ 20.696.500,0	$ 97.625,00	**$ 2.928.750,00**

Cálculo Ultimos Diez Años de Vida Laboral							
AÑO	**Nº. Días**	**IPC inicial**	**IPC final**	**Factor de indexación**	**Sueldo promedio mensual**	**Salario actualizado**	**Salario anual**
1998	80	31,210	69,80	2,236	$ 860.000,00	$ 1.923.357,90	$ 5.128.954,39
1999	120	36,420	69,80	1,917	$ 414.750,00	$ 794.880,56	$ 3.179.522,24
2000	317	39,790	69,80	1,754	$ 291.804,42	$ 511.886,11	$ 5.408.929,88
2001	357	43,270	69,80	1,613	$ 358.100,84	$ 577.662,09	$ 6.874.178,88
2002	354	46,580	69,80	1,498	$ 1.107.355,93	$ 1.659.369,77	$ 19.580.563,33
2003	360	49,830	69,80	1,401	$ 1.536.750,00	$ 2.152.621,91	$ 25.831.462,97
2004	360	53,070	69,80	1,315	$ 1.701.833,33	$ 2.238.326,11	$ 26.859.913,32
2005	360	55,990	69,80	1,247	$ 1.814.500,00	$ 2.262.048,58	$ 27.144.582,96
2006	360	58,700	69,80	1,189	$ 2.039.455,56	$ 2.425.110,69	$ 29.101.328,34
2007	360	61,330	69,80	1,138	$ 2.516.347,22	$ 2.863.868,19	$ 34.366.418,28
2008	360	64,820	69,80	1,077	$ 2.664.233,33	$ 2.868.921,42	$ 34.427.057,08
2009	212	69,800	69,80	1,000	$ 2.928.750,00	$ 2.928.750,00	$ 20.696.500,00
Total días	**3600**			**Total devengado actualizado a:**		**2009**	**$ 238.599.411,68**
Total semanas	**514,29**					**Ingreso Base Liquidación**	**$ 1.988.328,43**
Total Años	**10,00**					**Porcentaje aplicado**	**90%**
						Primera mesada	**$ 1.789.495,59**
				Salario Mínimo Mensual Legal Vigente Año		**2009**	**$ 496.900,00**

Tabla Retroactivo Pensional							
Fecha inicial	**Fecha final**	**Incremento %**	**Valor mesada calculada**	**Mesada otorgada**	**Diferencia**	**N°. Mesadas**	**Subtotal**
01/01/09	31/12/09	7,67%	**$ 1.789.496,00**	$ 1.751.064	$ 38.432,00	0,00	$ 0,0
01/01/10	31/12/10	2,00%	$ 1.825.286,00	$ 1.786.085	$ 39.200,72	0,00	$ 0,0
01/01/11	31/12/11	3,17%	$ 1.883.148,00	$ 1.842.704	$ 40.443,82	0,00	$ 0,0
01/01/12	31/12/12	3,73%	**$ 1.953.389,00**	$ 1.974.091	-$ 20.702,00	0,00	$ 0,0
01/01/13	31/12/13	2,44%	$ 2.001.052,00	$ 2.022.259	-$ 21.206,82	0,00	$ 0,0
01/01/14	31/12/14	1,94%	$ 2.039.872,00	$ 2.061.491	-$ 21.618,64	0,00	$ 0,0
01/01/15	31/12/15	3,66%	$ 2.114.531,00	$ 2.136.941	-$ 22.410,20	0,00	$ 0,0
01/01/16	31/12/16	6,77%	$ 2.257.685,00	$ 2.281.612	-$ 23.927,12	0,00	$ 0,0
01/01/17	31/12/17	5,75%	$ 2.387.502,00	$ 2.412.805	-$ 25.302,81	0,00	$ 0,0
01/01/18	31/12/18	4,09%	$ 2.485.151,00	$ 2.511.489	-$ 26.337,53	0,00	$ 0,0
01/01/19	31/12/19	3,18%	$ 2.564.179,00	$ 2.591.354	-$ 27.174,87	0,00	$ 0,0
01/01/20	31/12/20	3,80%	$ 2.661.618,00	$ 2.689.825	-$ 28.207,31	0,00	$ 0,0
01/01/21	31/12/21	1,61%	$ 2.704.470,00	$ 2.733.132	-$ 28.661,50	0,00	$ 0,0
01/01/22	31/12/22	5,62%	$ 2.856.461,00	$ 2.886.733	-$ 30.272,49	0,00	$ 0,0
01/01/23	31/12/23	13,12%	$ 3.231.229,00	$ 3.265.473	-$ 34.243,93	0,00	$ 0,0
Total retroactivo						**$ 0,00**	

Fuente	Tabla del IPC - DANE., folios del proceso,
Observaciones	Se realiza la liquidación de acuerdo a las instrucciones del despacho.

Fecha liquidación lunes, 20 de noviembre de 2023 Recibe: _____

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL

BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR FUNDACIÓN CLINICA DE LA MUJER CONTRA CAFESALUD EPS S.A. HOY LIQUIDADA (RAD. 32 2019 00591 02).

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre 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, en virtud del recurso de apelación interpuesto por la EPS demandada, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. el 22 de agosto de 2023, *28ActaAudienciaFallo, récord 1:28:54*), en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO.- DECLARAR PROBADAS PARCIALMENTE*** *las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido y prescripción, conforme las consideraciones expuestas.*
>
> ***SEGUNDO.- CONDENAR*** *a la demandada* ***CAFESALUD EPS S.A. HOY LIQUIDADA*** *a pagar a la demandante FUNDACIÓN DE LA MUJER EN LIQUIDACIÓN las incapacidades y licencias de maternidad respecto de sus trabajadores o extrabajadores Eddier Francisco Arrieta Rivera, Karol Johana Cifuentes Torres, Juan Pablo Daza Peláez, Yina Yiseth Muñoz Villegas, Natalie Orozco Menéndez, Jamith Arturo Ortiz Vélez, Cindy Mayali Parra Eslava, Dolly Yohana Roncancio Suárez, Jairo Andrés Saavedra Pedrozo, Laura Vanessa Sáenz Arias y Leidy Johana Segura Mosquera, conforme lo solicitado en el escrito de la demanda, para un valor total de $9.683.638.00.*
>
> *Los valores por concepto de incapacidades y licencias de maternidad deberán cancelarse debidamente indexados desde la fecha de generación de la respectiva incapacidad o licencia y hasta el momento de su pago definitivo.*

> ***TERCERO. - ABSOLVER** a la demandada **CAFESALUD EPS S.A. HOY LIQUIDADA** de las demás pretensiones incoadas en su contra.*
>
> ***CUARTO. - CONDENAR** en costas a la demandada y a favor de la demandante, tásense por secretaría incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a un (01) smlmv.".*

Inconforme con la decisión la demandada interpuso recurso de apelación. Al efecto refirió[1], en aplicación del artículo 9.1.3.6.2 del Decreto 2555 de 2010, el 15 de febrero de 2022, se profirió la Resolución No. 03 de ese mismo año, con la cual se declaró configurado el desequilibrio económico de CAFESALUD EPS S.A., posteriormente el 23 de mayo de 2022, se profirió la Resolución 331 de 2022, por medio de la cual se declaró terminada la existencia legal de CAFESALUD y se resolvió terminar su existencia legal. De igual manera, como consecuencia de esta terminación CAFESALUD EPS S.A no fue subrogada procesalmente, no posee patrimonio autónomo o cualquier otra figura procesal que surta los mismos efectos.

Por otra parte, argumentó, en virtud de la citada resolución de liquidación, la entidad Cámara de Comercio de Bogotá canceló la matricula mercantil, en ese orden de ideas una sociedad liquidada no es sujeto de derechos y obligaciones y no se le puede obligar al cumplimiento de obligaciones por estar precisamente liquidada y haber desaparecido de la órbita comercial, lo anterior, por cuanto se declaró la

---

[1] ***Recurso Demandada (récord 1:31:32, archivo 28):*** *"Su señoría, de manera respetuosa, interpongo recurso de apelación y desde ya solicito de manera respetuosa a la Honorable Magistrada o al Honorable Magistrado que le corresponda estudiar este recurso, para que revoque la decisión tomada en primera instancia con respecto a las condenas en contra de la demandada CAFESALUD EPS S.A EN LOIQUIDACION, teniendo en cuenta las siguientes precisiones.*

En aplicación del artículo 9.1.3.6.2 del Decreto 2555 de 2010, el 15 de febrero de 2022, se profirió la Resolución 03 de ese mismo año, con la cual se declaró configurado el desequilibrio económico de CAFESALUD EPS S.A., posteriormente el 23 de mayo de 2022, se profirió la Resolución 331 de 2022, por medio de la cual se declaró terminada la existencia legal de CAFESALUD y se resolvió terminar su existencia legal. De igual manera, como consecuencia de esta terminación CAFESALUD EPS S.A, no existe subrogatorio legal, instituto procesal, patrimonio autónomo o cualquier otra figura procesal, que surta los mismos efectos. Por otra parte, como consecuencia de esta Resolución, de liquidación, la cama de comercio de Bogotá, canceló su matrícula mercantil, en ese orden de ideas una sociedad liquidada no es sujeto de derechos y obligaciones y no se le puede obligar al cumplimiento de obligaciones, por estar precisamente liquidada y haber desaparecido ya de la órbita comercial, pero es importante tener en cuenta que cuando se declaró la configuración del desequilibrio financiero se imposibilitó material y financieramente la constitución de la reserva técnica y económica que se dispone en el artículo 9.1.3.5.10 del Decreto 2555 de 2010 y en este caso pues teniendo en cuenta estos presupuestos cualquier condena que se efectúe (inaudible) que se dé contra la EPS, va a ser imposible pagarla porque se agotó totalmente los activos disponibles de CAFESALUD EPS S.A. ya liquidada. En ese orden de ideas dejo sustentando el recurso de apelación su señoría.".

configuración del desequilibrio financiero y por ende, se imposibilitó material y financieramente la constitución de la reserva técnica y económica que se dispone en el artículo 9.1.3.5.10 del Decreto 2555 de 2010 y en este caso teniendo en cuenta estos presupuestos cualquier condena que se efectúe en contra de la EPS, va a ser imposible pagarla porque se agotaron totalmente los activos disponibles de CAFESALUD EPS S.A. ya liquidada.

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 sociedad demandante las pretensiones relacionadas a páginas 6 a 9 del archivo 01, las cuales encuentran sustento en los hechos relatados a páginas 9 a 11, ib.; solicitando se declare

1. Que se declare que CAFESALUD EPS adeuda a favor de FUNDACIÓN DELAMUJER todas y cada una de las incapacidades y licencias de maternidad relacionadas en el acápite de hechos de la presente demanda.

2. Que en consecuencia de la anterior declaración, se condene a la sociedad demandada CAFESALUD EPS, a reconocer y a pagar la totalidad de las Incapacidades y licencias de maternidad adeudadas a favor de FUNDACIÓN DELAMUJER por un total de **VEINTICUATRO MILLONES CUATROCIENTOS CUARENTA Y SEIS MIL TRESCIENTOS SESENTA Y DOS PESOS M/CTE ($24.446.362.oo)**, conforme se discrimina a continuación:

N°	Cédula	Nombre	Inicio incapacidad	Fin incapacidad	Concepto	Valor Nómina
1	1013639094	ACEVEDO RIVERA HUGO ALEJANDRO	20/4/2016	21/4/2016	Enfermedad General	$61.334
2	9868867	ALARCON RAMIREZ FARLING	15/1/2016	24/1/2016	Enfermedad General	$383.253
3	1081910020	ALMENDRALES EBRAT KAREN MARGARETH	17/8/2016	22/11/2016	Licencia Maternidad	$2.206.256
4	37843210	ANAYA PINTO NINI JOHANA	11/8/2016	15/8/2016	Enfermedad General	$91.614
5	1090435904	ANDRADE GONZALEZ MARLEY ANDREA	14/11/2016	16/11/2016	Enfermedad General	$30.667
6	1111745899	ANGULO MONDRAGON HEMIS LILI	19/4/2016	21/4/2016	Enfermedad General	$29.636
7	92542911	ARRIETA RIVERA EDDIER FRANCISCO	10/10/2016	16/10/2016	Enfermedad General	$153.334
8	1056592153	BARRERA LOPEZ JESUS GREGORIO	30/11/2016	9/12/2016	Enfermedad General	$296.357
9	91391086	BENAVIDES CADENA JOSE ALBERTO	1/12/2015	10/12/2015	Enfermedad General	$286.880
10	1123304692	CIFUENTES TORRES KAROL JOHANA	27/11/2016	29/11/2016	Enfermedad General	$29.636
11	1123304692	CIFUENTES TORRES KAROL JOHANA	1/12/2016	5/12/2016	Enfermedad General	$85.488

12	37277764	CONTRERAS GALVIS YAMILE	9/2/2016	16/2/2016	Enfermedad General	$184.001
13	1026574891	DAZA PELAEZ JUAN PABLO	17/11/2016	19/11/2016	Enfermedad General	$30.667
14	1017170767	DELGADO GIL ANDRES FELIPE	23/11/2016	25/11/2016	Enfermedad General	$29.636
15	1052396643	FLOREZ FERNANDEZ MARIA ALEJANDRA	29/10/2016	2/11/2016	Enfermedad General	$59.271
16	1113305268	HURTADO LOZANO LEIDI YOHANA	10/4/2014	30/4/2014	Enfermedad General	$390.133
17	1072495148	LONDOÑO LEGUIZAMON BIBIANA PAOLA	3/2/2016	7/2/2016	Enfermedad General	$88.907
18	1010098028	LOPEZ TORRES YOHANDRIS	28/2/2016	4/3/2016	Enfermedad General	$91.927
19	1010098028	LOPEZ TORRES YOHANDRIS	5/3/2016	7/3/2016	Enfermedad General	$68.946
20	1010098028	LOPEZ TORRES YOHANDRIS	9/3/2016	12/3/2016	Enfermedad General	$45.964
21	10951504	LOZANO VERGARA ANTONIO JOSE	3/9/2016	5/9/2016	Enfermedad General	$38.034
22	37556178	MANTILLA SIERRA NIBIA STELLA	15/8/2015	28/8/2015	Enfermedad General	$401.240
23	1121848174	MARTINEZ ORTIZ YENCY KATINA	25/2/2016	28/2/2016	Enfermedad General	$59.271
24	1121848174	MARTINEZ ORTIZ YENCY KATINA	21/3/2016	27/3/2016	Enfermedad General	$207.450
25	1121848174	MARTINEZ ORTIZ YENCY KATINA	28/3/2016	1/4/2016	Enfermedad General	$118.543
26	1121848174	MARTINEZ ORTIZ YENCY KATINA	29/8/2016	31/8/2016	Enfermedad General	$29.636
27	1121848174	MARTINEZ ORTIZ YENCY KATINA	1/9/2016	1/9/2016	Enfermedad General	$29.636
28	1098655802	MARTINEZ TABORDA PAOLA ANDREA	16/5/2016	17/5/2016	Enfermedad General	$61.076
29	1098655802	MARTINEZ TABORDA PAOLA ANDREA	19/5/2016	20/5/2016	Enfermedad General	$61.076
30	1022097206	MENESES MENESES VIKY ALEJANDRA	3/12/2016	5/12/2016	Enfermedad General	$29.636
31	1091663270	MUNOZ VILLEGAS YINA YISETH	29/8/2016	31/8/2016	Enfermedad General	$30.538
32	60267013	MURCIA BUITRAGO MARTHA LILIANA	24/11/2016	3/12/2016	Enfermedad General	$237.086
33	34616124	OROZCO MENENDEZ NATALIE	5/2/2016	7/2/2016	Enfermedad General	$88.908
34	34616124	OROZCO MENENDEZ NATALIE	26/9/2016	28/9/2016	Enfermedad General	$29.636
35	18520329	ORTIZ OSORIO ARNULFO	6/6/2014	5/7/2014	Enfermedad General	$767.200
36	18520329	ORTIZ OSORIO ARNULFO	7/7/2014	5/8/2014	Enfermedad General	$822.000
37	87063661	ORTIZ VELEZ JAMITH ARTURO	8/11/2016	10/11/2016	Enfermedad General	$30.667
38	30050223	PALACIO PABON PATRICIA	18/4/2016	20/4/2016	Enfermedad General	$30.538
39	1100954416	PARRA ESLAVA CINDY MAYALI	15/9/2016	22/9/2016	Enfermedad General	$191.257
40	1124012521	PINTO VIDES KATLINA NINI	28/6/2016	6/7/2016	Enfermedad General	$207.450
41	46678866	RONCANCIO SUAREZ DOLLY YOHANA	12/11/2016	23/11/2016	Enfermedad General	$296.357
42	19602301	SAAVEDRA PEDROZO JAIRO ANDRES	24/9/2016	26/9/2016	Enfermedad General	$30.538
43	53031615	SAENZ ARIAS LAURA VANESSA	11/11/2016	14/11/2016	Enfermedad General	$61.334
44	53031615	SAENZ ARIAS LAURA VANESSA	6/12/2016	13/3/2017	Licencia Maternidad	$4.508.000
45	1113308202	SANCHEZ URIBE ANDERSON	7/5/2016	7/5/2016	Enfermedad General	$29.636
46	1110489224	SEGURA MOSQUERA LEIDY JOHANA	4/11/2016	9/2/2017	Licencia Maternidad	$4.267.520
47	1109294708	TAPIAS CORREA MILENA MARIA	7/5/2014	13/5/2014	Enfermedad General	$137.000
48	1109294708	TAPIAS CORREA MILENA MARIA	14/5/2014	23/5/2014	Enfermedad General	$274.000
49	91480186	ULLOA ALTAHONA BORIS HUMBERTO	15/11/2016	17/11/2016	Enfermedad General	$199.178
50	25291111	VASQUEZ ACOSTA SANDRA MILENA	4/3/2016	13/3/2016	Enfermedad General	$237.086
51	33366456	VASQUEZ ESPINOSA CAROLINA	26/3/2016	1/7/2016	Licencia Maternidad	$6.208.675
52	1122131193	ZAMORA CASTILLO ROGELIO	2/2/2016	5/2/2016	Enfermedad General	$59.271
53	1121933647	ZAPATA HERNANDEZ ANGIE DAYANA	8/4/2016	10/4/2016	Enfermedad General	$22.982
				Total prestaciones económicas adeudadas:		**$24.446.362**

3. Consecuente con lo anterior, se condene a la sociedad demandada CAFESALUD EPS, a reconocer y a pagar la totalidad de los intereses moratorios causado por el no pago de las prestaciones económicas a favor de FUNDACIÓN DELAMUJER de acuerdo con lo definido en el artículo 4° del Decreto 1281 de 2002.

4. Que el valor reconocido debe ser girado o consignado a favor de FUNDACIÓN DELAMUJER en la cuenta corriente de Bancolombia No. 02006416315 o la cuenta corriente del Banco Bogotá No. 600110670.

5. Que se condene a la sociedad demandada CAFESALUD EPS, a reconocer y a pagar la totalidad de la indexación de las sumas que resulten finalmente reconocidas a favor de FUNDACIÓN DELAMUJER mediante sentencia judicial.

6. Que se condene a la sociedad demandada CAFESALUD EPS, a reconocer y a pagar a favor de FUNDACIÓN DELAMUJER lo que ULTRA Y EXTRA PETITA resulte probado dentro del proceso que inicia con la presentación de esta demanda.

7. Que se condene a la sociedad demandada CAFESALUD EPS, a pagar en favor de FUNDACIÓN DELAMUJER las costas y gastos procesales y agencias en derecho.

Obtuvo sentencia totalmente parcialmente favorable a sus aspiraciones, por cuanto el a quo, declaró probadas parcialmente las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido y prescripción, condenó a la demandada CAFESALUD EPS S.A. HOY LIQUIDADA a pagar a la demandante FUNDACIÓN DE LA MUJER EN LIQUIDACIÓN las incapacidades y licencias de maternidad respecto de sus trabajadores o extrabajadores Eddier Francisco Arrieta Rivera, Karol Johana Cifuentes Torres, Juan Pablo Daza Peláez, Yina Yiseth Muñoz Villegas, Natalie Orozco Menéndez, Jamith Arturo Ortiz Vélez, Cindy Mayali Parra Eslava, Dolly Yohana Roncancio Suárez, Jairo Andrés Saavedra Pedrozo, Laura Vanessa Sáenz Arias y Leidy Johana Segura Mosquera, para un valor total de $9.683.638., aclarando, los valores por concepto de incapacidades y licencias de maternidad deberán cancelarse debidamente indexados desde la fecha de generación de la respectiva incapacidad o licencia y hasta el momento de su pago definitivo, se absolvió a la demandada CAFESALUD EPS S.A. HOY LIQUIDADA de las demás pretensiones incoadas en su contra y se condenó en costas.

Lo anterior, tras considerar el juez de primer grado, en primer lugar, en audiencia del 6 de octubre de 2022 se resolvió la solicitud de desvinculación formulada por la demandada, y en aquella oportunidad se advirtió, si bien la demandada se encuentra liquidada y se acredita tal situación en el archivo 10 del expediente, también lo es que, el presente proceso se encontraba radicado, admitido y notificado a CAFESALUD con anterioridad a la liquidación de la EPS y fue así como en Resolución 331 del 23 de mayo de 2022 se declaró terminado el proceso de liquidación de CAFESALUD y se dispuso la terminación de la existencia

legal de la demandada, no obstante, obra contrato de mandato con representación No. 15 de 2022 suscrito con SOLUCIONES EMPRESARIALES S.A.S. por medio del cual se encargó al mandatario las acciones del proceso de liquidación de CAFESALUD, señalando en el numeral 7º que el mandatario ejercería la representación de CAFESALUD en los procesos judiciales y actuaciones administrativas o de otro tipo en el cual sea parte, interviniente o litis consorte existentes al momento del proceso liquidatorio, por lo que si bien se liquidó CAFESALUD es procedente continuar con el trámite del proceso y emitir sentencia de fondo.

En este orden, al analizar el pago de las licencias e incapacidades recobradas, concluyó que solo asiste derecho al desembolso respecto de los afiliados enlistados en el numeral segundo de la sentencia, conforme a los documentos aportados. Respecto de los demás trabajadores relacionados en la demanda, indicó que al desconocerse las incapacidades por parte de la demandada y no aparecer registro de incapacidad alguna en el plenario o radicado ante CAFESALUD EPS, así como no se acreditó en la litis los respectivos trámites o transcripción de incapacidades o licencias por parte de los afiliados, es improcedente el pago, pues debió ponerse en conocimiento de la EPS tal situación. Adicionalmente, encontró que operó el fenómeno de la prescripción frente a algunas incapacidades recobradas.

Pues bien, lo primero que debe señalarse por parte de esta Sala es que el apoderado de la sociedad demandada en su intervención no muestra reparo alguno frente al razonamiento del Juez a quo en punto a la condena impartida frente a la liquidación y pago de las incapacidad y licencias respecto de sus trabajadores o extrabajadores Eddier Francisco Arrieta Rivera, Karol Johana Cifuentes Torres, Juan Pablo Daza Peláez, Yina Yiseth Muñoz Villegas, Natalie Orozco Menéndez, Jamith Arturo Ortiz Vélez, Cindy Mayali Parra Eslava, Dolly Yohana Roncancio Suárez, Jairo Andrés Saavedra Pedrozo, Laura Vanessa Sáenz Arias y Leidy Johana Segura Mosquera, para un valor total de $9.683.638., debidamente indexado ni las costas, en atención que no atacó ninguno de estos aspectos.

De este modo y como quiera que de acuerdo con el artículo 66A del C.P.T. y de la S.S. la sentencia de segunda instancia debe estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación, 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) y en atención a que los argumentos esgrimidos por la EPS recurrente como ya se dijo no apuntan a desquiciar la *ratio decidendi* de la decisión de primera instancia, no puede la Sala entrar a estudiar los puntos sobre los cuales fue condenada la encartada, y en esa medida, se procederá a emitir pronunciamiento únicamente frente a los argumentos expuestos, esto es, sí en virtud del proceso de liquidación que ya culminó, CAFESALUD EPS S.A. HOY LIQUIDADA, debe ser exonerada de la condena impuesta por concepto de incapacidades, licencias e indexación.

Pues bien, en primer lugar, resulta importante destacar que mediante Resolución No. 007172 de 22 de julio de 2019, la Superintendencia Nacional de Salud ordenó la toma de posesión e intervención forzosa administrativa de Cafesalud E.P.S. S.A. (archivo 04, páginas 63 a 70).

Posteriormente, a través de Resolución No. 003 de 22 de febrero de 2022, el liquidador declaró el desequilibrio financiero de la entidad *«por el agotamiento total de sus activos»* y, por esa razón, por medio de Resolución No. 331 de 23 de mayo de 2022 dispuso la terminación de su existencia legal. (archivo 10, páginas 35 a 124).

Pese a lo anterior, a juicio de esta Sala de Decisión, tales circunstancias no implican por sí mismas que proceda la exoneración frente a la condena impuesta en primer grado, toda vez que esa no es la consecuencia jurídica que establece el ordenamiento procesal. Al efecto, el artículo 68 del Código General del Proceso, señala:

> *«(…)*
>
> ***si en el curso del proceso sobreviene la extinción de personas jurídicas o la fusión de una sociedad que figure como parte, los sucesores en el derecho debatido podrán comparecer para que se les reconozca tal carácter. En todo caso la sentencia producirá efectos respecto de ellos aunque no concurran».*** *(Negrilla de la Sala).*

De lo anterior, se deprende que cuando ocurre la extinción de una persona jurídica el proceso **continua su curso normal con la posibilidad de que intervengan terceros interesados en calidad de sucesores procesales**. Incluso, en el evento

de que estos no comparezcan, en todo caso el proceso continua hasta que se emita sentencia definitiva con plenos efectos respecto a aquellos.

Adviértase, si bien, mediante Resolución No. 331 de 23 de mayo de 2022 el liquidador señaló: *«no existe subrogatario legal, sustituto procesal, patrimonio autónomo o cualquier otra figura jurídico procesal que surta los mismos efectos, sin perjuicio de los activos contingentes y remanentes que se discuten judicial y administrativamente»,* ello tampoco implica que proceda la exoneración de la condena frente a la enjuiciada.

Puntualmente, los artículos 9.1.3.6.4 y 9.1.3.6.5 literal d) del Decreto 2555 de 2010[2], que rigieron la liquidación forzosa administrativa de Cafesalud E.P.S. S.A., establecen que cuando subsisten procesos o situaciones jurídicas no definidas, incluso a la terminación de la existencia legal de la sociedad, como ocurre en este caso, el liquidador tiene la obligación de *«encomendar la atención de dichas situaciones a otra institución financiera intervenida o a un tercero especializado,* previa constitución de una reserva adecuada», no pudiéndose entonces desconocer esta situación a favor de la demandante, a quien se le adeuda unas incapacidades por valor de $9.683.638.

---

[2] *"**ARTÍCULO 9.1.3.6.4** Reglas sobre situaciones no definidas. Cuando subsistan procesos o situaciones jurídicas no definidas, el liquidador previa información a los acreedores o a la junta asesora, según el caso, y siguiendo las reglas previstas en el inciso segundo del literal b) del artículo 9.1.3.6.3 del presente decreto, deberá encomendar la atención de dichas situaciones a otra institución financiera intervenida o a un tercero especializado, previa constitución de una reserva adecuada. El Fondo de Garantías de Instituciones Financieras -FOGAFIN podrá pronunciarse sobre el desarrollo y ejecución de estos contratos en desarrollo de la labor de seguimiento señalada en la ley.*

***ARTÍCULO 9.1.3.6.5** Terminación de la existencia legal. El liquidador declarará terminada la existencia legal de la institución financiera en liquidación, previa acreditación del cumplimiento de las condiciones que a continuación se señalan:*

a) Que se encuentran plenamente determinadas las sumas y bienes excluidos de la masa, los créditos a cargo de la masa de la liquidación, el pasivo cierto no reclamado y la desvalorización monetaria, de conformidad con lo señalado en el presente Libro;

b) Que se encuentra plenamente determinado el activo a cargo de la institución financiera en liquidación, de acuerdo con lo señalado en los artículos 9.1.3.3.1 y 9.1.3.3.2 del presente decreto;

c) Que el pasivo externo a cargo de la institución financiera en liquidación se encuentra total y debidamente cancelado o que la totalidad de los activos de dicha institución se han distribuido entre los acreedores;

d) Que en el evento en que se establezca que el proceso de liquidación forzosa administrativa se encuentra en desequilibrio financiero, el Liquidador haya adoptado y perfeccionado los esquemas previstos en los artículos 9.1.3.6.3 y 9.1.3.6.4 del presente decreto …".

En cumplimiento de lo anterior, y acogiendo las consideraciones expuestas por el *a quo,* la demandada suscribió con la empresa ATEB Soluciones Empresariales S.A.S. el contrato de mandato con representación No. 015 de 2022, a través del cual le encomendó no solo su representación en *«los procesos judiciales y actuaciones administrativas, o de otro tipo en los cuales sea parte, tercero, interviniente o litisconsorte CAFESALUD EPS SA y CAFESALUD EPS S.A EN LIQUIDACIÓN»*, sino también la administración de *«los recursos y bienes que se entreguen al momento del cierre del proceso liquidatorio de Cafesalud EPS SA en liquidación y los demás que ingresaren en virtud del recaudo de cartera, y la recuperación de excedentes y rendimientos financieros y demás recursos que ingresen conforme a lo instruido por el mandante»* (páginas 143 a 188, archivo 10).

Bajo estos postulados, es evidente que Cafesalud E.P.S. S.A. liquidada debe continuar vinculada al presente proceso ordinario laboral, siendo representada a través de ATEB Soluciones Empresariales S.A.S. en calidad de vocera y administradora de los recursos de la misma en los términos del poder conferido y que fue arrimado por la enjuciada en el archivo 10.

En punto al recurso incoado por el extremo pasivo, relacionado con la falta de recursos suficientes para satisfacer las condenas impuestas, debe advertirse, las pruebas suministradas dan cuenta que en efecto en la Resolución No. 003 de 2022 -por medio de la cual se declaró el desequilibrio financiero de la entidad- el liquidador estableció la imposibilidad material y financiera de constituir la reserva técnica y económica que dispone el artículo 9.1.3.5.10 del Decreto 2555 de 2010 -reglas para el pago de obligaciones por procesos en curso- ante la falta de activos que permitieran pagar los créditos de la entidad, lo que conllevó a la terminación de la existencia legal, como ya se mencionó. Empero, se debe dar trámite a esta litis dado que CAFESALUD EPS S.A. HOY LIQUIDADA está debidamente representada a través de ATEB Soluciones Empresariales S.A.S. y este proceso fue conocido con anterioridad a la renombrada resolución de liquidación, debiendo hacer parte esta eventual condena de las reservas por parte del liquidador.

Al punto, se destaca, la demanda se interpuso el 28 de agosto de 2019 (pág. 587, archivo 01), se admitió en auto del 17 de septiembre de 2019 (pág. 589, ib.), se notificó el 27 de enero de 2022 por la secretaria del despacho a CAFESALUD EPS HOY LIQUIDADA (archivo 03), sociedad que compareció y contestó la demanda y

la reforma, no siendo posible acceder a los anhelos del recurrente ya que conocía de antemano este litigio y debió provisionar las eventuales condenas.

Agotada la competencia por el estudio de los puntos de apelación, conforme las motivaciones que preceden, se confirmará la decisión de primer grado de conformidad con las precisiones señaladas.

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida en primera instancia por el Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá.

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

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

AGENCIAS EN DERECHO: Se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de $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

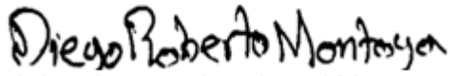
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR JOSÉ ROBERTO LÓPEZ CONTRA COLPENSIONES y PORVENIR S.A. (RAD. 32 2022 00231 01).

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre dos mil veintitrés (2023)

AUTO

Se reconoce personería adjetiva al abogado **LUIS EDUARDO CALDERON PASTRANA**, como apoderado de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A,** en los términos y para los efectos del poder conferido en la escritura No. 1281, como abogado adscrito a la sociedad **GODOY CORDOBA ABOGADOS 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 de Decisión, con fundamento en el artículo 13 numeral 1º de la Ley 2213 del 13 de junio del 2022, profieren la siguiente,

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de desatar los recursos de apelación interpuestos por PORVENIR y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de ésta última, contra la sentencia proferida por el Juez 32 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 07 de septiembre de 2023 (*20ActaAudienciaTramiteJuzgamiento, récord 1:12:09*), en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO.- DECLARAR NO PROBADAS*** *las excepciones formuladas por las demandadas, conforme las consideraciones expuestas.*

> ***SEGUNDO.- DECLARAR*** *la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuado por el demandante JOSÉ ROBERTO LÓPEZ a través de PORVENIR S.A., de fecha 28 de diciembre de 2001.*
>
> ***TERCERO****.- Como consecuencia de lo anterior, CONDENAR a la demandada PORVENIR S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES la totalidad de los recursos que obren en la cuenta de ahorro individual del demandante, lo que incluye los aportes efectuados junto con sus rendimientos. Así mismo deberá trasladar las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que el DEMANDANTE ha estado afiliado a dicha sociedad, valores que deberán ser indexados y asumidos por PORVENIR S.A. con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer debidamente discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, Ingreso Base de Cotización, aportes y demás información relevante que los justifiquen.*
>
> ***CUARTO.- ORDENAR*** *a la demandada COLPENSIONES a recibir al demandante JOSÉ ROBERTO LÓPEZ como afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sin solución de continuidad, y en las mismas condiciones en que se encontraba afiliado al momento del traslado de régimen que se declara ineficaz. Para el efecto COLPENSIONES deberá actualizar la Historia Laboral del demandante incluyendo los tiempos cotizados a través de las administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.*
>
> ***QUINTO.- CONDENAR*** *en costas a la demandada PORVENIR S.A. y a favor del demandante, tásense por secretaría incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a dos (02) smlmv. Sin costas respecto de COLPENSIONES.*
>
> ***SEXTO.-*** *En caso de no ser apelada la presente decisión, y en lo desfavorable a la demandada COLPENSIONES, remítase al superior en el grado jurisdiccional de consulta.".*

Inconforme con la decisión los apoderados de PORVENIR y COLPENSIONES la apelaron.

COLPENSIONES manifestó[1], se debe tener en cuenta que el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, determinó la posibilidad que el afiliado se traslade de régimen una

---

[1]***Recurso Colpensiones (récord 1:14:37, archivo 20):*** *"Gracias, su Señoría, encontrándome dentro de la oportunidad procesal pertinente, me permite interponer recurso de apelación ante el Honorable Tribunal Superior de Distrito Judicial, Sala Laboral, con el fin de que revoque en su integridad la sentencia proferida por este Juzgador de instancia, teniendo en cuenta las siguientes consideraciones, solicitó al Honorable Tribunal se tenga en cuenta que el artículo 2 de la Ley 797 2003, determinó la posibilidad que el afiliado se traslade de régimen una vez cada 5 años, contados a partir de la selección inicial. Sin embargo, por razones financieras de estabilidad en el sistema pensional, esta misma norma limitó este derecho cuando al afiliado le faltaren 10 años o menos, para alcanzar la pensión, salvo aquellos afiliados que tuviesen 15 años cotizados a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones, para quienes se concedió el derecho a regresar al régimen de prima media en cualquier momento, es decir, para aquellos afiliados beneficiarios del régimen de transición, esta limitación se justifica a las adiciones efectuadas mediante el acto legislativo 01 de 2005, el artículo 48 de la Constitución Política, y por lo tanto, debe señalarse que todas las actuaciones de Colpensiones, deben estar encaminadas siempre al pro del cumplimiento del principio constitucional de sostenibilidad, financiera del sistema y a las disposiciones legales instauradas con la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003 y el acto legislativo 01 de 2005, que busca proteger tal principio.*

Aunado lo anterior, se tiene que el demandante, en el presente caso no es beneficiario del régimen de transición para proceder su traslado en cualquier tiempo, como lo señaló la Corte Constitucional en

vez cada 5 años contados a partir de la selección inicial, sin embargo, por razones financieras y estabilidad del sistema pensional, esta norma limitó ese derecho cuando el afiliado le faltaren 10 años o menos para alcanzar la pensión, salvo aquellos afiliados que tuviesen 15 años cotizados a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, para quienes se conservó el derecho de regresar el régimen de prima media en cualquier momento, es decir, para aquellos afiliados beneficiarios del régimen de transición, esta limitación se justifica a las adiciones efectuadas mediante el Acto Legislativo 01 de 2005 al artículo 48 de la Constitución Política, y, por lo tanto, debe señalarse que todas las actuaciones de Colpensiones, deben estar encaminadas siempre al cumplimiento del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema y de las disposiciones legales instauradas con la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003 y el Acto Legislativo 01 de 2005, que buscan proteger tal principio, por lo anterior, el demandante no es beneficiario del régimen de transición para proceder su traslado en cualquier tiempo, como lo señala la corte constitucional en sentencia. C- 789 de 2012, 1024 de 2004, SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013 al indicar que la única condición prevista la cual exige límite de tiempo a efecto de solicitar el traslado es que la afiliada acredite ser beneficiario del régimen de transición al haber efectuado cotizaciones por 15 años con anterioridad al 1º de abril de 1994, situación que en el presente caso no se da.

---

sentencia C-789 de 2012, 1024 de 2004, SU-062 de 2016 y 130 de 2013, toda vez que la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, de acuerdo a la documental que reposa en el expediente, se obtiene que para aquella data contaba con 300 semanas cotizadas, por lo que no es procedente trasladar en cualquier tiempo, de conformidad con la jurisprudencia antes citada.

Por todo lo anterior, se tiene que el demandante elevó solicitud de traslado al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES el 24 de marzo de 2022 y al verificar su cédula de ciudadanía, se obtiene que para que aquella data, contaba con 62 años de edad y al no contar con 15 años de cotizaciones al 1° de abril de 1994, no quedaría otra alternativa, sino la de concluir que el señor José Roberto López, se encuentra inmerso dentro de la prohibición legal de traslado y por ende, resultaría a todas luces improcedente por parte de mi representada tener como afiliado al demandante al Régimen de Prima Media, salvaguardando el principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema.

En igual sentido, en virtud del equilibrio financiero del sistema, le solicitó Honorables Magistrados, se tengan en cuenta lo dispuesto por la Corte Constitucional en la sentencia SU-062 de 2010 en relación al estudio de rentabilidad, por medio del cual se estableció que el cálculo de rentabilidad es una operación tendiente de determinar, si el afiliado que desee trasladarse del Régimen de Ahorro Individual al Régimen de Prima Media, que le falten menos de 10 años para pensionarse, cumpla con el requisito de haber realizado, el primero, no debe ser inferior al monto total del aporte legal correspondiente, en caso de que hubiese permanecido en el régimen de prima media, así poder establecer si procede o no el Traslado de Régimen, medida que se adopta en aras de proteger la sostenibilidad del sistema, principio contemplado en el artículo 48 de la Constitución Política.

Por último, Honorables Magistrados, es de tenerse en cuenta el principio de relatividad jurídica, toda vez que COLPENSIONES es un tercero en el acto jurídico celebrado entre, el demandante y el fondo privado y estos actos jurídicos tienen efectos inter-partes, por lo cual independiente de la decisión adoptada, mi representada, no puede verse ni favorecida, ni perjudicada.
Conforme a lo anteriormente expuesto le ruego al Honorable Tribunal, revocar la sentencia proferida por el juzgador de instancia y absolver a COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones. De esta forma dejo sustentado el recurso. Muchas gracias.".

Igualmente, narró, el demandante elevó solicitud de traslado al régimen de prima media administrado por Colpensiones hasta el 24 de marzo de 2022 y al verificar su cédula de ciudadanía se obtiene que para aquella data contaba con 62 años de edad y al no contar con 15 años de cotizaciones al 1ºde abril de 1994, no quedaría otra alternativa, sino la de concluir que el demandante se encuentra inmerso dentro de la prohibición legal de traslado y por ende resultaría a todas luces improcedente tenerla como afiliada del régimen de prima media, salvaguardando el principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema.

Solicitó se tenga en cuenta lo dispuesto por la Corte Constitucional en sentencia SU-062 de 2010 en relación al estudio de rentabilidad, por medio del cual se estableció que el cálculo de rentabilidad es una operación tendiente a determinar si el afiliado que decida trasladarse del régimen de ahorro individual al régimen de prima media y que le falte al menos de 10 años para pensionarse, cumple con el requisito de ahorro realizado, el primero no debe ser inferior al monto total del aporte legal correspondiente en caso de que hubiese permanecido en el régimen de prima media y así poder establecer si procede o no el traslado, medida que se adopta en aras de proteger la sostenibilidad del sistema, principio contemplado en el artículo 48 de la Constitución Política.

Aunado a lo anterior, se remitió al principio de relatividad jurídica, alegando, Colpensiones es un tercero en un acto jurídico celebrado entre el demandante y los fondos privados y estos actos jurídicos tienen efectos Inter partes, por lo cual independiente de la decisión adoptada, no puede verse ni favorecida ni perjudicada.

Por su parte, la demandada PORVENIR[2] solicito la revocatoria de la decisión, en lo que corresponde a la ineficacia de la afiliación del demandante al Régimen de

[2] ***Recurso Porvenir (récord: 1:18:31, archivo 20):*** *"Encontrándome dentro del momento procesal oportuno, me permito interponer recurso de apelación, en contra del presente fallo ante el Honorable Tribunal Superior.*

En primer lugar, solicito que se sirva revocar la presente decisión, en lo que corresponde a la declaratoria de ineficacia de la afiliación del demandante al Régimen de Ahorro Individual, así como también las condenas impuestas en contra de PORVENIR, no es viable que el demandante alegue, la voluntad de retornar al Régimen de Prima Media, cuando teniendo la posibilidad de ejercer su derecho de retracto, no lo hizo en su debido momento, y tampoco decido regresar al Régimen de Prima Media, 5 años después de realizar el traslado de régimen, sino que solamente esperó estar incurso dentro de la prohibición legal para preocuparse por su futuro pensional y solicitar lo mismo, entonces pues no puede venir a alegar su propia culpa a su favor.

De igual forma, pongo de presente que para dicho data en que se realizó el traslado de régimen, el único requisito que se requería para los fondos, era dejar constancia del formulario de vinculación, de acuerdo al

Ahorro Individual, así como también las condenas impuestas en contra de PORVENIR, explicando, no es viable que el demandante alegue, la voluntad de retornar al Régimen de Prima Media, cuando teniendo la posibilidad de ejercer su derecho de retracto, no lo hizo en su debido momento, y tampoco decido regresar al Régimen de Prima Media dentro de los 5 años después de realizar el traslado de régimen, sino que solamente esperó estar incurso dentro de la prohibición legal para preocuparse por su futuro pensional y solicitar lo mismo, entonces no puede alegar su propia culpa a su favor.

De igual forma, puso de presente para la data en que se realizó el traslado de régimen, el único requisito que se requería para los fondos, era dejar constancia del formulario de vinculación, de acuerdo al Decreto 692 de 1994 entonces, PORVENIR, cumplió con la normatividad vigente y no se le puede exigir obligaciones inexistentes para dicha fecha, así como dar un buen consejo, brindar una doble asesoría, informar por escrito los beneficios puntuales de cada uno de los regímenes, esto sin perjuicio de la información que debidamente se brindó, como lo manifestó en el interrogatorio de parte el actor ya que conocía sobre la heredabilidad de los aportes.

De igual forma, expuso que el actuar de PORVENIR siempre ha sido de buena fe, atendiendo a la voluntad y a la disposición del demandante de permanecer en el

---

Decreto 692 de 1994 entonces, PORVENIR, cumplió con la normatividad vigente para dicha data, no se le podía exigir obligaciones inexistentes para dicha fecha, no se le podía exigir dar un buen consejo, brindar una doble asesoría, informar por escrito los beneficios puntuales de cada uno de los regímenes, esto sin perjuicio de la información que debidamente se le brindó, como manifestó el interrogatorio de parte que conocía sobre la heredabilidad de los aportes.

De igual forma, pongo de presente que el actuar de mi representada PORVENIR siempre ha sido de buena fe, atendiendo a la voluntad y a la disposición del demandante de permanecer en el régimen de ahorro individual por más de 20 años, ya frente a sí el Honorable Tribunal, en segunda instancia, decidiese confirmar la sentencia de primera instancia proferida por este despacho, respetuosamente, tener de presente que la devolución de los rendimientos, solamente corresponderían a los que se hubieran generado en las reservas de Colpensiones y no de Porvenir, toda vez que pues muy bien es sabido que los rendimientos en un fondo privado, son superiores a los que se generan en Colpensiones y además, pues si se declara la ineficacia no tenía sentido regresar rendimientos propios del régimen de ahorro individual.

De igual forma, tampoco sería procedente trasladar los conceptos que corresponden a gastos de administración y seguros previsionales, toda vez que fue por mandato legal en virtud del artículo 20 de la Ley 100, que mi representada incurrió en los mismo, sobre las primas provisionales, pues estas primas están para garantizarle al afiliado y a sus beneficiarios un acceso a una pensión que permita una vida con condiciones dignas ante una invalidez o una muerte, pues el capital ahorrado, no resulta ser suficiente, entonces, pues siempre se debió haber pagado una prima para garantizarle este beneficio al señor demandante y sobre los gastos de administración, pues también se ha generado un manejo rentable de los aportes, situación que se debió haber evidenciado con los extractos que eran remitidos al demandante, así que al no ser procedente el traslado de esos mismos, tampoco será procedente la indexación, respecto de estos y así mismo, pues me remito ya más adelante con lo que se sustente también por escrito, muchísimas gracias, señor juez, dejó de esta forma sustentado mi recurso de apelación.".

régimen de ahorro individual por más de 20 años, no habiendo lugar a la devolución de los rendimientos, ya que corresponderían a reservas de Colpensiones y no de Porvenir, toda vez que son superiores a los que se generan, además, pues si se declara la ineficacia no tiene sentido regresar rendimientos propios del régimen de ahorro individual.

De igual forma, explicó, es improcedente trasladar los conceptos que corresponden a gastos de administración y seguros previsionales, toda vez que por mandato legal en virtud del artículo 20 de la Ley 100, la AFP incurrió en los mismos, sobre las primas provisionales, advirtió, tiene como finalidad garantizar al afiliado y a sus beneficiarios un acceso a una pensión que permita una vida en condiciones dignas ante una invalidez o una muerte, pues el capital ahorrado, no resulta ser suficiente, entonces, siempre se debió haber pagado una prima para garantizar este beneficio al demandante y sobre los gastos de administración, en su sentir, se ha generado un manejo rentable de los aportes, situación que se debió haber evidenciado con los extractos que eran remitidos al demandante, así que al no ser procedente el traslado de esos conceptos, tampoco es viable la indexación.

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 *(Archivo 01 expediente digital, página 4*) las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo *(Archivo 01 expediente digital, páginas 1 a 4)*, aspirando:

1. Que se **DECLARE la Ineficacia del traslado o afiliación**, efectuada por mi mandante, del Régimen de prima media con prestación definida (RPM) al Régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) el cual se realizó en el mes de enero de 2002 ante la AFP PORVENIR S.A., téngase fechas de efectividad conforme SIAFP, por existir engaño y asalto a su buena fe induciéndole y manteniéndolo en error continuado, viciando su consentimiento, para que se trasladara al régimen de ahorro individual al que pertenece dicha administradora.
2. Que, como consecuencia de la declaración de la ineficacia de traslado, **ORDENE** a la AFP PORVENIR S.A., RETORNAR a mi mandante junto con todos los valores que hubiere recibido, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieren causado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES.
3. Que se **ORDENE** a la ACP COLPENSIONES, recibir en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPM) a mi mandante y mantenerlo/a como afiliado/a sin solución de continuidad.
4. Que se condene a los demandados al pago de las costas y agencias en derecho.
5. Lo que ultra y extrapetita el señor Juez considere.

Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto se declararon no probadas las excepciones formuladas por las demandadas, se declaró la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuado por el demandante JOSÉ ROBERTO LÓPEZ a través de PORVENIR S.A., de fecha 28 de diciembre de 2001. Como consecuencia de ello, se condenó a PORVENIR S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES la totalidad de los recursos que obren en la cuenta de ahorro individual del demandante, lo que incluye los aportes efectuados junto con sus rendimientos. Así mismo deberá trasladar las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que el demandante ha estado afiliado a dicha sociedad, valores que deberán ser indexados y asumidos por PORVENIR S.A. con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer debidamente discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, Ingreso Base de Cotización, aportes y demás información relevante que los justifiquen, se ordenó a COLPENSIONES a recibir al demandante JOSÉ ROBERTO LÓPEZ como afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sin solución de continuidad, y en las mismas condiciones en que se encontraba afiliado al momento del traslado de régimen que se declara ineficaz. Para el efecto, se ordenó a COLPENSIONES actualizar la Historia Laboral del demandante incluyendo los tiempos cotizados a través de las administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y se condenó en costas a PORVENIR.

Fundamentó su decisión en la línea jurisprudencial instituida por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en las que se estableció el alcance del deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen cuando las AFP no acaten ese deber y por ende no se acredite la existencia de un consentimiento informado, situación que en autos no se acreditó.

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

cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002[3].

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía del demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 10 de febrero de 1960 (*Página 6, Archivo 02 Expediente Digitalizado),* por lo que la edad de 62 años, los cumplió el mismo día y mes del año 2022, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES y PORVENIR el 24 de marzo de 2022 (páginas 28 a 34 y 49 a 54 del archivo 02), 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 -1º de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba con **321,57** semanas de servicios prestados (*Archivo 09 expediente digital pág. 84)*[4], por lo que no se encontraba en la excepción prevista

---

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

4

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
2286	326.57	0	0.00	35	5.00	4964	709.14	0	0.00	35	5.00

TOTALES : LABORADOS-LICENCIAS-SIMULTANEOS				TOTALES : LABORADOS-LICENCIAS-SIMULTANEOS			
DIAS:	2251	SEMANAS:	321.57	DIAS:	4929	SEMANAS:	704.14

El número de semanas se calculó con días calendario

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, 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 noviembre de 2001** con fecha de efectividad a partir del **1º de enero de 2002** *(Páginas 27 y 86, archivo 09 del expediente digital)* por afiliación que hiciera 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

---

COLPENSIONES Nit 900.336.004-7
REPORTE DE SEMANAS COTIZADAS EN PENSIONES
PERIODO DE INFORME: Enero 1967 abril/2022
ACTUALIZADO A: 05 abril 2022

INFORMACIÓN DEL AFILIADO

Tipo de Documento:	**Cédula de Ciudadanía**	Fecha de Nacimiento:	**10/02/1960**
Número de Documento:	**334582**	Fecha Afiliación:	**22/01/1988**
Nombre:	**JOSE ROBERTO LOPEZ**	Correo Electrónico:	
Dirección:	**CLL 32 N 122 30**	Ubicación:	
Estado Afiliación:	**Trasladado**		

RESUMEN DE SEMANAS COTIZADAS POR EMPLEADOR

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

[1]Identificación Aportante	[2]Nombre o Razón Social	[3]Desde	[4]Hasta	[5]Último Salario	[6]Semanas	[7]Lic	[8]Sim	[9]Total
1008221241	OPERARIOS Y EMPLEADO	22/01/1988	30/07/1994	$98.700	340,29	0,00	0,00	340,29
1003502773	OPERARIOS LTDA	28/11/1991	01/01/1992	$79.290	5,00	0,00	5,00	0,00
1002700164	EMPAQUES IND DE COLO	23/01/1992	31/12/1994	$198.025	153,43	0,00	131,43	22,00
1008425994	OPERARIOS Y EMPLEADO	01/08/1994	30/11/1994	$98.700	17,43	0,00	17,43	0,00
860056439	EMPAQUES INDUSTRIALE	01/01/1995	31/01/1995	$209.000	4,29	0,00	0,00	4,29

necesariamente el conocimiento, lo que sólo es posible alcanzar cuando se saben a conciencia las consecuencias de una decisión de esta envergadura.
Frente al tema, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 12136, radicación No. 46.292 de 2014, enseñó:

> *"Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos del tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.*
>
> *Es evidente que cualquier determinación personal de la índole que aquí se discute**, es eficaz**, cuando existe un consentimiento informado; en materia de seguridad social, el juez no puede ignorar que, por la trascendencia de los derechos pensionales, la información, en este caso, del traslado de régimen, debe ser de transparencia máxima.*
>
> *Para este tipo de asuntos, se repite, tales asertos no comprenden solo los beneficios que dispense el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.*
>
> *El juez no puede pasar inadvertidas falencias informativas, menos considerar que ello no es de su resorte, pues es claro que cuando quien acude a la jurisdicción reclama que se le respete el régimen de transición, indiscutiblemente, como se anotó, surge la perentoriedad de estudiar los elementos estructurales para que el mismo opere, es decir, debe constatar que el traslado se produjo en términos de eficacia, para luego, determinar las consecuencias propias."*

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

En consecuencia, no solo es menester demostrar la existencia del traslado, sino que impone verificarse que este acto se produjo bajo el presupuesto de la libertad informada, pues de no cumplirse con dicho presupuesto, se incurriría en un vicio que invalidaría dicho acto jurídico, lo que trae como consecuencia o efecto, retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, con ineficacia ex tunc[5], en los términos del artículo 1746 del Código Civil, ante la inexistencia de una norma distinta que de manera explícita regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico.

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

> *"(...)*

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

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

> *Artículo 1746. La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita (subrayas fuera de texto).*
>
> *En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.*

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

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

> *"**1. La consecuencia de la inobservancia del deber de información: ineficacia del acto jurídico de cambio de régimen***
>
> *Al contestar la demanda, Colpensiones sostuvo que en este asunto no hay lugar a declarar la nulidad del traslado de la actora del régimen público de pensiones al privado, en la medida que no se demostró un vicio del consentimiento en la modalidad de error, fuerza o dolo.*
>
> *Ahora bien, el a quo declaró la nulidad de la afiliación de la demandante, pues, en su sentir, el «acto no existió y no puede causar ningún tipo de consecuencia, incluso desfavorable». En esa línea, condenó a Colfondos S.A. a devolver «todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de (…) LILIANA ANGULO RUIZ como comisiones, costos cobrados por administración, sumas adicionales, bonos pensionales de ser el caso, de conformidad con el art. 1746 que se hubieren generado junto con sus rendimientos», e impuso a Colpensiones la obligación de recibirlos y hacer los ajustes pertinentes en la historia laboral de la actora, sin solución de continuidad; esto es, «como si esa afiliación nunca hubiese existido».*
>
> *De ahí que le corresponda a la Sala precisar si la vía correcta es la nulidad o la ineficacia en sentido estricto.*
>
> *Pues bien, esta Corporación es del criterio que la reacción del ordenamiento jurídico*

> *a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por consiguiente, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC).*
>
> *[2: La ineficacia del acto posee las mismas consecuencias prácticas de la nulidad. Al respecto, la Sala Civil de esta Corporación ha sostenido que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, de suerte que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (SC3201-2018).]*
>
> *Lo anterior, debido a que en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el legislador consagró de manera expresa en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia. En efecto, el citado precepto refiere que cuando «el empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral […] la afiliación respectiva quedará sin efecto».*
>
> *Si esto es claro, resulta equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues el legislador expresamente consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL3464-2019, y especialmente la CSJ SL4360-2019)".*

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

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

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

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

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

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

noviembre de 2011[6], 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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

"Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus 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*

"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.

> *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[7] no acreditan de manera a alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que el asesor le informó que el ISS se acabaría y que incluso, le ofreció llevarlo a la casa y fue en el transcurso del camino que firmó el formulario de afiliación, sin ofrecerle ninguna información sobre la implicación del cambio de 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 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

---

[7]

Interrogatorio Demandante, récord 0:10:26, archivo 20: *"Tengo 63 años y medio, tengo segundo de primaria, soy trabajador activo en una empresa de empaques colombianos, soy trabajador activo, mi traslado en Porvenir en el 2002 un asesor de porvenir fue a la empresa a ofrecer o decirnos que Colpensiones se acababa y que daban buenas garantías que porvenir ofrecía mejores cosas como el futuro de los trabajadores, decían que si perdía mi trabajo Porvenir me pensionaba o me devolvía la plata, era eso básicamente lo que me ofrecía el asesor de Porvenir, que habían garantías, no me informaron de la cuenta de ahorro individual, la heredabilidad de los aportes no me dijeron, solo me preguntaron quiénes eran mi familia o con quiénes vivía, me dijeron que serían beneficiarios, recibir extractos de porvenir como 5 o 6 años después de haberme afiliado pero de ahí a la fecha no he recibido nada, no sé sobre los descuentos por gastos de administración, no he solicitado información, no he efectuado aportes voluntarios, mi afiliación fue más forzosa, yo fui uno de los últimos que me afilié porque el asesor me dijo que me llevaba a la casa y ene l carro me dijo que yo iba a quedar al si seguía en Colpensiones, me dijo que no podía quedar desamparado, el formulario se firmó dentro del carro de él, no he pedido la pensión, hasta ahora no porque inicié el proceso, con el ISS eran aportes y edad para pensionarse, no comparé esos requisitos, tuve poca información de eso, quiero regresar a Colpensiones porque la mesada es mejor y las garantías al trabajador para su vejez, es una mejor pensión, el asesor me dijo ese día en el carro que si por un caso Colpensiones no se acababa que, al regresar perdía 5 años de antigüedad debido a eso me quedé quieto, yo me enteré que podía regresar pero ya tenía 57 años, de acuerdo a lo que he escuchado, es que Colpensiones pensiona con el último sueldo de los últimos 10 años, la verdad no sé, de ir a Colpensiones son lo he hecho, solo he escuchado programas por televisión donde hacen preguntas y he escuchado que Colpensiones es mejor para la vejez, no he consultado en Porvenir la pensión cómo sería".*

tomaran los potenciales afiliados, sin que en esa labor se tomará en cuenta la responsabilidad social que tenían las AFP desde su creación.

Ahora, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR (*Página 27 Archivo 09 del 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 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 a la convocante una información de tales características, porque, aun cuando en la contestación de la demanda afirmó que proporcionó la adecuada y completa ilustración al demandante al momento de trasladarse, el medio de convicción en que soportó su defensa fue el formulario de afiliación al que se hizo mención, porque allí se deja constancia expresa en el sentido de su decisión de vincularse a esa AFP de manera totalmente libre, voluntaria y espontánea.

Aquí también debe resaltar esta Sala, 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 2001 cuando se produjo el traslado del aquí demandante, la AFP PORVENIR estaba en la obligación de informar a su futuro afiliado sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, pero ello en el asunto no ocurrió o, por lo menos, no se acreditó.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR, omitió en el momento del traslado de régimen **(solicitud del 27 de noviembre de 2001 y efectiva el 01 de enero de 2002),** 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.

Ahora, en relación con el principio de la relatividad jurídica alegado en la alzada por COLPENSIONES, consistente en que los terceros no pueden interferir en convenios de los que no son parte, debe indicarse aunque Colpensiones no intervino de manera directa en el acto jurídico de traslado, no puede perderse de vista que en la actualidad dentro de la estructura del sistema de pensiones es la única entidad administradora del régimen de prima media con prestación definida, siendo de contera la llamada a recibir nuevamente al demandante como su afiliado.

En ese orden, la ineficacia del tránsito de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de PORVENIR S.A como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliado el actor (*ver SIAFP pág. 86 Archivo 09 expediente digital)*, del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, gastos de administración y comisiones, los costos de las primas de los seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, así como la activación de su afiliación en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, conceptos que deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, de tal manera se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto.

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

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

Con relación a la orden de disponer el pago debidamente indexado, 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 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).

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

> *«Las consecuencias de la nulidad de la vinculación respecto a las prestaciones acaecidas no es plenamente retroactiva como lo determina la normatividad del derecho privado, la que no tienen cabida enteramente en el derecho social, de manera que a diferencia de propender por el retorno al estado original, al momento en que se formalizó el acto anulado, mediante la restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubieren dado o recibido, ha de valer el carácter tutelar y preservar situaciones consolidadas ya en el ámbito del derecho laboral ora en el de la seguridad social; en la doctrina es indiscutido que la nulidad del contrato de trabajo, no priva al trabajador del derecho a su remuneración; o que en materia de seguridad social, en el laboral administrativo, según el mandato expreso del artículo 136 del C.C.A. el trabajador o el afiliado de buena fe, tiene el derecho a conservar, sin deber de restituir las prestaciones que le hubieren sido pagadas.*
>
> *[…]*
>
> *La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C.,* ***esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.***
>
> *Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual,* ***ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.***
>
> *Las consecuencias de la nulidad no pueden ser extendidos a terceros, en este caso, a la administradora del régimen de prima media en el que se hallaba el actor antes de producirse la vinculación cuya nulidad se declara, de modo que no debe asumir por el sistema de pensiones sanciones derivadas de la mora en el pago íntegro del derecho pensional, obligaciones por las que sólo ha de responder a partir de cuándo le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada».*

Igualmente, en la sentencia CSJ SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, se expuso:

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

Por otro lado, conviene precisar, en autos no tiene relevancia la financiación del sistema o que 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 37 y 38, 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,

[8] *Se tuvo por contestada la demanda en auto del 12 de octubre de 2022, archivo 12 expediente digital*.

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 confirmará la sentencia proferida en primer grado.

SIN COSTAS en esta instancia.

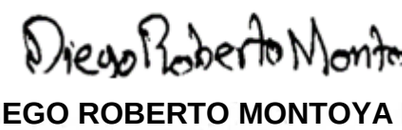
En mérito de los expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.,** Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

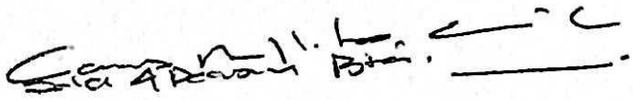
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado de primer grado, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

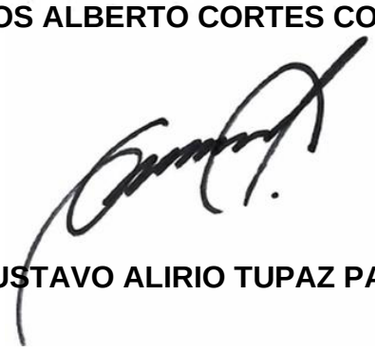
NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA 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 JESÚS ALFREDO GIRALDO PALOMINO CONTRA BANCOLOMBIA S.A. (RAD. 36 2019 00435 01).

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre 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 el apoderado de la parte demandante, contra la sentencia proferida por la Juez 36 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 28 de marzo de 2023 (archivo 16, récord 56:21), en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO: ABSOLVER** a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.*
>
> ***SEGUNDO: DECLARAR PROBADA** la excepción de inexistencia de la obligación.*
>
> ***TERCERO: CONDENAR** en costas al demandante liquidando como agencias en derecho la suma de $1.000.000*
>
> ***CUARTO**: En caso de no ser apelada la presente decisión por el extremo demandante, deberá remitirse el presente fallo al Honorable Tribunal Superior de Bogotá – Sala Laboral, a efectos que se surta el grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante, según las previsiones del artículo 69 del C.P.T y la SS.".*

Inconforme con la decisión el apoderado del demandante interpuso recurso de apelación[1], al considerar que hubo uno incorrecta interpretación de las pruebas

[1]***Recurso Demandante (récord 57:18, archivo 16):*** *"Muchas gracias su Señoría, me permito presentar recurso de apelación contra el fallo proferido por su señoría en los siguientes términos:*

Mi apelación y mi ataque o mi contradicción contra el fallo que profirió su despacho, se contrae al hecho de no interpretar correctamente las pruebas allegadas al proceso, referentes a los pagos y las sumas salariales que recibió mi mandante por concepto del sistema de valor agregado, y esa falta de valoración, llevo a aplicar indebidamente los artículos 127 y 128 del Código Sustantivo del Trabajo, como se refirió en el escrito de demanda, el señor Jesús Alfredo Giraldo Palomino, empezó a percibir habitualmente sumas dinerarias significativas que ingresaban al patrimonio de mi mandante, que no tenían una destinación específica, que recibía anualmente y por supuesto, como usted misma lo ha referido tenía un carácter retributivo, como quiera que esas sumas como su mismo nombre lo delata, estaban o compensaban o tenían el propósito de compensar el esfuerzo del trabajador, generar valor agregado, el mismo nombre los delata, el mismo nombre delata el carácter retributivo de las sumas recibidas por mi mandante, usted misma refirió su señoría la RAE para definir una palabra, que contenía un significado y este apoderado también trajo a este despacho que en la misma definición de compensación, está implícita la retribución de un esfuerzo empleado, pero además en este estado se comprobó con la declaración también referida a la señora Clara, que sí existían unas metas que definía la compañía, es decir, que para devengar ese servicio de valor agregado, se tenían que cumplir unas metas que también lo refirió el otro testigo jefe de nómina, globales de utilidades, metas globales de la compañía, metas grupales y también se dijeron metas individuales y en la medida del cumplimiento de esas metas, los valores del sistema de valor agregado, se incrementaban o se disminuía o no se recibían, pero los dos testigos, del interrogatorio de parte intentaron y fueron enfáticos en referir que es que la empresa sí había tenido momentos en los que a pesar de cumplir las metas, se había dejado de pagar, el sistema de valor agregado y refieren la pandemia, bueno y la pandemia primero no estaba mi mandante, esas no eran las reglas que le aplicaban a mi mandante, pero esa afirmación se cae de su peso cuando uno mira la habitualidad, que no es sinónimo de que sea una conducta diaria, puede ser mensual, trimestral, anual ojo con eso, entonces tenemos, comprobados en esos certificados de nómina que allegamos nosotros y que también allegó la empresa, que el 30 de febrero 2004 recibió una bonificación, sistema valor agregado, plan gestión, año vigente de 4'040.235 pesos, después recibió otra el 15 de septiembre de 2004, también del sistema de valor agregado que se refiere con la sigla SBA de 245.473 pesos, después, el 15 de septiembre de 2004, otra de 5'828.000 pesos, después otra cerquita al siguiente año del 15 de marzo de 2005, de 1'981.900 pesos, después otra del 15 de marzo de 2005, también de 6'319.230 pesos, otra del 30 de septiembre de 2005 de 3'175.414 pesos después, 30 de septiembre de 2005, un valor de 6'319.231 pesos, posteriormente una el 30 de marzo de 2006 al siguiente año no ha habido interrupción de sistema valor agregado 1'225.400 pesos, otra el 30 de marzo de 2006, también en ese mismo periodo de 6'745.502 pesos, otra del 30 de septiembre de 2006, de 642.400 pesos, otra del 30 de septiembre de 2006 de 6'747.734, posteriormente, el 30 de marzo de 2007, de 2'769.387 después recibió otra de 6'747.734 pesos, después 30 en septiembre de 2007 de 2'210.000 después, otra de 30 de septiembre de 2007, de 7'125.900, posteriormente del 15 de abril de 2008, de 1'998.876 pesos el 15 de abril de 2008 recibió 7'631.283, el 15 de octubre de 2008 recibió también 1'712.448 y su señoría yo no quiero seguir porque están referidas en el hecho 11 de la reforma a la demanda, pero consecutivamente durante 1 año, varias veces sí y todos los años, 2008, 2009, 2010, 2011, 2012 2013, cifras significativas, en el 2014 recibió 30 de marzo de 2014 recibió 20'835.558 pesos, como así que es un ingreso al patrimonio del trabajador, no tiene carácter retributivo, después recibió otra de 16'733.402 pesos el 29 de septiembre de 2014 y así uno encuentra hasta el 2018 que ya fue cuando mi mandante le fue terminada los servicios, incluso el 13 de febrero de 2018, recibió 6'830.868 pesos, entonces, aparte de que se acredita el carácter retributivo, que no era una suma específica con una destinación específica de mera liberalidad, sino que iba variando, por supuesto dependiendo de la compensación del esfuerzo en el cumplimiento de metas sí y el valor tan significativo de las sumas recibidas que por supuesto, ingresaban al patrimonio del trabajador, su señoría no había otra, no había otra opción legalmente, no había otra opción que declarar que esas sumas fueron y eran sumas que debieron ser liquidadas con incidencia salarial.

Además, su señoría, usted interpretó mal o pasó, dejó pasar una parte muy importante del artículo 128 que refiere que tampoco las prestaciones sociales de que tratan los títulos octavo y noveno, ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales, acordados, convencional o contractualmente, otorgados en forma extralegal por el empleador cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie. Bueno, y entonces revisando el expediente encontramos que, coincidencialmente o coincide con la fecha que empezó mi mandante a percibir el sistema de valor agregado el 10 de noviembre de 2004 se firma un otro sí, que dice sistema de valor agregado, acuerdo de carácter no salarial de bonificaciones y tiene un problema su señoría, y eso también lo ha referido la Corte Suprema de Justicia y

allegadas al proceso, referentes a los pagos y las sumas salariales que recibió el actor por concepto del sistema de valor agregado, lo que llevó a aplicar indebidamente los artículos 127 y 128 del Código Sustantivo del Trabajo.

Agregó, el señor Jesús Alfredo Giraldo Palomino, empezó a percibir habitualmente sumas dinerarias significativas que ingresaban a su patrimonio y no tenían una destinación específica, se recibía anualmente y tenía un carácter retributivo en atención a que dichas sumas compensaban el esfuerzo del trabajador, generando un valor agregado. Expuso, el mismo nombre “delata” el carácter retributivo de las sumas recibidas por el demandante, ya que va implícita la retribución de un esfuerzo, además se comprobó con la declaración de la señora Clara Ramírez, que sí existían unas metas que definía la compañía, es decir, que para devengar ese valor agregado, se tenían que cumplir unas metas que también lo refirió el jefe de nómina, siendo metas globales de utilidades, sujetos al cumplimiento. Añadió, los valores del sistema de valor agregado, se incrementaban o disminuían, los testigos fueron enfáticos en referir que la empresa sí había tenido momentos en los que a pesar de cumplir las metas, había dejado de pagar el sistema de valor agregado como lo fue en la pandemia.

---

en eso ha sentado basta jurisprudencia, en el sentido de que, para que o uno de los requisitos, para que se considere una suma salarial es que cada suma recibida debe tener un acuerdo de exclusión expreso, no se permiten acuerdos de exclusión general tienen que ser expresos y aquí habla de unas sumas o futuras que no había recibido, sobre las cuales se pacta de manera general, entonces, aparte de que acabamos de acreditar esos indicios que la misma Corte Suprema de Justicia, refiere para declarar una suma salarial, como ya lo señalé de la habitualidad de ingrese al patrimonio del trabajador, y por supuesto, el carácter retributivo, tenemos que el único documento que hay en el proceso que excluye de manera salarial las bonificaciones del sistema valor agregado lo hace de manera general y no se puede tener en cuenta sí, como una autorización expresa para los beneficios que acabo de describir, no puede ser que esa autorización expresa de 2004, en ese momento de manera general, me está excluyendo o permita incluir como parte de la discusión salarial, los 9’247.584 pesos que recibió mi mandante el 26 de febrero de 2017, no es posible, entonces su señoría, en ese sentido, también el fallo que comete un error grave, sí, no solo al valorar la prueba, sino en aplicar la ley sustancial.

En ese sentido, la conclusión ha debido ser contraria a la que profirió su despacho, es decir, que la conclusión ha debido ser por lo menos en lo que tiene que ver con el sistema de valor agregado que las sumas recibidas por esos conceptos que están demostrados al interior del proceso y que afectaron entre otras, la seguridad social de mi mandante, que al no tener esas sumas incluidas como factor para liquidar las pensiones, aparte de eso y de declarar las sumas salariales, se debe llegar también a la conclusión de su señoría, condenar a la indemnización moratoria que establece el artículo 65 del código sustantivo de trabajo, por adeudar acreencias laborales a los trabajadores, como quiera su señoría, que en este caso esta política de la empresa se hace para reducir los costos laborales de la compañía, estamos hablando de una compañía del sistema financiero que son las que más reportan utilidades y estos actos, por supuesto, deben ser sancionados y reprochados judicialmente, con la indemnización moratoria.”.

En su sentir, los pagos fueron habituales y se comprueba con los certificados de nómina, destacando los siguientes:

- El 30 de febrero 2004 la suma de $4’040.235.
- El 15 de septiembre de 2004 la suma de $245.473.
- El 15 de septiembre de 2004 la suma de $5’828.000.
- El 15 de marzo de 2005 la suma de $1’981.900.
- El 15 de marzo de 2005 la suma de 6’319.230.
- El 30 de septiembre de 2005 la suma de $3’175.414.
- El 30 de septiembre de 2005 la suma de $6’319.231.
- El 30 de marzo de 2006 la suma de $1’225.400.
- El 30 de marzo de 2006 la suma de $6’745.502.
- El 30 de septiembre de 2006 la suma de $642.400.
- El 30 de septiembre de 2006 la suma de $6’747.734.
- El 30 de marzo de 2007 la suma de $2’769.387 y $6’747.734.
- El 30 de septiembre de 2007 la suma de $2’210.000.
- El 30 de septiembre de 2007 la suma de $7’125.900.
- El 15 de abril de 2008 la suma de $1’998.876.
- El 15 de abril de 2008 la suma de $7’631.283.
- El 15 de octubre de 2008 la suma de $1’712.448.
- El 30 de marzo de 2014 la suma de $20’835.558.
- El 29 de septiembre de 2014 la suma de $16’733.402.
- El 13 de febrero de 2018 la suma de $6’830.868.

Esgrimió el apoderado de la parte actora, aparte de que se acredita el carácter retributivo, no era una suma específica con una destinación específica de mera liberalidad, sino que iba variando, dependiendo el esfuerzo en el cumplimiento de metas y el valor de las sumas recibidas que ingresaban al patrimonio del trabajador, por lo que no había otra opción que declarar que esas sumas tenían incidencia salarial.

Además, se interpretó erróneamente el artículo 128 que refiere que tampoco las prestaciones sociales de que tratan los títulos octavo y noveno, ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales, acordados, convencional o contractualmente,

otorgados en forma extralegal por el empleador cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie.

Relató, el actor empezó a percibir el sistema de valor agregado el 10 de noviembre de 2004 suscribiendo un *otrosí,* que informa el carácter no salarial, situación que ha analizado la Corte Suprema de Justicia al indicar que, para que una suma se considere no salarial debe tener un acuerdo de exclusión expreso, no se permiten acuerdos de exclusión general y aquí se habla de unas sumas que no había recibido, siendo un pacto general, adicionalmente, debe tenerse en cuenta la habitualidad del pago, que ingrese al patrimonio del trabajador y por supuesto, el carácter retributivo. Insistió, el único documento que excluye de manera salarial las bonificaciones del sistema valor agregado lo hace de manera general y no se puede tener en cuenta como una autorización expresa para los beneficios concedidos, no puede ser que esa autorización expresa del año 2004, excluya o permita incluir como parte de la discusión salarial los $9’247.584 que recibió el actor el 26 de febrero de 2017.

Finalmente, consideró el recurrente, la conclusión ha debido ser contraria a la que profirió la *a quo,* es decir, ha debido declararse que las sumas recibidas por esos conceptos que están demostrados al interior del proceso y que afectaron la seguridad social del actor, son sumas salariales, procediendo igualmente la indemnización moratoria que establece el artículo 65 del Código Sustantivo de Trabajo, como quiera que en este caso la política de la empresa se hace para reducir los costos laborales de la compañía, siendo un sistema financiero que más reporta utilidades debiendo ser sancionada.

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, los relacionados en el acápite de pretensiones de la demanda a página 1 del archivo 02 – reforma demanda-, los cuales encuentran sustento en los hechos relatados a páginas 2 a 5, ibidem, solicitando:

- Declarar ineficaz el parágrafo de la cláusula sexta del contrato de trabajo celebrado por escrito entre BANCOLOMBIA S.A. y el señor JESÚS ALFREDO GIRALDO PALOMINO, modificada el 20 de septiembre de 1995.

- Declarar ineficaz el acuerdo "BONIFICACIÓN DE MERA LIBERALIDAD" suscrito entre BANCOLOMBIA S.A. y JESUS ALFREDO GIRALDO PALOMINO en el mes de febrero de 2003.

- Declarar ineficaz el acuerdo "BONINIFICACIÓN DE MERAL LIBERALIDAD" suscrito entre BANCOLOMBIA S.A. y JESUS ALFREDO GIRALDO PALOMINO en el mes de agosto de 2003.

- Declarar ineficaz el "acuerdo de carácter no salarial de bonificaciones SISTEMA DE VALOR AGREGADO" suscrito entre BANCOLOMBIA S.A. y JESUS ALFREDO GIRALDO PALOMINO el diez (10) de noviembre de 2004.

- Declarar ineficaz el "acuerdo de carácter no salarial de bonificaciones SISTEMA DE VALOR AGREGADO" suscrito entre BANCOLOMBIA S.A. y JESUS ALFREDO GIRALDO PALOMINO el 29 (29) de junio de 2006.

- Declarar como factor salarial las bonificaciones de mera liberalidad, bonificaciones del Sistema de Valor Agregado, bonificación permanencia, bonificación compensación vacaciones, cargue reconocimiento permanencia, bonificación comercial, bonificación vacaciones tiempo y estímulo a la fidelidad, recibidas por el demandante desde el 6 de febrero de 1995 hasta el 2 de febrero de 2018, o como resulte probado en el proceso.

CONDENATORIAS:

- Pagar al accionante las cesantías insolutas causados desde el 6 de febrero de 1995 hasta el 2 de febrero de 2018, o, como resulte probado en el proceso.

- Pagar los intereses a las cesantías insolutos causados desde el 6 de febrero de 1995 hasta el 2 de febrero de 2018, o, como resulte probado en el proceso.

- Pagar las primas insolutas causadas desde 2 de febrero de 2015 hasta el 2 de febrero de 2018, o, como resulte probado en el proceso.

- Pagar las vacaciones insolutas causadas desde el 2 de febrero de 2015 hasta el 2 de febrero de 2018.

- Pagar a favor de JESUS ALFREDO GIRALDO PALOMINO las cotizaciones a pensión insolutas al fondo COLPENSIONES, causadas desde el 6 de febrero de 1995 hasta el 2 de febrero de 2018, o como resulte probado en el proceso.

- Pagar la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 C.S.T., a partir del 2 de febrero de 2018 y hasta que se verifique el pago de las acreencias laborales adeudadas.

Obtuvo sentencia desfavorable a sus aspiraciones por cuanto se absolvió de todas las pretensiones. Para arribar a tal conclusión, estimó la *a quo,* entre las partes no existió discusión frente a la existencia de la relación laboral que se dio entre 6 de febrero de 1995 al 2 de febrero de 2018, constatando dicha situación

con el contrato de trabajo, liquidaciones y demás documentos, aunado a que la demandada no se opuso a dicha declaración.

Frente a la indemnización por despido injusto consideró que la demandada acreditó que el contrato culminó con justa causa debidamente comprobada sin que debiera acudir a un proceso disciplinario previo, al no tratarse de una sanción disciplinaria. Puntualmente adujo, BANCOLOMBIA S.A. a través de la misiva del 2 de febrero de 2018 terminó el contrato del demandante arguyendo situaciones de conflicto de intereses, entre otras conductas que van en contravía del Código de Ética y políticas de la empresa, las cuales se encuentran probadas en el plenario, no habiendo lugar al pago de la indemnización ya que el actor si incurrió en las omisiones endilgadas por la entidad financiera, mismas que estaban calificadas como falta grave en el Reglamento Interno de Trabajo, dando lugar a la terminación del contrato de trabajo con justeza.

Con relación al carácter salarial de las bonificaciones percibidas por el demandante desde el 6 de febrero de 1995 al 2 de febrero de 2018, analizó el contenido de los artículos 127 y 128 del C.S.T., aclarando que la ley facultó a las partes para que pacten el carácter salarial de algunos pagos, escenario en el que se debe verificar la existencia del pacto y si esos pagos no son retributivos del servicio para que no sean catalogados como salariales. Así, luego de verificar las pruebas allegadas, concluyó la juzgadora que los pagos efectuados por BANCOLOMBIA al actor no tienen dicho carácter ya que se pactó como no salariales y no cumplían con las características del artículo 127 del C.S.T., pues quedó demostrado que las bonificaciones se otorgaban esporádicamente y conforme a las utilidades o montos que autorizara la junta del banco.

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

La Sala empieza por definir que no es objeto de discusión la decisión a la que arribó la Juez de primer grado en cuanto a que entre las partes se sostuvo un

contrato de trabajo a término indefinido desde el 6 de febrero de 1995 al 2 de febrero de 2018, desempeñando el actor el cargo de Gerente Sucursal, conforme a las piezas procesales que obran a páginas 122 a 124, 458, 459, y 460 del archivo 01 y 02 del expediente digital, pues ello no fue objeto de apelación por la parte actora.

Acreditada así entonces la existencia del contrato de trabajo que resulta ser la fuente o causa de los derechos laborales reclamados, resulta factible pasar al estudio de los puntos de inconformidad de los recurrentes.

De conformidad con el discurrir procesal, esta sala de decisión define como problema jurídico: determinar si los pagos devengados por el actor durante la vigencia de la relación laboral con BANCOLOMBIA S.A., constituyen factor salarial y consecuente con ello si hay lugar a la reliquidación de las acreencias laborales, así como las vacaciones, aportes pensionales y, si es procedente el reconocimiento de la indemnización moratoria de que trata el art. 65 del C.S.T.

Ante dicha petición la parte demandada manifestó que el demandante recibía pagos no constitutivos de salario, de conformidad con lo acordado por las partes, lo establecido por la ley y lo señalado por la jurisprudencia, aduciendo, tales beneficios tienen como fuente generadora el “ESTATUTO DE BENEFICIOS PARA LOS EMPLEADOS DE BANCOLOMBIA DEL MAPA DE CARGOS PROFESIONALES” que “contiene la regulación integral sobre diferentes beneficios para los empleados no cobijados por la convención colectiva de trabajo, básicamente para los empleados cuyos cargos se encuentran incluidos en el mapa de cargos profesionales”. así mismo, destacó, se suscribieron 2 acuerdos de carácter no salarial que involucraba el sistema de valor agregado -SVA-, dirigido a un grupo de trabajadores que cumplan condiciones corporativas.

Para resolver ha de tenerse en cuenta que la Jurisprudencia del órgano de cierre de esta jurisdicción ha sido reiterativa en indicar que en los litigios que propenden por el reconocimiento del carácter salarial de un pago reconocido al trabajador este debe demostrar que el pago era realizado por su empleador de manera habitual y al empleador convocado a juicio le corresponde acreditar que los pagos estaban dirigidos a otro propósito, menos la retribución directa del servicio; al

respecto las sentencias SL12220-2017, SL1437-2018, SL5159-2018, SL 986-2021, reiteradas en sentencia SL-4313-2021 explican:

> *«Inicia la Sala por precisar que, conforme al precedente de la Corporación, «el empleador […] tiene la carga de demostrar que ciertos pagos regulares no tienen como finalidad directa la de retribuir los servicios del trabajador ni enriquecer su patrimonio, sino que tienen una destinación diferente, como puede ser la de garantizar el cabal cumplimiento de las labores o cubrir determinadas contingencias.*
>
> *Luego al trabajador le basta con demostrar que el pago era realizado por su empleador de manera constante y habitual y el empleador quien tiene la carga de la prueba de demostrar lo contrario. Señala el precedente que:*
>
> ***Al trabajador le basta con demostrar que el pago era realizado por su empleador de manera constante y habitual**, y a éste, con el fin de no quedar compelido a asumir los efectos jurídicos que le son propios a un estipendio de esta naturaleza, deberá demostrar que los pagos estaban dirigidos a otro propósito, menos la retribución directa del servicio.//De ahí, que para la Sala, el solo dicho del empleador sin prueba alguna que acredite sus manifestaciones, carecen del mérito suficiente para descartar la naturaleza salarial del estipendio económico entregado de manera habitual y constante en la cuenta de ahorros del trabajador, en igualdad de condiciones al pago efectuado del salario básico (CSJ SL986-2021)»*. (Negrilla de la Sala).

Siguiendo el precedente reseñado procede la Sala a analizar las pruebas recaudadas, evidenciando al efecto:

- Contrato de trabajo suscrito por el demandante y la encartada, donde expresa en el parágrafo de la cláusula sexta (página 123 y s.s., archivo 01):

> PARAGRAFO: Convienen especialmente las partes que no consliluirán salario, para efectos legales, las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad llegue a recibir EL "TRABAJADOR" por parte del "BANCO", como bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades y lo que reciba en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, viáticos accidentales, elementos de trabajo u otros semejantes, al igual que el valor total o parcial de las primas de seguros que subvencionen EL "BANCO" y los aportes que realice EL "BANCO" a Mutuobic o a la entidad que haga sus veces.

- Otrosí al contrato de trabajo de fecha 20 de septiembre de 1995, por medio del cual las partes pactaron en el parágrafo de la cláusula sexta (página 124, ib.):

> PARAGRAFO: Convienen especialmente las partes que no constituirán salario, para efectos legales, las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad llegue a recibir EL "TRABAJADOR" por parte del "BANCO" como bonificación o gratificaciones ocasionales, participación de útilidades y lo que reciba en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, viáticos accidentales, elementos de trabajo u otros semejantes, al igual que el valor total o parcial de las primas de seguros que subvencione EL "BANCO" y los aportes que realice EL "BANCO" a MutuoBic o a la entidad que haga sus veces.

- Otrosí bonificación por mera liberalidad suscrito el mes de febrero y agosto de 2003, página 46, archivo 02:

BONIFICACION MERA LIBERALIDAD

Entre los suscritos BANCOLOMBIA S.A., representado en este acto por LEONARDO PEYNADO PEREZ, quien actúa en su condición de Gerente Gestión Humana Región Bogotá y Sabana, identificado con la cédula de ciudadanía número 79.554.587 por una parte, y JESUS ALFREDO GIRALDO PALOMINO, mayor de edad, identificado con la cédula de ciudadanía número 10106947, quien actúa en nombre propio y en calidad de EMPLEADO, convenimos lo siguiente:

BANCOLOMBIA S.A., por mera liberalidad entrega a EL EMPLEADO, como bonificación extralegal por una sola vez, la suma de $2.902.000 (DOS MILLONES NOVECIENTOS DOS MIL PESOS M.L.) como reconocimiento por compensación variable.

Esta bonificación, que EL BANCO entrega al EMPLEADO mediante abono en la nómina, en el mes de FEBRERO de 2003, no constituye factor salarial ni quedará incorporado al salario para ningún efecto, por acuerdo expreso entre las partes, de conformidad con el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo.

Para constancia se firma en la ciudad de Bogotá en el mes de Febrero de 2003.

BONIFICACION MERA LIBERALIDAD

Entre los suscritos BANCOLOMBIA S.A., representado en este acto por LEONARDO PEYNADO PÉREZ, quien actúa en su condición de (Gerente de Gestión Humana Región Bogotá y Sabana) , identificado con la cédula de ciudadanía número 79.554.587 por una parte, y JESUS ALFREDO GIRALDO PALOMINO, mayor de edad, identificado con la cédula de ciudadanía número 10.106.947, quien actúa en nombre propio y en calidad de EMPLEADO, convenimos lo siguiente:

BANCOLOMBIA S.A., por mera liberalidad entrega a EL EMPLEADO, como bonificación extralegal por una sola vez, la suma de $3.105.000 (tres millones ciento cinco mil pesos ML)

Esta bonificación, que EL BANCO entrega al EMPLEADO mediante abono en la nómina, en el mes de Agosto de 2003, no constituye factor salarial ni quedará incorporado al salario para ningún efecto, por acuerdo expreso entre las partes, de conformidad con el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo.

Para constancia se firma en la ciudad de Bogotá en el mes de Agosto de 2003.

- Acuerdo de carácter no salarial de bonificaciones de sistema de valor agregado -SVA-, de fecha 10 de noviembre de 2004 y 29 de junio de 2006, que indica:

COLOMBIA
T. 890.903.938-8

SISTEMA DE VALOR AGREGADO
Acuerdo de carácter no salarial de bonificaciones

Entre los suscritos BANCOLOMBIA S.A., representado en este acto por ENRIQUE GONZÁLEZ BACCI,en su calidad de Gerente de Relaciones Laborales, por una parte, y JESUS ALFREDO GIRALDO PALOMINO, mayor de edad, identificado como aparece al pie de su firma, quien actúa en nombre propio y en calidad de EMPLEADO, convenimos lo siguiente:

BANCOLOMBIA S.A., tiene establecido en forma unilateral y como mera liberalidad, para un grupo de trabajadores entre quienes se encuentra el EMPLEADO, un sistema extralegal de compensación denominado Sistema de Valor Agregado SVA, el cual puede dar lugar, en ocasiones y bajo el cumplimiento de ciertas condiciones, al pago de bonificaciones extralegales en favor del EMPLEADO.

EL EMPLEADO declara conocer y aceptar íntegramente la Reglamentación establecida para el Sistema de Valor Agregado SVA. Dicha reglamentación podrá ser cambiada en cualquier momento de manera unilateral por parte de BANCOLOMBIA S.A., sin necesidad de notificación previa al EMPLEADO u otro tipo requerimiento formal. De igual forma, el EMPLEADO conoce y acepta que, si el Banco así lo resuelve, el Sistema de Valor Agregado SVA podrá suprimirse de manera unilateral en cualquier momento por parte de BANCOLOMBIA S.A.

Mediante el presente documento y en uso de sus facultades legales, las partes acuerdan expresamente que los pagos que eventualmente EL BANCO entregue o llegue a entregar a EL EMPLEADO, directa o indirectamente, en desarrollo del Sistema de Valor Agregado SVA, no constituyen factor salarial ni quedarán incorporados al salario para ningún efecto legal-laboral, de conformidad con el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo y demás normas complementarias o concordantes.
Para constancia se firma en la ciudad de Bogotá a los **10** días del mes de Noviembre de 2004

SISTEMA DE VALOR AGREGADO
Acuerdo de carácter no salarial de bonificaciones

Entre los suscritos BANCOLOMBIA S.A., representado en este acto por ENRIQUE GONZÁLEZ BACCI, en su calidad de Director de Relaciones Laborales, por una parte, y **JESUS ALFREDO GIRALDO PALOMINO** , mayor de edad, identificado como aparece al pie de su firma, quien actúa en nombre propio y en calidad de EMPLEADO, convenimos lo siguiente:

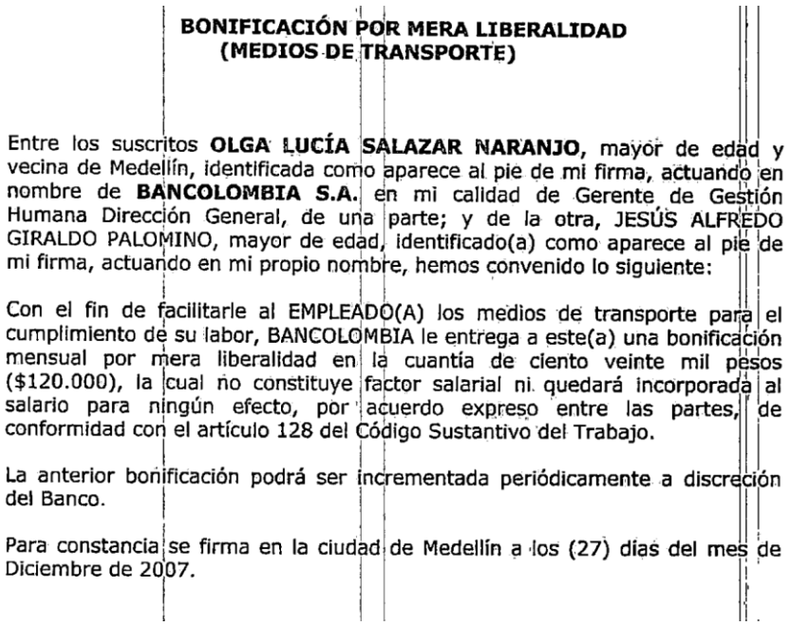
BANCOLOMBIA S.A., tiene establecido en forma unilateral y como mera liberalidad, para un grupo de trabajadores entre quienes se encuentra el EMPLEADO, un sistema extralegal de compensación denominado Sistema de Valor Agregado SVA, el cual puede dar lugar, en ocasiones y bajo el cumplimiento de ciertas condiciones, al pago de bonificaciones extralegales en favor del EMPLEADO.

EL EMPLEADO declara conocer y aceptar íntegramente la Reglamentación establecida para el Sistema de Valor Agregado SVA. Dicha reglamentación podrá ser cambiada en cualquier momento de manera unilateral por parte de BANCOLOMBIA S.A., sin necesidad de notificación previa al EMPLEADO u otro tipo requerimiento formal. De igual forma, el EMPLEADO conoce y acepta que, si el Banco así lo resuelve, el Sistema de Valor Agregado SVA podrá suprimirse de manera unilateral en cualquier momento por parte de BANCOLOMBIA S.A.

Mediante el presente documento y en uso de sus facultades legales, las partes acuerdan expresamente que los pagos que eventualmente EL BANCO entregue o llegue a entregar a EL EMPLEADO, directa o indirectamente, en desarrollo del Sistema de Valor Agregado SVA, no constituyen factor salarial ni quedarán incorporados al salario para ningún efecto legal-laboral, de conformidad con el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo y demás normas complementarias o concordantes.

Para constancia se firma en la ciudad de Medellín a los **29** días del mes de **JUNIO** de 2006

- Bonificación por mera liberalidad medios de transporte de fecha 27 de diciembre de 2007:



BONIFICACIÓN POR MERA LIBERALIDAD
(MEDIOS DE TRANSPORTE)

Entre los suscritos **OLGA LUCÍA SALAZAR NARANJO**, mayor de edad y vecina de Medellín, identificada como aparece al pie de mi firma, actuando en nombre de **BANCOLOMBIA S.A.** en mi calidad de Gerente de Gestión Humana Dirección General, de una parte; y de la otra, JESÚS ALFREDO GIRALDO PALOMINO, mayor de edad, identificado(a) como aparece al pie de mi firma, actuando en mi propio nombre, hemos convenido lo siguiente:

Con el fin de facilitarle al EMPLEADO(A) los medios de transporte para el cumplimiento de su labor, BANCOLOMBIA le entrega a este(a) una bonificación mensual por mera liberalidad en la cuantía de ciento veinte mil pesos ($120.000), la cual no constituye factor salarial ni quedará incorporada al salario para ningún efecto, por acuerdo expreso entre las partes, de conformidad con el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo.

La anterior bonificación podrá ser incrementada periódicamente a discreción del Banco.

Para constancia se firma en la ciudad de Medellín a los (27) días del mes de Diciembre de 2007.

- Certificación expedida por BANCOLOMBIA S.A. de fecha 24 de diciembre de 2018, por medio de la cual la enjuciada informa los pagos percibidos por el demandante entre el 16 de febrero de 2015 al 15 de febrero de 2018 (páginas 133 a 58, ib.).

- Estatutos de beneficios para los empleados de Bancolombia del mapa de cargos profesionales (páginas 515 a 526, ib.).

- Impresión en Excel de devengos y deducciones del 2001 al 2018 del actor (páginas 51 a 205, archivo 02).

- Relación de conceptos no salariales devengados por el actor del 2001 al 2018 (páginas 2016 a 210, archivo 02), donde se prueba que el actor: percibió en las siguientes bonificaciones en las siguientes fechas:

Fecha	Concepto	Valor
15/2/2001	BONIFICACION MERA LIBERALIDAD	$ 1,796,250
30/7/2001	BONIFICACION MERA LIBERALIDAD	$ 2,629,000
30/1/2002	BONIFICACION MERA LIBERALIDAD	$ 920,150
15/8/2002	BONIFICACION MERA LIBERALIDAD	$ 2,031,400
30/2/2004	BON SVA PLAN GEST.AÑO VIGENTE	$ 4,040,235
15/9/2004	BON SVA FIDEICOMISO AÑO VIGENT	$ 245,473
15/9/2004	BON SVA PLAN GEST.AÑO VIGENTE	$ 5,877,826
30/1/2005	BONIFICACION PERMANENCIA	$ 8,310,200
15/3/2005	BON SVA FIDEICOMISO AÑO VIGENT	$ 1,981,911
15/3/2005	BON SVA PLAN GEST.AÑO VIGENTE	$ 6,319,230
15/3/2005	BONIFICACION PERMANENCIA	$ 624,067
30/9/2005	BON SVA FIDEICOMISO AÑO VIGENT	$ 3,175,414
30/9/2005	BON SVA PLAN GEST.AÑO VIGENTE	$ 6,319,231
30/3/2006	BON SVA FIDEICOMISO AÑO VIGENT	$ 1,225,400
30/3/2006	BON SVA PLAN GEST.AÑO VIGENTE	$ 6,747,502
30/7/2006	BENEFICIO TRANSP. FUERZA CCIAL	$ 120,000
30/8/2006	BENEFICIO TRANSP. FUERZA CCIAL	$ 120,000
30/9/2006	BENEFICIO TRANSP. FUERZA CCIAL	$ 120,000
30/9/2006	BON SVA FIDEICOMISO AÑO VIGENT	$ 642,400
30/9/2006	BON SVA PLAN GEST.AÑO VIGENTE	$ 6,747,734
30/10/2006	BENEFICIO TRANSP. FUERZA CCIAL	$ 120,000
30/11/2006	BENEFICIO TRANSP. FUERZA CCIAL	$ 120,000
30/12/2006	BENEFICIO TRANSP. FUERZA CCIAL	$ 120,000
30/1/2007	BENEFICIO TRANSP. FUERZA CCIAL	$ 120,000
30/2/2007	BENEFICIO TRANSP. FUERZA CCIAL	$ 120,000
30/3/2007	BENEFICIO TRANSP. FUERZA CCIAL	$ 120,000
30/3/2007	BON.SVA FIDEICOM.AÑO ANTERIOR	$ 2,769,387
30/3/2007	BON.SVA PLAN GEST.AÑO ANTERIOR	$ 6,747,734
30/4/2007	BENEFICIO TRANSP. FUERZA CCIAL	$ 120,000
30/5/2007	BENEFICIO TRANSP. FUERZA CCIAL	$ 120,000
30/6/2007	BENEFICIO TRANSP. FUERZA CCIAL	$ 120,000
30/7/2007	BENEFICIO TRANSP. FUERZA CCIAL	$ 120,000
30/8/2007	BENEFICIO TRANSP. FUERZA CCIAL	$ 120,000
30/9/2007	BENEFICIO TRANSP. FUERZA CCIAL	$ 120,000
30/9/2007	BON SVA FIDEICOMISO AÑO VIGENT	$ 2,210,000
30/9/2007	BON SVA PLAN GEST.AÑO VIGENTE	$ 7,125,900
30/10/2007	BENEFICIO TRANSP. FUERZA CCIAL	$ 120,000
30/1/2008	BENEFICIO TRANSP. FUERZA CCIAL	$ 120,000
30/2/2008	BENEFICIO TRANSP. FUERZA CCIAL	$ 120,000
30/3/2008	BENEFICIO TRANSP. FUERZA CCIAL	$ 120,000
15/4/2008	BON.SVA FIDEICOM.AÑO ANTERIOR	$ 1,998,876
15/4/2008	BON.SVA PLAN GEST.AÑO ANTERIOR	$ 7,631,283
30/4/2008	BENEFICIO TRANSP. FUERZA CCIAL	$ 120,000
30/5/2008	BENEFICIO TRANSP. FUERZA CCIAL	$ 120,000
30/6/2008	BENEFICIO TRANSP. FUERZA CCIAL	$ 120,000
30/7/2008	BENEFICIO TRANSP. FUERZA CCIAL	$ 120,000
30/8/2008	BENEFICIO TRANSP. FUERZA CCIAL	$ 120,000
30/9/2008	BENEFICIO TRANSP. FUERZA CCIAL	$ 120,000
15/10/2008	BON SVA FIDEICOMISO AÑO VIGENT	$ 1,712,448
15/10/2008	BON SVA PLAN GEST.AÑO VIGENTE	$ 7,631,283
30/10/2008	BENEFICIO TRANSP. FUERZA CCIAL	$ 120,000
30/11/2008	BENEFICIO TRANSP. FUERZA CCIAL	$ 120,000
30/12/2008	BENEFICIO TRANSP. FUERZA CCIAL	$ 120,000
30/1/2009	BENEFICIO TRANSP. FUERZA CCIAL	$ 120,000
30/2/2009	BENEFICIO TRANSP. FUERZA CCIAL	$ 120,000
30/4/2009	BENEFICIO TRANSP. FUERZA CCIAL	$ 140,000
30/4/2009	BON.SVA FIDEICOM.AÑO ANTERIOR	$ 1,021,263
30/4/2009	BON.SVA PLAN GEST.AÑO ANTERIOR	$ 8,302,223
30/5/2009	BENEFICIO TRANSP. FUERZA CCIAL	$ 140,000
30/6/2009	BENEFICIO TRANSP. FUERZA CCIAL	$ 140,000
30/7/2009	BENEFICIO TRANSP. FUERZA CCIAL	$ 140,000
30/8/2009	BENEFICIO TRANSP. FUERZA CCIAL	$ 140,000
30/9/2009	BENEFICIO TRANSP. FUERZA CCIAL	$ 140,000
30/9/2009	BON SVA FIDEICOMISO AÑO VIGENT	$ 1,088,652
30/9/2009	BON SVA PLAN GEST.AÑO VIGENTE	$ 8,302,223
30/10/2009	BENEFICIO TRANSP. FUERZA CCIAL	$ 140,000
30/11/2009	BENEFICIO TRANSP. FUERZA CCIAL	$ 140,000
30/12/2009	BENEFICIO TRANSP. FUERZA CCIAL	$ 140,000
1/31/2010	BENEF TRANS FZA COMERCIAL	$ 140,000
1/31/2010	CARGUE RECON PERMANENCIA	$ 15,880,000
2/15/2010	CARGUE RECON PERMANENCIA	$ 720,000
2/28/2010	BENEF TRANS FZA COMERCIAL	$ 140,000
2/28/2010	BON. VACACIONES COMPENSA	$ 4,980,000
3/31/2010	BENEF TRANS FZA COMERCIAL	$ 140,000
4/30/2010	BON SVA PLAN GEST AÑO ANT	$ 8,678,646
5/31/2010	BENEF TRANS FZA COMERCIAL	$ 140,000
6/30/2010	BENEF TRANS FZA COMERCIAL	$ 140,000
7/31/2010	BENEF TRANS FZA COMERCIAL	$ 140,000
8/31/2010	BENEF TRANS FZA COMERCIAL	$ 140,000
9/30/2010	BENEF TRANS FZA COMERCIAL	$ 140,000
10/31/2010	BENEF TRANS FZA COMERCIAL	$ 140,000
10/31/2010	BON SVA PLAN GEST AÑO VIC	$ 8,089,102
11/30/2010	BENEF TRANS FZA COMERCIAL	$ 140,000
12/31/2010	BENEF TRANS FZA COMERCIAL	$ 140,000
1/31/2011	BENEF TRANS FZA COMERCIAL	$ 140,000
2/28/2011	BENEF TRANS FZA COMERCIAL	$ 140,000
3/31/2011	BENEF TRANS FZA COMERCIAL	$ 144,000
4/30/2011	BENEF TRANS FZA COMERCIAL	$ 144,000
4/30/2011	BON SVA PLAN GEST AÑO ANT	$ 2,409,005
5/31/2011	BENEF TRANS FZA COMERCIAL	$ 144,000
6/15/2011	BON. VACACIONES COMPENSA	$ 5,181,000
6/30/2011	BENEF TRANS FZA COMERCIAL	$ 144,000
7/31/2011	BENEF TRANS FZA COMERCIAL	$ 144,000

7/31/2011	BON. VACACIONES COMPENSA	$ 0
8/29/2011	BENEF TRANS FZA COMERCIAL	$ 72,000
9/28/2011	BENEF TRANS FZA COMERCIAL	$ 144,000
10/27/2011	BENEF TRANS FZA COMERCIAL	$ 144,000
10/27/2011	BON SVA PLAN GEST AÑO VIC	$ 9,028,928
11/28/2011	BENEF TRANS FZA COMERCIAL	$ 144,000
12/28/2011	BENEF TRANS FZA COMERCIAL	$ 144,000
1/30/2012	BENEF TRANS FZA COMERCIAL	$ 144,000
2/28/2012	BENEF TRANS FZA COMERCIAL	$ 150,000
3/14/2012	BON. VACACIONES COMPENSA	$ 5,492,000
3/30/2012	BENEF TRANS FZA COMERCIAL	$ 150,000
4/29/2012	BENEF TRANS FZA COMERCIAL	$ 75,000
4/29/2012	BON SVA PLAN GEST AÑO ANT	$ 9,570,908
5/30/2012	BENEF TRANS FZA COMERCIAL	$ 150,000
6/29/2012	BENEF TRANS FZA COMERCIAL	$ 150,000
7/30/2012	BENEF TRANS FZA COMERCIAL	$ 150,000
8/30/2012	BENEF TRANS FZA COMERCIAL	$ 150,000
9/29/2012	BENEF TRANS FZA COMERCIAL	$ 150,000
10/30/2012	BENEF TRANS FZA COMERCIAL	$ 150,000
10/30/2012	BON BONIFICACION CIAL.	$ 9,570,908
11/29/2012	BENEF TRANS FZA COMERCIAL	$ 150,000
12/30/2012	BENEF TRANS FZA COMERCIAL	$ 150,000
1/30/2013	BENEF TRANS FZA COMERCIAL	$ 150,000
2/27/2013	BENEF TRANS FZA COMERCIAL	$ 150,000
3/30/2013	BENEF TRANS FZA COMERCIAL	$ 150,000
3/30/2013	BON SVA PLAN GEST AÑO ANT	$ 10,049,454
3/30/2013	BON. VACACIONES COMPENSA	$ 5,766,600
4/29/2013	BENEF TRANS FZA COMERCIAL	$ 150,000
5/30/2013	BENEF TRANS FZA COMERCIAL	$ 75,000
6/29/2013	BENEF TRANS FZA COMERCIAL	$ 150,000
7/30/2013	BENEF TRANS FZA COMERCIAL	$ 150,000
8/30/2013	BENEF TRANS FZA COMERCIAL	$ 150,000
9/29/2013	BENEF TRANS FZA COMERCIAL	$ 150,000
9/29/2013	BON SVA PLAN GEST AÑO VIC	$ 10,090,176
11/14/2013	BENEF TRANS FZA COMERCIAL	$ 150,000
11/29/2013	BENEF TRANS FZA COMERCIAL	$ 150,000
12/30/2013	BENEF TRANS FZA COMERCIAL	$ 150,000
1/30/2014	BENEF TRANS FZA COMERCIAL	$ 150,000
2/27/2014	BENEF TRANS FZA COMERCIAL	$ 150,000
3/14/2014	BON. VACACIONES COMPENSA	$ 5,982,280
3/30/2014	BENEF TRANS FZA COMERCIAL	$ 150,000
3/30/2014	BON SVA PLAN GEST AÑO ANT	$ 20,835,558
4/29/2014	BENEF TRANS FZA COMERCIAL	$ 75,000
5/30/2014	BENEF TRANS FZA COMERCIAL	$ 150,000
6/29/2014	BENEF TRANS FZA COMERCIAL	$ 150,000
7/30/2014	BENEF TRANS FZA COMERCIAL	$ 150,000
8/30/2014	BENEF TRANS FZA COMERCIAL	$ 150,000

9/29/2014	BENEF TRANS FZA COMERCIAL	$ 150,000
9/29/2014	BON SVA PLAN GEST AÑO VIC	$ 16,733,402
9/29/2014	SVA PLAN INST. PROTECCION	$ 10,594,793
10/30/2014	BENEF TRANS FZA COMERCIAL	$ 150,000
11/29/2014	BENEF TRANS FZA COMERCIAL	$ 150,000
12/30/2014	BENEF TRANS FZA COMERCIAL	$ 150,000
1/30/2015	BENEF TRANS FZA COMERCIAL	$ 150,000
1/30/2015	ESTIMULO A LA FIDELIDAD	$ 22,403,640
2/27/2015	BENEF TRANS FZA COMERCIAL	$ 150,000
2/27/2015	BON SVA PLAN GEST AÑO ANT	$ 11,906,359
2/27/2015	SVA PLAN INST. PROTECCION	$ 8,929,769
3/14/2015	BON. VACACIONES COMPENSA	$ 6,401,040
3/30/2015	BENEF TRANS FZA COMERCIAL	$ 150,000
4/29/2015	BENEF TRANS FZA COMERCIAL	$ 150,000
5/30/2015	BENEF TRANS FZA COMERCIAL	$ 150,000
6/29/2015	BENEF TRANS FZA COMERCIAL	$ 150,000
7/30/2015	BENEF TRANS FZA COMERCIAL	$ 150,000
8/30/2015	BENEF TRANS FZA COMERCIAL	$ 150,000
8/30/2015	BON SVA PLAN GEST AÑO ANT	$ 14,883,159
8/30/2015	SVA PLAN INST. PROTECCION	$ 11,162,369
9/29/2015	BENEF TRANS FZA COMERCIAL	$ 150,000
10/30/2015	BENEF TRANS FZA COMERCIAL	$ 150,000
11/29/2015	BENEF TRANS FZA COMERCIAL	$ 150,000
12/30/2015	BENEF TRANS FZA COMERCIAL	$ 150,000
1/29/2016	BENEF TRANS FZA COMERCIAL	$ 150,000
2/27/2016	BENEF TRANS FZA COMERCIAL	$ 150,000
2/27/2016	BON SVA PLAN GEST AÑO ANT	$ 14,935,248
2/27/2016	SVA PLAN INST. PROTECCION	$ 11,201,436
3/29/2016	BENEF TRANS FZA COMERCIAL	$ 150,000
4/28/2016	BENEF TRANS FZA COMERCIAL	$ 150,000
4/28/2016	BON. VACACIONES COMPENSA	$ 5,707,600
5/29/2016	BENEF TRANS FZA COMERCIAL	$ 150,000
5/29/2016	BON. VACACIONES TIEMPO	$ 1,598,128
7/29/2016	BENEF TRANS FZA COMERCIAL	$ 150,000
8/29/2016	BENEF TRANS FZA COMERCIAL	$ 150,000
8/29/2016	BON SVA PLAN GEST AÑO ANT	$ 7,623,140
8/29/2016	SVA PLAN INST. PROTECCION	$ 5,717,355
9/28/2016	BENEF TRANS FZA COMERCIAL	$ 150,000
10/29/2016	BENEF TRANS FZA COMERCIAL	$ 150,000
11/28/2016	BENEF TRANS FZA COMERCIAL	$ 150,000
12/29/2016	BENEF TRANS FZA COMERCIAL	$ 150,000
1/29/2017	BENEF TRANS FZA COMERCIAL	$ 150,000
2/26/2017	BENEF TRANS FZA COMERCIAL	$ 150,000
2/26/2017	BON SVA PLAN GEST AÑO ANT	$ 9,247,584
2/26/2017	SVA PLAN INST. PROTECCION	$ 6,935,688
3/29/2017	BENEF TRANS FZA COMERCIAL	$ 150,000
4/28/2017	BENEF TRANS FZA COMERCIAL	$ 150,000

4/28/2017	BON SVA PLAN GEST AÑO ANT	$ 6,935,688
5/29/2017	BENEF TRANS FZA COMERCIAL	$ 150,000
6/28/2017	BENEF TRANS FZA COMERCIAL	$ 150,000
7/29/2017	BENEF TRANS FZA COMERCIAL	$ 75,000
8/13/2017	BENEF TRANS FZA COMERCIAL	$ 75,000
8/29/2017	BENEF TRANS FZA COMERCIAL	$ 150,000
8/29/2017	BON SVA PLAN GEST AÑO ANT	$ 7,666,092
9/28/2017	BENEF TRANS FZA COMERCIAL	$ 150,000
10/29/2017	BENEF TRANS FZA COMERCIAL	$ 150,000
10/29/2017	BON. VACACIONES COMPENSA	$ 6,107,133
11/28/2017	BENEF TRANS FZA COMERCIAL	$ 150,000
11/28/2017	BON. VACACIONES TIEMPO	$ 732,856
12/13/2017	BON. VACACIONES TIEMPO	$ 977,141
1/29/2018	BENEF TRANS FZA COMERCIAL	$ 150,000
2/13/2018	BENEF TRANS FZA COMERCIAL	$ 150,000
2/13/2018	BON SVA PLAN GEST AÑO ANT	$ 6,870,868
2/13/2018	BON. VACACIONES COMPENSA	$ 7,768,280

Ahora bien, en el interrogatorio de parte absuelto por el representante legal de la demandada, éste indicó[2] frente a los pagos efectuados, punto de debate en esta alzada: el demandante tenía un salario básico y por ser gerente tiene una gama de beneficios como SVA, bonificación fidelidad, quinquenio por tiempo de servicios, primas extralegales de junio y diciembre y prima de vacaciones, esa era la remuneración o conceptos que se otorgaron, esos no son convencionales por el cargo del actor, el artículo 3º de la convención no ampara al gerente entre otros cargos, por eso tiene otros beneficios, el sistema de valor agregado está dentro de las políticas de remuneración, se suscribieron otrosíes porque se reconocen por mera liberalidad ciertos pagos, la bonificación de sistema de valor agregado es un estímulo que el banco otorga, previa autorización de la junta, no es obligatorio dicho pago, hay una junta que lo aprueba de acuerdo a las metas fijadas por el banco, por ejemplo, como accionista invierto en el banco y espero un retorno económico, si me va bien en números la junta puede considerar que como se recuperó lo invertido se otorga una bonificación a las sucursales que cumplieron las condiciones para ello, procede por tener una buena calificación del servicio, buenas instalaciones, crecimiento de la sucursal, ese es el valor agregado, son sumas variables, es un máximo de 6 salarios, no siempre se generaron, en pandemia no se pagó, eso no es fijo, solo va atado a lo que resuelva

[2]***Interrogatorio RL Demandada, Récord 13:32, archivo 11:*** *"Soy abogado especializado, el motivo acaeció porque el demandante omitió políticas de conocimiento de clientes siendo imperioso conocerlo por su cargo de gerente, omitió el conflicto de intereses y se perdió al confianza del trabajador, ya que en el 2013 hubo un fraude de un tercero y nunca de cancelaron los dineros, siendo amigo del acá demandante, se defraudó la confianza, además, terceros como la hermana de él, solicitaron créditos y son más de 2000 millones de pesos, se desembolsaron y luego de los créditos cada uno le consignó al actor 10 millones de pesos, él tiene presente las políticas de clientes y debía hacer visita y relacionamiento, permanentemente estamos en la bolsa de New York, debemos verificar y prevenir lavados de activos, se debe analizar el historial crediticio del banco, se debe visitar al cliente, él tiene antigüedad y debía conocer y verificar quién era el cliente, cuando se piden las explicaciones él solo dice que los clientes son referidos, aceptando que no cumplió, si soy gerente de una sucursal no puedo recibir dineros por autorizar créditos, está comprobado que 2 personas le consignaron luego de aprobarse 2 créditos, una funcionaria habló con él y le dijo que le ayudara para un crédito del novio, en diciembre de 2017 la jefe inmediata del demandante habló con el actor del caso de Efraín Daza, se le mocionaron los hechos, pruebas no sé, él tenía un salario básico y por ser gerente tiene una gama de beneficios como SVA, bonificación fidelidad quinquenio, primas extralegales de junio y diciembre y prima de vacaciones, esa era la remuneración o conceptos que se otorgaron, esos no son convencionales por el cargo del actor, en el artículo 3 no ampara al gerente entre otros, por eso tiene otros beneficios, el sistema de valor agregado está dentro de las políticas de remuneración, se suscribieron otrosíes porque se reconocen por mera liberalidad, la bonificación de sistema de valor agregado es un estímulo que el Banco otorga es auto inversión, hay una junta que lo aprueba de acuerdo a las metas fijadas por el banco, yo como accionista invierto e el banco y espero un retorno, si nos va bien en números la junta dice que como se recuperó lo invertido dice que se puede dar una bonificación, se debe tener una buena calificación del servicio, debe tener buenas instalaciones, crecimiento de la sucursal, ese es el valor agregado, son sumas variables, es un máximo de 6 salarios, no siempre se generaron como lo fue en la pandemia, eso no es fijo, solo va atado a lo que resuelva la junta del Banco, los valores de SVA se perciben hace como 15 años, aproximadamente".*

la junta del banco, los valores de SVA se perciben hace como 15 años, aproximadamente.

Por su parte, el actor al absolver interrogatorio[3], expuso, en mis comprobantes están los beneficios, yo firmé los acuerdos de exclusión salarial, no fui coaccionado.

Por último, los testigos **MARIA CLARA RAMÍREZ TOBÓN** y **EDWIN SALAZAR GARCÍA**, manifestaron respectivamente:

Archivo 14, récord 16:25, MARIA CLARA RAMÍREZ TOBÓN[4]: "esas metas se generan de manera descentralizada, hay unas grupales, otras individuales otras

---

[3] ***Interrogatorio Demandante, récord 41:28, archivo 11: "****Yo recibía a los clientes solo personas naturales recibía recomendaciones y tramitaba a través de Sara Cely la vinculación del cliente, ella tramitaba y gestionaba el riesgo y crédito, yo no aprobaba ni desembolsaba el crédito, yo tenía la responsabilidad de recibir el cliente y verificaba los documentos, si cumplía le perfil lo pasaba para seguir el trámite, yo revisaba el perfil del cliente y si pasaba los parámetros como ingresos y patrimonios lo pasaba, que no estuvieran reportados ni nada, el resto de análisis lo hace otra área de créditos, yo verificaba los documentos, yo tenía acceso al sistema AS 400, en ese sistema se podía ver información con limitación, era consulta restringida, si iba a vincular al cliente podía ver si está o no vinculado en el Banco, si tenía alertas del Banco, los clientes que vincule era porque estaban impecables, conozco a Efraín hace 6 años por un amigo en común ,él iba ala banco, en algunas ocasiones fue, no era un amigo, fuera del banco hablé con él como 1, 2 o 3 ocasiones, no compartimos, yo verificaba en el sistema y eran personas que no tenían ningún estigma, tan pronto recibir los documentos los compartí para seguir el trámite, nunca tuve conocimiento de esos fraudes ni en el banco lo dijeron, en el acta de explicaciones dije que no conocía a Efraín Daza lo que dije es que no tenía cómo conocer la relación de él con esas empresas, solo me referí al conocimiento que tenía de Efraín, yo no vinculo empresas, como gerente podía aprobar créditos en algún momento, pero yo no aprobé a ninguna de las personas los créditos, siempre revisaba la moralidad de los clientes, de los que aprobé no hay un siniestro para el banco, todo se gestionó y desembolsó, en algún tiempo podía aprobar hasta 200 millones, en la oficina no probamos el crédito eso se va para Medellín y luego recibimos una carta de aprobación, no conozco a María Carolina con Efraín son hermanos, yo debo solicitar información al cliente sobre la destinación de los recursos, para mí era usual que los clientes así lo manifestaran, me entregaron una carta y me dijeron los hechos, no me dieron el tiempo suficiente para entender mi papel , yo no aprobaba ni desembolsaba, yo debí haber estado acompañado de un compañero, no sabía, fue un momento muy duro y de lo que más me ha impactado en mi vida, no había ninguna alerta porque la referencia de Efraín Daza yo la daba pero no lo aprobaba no lo vinculaba, yo no era afiliado al sindicato, yo aportaba de mi nomina a los empleados, yo tenía derecho a los beneficios, en mis comprobantes están los beneficios, yo firmé los acuerdos de exclusión salarial, no fui coaccionado".*

[4] ***Archivo 14, récord 16:25, MARIA CLARA RAMÍREZ TOBÓN: "****Trabajo hace 25 años en Bancolombia y gerente de zona preferencial es Bogotá y tiene 8 zonas a cargo y yo soy una gerente de zona, el trabajaba en esta misma zona, yo llevo 6 años acá, él era gerente sucursal banca Colombia, tenía a su cargo aprobación de créditos y tarjetas de crédito, el cliente acude a las sucursales, entrega los documento sy el gerente debe enviarla al área de créditos, debe hacer el ejercicio de validación comercial, él tenía atribuciones pero no sé, era como 200 millones en ese cargo, yo tuve la oportunidad de conocerlo estando en zona norte, al segundo día me llaman de Palatino y me habían de un fraude del señor Efraín Daza, se sostuvo varias reuniones con el señor Daza, no estaba vencido pero después de un año y sin asistir a reuniones sumó 6 millones de pesos, tuve el manejo de esta situación, eso fue en el 2011, cuando se tuvo ese problema se hizo una comunicación con todos los gerentes de zona, yo hablé con mi equipo así que Luis Alfredo cuando fui jefe un día especifico y hablamos de una gerente que había estado ene l fraude, le conté con detalles por qué Efraín Daza, era de alto riesgo, él si conocía, no estuve inmiscuida, eso fue auditoria quién revisó todo, se encontraron los vínculos de las cuentas, ellos evidencian alertas, luego, se sientan con le jefe de la persona y manifiestan hallazgos y cuentan las medidas, me mostraron todo el reporte como jefe*

por zona, es el sistema de valor agregado pero depende del banco, depende si genera o no utilidad, depende de los inversionistas, ellos deciden en asamblea si hay o no bono, es una medición, el banco modifica las mediciones todos los años, si el banco decide que va hacer una inversión grande puede que no se reciba la bonificación porque son los accionistas quienes deciden, no es obligatorio y se tiene en cuenta las diferentes sucursales.".

Archivo 14, récord 4:55, EDWIN SALAZAR GARCÍA: "Trabajo hace 30 años en el banco en el área de nómina - liquidación, no he laborado en la misma sede del demandante, no he estado en gerencia, ni en sucursales, no estuve relacionado con el proceso de desvinculación del actor, liquidó los pagos de nómina de manera sectorizada, áreas administrativas y comerciales, un gerente gana un básico fijo y un variable siendo algo paralelo y depende de las metas y cumplimientos de condiciones organizacionales o corporativas (junta), dependen del periodo fiscal, metas de áreas como presidencia o gerencia, se tiene derecho siempre que se cumplan los estándares para este efecto, se paga por ciertos cumplimientos, otra dependencia del banco hace la liquidación de conceptos variables y ellos reportan a nómina, nosotros ejecutamos esos pagos, no me consta qué devengó el actor porque existe otra área es la encargada de monitorear esos pagos".

---

del demandante, lo que tengo entendido es que fue por trasferencia electrónica al actor, que le consignaron las personas que obtuvieron créditos, hay un sistema que es S400 donde se digita la cedula y da mucha información, sale todo lo que tiene en colocaciones, sale si esta embargado, en el caso de personas jurídicas, sale el RL, se tiene esa información a la mano, ese sistema lo tenemos todos los comerciales, se revisa ese cliente sea interna o externa para saber si conviene o no, hay unos apartes de conflictos de intereses a las políticas son estrictas para familiares y amigos, hay restricciones de la Superfinanciera, en el grado de amistad lo puede gestionar otra gerente, la idea es que no esté en la misma oficina de uno, se debe pasar a otra sucursal, el gerente no puede tener ningún vínculo con el cliente, no deben registrarse dineros, se debe revisar los documentos, se debe entender a qué se dedica el cliente, para qué quiere el dinero o crédito, hay entrevistas y demás, el demandante debía revisar a los clientes que fueron referidos mucho más cuando tiene una marcación de alerta, son chequeos, en el caso del señor Efraín las pérdidas fuero de 6 mil millones y luego 2 mil millones, lo último que supe es que Efraín se fue, eso arrancó en el 2011 y en ese entonces nos dijeron que habláramos con el equipo y contamos los detalles, yo hablé con él cuando ya era jefe, saliendo de la oficina de Santa Paula le conté a él los detalles, él sabía quién era Efraín, lo citamos, yo no estaba, le mostramos los hallazgos, no sé cómo lo citaron a él, se le informaron los hallazgos y él no mostró inconformidad alguna, Luis Alfredo se descompuso, él estaba acongojado, esas metas se generan de manera descentralizada, hay unas grupales, otras individuales otras por zona, esa el sistema de valor agregado pero depende del banco, es si el banco genera o no utilidad, depende de los inversionistas, ellos deciden en asamblea si hay o no bono, es una medición, el banco modifica las mediciones todos los años, si el banco decide que va hacer una inversión grande puede que no se reciba la bonificación porque son los accionistas quienes deciden".

Visto lo anterior y descendiendo al caso en concreto se tiene que, en el contrato de trabajo en la cláusula sexta, las partes acordaron:

> *"Convienen las partes que no constituirán factor salarial, ni quedaran incorporados al salario, las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad llague a recibir el TRABAJADOR de EL BANCO, como bonificaciones o gratificaciones ocasionales y lo que reciba EL TRABAJADOR en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones como gastos de representación, medios de transporte, viáticos, elementos de trabajo u otros semejantes y los beneficios y prestaciones extralegales que por causa del contrato reconozca EL BANCO.".*

Aunado a ello, existen acuerdos entre las partes de fecha 10 de noviembre de 2004 y 29 de junio de 2006, debidamente suscritos (archivo 01 y 02), que fueron denominados plan de gestión y sistema de valor agregado - acuerdo de carácter no salarial de bonificaciones extralegales, que a la letra indica:

> *"Entre los suscritos BANCOLOMBIA S.A., representado en este acto por Enrique González Bacci, por una parte, y Jesús Alfredo Giraldo Palomino, mayor de edad, identificado (a) como aparece al pie de su firma, quien actúa en nombre propio y en calidad de EMPLEADOR(A), convenimos lo siguiente:*
>
> *PRIMERO: BANCOLOMBIA S.A. tiene establecidos en forma unilateral y como mera liberalidad para unos grupos de empleados, entre los cuales se encuentra el (a) señor(a) Jesús Alfredo Giraldo Palomino, unos sistemas extralegales de reconocimiento denominados Plan de Gestión y Sistema de Valor Agregado SVA, los cuales pueden dar lugar en ocasiones, y bajo el cumplimiento de determinadas condiciones, al pago de bonificaciones extralegales unilaterales en favor del EMPLEADO(A).*
>
> *SEGUNDO: EL(A) EMPLEADO(A) declara conocer y acepta íntegramente la reglamentación establecida para ambos sistemas. Dichas reglamentaciones podrán ser cambiadas en cualquier momento de manera unilateral por parte del BANCOLOMBIA S.A., sin necesidad de notificación previa al EMPLEADO(A) ni otro tipo de requerimiento formal.*
>
> *De igual forma, el(a) EMPLEADO(A) conoce y acepta que, si el Banco así lo resuelve, el Plan de Gestión y el Sistema de Valor Agregado (SVA) podrán suprimirse de manera unilateral en cualquier momento por parte de BANCOLOMBIA S.A.*
>
> *TERCERO: Mediante el presente documento y en uso de sus facultades legales, las partes acuerdan en forma expresa que los pagos que habitual u ocasionalmente EL BANCO efectué o llegare a efectuar al EMPLEADO(A) directa o indirectamente, en desarrollo del Plan de Gestión o del Sistema de Valor Agregado (SVA), no constituyen factor salarial ni quedan incorporados al salario para ni8ngun efecto legal- laboral, de conformidad con el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo y demás normas complementarias o concordantes.".*

En estos términos, se tiene que las sumas denominadas bonificación por mera liberalidad – sistema de valor agregado – SVA-, tiempo de vacaciones, fideicomiso y permanencia, se pactaron como no constitutivos de salario, por cuanto así lo acordaron las partes desde el inicio del contrato de trabajo, otrosíes y el mismo acuerdo de carácter no salarial relacionado con antelación, por lo que en principio los pagos que pudo percibir el actor entre el 2001 al 2018 no son salariales. No obstante esta situación, es deber de esta Corporación entrar a verificar la finalidad de esos pagos para establecer si retribuían o no el servicio del señor JESÚS ALFREDO GIRALDO PALOMINO como gerente de sucursal; único cargo que fue ventilado en esta demanda.

En este sentido, se advierte, los deponentes recepcionados - MARIA CLARA RAMÍREZ TOBÓN y EDWIN SALAZAR GARCÍA, fueron enfáticos en indicar que el sistema de valor agregado no es salarial en la medida que depende de las directrices que tracen los directivos del banco, quiénes indican qué parámetros se deben tener en cuenta para los bonos como resultado de un análisis y el número de utilidades, es decir, estos bonos van dirigidos a los presidentes, gerentes y altos cargos del banco, teniendo la connotación de no salarial ya que son consecuencia de resultados globales. Sobre este punto, conviene mencionar la postura de la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, en sentencia SL 454 de 2018 frente a las retribuciones como premios entendidos estos, como incentivos, donde manifestó:

> *"…El Tribunal fundamentó su decisión, en lo que a este cargo atañe, en que no fue demostrado que los premios pagados al trabajador, retribuyeran el servicio prestado por este, y por ende, no constituyeron factor salarial para efectos prestacionales; que por el contrario, la prueba testimonial evidenció que el incentivo denominado «premios y concursos», era un estímulo a las ventas, a través de concursos organizados por la demandada para tal fin; que la cláusula de exclusión salarial suscrita por las partes, surtió plenos efectos, al igual que el concepto denominado prima de navidad, dado que ese pago, de acuerdo con el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo puede ser excluido por las partes como factor integrante del salario, como en efecto lo hicieron en este caso.*
>
> *(…)*
>
> *Si bien, no está expresamente consagrado el beneficio denominado «premios y concursos», su ausencia no implica una inclusión automática dentro de los factores integrantes del salario, como antes se dijo con apoyo jurisprudencial, sino que, indagada la prueba testimonial, se estableció que los mismos no retribuyen el servicio sino que son un premio por ventas en concursos citados por la empresa,* ***que no necesariamente estaban destinados al demandante, dadas las resultas de los mencionados concursos****…"*

Igualmente, la demandada BANCOLOMBIA S.A. aportó la relación de todos los pagos extralegales percibidos por el actor, estableciendo la Sala que en efecto, existieron los mismos, no obstante, éstos no fueron habituales ni se entregaron bajo el mismo concepto, nótese que en el 2001 el actor percibió 2 pagos, 2002 - 2 pagos, 2003 no hubo pagos, 2004 - 3 pagos, 2005 - 6 pagos, 2006 – 10 pagos, 2007 – 14 pagos, 2008 - 16 pagos, 2009 – 15 pagos, 16 – pagos, 2010 – 15 pagos, 2011 – 16 pagos, 2012 – 15 pagos, 2013 – 15 pagos, 2014 – 16 pagos. 2015 – 17 pagos, 2016 - 17 pagos, 2017 – 19 pagos y 2018 – 4 pagos, montos que si bien, en principio, pueden conllevar a concluir que remuneraban los servicios del actor (pagos referente al sistema de valor agregado – SVA), lo cierto es que se otorgaron por cumplimiento de metas globales, concepto que está debidamente consignado en el acuerdo no salarial, el cual fue creado para los trabajadores que ejercen cargos directivos en la entidad financiera y que no pueden beneficiarse de la convención colectiva existente en la sociedad financiera, situación que fue aceptada por el demandante al indicar que no es afiliado al sindicato y que por ende, percibía otros beneficios extralegales (récord 41:28, archivo 11).

Puntualmente, al verificarse los pagos que el banco realizó al demandante, conforme a la relación adjunta en el archivo 03, correspondiente a los años 2001 a 2018, se constata que la enjuiciada concedió en varias ocasiones la bonificación -SVA- pero no siempre con la misma periodicidad, es decir, al año podía recibir entre 1, 2, 3 o 4 pagos, lo que contradice el dicho del recurrente al indicar que era imposible que se generara dicho pago cada trimestre, por lo que, dichos conceptos no están llamados a integrar la base de liquidación prestacional del actor, dado que, los mismos fueron reconocidos por cuestiones ajenas a la labor propia de gerente de sucursal. Nótese, para su reconocimiento se debía seguir unos parámetros específicos de cumplimiento de metas o productividad global, siendo viable iterar, no se percibía por la gestión del señor JESUS ALFREDO GIRALDO PALOMINO, de modo que, los pagos por concepto de sistema de valor agregado SVA, son consecuencia de directrices de la junta de la entidad financiera.

De tal forma, concluye esta Sala que en esta litis se cumplen las condiciones de validez de este tipo de acuerdos de exclusión salarial, a saber: la formal y la

sustancial, consistente la primera en el acuerdo expreso de no constituir salario, tal como sucedió desde la suscripción del contrato de trabajo, otrosíes, y acuerdo del Sistema de Valor Agregado. Igualmente se constata la naturaleza del beneficio otorgado al actor ya que tiene un nexo ajeno a las funciones desempeñadas por el trabajador, teniendo plena validez jurídica estos pactos de exclusión salarial, pues no se observa una retribución individual o un pago que pretendiera evadir la carga prestacional que le asiste a todo empleador, por el contrario, se observa la entrega de unos beneficios grupales dirigidos a ciertos cargos directivos que no pueden beneficiarse de la convención colectiva.

De otra parte, no es de recibo considerar que la bonificación de junio y diciembre así como la prima de vacaciones pueda ser salarial cuando las partes pactaron el carácter de la misma, esto, atendiendo que la alta corporación ha avalado dicha situación, así discurrió la CSJ en sentencia SL 18110- 2016:

> *"Pues bien, conforme lo ha determinado la Sala en procesos seguidos contra la entidad bancaria demandada, cuyo criterio estima oportuno nuevamente reiterar -especialmente el vertido en sentencia CSJ SL 6794-2015-, no es posible concluir que las referidas primas están concebidas como una contraprestación directa del servicio, esto es, que con ellas se estuviera retribuyendo de manera inmediata la actividad laboral desplegada por los trabajadores.*
>
> *(…).*
>
> *En esa dirección, la prima de vacaciones se ha mantenido como una prestación relacionada intrínsecamente con el descanso remunerado que, como se sabe, es un beneficio laboral desprovisto de carácter salarial, porque durante el mismo no hay prestación del servicio.".*

Con relación al estímulo a la fidelidad o permanencia, siendo un concepto percibido por el actor, se destaca, el mismo se otorga a los trabajadores, por una sola vez, en cada una de las fechas de cumplimiento de años continuos de servicios, siendo una bonificación como estímulo a la fidelidad, no constitutiva de salario ni factor prestacional, es decir, no se retribuye las funciones propias de cada cargo sino la permanencia en la empresa. (ver archivo 06, página 38).

Al respecto, el carácter salarial de esta bonificación conocida comúnmente como – prima o bonificación por antigüedad- ha sido analizado por la Corte Suprema de Justicia en su Sala Laboral, al siguiente tenor (CSJ SL16794-2015):

"1. La no connotación salarial de las primas de vacaciones y antigüedad
Conforme lo ha determinado la Sala en procesos seguidos contra el Banco demandado, cuyo criterio estima oportuno nuevamente hoy reiterar, no es posible concluir que las referidas primas están concebidas como una contraprestación directa del servicio, esto es, que con ellas se estuviera retribuyendo de manera inmediata la actividad laboral desplegada por los trabajadores.

(...)

Igual conclusión cabe en cuanto a la prima de antigüedad. En efecto, inicialmente ***este beneficio surgió para gratificar la colaboración de los trabajadores al servicio del Banco****, de ahí que en las resoluciones números 9 y 14 de 1961, emitidas por la Junta Directiva del Banco (fl. 759- 760), se creó por primera vez esta prestación con el propósito de «****gratificar en dinero, a título de mera liberalidad, a aquellos empleados que hubieren colaborado con el Banco durante cierto período de tiempo»****. La bonificación por antigüedad, como su designación lo denota, se causaba por antigüedad de servicio, específicamente cada cinco años.*

En las negociaciones colectivas surgidas con posterioridad a su creación, la empresa y las organizaciones sindicales, decidieron darle rango convencional a este beneficio para asegurar su subsistencia y exigibilidad por los trabajadores, empero, se conservó su naturaleza no retributiva. De esta forma, en la convención colectiva de 1963 se consagró este derecho en los siguientes términos: «La empresa continuará pagando a sus empleados por cada cinco años de servicios continuos o discontinuos las bonificaciones de antigüedad decretadas por Resolución de Junta Directiva No. 14 de 1961» (fls. 644-648).

Como se puede advertir, lo que se hizo fue categorizar y consagrar en un instrumento bilateral y vinculante, la prima de antigüedad que ya había sido reconocida por la empresa, en aras de garantizar su continuidad. Empero, se preservaron sus características iniciales, entre ellas, su connotación no salarial.
Los acuerdos colectivos posteriores, variaron cuestiones accesorias como su monto en función de los años servicio o su denominación (prima, bonificación o gratificación por antigüedad); sin embargo, ninguno alteró sus propiedades definitorias.

De esta forma, la prima de antigüedad nunca tuvo la finalidad de retribuir directa y habitualmente los servicios prestados, ya que se creó como una gratificación y un estímulo por la permanencia de los trabajadores en la empresa, cuya configuración se ató a la antigüedad del trabajador concretada en un determinado número de años de servicio (5, 10, 15, 20, 25 o 30 años).

No sobra anotar que en el Banco demandado, las convenciones colectivas tienen una cierta peculiaridad, pues procuran por mantener la vigencia de las disposiciones consagradas en laudos, convenciones y reglamentos que no hayan sido superadas o modificadas en todo o en parte, por lo que para entender la esencia de cada uno de sus beneficios, es necesario dar cuenta de la sucesión normativa acaecida en la empresa.

En providencia CSJ SL, 20 oct. 2010, rad. 42333, esta Sala en relación con la prima de antigüedad, asentó:

> *En lo relacionado con la prima de antigüedad, se observa que nació como una gratificación que la demandada concedía a sus trabajadores por haber cumplido determinado tiempo de servicio, según la Resolución de Junta Directiva No. 9 del 22 de marzo de 1961. En las diversas convenciones colectiva de trabajo aportadas a los autos, aparece pactada en una suma determinada, por una sola vez, con referencia al sueldo devengado por el*

> *trabajador y su causación se da al cumplir el tiempo de servicio predeterminado, cuyo mínimo es de cinco años,* ***lo que posibilita entender que en realidad no tiene carácter retributivo, directo y habitual del servicio prestado, sino que se cancela por llegar a cierto número de años de servicio, es decir, como un estímulo a la perseverancia del empleado en sus labores, todo lo cual indica que no puede considerarse como factor de salario.".*** *(Negrilla de la Sala).*

En síntesis, si bien existen pagos adicionales por concepto de auxilios no constitutivos de salario, lo cierto es que éstos eran entregados con fines ajenos a una retribución del servicio individual, conservando la naturaleza no salarial, la cual fue pactada, características que, más allá de las formalidades y denominaciones si corresponden a lo dispuesto en el artículo 128 del C.S.T., que define los elementos que no integran esa categoría jurídica.

De lo hasta aquí motivado se concluye que no existe prueba de la que se pueda inferir cosa distinta a lo decidido por la *a quo* frente a los beneficios que devengó el actor durante su periodo de vinculación con BANCOLOMBIA S.A., de modo que no se comparte la tesis planteada por el apoderado de la parte demandante en el sentido que tales beneficios eran retributivos del servicio, ya que los mismos conceptos no eran percibidos como ya se dijo de manera habitual.

En ese sentido, tal y como lo ha expresado la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral, si bien la potestad de las partes para determinar que pagos no constituyen salarios no es absoluta, y encuentra su límite en la prohibición de desnaturalizar los pagos con carácter salarial, en este caso se evidencia el acuerdo de voluntades restándole naturaleza salarial a los pagos que **no** son consecuencia de la retribución directa del servicio, siendo válidos, adviértase, los mismos se entregaba por concepto de vacaciones, permanencia, cumplimientos organizacionales o globales, estando tal determinación acorde a la normatividad laboral.

En ese orden de ideas, como ya se anunció, los argumentos de la parte actora no tienen vocación de prosperidad, de ahí que se imponga la confirmación de la decisión de primer grado en ese puntualísimo aspecto, advirtiendo que no existió otro reproche puntual, relevándose la Sala del estudio de la indemnización moratoria al ser consecuencia del carácter salarial de las bonificaciones.

Agotada la competencia en esta instancia analizados los puntos objeto de apelación, habrá de confirmarse la decisión de primer grado, conforme a lo expuesto.

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 (36) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: 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 $1.160.000 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 SERGIO ANTONIO CUELLAR PULIDO CONTRA ORDOÑEZ UBERLANDIA S.A.S. (RAD. 36 2020 00417 01).

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre 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 y el demandante contra la sentencia proferida por la Juez (36) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el día 31 de marzo de 2023 (*14ActaFallo, récord 47:58*), en la que se resolvió:

> *"**PRIMERO: DECLARAR** que entre el señor SERGIO ANTONIO CUELLAR PULIDO y ORDOÑEZ UBERLANDIA S.A.S existió una relación de carácter laboral entre el 31 de marzo de 2017 al 21 de noviembre de 2017.*
>
> ***SEGUNDO: DECLARAR** que el salario percibido por el demandante durante la relación laboral ascendió a la suma de siete millones de pesos $7.000.000 mensuales.*
>
> ***TERCERO: DECLARAR** que la terminación de la relación laboral fue sin justa causa por parte del empleador.*
>
> ***CUARTO: CONDENAR** a la demandada ORDOÑEZ UBERLANDIA S.A.S a pagar:*
>
> *- Como indemnización por despido sin justa causa **$7.000.000**.*
> *- Cesantías $4.491.666*
> *- Intereses a las cesantías: $ 345.858*
> *- Vacaciones: $2.245.833*
> *- Prima de servicios del segundo semestre: $1.370.833,33*
>
> ***QUINTO: CONDENAR** en costas a la demandada en cuantía de 1 SMLMV a favor del demandante por concepto de agencias en derecho.*
>
> ***SEXTO: DECLARAR** parcialmente probada la excepción de prescripción".*

Inconforme con la decisión, el apoderado del demandante interpuso recurso de apelación[1], exponiendo su desacuerdo frente al numeral 1º del fallo, relacionado con los extremos contractuales, estos son, 31 de marzo de 2017 al 21 de noviembre de 2017 al considerar, que la *a quo* se equivocó en ese aspecto por cuanto hay suficiente material probatorio como los interrogatorios de parte y testimonios, así como el contrato de prestación de servicios, cuyo texto fue presentado de manera física por el propio demandado, en donde se da cuenta que la relación de trabajo empezó el 1º de octubre de 2016 y terminó el 29 de noviembre de 2017, luego entonces hay un error en la sentencia, al considerar

[1] ***Recurso Demandante, récord: 51:39, archivo 14****: "Interpongo, recurso de apelación ante la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá respecto de los siguientes ítems que sustentó inmediatamente:*

En primer lugar, estoy en desacuerdo con el numeral 1 de la parte resolutiva de su fallo, en cuanto establece que la relación laboral existió desde el 31 de marzo de 2017 al 21 de noviembre de 2017 y considero su señoría que se equivocó en ese aspecto por cuanto hay suficiente material probatorio que no solo de los interrogatorios de parte de los testimonios, sino del mismo contrato de prestaciones de servicios, en cuyo texto fue presentado de manera física por el propio demandado, en donde se da cuenta que la relación de trabajo empezó el 1º primero de octubre del año del año 2016 y terminó el 29 de noviembre de 2017, luego entonces hay un error en la sentencia, al considerar que la relación fue del 31 de marzo 2017 a 21 de noviembre 2017 y consecuencialmente su señoría, se tendría que como realmente fue del 1º de octubre de 2016 a 29 de noviembre de 2017 si hay lugar a condenar a la sanción establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por cuanto sí existió la obligación del empleador de consignar las cesantías a más tardar el 14 de febrero del año 2017.

Al considerar que el empleador obró de buena fe, considero que hay un grave error de apreciación del material probatorio, porque la mala fe del empleador aquí es flagrante, al respecto es palmaria la fe de la empresa, habida cuenta de que su representante legal dice que el demandante lo acompañaba cuando se encontraban en una cafetería a tomar tinto y que el trabajador nunca pisó la sede de la empresa y que entonces y tendría capacidad para las labores que realizaba porque solo tenía bachillerato. Siendo evidente preguntarse cómo es que un veterano comerciante que tiene un establecimiento de Comercio como hamburguesas del rodeo con 18 puntos de venta en la ciudad, contrata a una persona que, según dijo, conoce a hace más de 40 años y le paga $7.000.000 mensuales durante 14 meses para que lo acompañe a tomar tinto, Esta excusa, es pueril, le pagaba 10 salarios mínimos para que lo acompañara a tomar tinto.

La Corte Suprema de Justicia, Señoría, en un caso similar al que nos ocupa acá consideró "solamente cuando el empleador tiene razones poderosas y jurídicas para discutir la calidad del contrato por el celebrado. Puede decir decirse que existe buena fe de su parte y, por consiguiente, no debe ser condenado al pago de esta prestación, a lo que agrega lo que le establece la jurisprudencia cita es que el empleador debe demostrar sus razones poderosas y jurídicas, y, como bien se advierte el Tribunal no se refiere para nada de esas razones", Para ellos parece que la demandada haya negado la relación laboral hasta con términos que ofenden la dignidad humana, la demandada no se negó a que el trabajador siquiera pisara la sede de la empresa, las declaraciones del representante legal de la empresa atentan contra la dignidad que la Constitución Política reconoce al trabajador porque lo reduce a prácticamente a un parásito que no merecía el salario que se ganaba porque simplemente se lo ganaba por ir a acompañarlo. La jurisprudencia que estoy citando habla de la dignidad del trabajador cuando lo comparan en este caso, obviamente, como si fuera una persona que fuera un desechable que no hubiera ido a trabajar nunca. El caso es más o menos el mismo. Aquí el señor está diciendo que nunca iba por allá a trabajar y entonces se me haría de este hecho no se puede deducir de ninguna manera que hay buena fe porque la Corte está diciendo que la buena fe no es simplemente negar la existencia del contrato, sino que tiene que haber argumentos poderosos y jurídicos que sustenten su buena fe.

Por esa razón, su Señoría creo que no es correcto decir que este señor Daniel Ordóñez, del representante de la empresa legal, tenía buena fe, creo que de los testimonios de la conducta observada por el señor en el interrogatorio de parte se deduce claramente que hay una mala fe. Por esa razón, considero que al encontrarse que hay mala fe, sí procede la indemnización consagrada en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo. Por esa razón, En resumen, su Señoría, mi apelación, repito, se circunscribe a dos aspectos fundamentales, el primero a los extremos temporales de la relación laboral que repito, son según las pruebas allegadas con el expediente desde el primero de octubre del año 2016 al 19 de noviembre del año 2017 y en segundo lugar a que las pruebas permiten deducir que no hay buena fe del empleador y que por esa razón debe condenársele a pagar todas las sanciones, moratorias que establece el Código sustantivo del trabajo. Señorita dejó así sustentado mi recurso de apelación. Muchas gracias.".

que la relación fue del 31 de marzo 2017 al 21 de noviembre 2017, consecuencialmente con ello, hay lugar a condenar a la sanción establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por cuanto sí existió la obligación del empleador de consignar las cesantías a más tardar el 14 de febrero del 2017.

En su sentir, al considerar que el empleador obró de buena fe, hay un grave error de apreciación del material probatorio, porque la mala fe del empleador es flagrante y palmario, habida cuenta de que el representante legal afirmó que el demandante lo acompañaba cuando se encontraban en una cafetería o se veían para tomar tinto, que el trabajador nunca pisó la sede de la empresa, que no tendría la capacidad para las labores que realizaba porque solo tenía bachillerato, siendo evidente preguntarse cómo es que un veterano comerciante que tiene un establecimiento de comercio como hamburguesas del Rodeo con 18 puntos de venta en la ciudad, contrata a una persona que, según dijo, conoce a hace más de 40 años y le pagó $7.000.000 mensuales durante 14 meses para que lo acompañe a tomar tinto.

Al efecto, citó, la Corte Suprema de Justicia, donde expuso en un caso similar: *“solamente cuando el empleador tiene razones poderosas y jurídicas para discutir la calidad del contrato por él celebrado, puede decirse que existe buena fe de su parte y, por consiguiente, no debe ser condenado al pago de esta prestación, a lo que agrega lo que le establece la jurisprudencia en cita es que el empleador debe demostrar sus razones poderosas y jurídicas, y, como bien se advierte el Tribunal no se refiere para nada de esas razones”.*

Añadió, la demandada no se opuso a la presencia del actor en la sede de la empresa, así como las declaraciones del representante legal de la empresa atentan contra la dignidad que la Constitución Política reconocida al trabajador porque lo redujo al afirmar que no merecía el cargo. La jurisprudencia habla de la dignidad del trabajador cuando lo comparan, en este caso, se dirigen al actor como si fuera una persona -*desechable*- que no hubiera trabajado nunca, de manera que no hay buena fe porque la Corte está diciendo que la buena fe no es simplemente negar la existencia del contrato, sino que tiene que haber argumentos poderosos y jurídicos que sustenten su buena fe.

Por esa razón, no es correcto decir que el representante de la empresa tenía buena fe, los testimonios dan cuenta de la conducta de la empresa, asimismo, del interrogatorio de parte se deduce claramente que hay una mala fe, por esa razón, al encontrarse que hay mala fe, procede la indemnización consagrada en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

Concluyó, la apelación se circunscribe a dos aspectos fundamentales, el primero a los extremos temporales de la relación laboral, siendo estos el 1º de octubre de 2016 al 29 de noviembre del año 2017 y en segundo lugar a que las pruebas permiten deducir que no hay buena fe del empleador y que por esa razón debe condenársele a pagar todas las sanciones moratorias que establece el Código Sustantivo del Trabajo.

Por su parte, la demandada alegó[2], con anterioridad al 31 de marzo de 2017, todos los derechos laborales han prescrito, así como no es procedente que una

[2] ***Recurso Demandada, récord: 57:55, archivo 14: "****Doctora, me permito presentar el respectivo recurso de apelación, primero dando a conocer los siguientes puntos, anterior al 31 de marzo de 2017, todos los derechos laborales han prescrito al final de los periodos en que fue declarada la presunta relación laboral. En efecto, considero que es una relación laboral que, si se va a condenar con base en testimonios que no tienen sustento en materia probatoria alguna. Yo creo que se debería desde el 31 de marzo, que es donde presuntamente dicen que existe una relación laboral. No estoy aceptando la relación, obviamente que el señor Sergio Antonio Cuéllar desconocía la existencia de una relación laboral solo hasta que el fallo de segunda instancia del proyecto 2009153, menciona que presuntamente tenía una relación con ordenes laboral por un contrato de préstamo por un buen trato personal.*

Y procedo a lo siguiente, que el trabajador en su demanda no ha llegado ninguna prueba documental que sustente los hechos y pretensiones expuestos en la demanda, como lo puede ser que fue director administrativo y financiero de la sociedad Ordóñez, mucho menos prueba documentalmente que revisaba las cámaras o que era encargado de manejar otras áreas. Con la contestación a la demanda se allegó el contrato civil donde se enuncia específicamente el objeto del mismo asesoría en todo lo relacionado con el funcionamiento de la empresa, con derecho a pedir explicaciones al Departamento de Contabilidad, contrato debidamente rubricado por las partes, sin que existiera vicio alguno del consentimiento, que como bien lo señaló la testigo Gloria Villalobos, el funcionario recibió honorarios por $7.000.000 de pesos mensuales provenientes del peculio del señor Daniel Osorio, nunca de la nómina o cuentas de la sociedad por mi representada, lo mismo señalan los testigos que presentó el demandante, ellos nunca testifican que Ordóñez pagará un solo peso por temas de salario o prestaciones sociales del trabajador que demandaron, señalaron los testigos que tiene un papel civil acompañado al contratante. El señor Daniel Ordóñez, aceptó en el interrogatorio que era un verdadero contratante y que no solo lo acompañaba en reuniones presenciales, sino que era su amigo. Esto también lo presenta todos los testigos, le conducía su vehículo personal y andaban para arriba y para abajo, como se dice vulgarmente como buenos amigos que llegaron a ser en ese periodo, que el señor Sergio Antonio Cuéllar era plenamente consciente que la relación única y exclusiva con el señor Daniel Ordóñez y aquí denunció ante la URI de Kennedy el primero de febrero de 2018, fecha posterior a la finalización del vínculo contractual entre el señor Daniel y Sergio Antonio Cuéllar, que el demandante en interrogatorio de parte igualmente acepta, haber expuesto esta afirmación ante la autoridad legal enunciada. No es extraño que posterior a la finalización de su relación civil, el ex funcionario señaló ante una autoridad de forma autónoma y sin que medie consentimiento alguno, su relación exclusiva con Daniel Ordóñez, ya que está manifestando que tenía una relación, el demandante tenía plena conciencia de haber cursado una relación laboral con el azar, porque el proceso análogo 2019 153, no demandó a la sociedad Ordóñez Hernández como responsable solidario de sus presuntas acreencias y derechos laborales que tanto los testigos de la pasiva como de la activa anuncian no haber visto nunca, que el representante legal de la sociedad brindará diera algún tipo de orden al señor más bien vislumbra un actuar autónomo del hoy demandante que no se cumple los requisitos expuestos en el artículo 23 del Código Sustantivo de Trabajo, el demandante nunca probó documentalmente y los testigos tampoco manifestaron recientemente desde algún horario, siempre indicaron que el demandante asistía única y exclusivamente cuando se presentaba el señor Daniel Ordóñez al a azar. Adicional refieren todos, salvo el testigo masculino, que a su vez recalcó al despacho que no tenía el más mínimo conocimiento de la operación administrativa por ser un proveedor externo en carne, que el señor Sergio Antonio Cuéllar le hubiera realizado un proceso disciplinario del área del alimento humano. Que el señor Le hubieran realizado proteger titulares desde el área de talento humano de ordeño, hubiera recibido órdenes, directrices o mandatos desde talento humano o nómina o cualquier otro departamento de la SAS que contrario a los puertos de teléfono de la señora Sandra Milena Jiménez Beltrán, director a comercial, Sergio Antonio Cuellar no podía ser el jefe directo de la funcionaria, en el entendido que el jefe directo de la misma era el doctor Daniel Ordóñez, Gerente general, mismo que la contrató como director comercial. El demandante no prueba que era el cargo de director financiero. No hay ninguna prueba que repose de eso en el expediente por cuanto en la demanda, no se relaciona un cargo específico, sino que únicamente el presunto objeto del contrato, el objeto del contrato fue la revisión de cuentas por pagar al visto bueno para su firma, coordinar compras del periodo o los proveedores., eso es lo que él en la demanda se señala.

relación laboral se establezca con base en testimonios que no tienen sustento en materia probatoria alguna.

Al respecto, planteó, el extremo inicial debe ser el 31 de marzo, que es donde presuntamente dicen que existe una relación laboral, esto, sin que se acepte la relación, ya que el señor Sergio Antonio Cuéllar desconocía la existencia de una relación laboral solo hasta que el fallo de segunda instancia del proyecto 2009 - 00153, mencionó que presuntamente tenía una relación de índole laboral con la persona jurídica.

Añadió, el demandante no allegó ninguna prueba documental que sustente los hechos y pretensiones expuestos en la demanda, dirigidas a que fungió como Director Administrativo y Financiero de la sociedad Ordóñez, mucho menos, prueba documental sobre la revisión de las cámaras o que era encargado de manejar otras áreas. En su lugar, junto con la contestación se arrimó el contrato civil donde se enuncia específicamente como objeto la asesoría en todo lo relacionado con el funcionamiento de la empresa, con derecho a pedir explicaciones al Departamento de Contabilidad, contrato debidamente rubricado

---

No pudo probar cuáles eran las supuestas preguntas que le había hecho el demandante al momento de su contratación como presunto entrevistador, lo que lleva un manto de duda, ni con los testimonios. Tampoco hay prueba documental que la acompañará a los puntos de venta o calificará o revisar el trabajo, incluso una persona que, según el interrogatorio del actor, no tenía el bachillerato, solamente tenía experiencia y no podía ser Director Comercial, financiera o administrativo de una SAS que para la fecha, Sandra, Milena, Beltrán y Ángel y Angelita Palomo, señalan que el demandante realizaba su objeto contractual desde la misma oficina que el gerente, lo que entra en contravía de la reforma de la demanda que se hace de una oficina con computadoras de Internet, impresora y demás implementos usuales en una oficina, tendiendo un manto de duda sobre la prestación del servicio. Angie, Melissa, perdón, nos indica que en el 2018 el señor Sergio Antonio Cuéllar ocupó el cargo de Director Administrativo, un cargo nunca señalado por el demandante en la reforma la reforma ni en la demanda inicial y que para esta fecha el contrato llevaba casi 3 meses de haber sido finalizado ahí que una respuesta será negativa y no precisa, ya que ella manifestaba haber estado a varios metros de la oficina del señor Daniel, por lo que veo tengo directo de TV de la gerencia, lo que tenía, lo que también denuncia la señora Aguirre.

La terminación del 21 de noviembre del 2017 del contrato civil se dio por temas contractuales del demandante ante su ausencia desde el 21 de noviembre de 2017 y el demandante nunca llegó, motivándose en incumplimientos contractuales, por lo que no hay razones de estudio injustificado. Los testigos, informaron que nunca existieron órdenes y directrices o procesos disciplinarios desde los representantes de talento humano y contabilidad, por lo que en caso de una condena que tenía sorpresivo, ya que todos, venían personalmente, como así lo manifestó el señor Daniel y lo manifestó y logró porque el demandante en un proceso en el 2019 153 demanda a la persona natural y al sentirse perdido, ataque y demandas de pruebas documentales a una persona jurídica que únicamente le conocía como asesor externo.

En su calidad de persona natural, la presión de las figuras del Código Sustantivo de Trabajo se rompe en todos los elementos. Contratos realidad, no hay prueba alguna de subordinación. No existen llamados de atención anteriormente por parte de la contratación, el desarrollo es contractual y la finalización de la relación, si nunca interfiere la paz, es decir, los dueños Uberlandia SAS única y exclusivamente las personas naturales que supuestamente inician un contrato de naturaleza civil sin que medie el vicio del consentimiento alguno o algún grado de consentimiento y la interferencia nunca en el proceso de contratación de finalización o de pago de honorarios de ningún departamento. Y finalmente, si llegara a mediar al grado de relación diferente a la civil, sería única y exclusiva entre Daniel y Sergio Antonio Cuéllar, a quien debió llevar al presente proceso por ser quien firmó en calidad de persona natural un contrato de naturaleza civil con él".

por las partes, sin que existiera vicio alguno del consentimiento, que como bien lo señaló la testigo Gloria Villalobos, el funcionario recibió honorarios por $7.000.000 de pesos mensuales provenientes del peculio del señor Daniel Osorio, nunca de la nómina o cuentas de la sociedad de la empresa demandada, lo mismo señalan los testigos que presentó el demandante, ellos nunca testificaron que Ordóñez pagara un solo peso por temas de salario o prestaciones sociales del trabajador que demandaron.

El señor Daniel Ordóñez, aceptó en el interrogatorio que era un verdadero contratante y que no solo lo acompañaba en reuniones presenciales, sino que era su amigo. Esto también lo afirmaron todos los testigos, ya que indicaron que el demandante conducía el vehículo personal y andaban para arriba y para abajo, como buenos amigos que llegaron a ser en ese periodo, que el señor Sergio Antonio Cuéllar era plenamente consciente de la relación única y exclusiva con el señor Daniel Ordóñez y así lo denunció ante la URI de Kennedy el 1º de febrero de 2018, fecha posterior a la finalización del vínculo contractual entre el señor Daniel y Sergio Antonio Cuéllar. No es extraño que posterior a la finalización de su relación civil, el actor señaló ante una autoridad de forma autónoma y sin que medie consentimiento alguno, su relación exclusiva con Daniel Ordóñez, ya que el demandante tenía plena conciencia de haber cursado una relación laboral al azar, porque en el proceso análogo 2019 -00153, no demandó a la sociedad Ordóñez Hernández como responsable solidario de sus presuntas acreencias y derechos laborales así como en ese proceso no se evidenciaron los elementos del artículo 23 del Código Sustantivo de Trabajo.

Explicó, el demandante nunca probó documentalmente y los testigos tampoco manifestaron horario, siempre indicaron que el demandante asistía única y exclusivamente cuando se presentaba el señor Daniel Ordóñez, adicionalmente el testigo masculino, indicó que no tenía el más mínimo conocimiento de la operación administrativa por ser un proveedor externo de carne, no conoció si al señor Sergio Antonio Cuéllar le realizaron proceso disciplinario por parte del área de recursos humanos, en síntesis, no le consta si el actor recibia órdenes, directrices o mandatos desde talento humano o nómina o cualquier otro departamento de la S.A.S.

Sumó, el señor Sergio Antonio Cuellar no podía ser el jefe directo de la funcionaria Sandra Milena, en el entendido que el jefe directo de la misma era el doctor Daniel Ordóñez, Gerente General, mismo que la contrató como Directora Comercial, no hay ninguna prueba que repose en el expediente por cuanto en la demanda, no se relaciona un cargo específico, sino que únicamente el presunto

objeto del contrato, fue la revisión de cuentas por pagar y coordinar compras de los proveedores. No se pudo probar cuáles eran las supuestas preguntas que le había hecho el demandante al momento de su contratación como presunto entrevistador, lo que lleva un manto de duda, no existe prueba del desplazamiento a los puntos de venta o que calificará o revisará el trabajo, incluso cuando se trataba de una persona que, según el interrogatorio del actor, no tenía el bachillerato, solamente tenía experiencia y no podía ser Director Comercial, Financiera o Administrativo de una S.A.S.

Expuso, las señoras Sandra Milena Beltrán y Angie Palomo, señalaron que el demandante realizaba su objeto contractual desde la misma oficina, que el gerente, lo que va en contravía de la reforma de la demanda, al plasmarse que el actor contaba con una oficina con computadores e Internet, impresora y demás implementos de oficina, tendiendo un manto de duda sobre la prestación del servicio.

Adicionó, la terminación del 21 de noviembre del 2017 del contrato civil se dio por temas contractuales del demandante ante su ausencia desde el 21 de noviembre de 2017 dado que nunca llegó, motivándose en incumplimientos contractuales.

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 SERGIO ANTONIO CUELLAR PULIDO en este ordinario, las pretensiones relacionadas a páginas 7 y 8 del archivo 01 y páginas 4 y 5 del archivo 05 – reforma- del expediente digital, las cuales encuentran fundamento en los hechos consignados a páginas 3 a 4, ibidem, aspirando:

> ***"PRIMERA:*** *Que se declare que entre ORDOÑEZ UBERLANDIA S.A.S. y SERGIO ANTONIO CUELLAR PULIDO, existió una relación de trabajo desde el primero (1) de octubre de 2016, hasta el veintiuno (21) de noviembre de 2017, sin solución de continuidad, según regulación de los arts. 22, 23 y 24 del Código Sustantivo del Trabajo.*
>
> ***SEGUNDA:*** *Que se declare que, entre las partes, durante el curso de la relación laboral, se pactó un salario básico mensual de siete millones ($7.000.000.00) de pesos mensuales.*
>
> ***TERCERA:*** *Que se declare que SERGIO ANTONIO CUELLAR PULIDO fue despedido sin justa causa.*

CUARTA: *Que como consecuencia, se condene a ORDOÑEZ UBERLANDIA S.A.S. a pagar a SERGIO ANTONIO CUELLAR PULIDO la sanción por despido injustificado, según regulación del art. 64 del Código Sustantivo del Trabajo.*

QUINTA: *Que se declare que ORDOÑEZ UBERLANDIA S.A.S. no pagó a SERGIO ANTONIO CUELLAR PULIDO las cesantías con sus intereses del año 2016.*

SEXTA: *Que como consecuencia, se condene a ORDOÑEZ UBERLANDIA S.A.S. a pagar a SERGIO ANTONIO CUELLAR PULIDO las cesantías del año 2016.*

SEPTIMA: *Que como consecuencia, se condene a ORDOÑEZ UBERLANDIA S.A.S. a pagar a SERGIO ANTONIO CUELLAR PULIDO los intereses de las cesantías del año 2016.*

OCTAVA: *Que como consecuencia, se condene a ORDOÑEZ UBERLANDIA S.A.S. a pagar a SERGIO ANTONIO CUELLAR PULIDO un día de salario por cada día de mora en el pago completo de las cesantías, desde el catorce (14) de febrero de 2017, conforme a lo previsto por la Ley 50 de 1990, art. 99, numeral 3°.*

NOVENA: *Que se declare que ORDOÑEZ UBERLANDIA S.A.S. no pagó a SERGIO ANTONIO CUELLAR PULIDO la prima de servicios de año 2016.*

DECIMA: *Que como consecuencia, se condene a ORDOÑEZ UBERLANDIA S.A.S. a pagar a SERGIO ANTONIO CUELLAR PULIDO la prima de servicios del año 2016.*

UNDECIMA: *Que se declare que ORDOÑEZ UBERLANDIA S.A.S. no concedió a SERGIO ANTONIO CUELLAR PULIDO las vacaciones anuales.*

DUODÉCIMA*: Que como consecuencia, se condene a ORDOÑEZ UBERLANDIA S.A.S. a pagar a SERGIO ANTONIO CUELLAR PULIDO las vacaciones anuales.*

DECIMOTERCERA: *Que se declare que ORDOÑEZ UBERLANDIA S.A.S. no pagó a SERGIO ANTONIO CUELLAR PULIDO la liquidación de prestaciones sociales a la finalización del contrato de trabajo.*

DECIMOCUARTA: *Que como consecuencia, se condene a ORDOÑEZ UBERLANDIA S.A.S. a pagar a SERGIO ANTONIO CUELLAR PULIDO un día de salario por cada día de mora en el pago de las deudas laborales, según regulación del art. 65 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado Ley 789 de 2002, art 29.*

DECIMOQUINTA: *Que se declare que ORDOÑEZ UBERLANDIA S.A.S. no pagó los aportes a pensión del trabajador SERGIO ANTONIO CUELLAR PULIDO, en un fondo de pensiones.*

DÉCIMOSEXTA: *Que como consecuencia, se condene a ORDOÑEZ UBERLANDIA S.A.S. a pagar los aportes a pensión del trabajador SERGIO ANTONIO CUELLAR PULIDO, en un fondo de pensiones.*

DECIMOSÉPTIMA: *Que se declare que ORDOÑEZ UBERLANDIA S.A.S. omitió informar a SERGIO ANTONIO CUELLAR PULIDO, dentro de los sesenta días siguientes a la terminación del contrato, el estado de pago de las cotizaciones de Seguridad Social y parafiscalidad sobre los salarios de los últimos tres meses anteriores a la terminación del contrato, adjuntando los comprobantes de pago que los certifiquen.*

DECIMOCTAVA: *Que como consecuencia, se condene a ORDOÑEZ UBERLANDIA S.A.S. a pagar a SERGIO ANTONIO CUELLAR PULIDO, un día de salario por cada día de mora, según regulación del art. 65 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado Ley 789 de 2002, art 29.*

DECIMONOVENA: *Que se declaren a favor del trabajador demandante SERGIO ANTONIO CUELLAR PULIDO, ultra petita y extra petita, todos los derechos y prestaciones que la legislación le otorgue y que surjan probados en el curso del proceso ordinario laboral.*

VIGÉSIMA: *Que se condene en costas al demandado.”.*

Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus aspiraciones, por cuanto se declaró que entre el señor SERGIO ANTONIO CUELLAR PULIDO y ORDOÑEZ UBERLANDIA S.A.S., existió una relación de carácter laboral entre el 31 de marzo de 2017 al 21 de noviembre de 2017, devengando como salario la suma de $7.000.000 mensuales, se declaró que la terminación de la relación laboral fue sin justa causa por parte del empleador, se condenó a la demandada al pago de indemnización por despido sin justa causa, prestaciones sociales (prima del segundo semestre), vacaciones, se declaró probada parcialmente la excepción de prescripción y se condenó en costas. **Lo anterior, tras considerar la *a quo***, con las pruebas recaudadas, sobre todo las declaraciones de Angie Melissa Palomo y Sandra Milena Jiménez, se establece que el señor Sergio Antonio Cuéllar Pulido prestó sus servicios de manera personal en las instalaciones de la empresa Ordóñez Uberlandia como asesor del gerente, extrajo que el señor Sergio Antonio Cuéllar Pulido se encargó de brindar acompañamiento cuando se presentaban inconvenientes y brindar soluciones a los mismos empleados de la empresa, así como, previo a la llegada del Director Administrativo de la empresa, el actor firmaba órdenes de compras, entre otras actividades propias de un trabajador de la empresa.

Estimó la juzgadora, los testigos fueron consecuentes en afirmar que el demandante tenía un escritorio asignado para para su uso personal dentro de las instalaciones de la compañía y utilizaba la papelería de la empresa. Además, contaba con un correo electrónico institucional por el cual impartía instrucciones a los demás colaboradores, teniendo a su cargo la función de vigilar las cámaras de seguridad de los puntos de venta de Ordóñez Uberlandia, por lo que, si bien pudo suscribir contratos de prestación de servicios con la empresa demandada, lo cierto es que se desempeñó como trabajador de Uberlandia S.A.S. por cuanto todas y cada una de las labores desarrolladas tenían una íntima relación con el negocio que desarrolla la persona jurídica demandada. De hecho, era reconocido por los trabajadores de la empresa como parte de su -staff-, al punto que le consultaban sobre temas relacionados con el giro normal de las actividades de la empresa.

Frente a la excepción de prescripción, expuso, la relación laboral feneció el 21 de noviembre del 2017 y la demanda fue interpuesta el 29 de octubre del 2020, luego se encontrarían prescritos todos los derechos que se hicieran exigibles antes del 29 de octubre del 2017, esto es, la prima de servicios del primer semestre del año 2017, dado que el resto de las acreencias laborales que se reclaman se harían

exigibles a la finalización del vínculo laboral, accediendo al pago de prestaciones sociales y vacaciones.

Con relación a la indemnización por despido, adujo, el señor Daniel Alberto Ordóñez Romero como representante legal de la pasiva, confesó que fue el mismo quien terminó la relación laboral con el señor Sergio Antonio Cuéllar Pulido, con lo cual se encuentra demostrada la terminación unilateral del contrato a instancias del empleador y como quiera que no se establece en dicha comunicación cuál es la causal del despido, se accedió a esta condena, conforme a lo previsto en el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo.

Ahora bien, **debe advertirse**, si bien la juzgadora se pronunció en la parte considerativa frente a las pretensiones dirigidas al pago de los aportes pensionales y sanción e indemnización moratoria, previstas en los artículos 99 de la Ley 50 de 1990 y 65 del C.S.T., respectivamente., **lo cierto es que la decisión no quedó consignada en la parte resolutiva de la sentencia (audio audiencia archivo 14, récord 47:58).** Pese a ello y para un mejor análisis, se indica, la *a quo* consideró que es procedente el pago de los aportes pensionales bajo la figura del cálculo actuarial en el interregno del 31 de marzo del 2017 al 21 de noviembre del mismo año, tomando como ingreso base de cotización la suma de $7.000.000. Igualmente, no estimó procedente la sanción por no consignación de las cesantías en la medida que, según las reglas de la Ley 50 de 1990 la empresa está obligada a consignar las cesantías a más tardar el 15 de febrero del año siguiente a su causación y en este caso, el contrato finalizó antes de esa fecha, no surgiendo la obligación de consignar la prestación. Frente a la indemnización moratoria, encontró acreditada la buena fe de la empresa al actuar bajo la convicción de que existía un verdadero contrato de prestación de servicios.

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 y el demandante, 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 ORDOÑEZ UBERLANDIA S.A.S. se opone al afirmar que se trató de un contrato de índole civil el cual tenía por objeto asesorar al representante legal como persona natural en las diferentes gestiones y negocios que pretendía hacer, así mismo debía asesorar en todo lo relacionado con el funcionamiento de la empresa con derecho a pedir todas las explicaciones en general que estime necesarias al área de contabilidad de la empresa, 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 ORDOÑEZ UBERLANDIA S.A.S. 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.T. se podría presumir la existencia de un contrato de trabajo entre las partes aquí en contienda**, correspondiendo por tanto a la citada sociedad demandada 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[3].

De modo que, atendiendo a los argumentos de dicho accionado en su alzada, procede la Sala con el estudio del acervo probatorio vertido en 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,

---

[3] *«Sea lo primero recordar que tal y como lo ha reiterado esta Sala, para la configuración del contrato de trabajo se requiere que esté demostrada la actividad personal del trabajador a favor del demandado, y en lo que respecta a la continuada subordinación jurídica –que es el elemento característico y diferenciador de toda relación de carácter laboral-, no es menester su acreditación cuando la primera se hace manifiesta, pues en tal evento, lo pertinente es hacer uso de la prerrogativa legal prevista en el artículo 24 del Código Sustantivo de Trabajo modificado por el artículo 2.º de la Ley 50 de 1990, según el cual «se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo».*

*De acuerdo con lo anterior, al actor le basta **con probar en el curso de la litis su actividad personal, para que se presuma en su favor el vínculo laboral, y es al empleador a quien le corresponde desvirtuar dicha presunción, evidenciando que la relación fue independiente y no subordinada**.".*

demostrándose que las actividades fueron desarrolladas con total autonomía por parte del accionante.

En este orden, se aportaron como pruebas documentales relevantes:

- Declaración extra juicio rendida el 16 de octubre de 2020 por el señor GUZMAN MORENO JOSÉ ORLANDO, en la que manifestó (archivo 01, pág. 32):

> **CUARTO:** "Manifiesto que rindo esta declaración extra proceso bajo la gravedad del juramento a sabiendas de las implicaciones legales del falso juramento y que la realizo bajo mi entera responsabilidad. SEGUNDO: que mis generales de ley son como han quedado anotados. TERCERO: que conozco de vista trato y comunicación desde hace aproximadamente 25 años al señor SERGIO ANTONIO CUELLLAR PULIDO quien se identifica con la Cédula de Ciudadanía No.79.047.375 y que me consta que entró a laborar en la empresa ORDÓNEZ UBERLANDIA S.A.S. (HAMBURGUESAS DEL RODEO), identificada con el NIT: 830.100.814-9, desde octubre del 2016 hasta noviembre de 2017, porque yo trabaje en esa misma época como mensajero de esta empresa ORDÓÑEZ UBERLANDIA S.A.S. (HAMBURGUESAS DEL RODEO), en las instalaciones que quedan ubicadas en la Carrera 59 D No. 131A-25 de Bogotá, D.C., y allí laboré durante 13 años. CUARTO: manifiesto además que yo era una de las personas que más temprano entraba a la empresa mencionada y me consta que el señor ANTONIO CUELLAR, llegaba a estas instalaciones a las 8:00 a.m. y salía a las 5:00 p.m., todos los días de lunes a viernes, aunque su salida variaba porque muchas veces salía a las 6 pm, a las 7 pm, 8 pm ó a veces hasta las 9 pm ; dependía de las circunstancias que se presentaban en la empresa. QUINTO: algunas de las funciones que realizaba el señor SERGIO ANTONIO CUELLLAR, y que a mí me constan, estaban: - Las de revisar las ventas del día anterior, cuentas que la señora GLORIA VILLALOBOS le entregaba todos los días. Me di cuenta de estos hechos por que fui testigo presencial de estos, en reiteradas ocasiones. - Visitar los diferentes puntos de venta de Hamburguesas del Rodeo, para detectar las fallas o necesidades que presentaban estos y solucionarlos inmediatamente ó proponer sus respectivas soluciones. Esta situación me consta porque siendo yo el mensajero me encontré en muchas ocasiones al señor ANTONIO CUELLAR PULIDO, visitando y solucionando los problemas que se presentaban en los diferentes puntos de venta."----------

- Contrato civil de prestación de servicios suscrito entre el demandante y el señor DANIEL ALBERTO ORDOÑEZ ROMERO el 1º de octubre de 2016 (página 57, archivo 04), teniendo por **objeto contractual:** a) actuar de manera independiente sin que exista subordinación jurídica ni dependencia, utilizando sus propios medios para asesorar al contratante, en las diferentes gestiones y negocios que se pretenda realizar o cuando fuera requerido y, b) Asesorar en todo lo relacionado con el funcionamiento de la empresa, otorgándosele el derecho a pedir todas las explicaciones en general que estime necesarias al Departamento de Contabilidad.

CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS EN ASESORÍA

Entre **DANIEL ALBERTO ORDOÑEZ ROMERO**, varón, mayor de edad, con domicilio y residencia en la Ciudad de Bogotá D.C., e identificado con la C.C. No. 17.010.871 de Bogotá D.C., obrando en su propio nombre y quien en el texto del presente documento se denominará como **EL CONTRATANTE** y **SERGIO ANTONIO CUELLAR PULIDO**, también varón, mayor de edad, con domicilio y residencia en Bogotá D.C. e identificado con la C.C. No. 79.047.375 de Engativá - Bogotá D.C., quien en lo sucesivo se denominará como **EL CONTRATISTA**, hemos convenido en celebrar un contrato de prestación de servicios en asesoría que se regulará por las cláusulas que a continuación se expresan y en general por las disposiciones del Código Civil aplicables a la materia que trata este contrato. **PRIMERA: OBJETO. EL CONTRATISTA,** a) De manera independiente, esto es, sin que exista subordinación jurídica ni dependencia, utilizando sus propios medios, asesorará al **CONTRATANTE**, en las diferentes gestiones y negocios que pretenda realizar o cuando éste último lo requiera; b) Asesoría en todo lo relacionado con el funcionamiento de la Empresa, ó sea con derecho a pedir todas las explicaciones en general que estime necesarias en el Departamento de Contabilidad de la Empresa ORDOÑEZ UBERLANDIA S.A.S. **SEGUNDA: HONORARIOS: EL CONTRATANTE** pagará por concepto de la asesoría, al **CONTRATISTA,** la suma mensual de **SIETE MILLONES DE PESOS MONEDA CORRIENTE ($7.000.000,oo). PARÁGRAFO ÚNICO:** Para el pago de las cuentas de cobro de la asesoría a que se refiere el presente contrato de prestación de servicios, **EL CONTRATISTA** debe presentar al **CONTRATANTE** los recibos de pago de sus aportes a seguridad social en salud y a pensión por el valor que legalmente corresponda. **TERCERA: OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA.** Constituyen las principales obligaciones para el **CONTRATISTA**: a). Obrar con diligencia en los asuntos a él encomendados y b). Resolver las consultas que se generen con la mayor celeridad posible. **CUARTA. OBLIGACIONES DEL CONTRATANTE. EL CONTRATANTE** queda obligado a: a) cubrir el monto total de los honorarios en la forma pactada; b) Suministrar toda la información que requiera el **CONTRATISTA** y c). Asumir los gastos que se ocasionen en desarrollo de la asesoría. **QUINTA. DURACIÓN.** El presente contrato se celebra por el término que duren las gestiones encomendadas. En señal de conformidad las partes suscriben el presente documento en dos ejemplares del mismo tenor, uno para **EL CONTRATANTE** y otro para **EL CONTRATISTA** en Bogotá D.C., al primer (1er) día del mes de octubre del año dos mil dieciséis (2016).

- Misiva de terminación del contrato civil de prestación de servicios de fecha 29 de noviembre de 2017 (páginas 58, archivo 04), en la que se expuso:

Bogotá D.C., Noviembre 29 de 2017

Señor
SERGIO ANTONIO CUELLAR PULIDO
Bogotá D.C.

ASUNTO: **TERMINACIÓN "CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS EN ASESORÍA".**

DANIEL ALBERTO ORDOÑEZ ROMERO, varón, mayor de edad, con domicilio y residencia en la Ciudad de Bogotá D.C., e identificado con la C.C. No. 17.010.871 de Bogotá D.C., por medio del presente escrito me permito manifestar a usted que he optado por dar por terminado el denominado **"CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS EN ASESORÍA"** celebrado con usted el día primero (1º) de octubre del año dos mil dieciséis (2016).

Obedece mi anterior decisión a que Usted, no ha desempeñado la gestión de asesoría desde el martes 21 de noviembre de 2017, por lo cual me veo en la necesidad de dar por terminado el mencionado contrato suscrito entre nosotros, a partir del día veintiuno (21) de noviembre de dos mil diecisiete (2017).

Sin otro particular me suscribo cordialmente de usted,

DANIEL ALBERTO ORDOÑEZ ROMERO
C.C. No. 17.010.871 de Bogotá D.C.

Torre 10 Apartamento 10-01

Igualmente, rindió **interrogatorio de parte el representante legal de la demandada**[4], quien afirmó frente a la prestación del servicio del demandante que lo conoce hace más de 30 años, que lo visitaba a veces, que en efecto, sostuvo un contrato de prestación de servicios, por lo que lo acompañaba, no hacía nada, no tenía horaria ni nada, salían y lo acompañaba a andar y tomar, más que todo era como un acompañante siempre, era un amigo, a él se le pagó siempre, le pagaban 7 millones mensuales, era por seguridad en la empresa, el pago fue de su propio peculio, no de la empresa, a veces él actor aparecía, no era con horario ni nada, no tenía que entregar cuentas, y eso fue porque fue secuestrado y por cuidar a la empresa, era porque no se necesitaba experiencia.

Asimismo, se recepcionó el **interrogatorio de parte al demandante**, quién adujo[5], conocer a Daniel Alberto porque tienen una relación muchos años atrás de amistad con la familia, en octubre de 2017 le hizo una propuesta de varios negocios, suscribieron un contrato de prestación de servicios desde el 1º de octubre para administrar unos lotes, pero las órdenes que le dio eran para trabajar en Hamburguesas el Rodeo, compartía la oficina, fungió como Director Financiero desde el 15 de marzo al 15 de mayo de 2017 y luego, del 15 de julio a agosto de

---

[4] ***Representante legal demandada, archivo 11, récord 51:28:*** *"Yo conocí a él hace muchos años, más de 30 años, él me visitaba a veces, tenía un contrato de servicios por fuera, yo no tenía injerencia en nada, él me acompañaba, no hacía nada, no tenía horaria ni nada, salíamos y me acompañaba a andar y tomar, más que todo era como un acompañante siempre, si hay servicios de Telesentinel, o tengo claro quién maneja las cámaras, el no tuvo acceso a eso, él era acompañante, yo no le llamé la atención, era amigo, a él se le pagó siempre, le pagaban 7 millones mensuales, era por seguridad en la empresa, el pago fue de mi propio peculio, no de la empresa, él mismo lo puede constatar, a veces él aparecía, no era con horario ni nada, no tenía que entregarme cuentas, y eso fue porque fui secuestrado y por cuidar a la empresa, era porque no se necesitaba experiencia, eso es falso que debía ir a mataderos o vigilar los 18 puntos, es falso que tenía que supervisar la publicidad, cheuques, ventas, él no tenía nada que hacer, todo es falso, él no debía visitar los puntos de venta, no debía ir a la compañía, no debía coordinar compras a proveedores".*

[5] ***Interrogatorio con exhibición y reconocimiento de documentos al demandante, archivo 11, récord 27:31:*** *"Conocí a Daniel Alberto porque él tiene una relación muchos años atrás amistad con la familia, tuvo negocios con mi papá, yo viví muchos años en el exterior y en el 2014 regresé a Colombia y puse una carnicería y él iba a visitarme y me decía que trabajara en la empresa, en octubre de 2017 él me hizo una propuesta de varios negocios, me hico un contrato de prestación de servicios desde el 1º de octubre para administrar unos lotes. Pero las ordenes que me dio eran para trabajar en Hamburguesas el Rodeo, yo compartía a oficina, era Director Financiero desde el 15 de marzo y 15 de mayo de 2017 y 15 de julio a agosto de 2017 hasta que llegó otro director, yo hacía mantenimientos, ventas, todo lo relacionado con la empresa el Rodeo, eso está en la avenida Suba en Ciudad Jardín, esa es la sede principal, en la avenida Boyacá, en el 2015 yo tenía una etapa de conocimiento pero a partir del 1º de octubre de 2016 fue que empecé a trabajar en la empresa mi jefe era Daniel Alberto, todos los días estuve yo en la empresa, no falté ningún día, él llegaba a las 7:45 y tenía que estar ahí para tenerle el reporte de ventas, yo debía asistir todos los días desde las 8 am hasta las 4 o 6. 9 o 10 pm, yo tenía Telesentinel cuando se disparaba las alarmas y yo tenía que hacerme cargo de eso, yo lo acompañaba cuando tenía que comparar ganado, en Villavicencio un tema de contadores, eran cosas de la empresa, en la oficina estaba con Gloria Villalobos, Martha Rivas de Talento humano y todos los administrativos, yo no tenía horario final, el biométrico se puso en julio o agosto de 2017, primero demandé a la persona natural y luego a la jurídica, es que el contrato de prestación de servicios era para una cosa y como en el anterior procesos se dijo que era persona jurídica por eso demandé nuevamente, yo tengo sexto de bachillerato, Telesentinel me llama a mi cuando se ponen las alarmas y por eso yo tenía las claves del punto de venta, ellos me llaman cuando se alerta la alarma, ellos me llaman a mí y yo les respondo a ellos, a mí no me dieron capacitación, solo me decían que contestara las llamadas, nunca se hizo un negocio diferente, y rendí en la Fiscalía una declaración. Ali indiqué que tenía un contrato y el de CTI me dijo que cuál era y le dije que prestación de servicios".*

2017 hasta que llegó otro director, hacía mantenimientos, ventas, todo lo relacionado con la empresa, la cual está ubicada en la avenida Suba en el barrio Ciudad Jardín, esa es la sede principal, a partir del 1º de octubre de 2016 fue que empecé a trabajar en la empresa siendo el jefe Daniel Alberto, todos los días estuvo en la empresa, no faltó ningún día, debía asistir desde las 8 am hasta las 4 o 6 p.m., a veces 9 o 10 p.m., tenía acceso a Telesentinel cuando se disparaban las alarmas y tenía que hacerse cargo de eso, acompañaba al señor Daniel Alberto Ordoñez Romero cuando tenía que comprar ganado así como un día fueron a Villavicencio por un tema de contadores, en la oficina estaba con Gloria Villalobos, Martha Rivas de Talento Humano, entre otros cargos administrativos, no tenía horario de salida, el biométrico se adecuó en julio o agosto de 2017, primero demandó a la persona natural y luego a la jurídica, dado que, en el proceso anterior se dijo que era Ordoñez Uberlandia S.A.S. la llamada a responder y por eso demandó en esta oportunidad.

Finalmente, las declaraciones de los señores **SANDRA MILENA JIMÉNEZ BELTRÁN[6], NÉSTOR ALFONSO CABRERA[7] y ANGIE MELISA PALOMO GÓMEZ**[8], se dirigieron a exponer, en síntesis:

---

[6] ***Sandra Milena Jiménez Beltrán, archivo 11, récord 1:06:48: "****Soy profesional, laboré en la demandada en el cargo de Directora Comercial y Mercadeo desde marzo de 2017 a junio de 2018, conocí a Sergio en la entrevista, estaba Sergio, Inés, habían 4 personas, yo debía asistir y cumplir horario, él iba a la empresa y era el intermediario con Daniel, él le transmitía la información a Daniel y centraba los comités, ellos se la pasaba mucho reunido en la oficina de don Daniel, sabía que le comunicaba de las acciones que yo adelantaba, Sergio iba todos los días, cumplía horario, cuando se nos presentaba alguna cosa le reportaba a Gloria, él debía decirle a Gloria porque yo lo escuchaba., si yo estaba en el restaurante con él, él llamaba a Gloria por eso lo sé, varias veces vi eso, yo asistía a la oficina de don Daniel y Sergio le decía, le daba instrucciones, no recuerdo un llamado de atención, lo que le decía era que las, que tocaba tener cuidado, no era como un llamado de atención, él me dijo cuando ingresé que él era la persona de confianza de gerencia así que todo lo que yo hacía debía tener conocimiento con Daniel, todos le rendimos cuentas a él, él siempre estaba ahí, y era el encargado del Comité, se reunía con nosotros, las oficinas queda en la Boyacá, la planta de producción también queda ahí, teníamos reglamento interno de trabajo, él era de confianza con don Daniel, Sergio tenía un escritorio en la oficina de don Daniel, estaba al lado del puesto de don Daniel, eso es de la empresa, la información era a través de correos electrónicos, eran email institucionales, dentro de mis funciones era de operaciones, el tema de seguridad era con Telesentinel, es más se encendía una alarma y llamaban a Sergio, no a mí me llamaban sino a él, él debía ir al restaurante a mirar porque se encendía la alarma, si hay cámaras de seguridad, él las revisaba incluso desde el celular, yo lo veía y él me decía que estaba revisando las cámaras, había huellero en la empresa, yo llegué y ya estaba implementado, él no era escolta, si estaban mucho los dos pero escolta no, ellos iban juntos a muchos lugares, en el carro de Don Daniel, Sergio ya estaba cuando llegué a la empresa, cuando me contrataron me preguntaron sobre mi experiencia, mi jefe era Daniel y don Antonio , era los dos, ellos eran amigos cercanos, en varias oportunidades me daba órdenes, él me pedía informes de ventas, campañas, cuando uno ingresa la piso 1 estaba la oficina de don Daniel y al lado estaba don Antonio, por el pasillo como 6 metros adelante estaba mi oficina".*

[7] ***Néstor Alfonso Cabrera, archivo 11, récord 1:48:12:" yo*** *estuve en una época vendiendo la carne a la empresa como en el 2017 más o menos, Sergio estaba allá. el me relacionó con don Sergio para el ganado, yo iba 1 o 2 veces por semana a entregar pedidos, me los recibía le ingeniero de alimentos, yo veía a Daniel vareas veces, algunas veces estaba Sergio, hablábamos todos, Daniel le daba instrucciones sobre el tema de ganado, decía el tipo de carne y todo, nos daba órdenes a todos, le daba órdenes a Sergio, estábamos los 3 y tratábamos el tema de ganado, Daniel decía que tipo de carne no servía y daba lineamientos, yo estuve en la empresa Uberlandia pero eso fue como en el 2017, yo me reunía con Antonio y Daniel para tratar temas de ganado siempre estaba Sergio, yo iba 1 o 2 veces por la semana, yo tenía que subir a la oficina en las cuentas de cobro, yo la radicaba en la ventanilla, Sergio la pasaba en la oficina del frente, no sé cuál era la oficina de Sergio, la oficina de don Daniel estaba ahí, todos quedan en el mismo piso, esta contabilidad, por eso radicaba la cuenta de cobro, Sergio andaba con Daniel, no era escolta".*

Sandra Milena Jiménez, fue la Directora Comercial y de Mercadeo, además de Directora de Operaciones al servicio de la empresa demandada entre el mes de marzo de 2017 a julio de 2018, por lo que narró que el demandante era la persona encargada de coordinar las actividades de los empleados y debía informar al señor Daniel de estas novedades, estuvo presente en los comités en donde se reunió con Sergio y Daniel, que el demandante cumplía horario y debía reportarle a la señora Gloria; que le consta porque en ocasiones estuvo presente en dichas conversaciones, presenció diferentes conversaciones entre el representante legal y el demandante y le consta que el señor Daniel le impartía órdenes e instrucciones al demandante quien era asesor de la gerencia y la persona de confianza del Gerente, por lo cual, debía estar enterado del presupuesto que se destinaba al mercadeo de la empresa, que el demandante se reunía con los financieros, contadores y demás cargos administrativos, siendo el encargado de hacer los seguimientos a los compromisos planteados en comités, ejerciendo sus funciones en la calle 134 con Boyacá, tenía destinado un escritorio en la oficina del representante legal, utilizaba la papelería de la empresa, contaba con correo institucional, aseguró, que el demandante le contó en diferentes oportunidades que debió acudir a los puntos de venta por temas de seguridad, le consta que el demandante revisaba las cámaras de los puntos de venta ya que lo vio revisando las cámaras desde el celular. Afirmó, el actor fue quién le realizó la entrevista de ingreso debiendo reportar a los señores Daniel y Sergio, fue enfática en señalar que las partes de esta contienda eran amigos cercanos y que el demandante le daba órdenes como por ejemplo armar campañas publicitarias, así mismo, le pedía informes de venta.

El testigo **Néstor Alfonso Cabrera Ahumada** corroboró que el demandante lo relacionó con el señor Daniel para la venta de ganado, por lo que asistía 2 veces

---

[8] ***Angie Melisa Palomo Gómez, archivo 11, récord 2:03:54:"*** *No tengo grado de familiaridad con Sergio, yo laboré en a empresa como coordinadores de compras en mayo de 2017 hasta abril de 2018, conozco a Sergio, él era como un asesor del dueño, me lo presentaron en la empresa de un recorrido que hicieron, la oficina de don Antonio quedaba al lado mío, era solo de él, iba a llegar un Director Administrativo, Sergio salió de la oficina y era como un asesor, él no tenía oficina, hasta donde yo recuerdo asistía todos los días, no estaba cuando le dijeron que debía cumplir horario, en una ocasión le dijeron que debía realizar compra de juguetes, en ese momento el director de la empresa le dio la autorización para que me acompañara a comprar los juguetes, eso fue como un acompañamiento que me dio a mí, no sabía si debía pedir permiso, no sabía si tenía gente a su cargo, él brindaba acompañamiento, daba soluciones y antes de que llegara el director administrativo firmaba órdenes de compra, cuando llegó el director Sergio asesoraba, acompañaba y solucionaba cosas de la empresa, el caso de ellos juguetes fue el caso, él nos ayudó a solucionar e ir a centro, no sabía si tenía que cumplir horario. En las reuniones que yo estuve él nos hizo acompañamiento, eso fue 2 o 3 meses antes de que saliera, en esa fecha llegó el Director, yo entré en mayo de 2017, al mes se retiró el director, Sergio desarrolló esas labores hasta finales de 2017 cuando llegó el nuevo director administrativo, él quedó ahí, él estaba pendiente de las áreas de la empresa, él tenía que ver con todas las áreas, uno le consultaba a don Antonio y luego al Director, don Antonio siempre le consultaba al Director, no estuve presente cuando le consultaban a Daniel, nos dirigíamos a Sergio porque él representaba todo el tea administrativo, cuando no había Director lo reemplazaba don Daniel, él se fue antes de que yo me retirara".*

por semana a las instalaciones de la empresa para entregar los pedidos de carne, pudiendo evidenciar que el demandante estaba en allí ya que sostenían conversaciones, incluso, recordó de manera espontánea que veía al actor porque radicaba las cuentas de cobro en el área de contabilidad en el primer piso de la empresa.

La testigo **Angie Melissa Palomo**, adujo que laboró para la empresa demandada como Coordinadora de Compras entre mayo de 2017 y abril de 2018, conociendo al señor Sergio Antonio Cuellar por ser el asesor del señor Daniel, que el demandante tenía su oficina al lado, dicha oficina la ocupó el demandante por un lapso corto mientras llegó un nuevo Director Administrativo; que el demandante asistía todos los días a la oficina, ésta deponente estuvo presente en el momento en que el Gerente – Daniel autorizó al demandante para ir con la testigo a comprar unos juguetes para la empresa, no evidenció llamados de atención y el actor no tenía personal a su cargo, pero, brindaba acompañamiento cuando se presentaba inconvenientes en los puntos de El Rodeo, daba soluciones, firmó órdenes de compra y la fecha de retiro del demandante fue un mes antes a ésta.

Pues bien, de las anteriores declaraciones se puede evidenciar que el aquí demandante prestó los servicios de manera personal para la empresa Ordóñez Uberlandia S.A.S. como Asesor del Gerente, si bien, el señor Sergio Antonio Cuellar Pulido brindaba acompañamiento al señor Daniel Alberto lo cierto es que las actividades que describieron estos deponentes fueron a favor de la empresa, teniendo plena comunicación con los cargos directivos y participando en la toma de decisiones en las actividades diarias, quedando demostrado en esta litis que el promotor de este litigio se presentaba a las oficinas de la demandada a ejercer el rol diario de trabajador, brindando soluciones a los empleados de la compañía, siendo un hecho contundente que previo a la llegada del Director Administrativo de la empresa, firmó órdenes de compra, acompañando a la testigo Angie Melisa Palomo a comprar unos juguetes para la empresa, previa autorización del señor Daniel Alberto Ordoñez, además, fue la persona encargada de entrevistar a la testigo Sandra Milena Jiménez, siendo sin lugar a dudas actos que favorecían a la empresa.

Ahora bien, en punto a la declaración de la señora **GLORIA ESPERANZA VILLALOBOS DÍAZ[9],** quien se desempeña como Asistente de Gerencia desde

[9] ***Gloria Esperanza Villalobos Díaz, archivo 11, récord 1:31:03: "****Soy empelada de asistente de gerencia desde agosto de 2009, conocí a Sergio, era un asesor personal del señor Ordoñez, él entraba a la oficina de don Daniel, solo había un escritorio, yo lo veía un lunes o martes, estaba siempre con don Daniel, ellos se encerraban en la oficina y trataba temas de la empresa o de él, siempre estaba al lado de don Daniel, en reuniones de la empresa no, él estaba con don Daniel asesorando, él se quedaba como asesor con don Daniel, si iba a comités, don Daniel le pagaba por honorarios, yo le ayudaba a cambiar el cheque, él estaba*

agosto de 2009, fue una deponente contradictoria y evasiva al no responder de manera espontánea las preguntas relacionadas con los servicios que prestaba el actor pues afirmó que sí veía al señor Sergio Antonio pero que solo era acompañante del Gerente, tornándose dicha declaración poco creíble, por lo que no es posible darle valor probatorio al no suministrar hechos concretos y certeros sobre la relación que surgió entre las partes de esta litis.

Sea del caso precisar, frente al interrogatorio rendido por el Representante Legal de la demandada, siendo un punto de reparo del recurso, no es viable tener por acreditado lo expuesto por esta parte en su interrogatorio al negar los servicios prestados por el actor en favor de la empresa demandada, ya que puede dársele validez probatoria a la declaración siempre y cuando **conlleve una consecuencia jurídica desfavorable para quien los acepta**.

Nótese que el interrogatorio de parte tiene por objeto obtener de los demandantes o demandados la versión sobre los hechos relacionados con el proceso y que puede llegar a configurar una confesión, siempre y cuando recaiga sobre hechos que perjudican al declarante o favorezcan a la parte contraria, pues para que sus dichos hagan parte de la unidad de la confesión, deben probarse, esto es, allegar los elementos de convicción que respalden las afirmaciones (*Ver sentencias del CSJ Sala Laboral Rad. 36317 del 31 de mayo del 2011[10] y SL 1193-2018 Rad.*

---

en la empresa siempre y cuando don Daniel estuviera acá, si el señor Daniel no iba él no estaba, él todo hacía con Daniel, se iban a tomar, no sé, sí, yo conocía Sandra, era Directora, él no estaba presente en las entrevistas, yo lo vi hasta octubre o noviembre d 2017, yo estaba ahí, don Daniel prescindió de los servicios de don Antonio, yo lo veía como un año antes, eso fue como en el 2016, Sergio no podía ver las cámaras, se contrató a la empresa Telesentinel, el acceso lo tiene solo el ingeniero, porque se debe tener la clave, Sergio solo atedia a don Daniel, ellos era amigos, nos dijo que era el asesor de él, él no estaba en la nómina, no tenía horario".

[10] Pues bien, intentando no ser exhaustivos en el tema, que es más de ribetes jurisprudenciales y doctrinales que legales, pues el legislador se limita a asentar que la confesión judicial es la que se hace a un juez, en ejercicio de sus funciones, y las demás son extrajudiciales; que la confesión judicial puede ser provocada o espontánea, que es provocada la que hace una parte en virtud de interrogatorio de otra parte o del juez, con las formalidades establecidas en la ley, y espontánea la que se hace en la demanda, su contestación o en cualquiera otro acto del proceso sin previo interrogatorio (artículo 194 del C.P.C.), lo cierto es que la confesión es percibida hoy por la doctrina, en los campos del derecho civil y laboral, entre otros, no sólo como la prueba de un hecho, o el medio de prueba de éste, o una expresión de un negocio jurídico del cual pueden surgir obligaciones para el confesante, sino también, como un verdadero eximente de prueba, en el entendido de que, si un hecho aparece confesado, salvo disposición legal en contrario, como sucede cuando la ley establece ciertas formalidades de los actos jurídicos como requisitos ad sustantiam actus o como elementos ad probationem, la existencia del hecho quedará por fuera del debate probatorio como parte que pasará a ser de la verdad del proceso (relevatio ab onore probandi).

La confesión está imbuida de ciertos principios probatorios, entre ellos --que es el que interesa al caso-- el de indivisibilidad, consistente, en términos del legislador, en que la confesión deberá aceptarse con las modificaciones, aclaraciones y explicaciones concernientes al hecho confesado, excepto cuando exista prueba que las desvirtúe; pero cuando la declaración de parte comprenda hechos distintos que no guarden íntima conexión con el confesado, aquellos se apreciarán separadamente (artículo 200 C.P.C.).

De lo antes anotado es dado sostener que la confesión judicial, que es de la que se habla en este caso, debe verse como una unidad inescindible; por tanto, cuando el reconocimiento en ella contenido es categórico y asertivo del hecho confesado, o sea, sin adición alguna, estamos frente a lo que ha dado en llamarse

56308 del 18 de abril del 2018[11]), de modo que en el presente juicio debió la sociedad demandada desvirtuar la presunción de subordinación.

Sobre este aspecto, la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral en sentencia SL1631-2022 Rad. 26027 del 10 de mayo del 2022 sostuvo:

> *"Se debe recordar que a través de este medio de prueba se busca producir la confesión de la parte que absuelve el interrogatorio, por tanto, la confesión es aquella manifestación que versa sobre hechos que le producen consecuencias adversas, y por ende, no puede probar aquellos supuestos que le favorezcan, tal como esta corporación recientemente lo consideró en CSJ SL3818-2020:*
>
> > *Es importante recordar, que la confesión es aquella manifestación que versa sobre hechos que producen consecuencias jurídicas adversas al confesante o que*

---

confesión "pura y simple"; cuando además del reconocimiento del hecho se agregan por el confesante expresiones que modifican, aclaran o explican el hecho, se tiene una confesión calificada, no susceptible de ser dividida, pues el legislador entiende que aquí se conserva la unidad de la confesión, en tanto que el hecho confesado se debe tomar en los términos precisados por el confesante por vía de explicación, modificación, corrección o aclaración, situación que conlleva, necesariamente, a que si se acepta tal confesión, se acepten sin necesidad de prueba las adiciones que modifican, aclaran o explican el hecho confesado, salvo, obviamente, cuando exista prueba que desvirtúe tales agregados.

Pero también es posible inferir de la norma antedicha que, aparte del hecho confesado, el declarante puede adicionar a su dicho hechos distintos al confesado, en tal caso, tales hechos, para que hagan parte de la unidad de la confesión, esto es, para que de aceptarse lo confesado se acepte lo adicionado, pues de lo contrario podrán separarse y de ellos esperarse su respectiva prueba para tenerlos por acreditados, deberán tener íntima conexidad con el hecho confesado, es decir, deberán mantener con el hecho confesado una ligazón necesaria, de tal naturaleza que, de abstraerse el hecho confesado desaparecerá el hecho adicionado y viceversa. En otros términos, la existencia de uno de los hechos expresados por el confesante dependerá de la del otro, por manera que, a pesar de la diferencia entre hecho confesado y hecho adicionado, el uno no podrá entenderse sin que se considere al otro. Entre ambos deberá, entonces, evidenciarse una unidad lógica y natural, pues de no aparecer ella podemos distinguir en el dicho del confesante, por una parte, una confesión y, por otra, una alegación, por tanto, susceptibles de separar o dividir.

Pero si los hechos agregados son susceptibles de separar del hecho confesado, por contar con identidad y autonomía propias, como cuando también se adicionan por el confesante otros totalmente diversos y heterogéneos al confesado, la división de tal dicho resulta absoluta y físicamente visible, en tal caso, ***a dicha confesión se ha dado en llamar en la doctrina confesión 'compuesta', en otras palabras, una confesión pura y simple más una alegación que debe ser probada.*** *(Negrillas y subrayas fuera de texto)*

[11] *Igualmente, el instituto de la confesión está regido por el principio de la indivisibilidad, según el cual, la confesión debe aceptarse con las modificaciones, aclaraciones y explicaciones concernientes al hecho confesado, a menos que exista medio de convicción que las desvirtúe. Por tanto, cuando se está en presencia de un reconocimiento de un hecho, pero se agregan expresiones que modifican, aclaran o explican el hecho, se está frente a una confesión calificada, la cual no es posible fraccionar para su valoración, en tanto el hecho admitido debe asumirse en los precisos términos señalados por el deponente. Este criterio está contenido en la sentencia CSJ SL, 31 may. 2011, rad. 36617 (…)*

En el sub judice, el deponente al indagársele sobre si era cierto o no que en la diligencia de descargos había manifestado que por motivos ajenos a su voluntad y por culpa de su jefe inmediato, desesperado porqué él le había dicho que si no renunciaba lo suspendía, por desespero e ignorancia había dejado unos días de trabajar, contestó de manera categórica que era cierto, agregando que «él me mandó a descansar dizque diez días, yo le dije que diera un comprobante para demostrar que si me había mandado, me dijo que si era que desconfiaba en él; que él era una persona honesta».

Al efecto, sin hesitación alguna, encuentra la Sala que se está en presencia de la confesión en los términos aducidos y tenidos en cuenta por el Tribunal, pues ***del contenido de la respuesta se infiere que el demandante aceptó haber dejado de ir a trabajar durante unos días, lo que ocurre es que intentó justificar su falta imputándole conductas irregulares a su jefe inmediato, de las cuales no obra prueba alguna que acredite o avale el dicho del absolvente; en otros términos, si el actor pretendía justificar su ausencia en el lugar de trabajó, a él correspondía allegar los elementos de convicción que respaldaran su afirmación****, contrario a lo que dice la censura, según la cual a la parte demandada le correspondía abatir tal aserto. (Negrillas fuera de texto)*

Así las cosas, la valoración realizada por el colegiado a la confesión hecha por la parte actora no constituye yerro fáctico, menos que pueda ser calificado como protuberante, manifiesto y ostensible.

> *favorezcan a la parte contraria y que debe cumplir con los requisitos contemplados en el artículo 191 del CGP (195 del CPC), es decir: i) que el confesante tenga capacidad para hacerla y poder dispositivo sobre el derecho que resulte de lo confesado; ii) que verse sobre hechos que produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria; iii) que recaiga sobre hechos, respecto de los cuales la ley no exija otro medio de prueba; iv) que sea expresa, consciente y libre y, v) que verse sobre hechos personales del confesante o de que tenga conocimiento. (Subraya la Sala).*

Téngase en cuenta el interrogatorio de parte busca formar el convencimiento judicial respecto de la realización de determinadas situaciones que interesan al proceso y que constituyen el sustento de las peticiones presentadas por las partes dentro del mismo, por lo cual los argumentos del apoderado de la demandada en este aspecto no pueden salir avante, pues no puede tenerse por probado la negativa del representante legal de la demandada sin soportarse en pruebas, pues se insiste, debió desvirtuar la presunción de subordinación prevista en el artículo 24 del C.S.T.

Frente a la declaración extra juicio rendida por el señor GUZMÁN MORENO JOSÉ ORLANDO, se advierte, este deponente es creíble en su dicho ya que narró por qué le constan los hechos relatados ante Notario, pues nótese que trabajó como mensajero en la empresa demandada por 13 años, coincidiendo desde octubre de 2016 a noviembre de 2017, aseguró este declarante que veía al actor llegar a las instalaciones de la empresa todos los días porque le tocaba entrar temprano, así mismo, aseguró que el demandante prestaba colaboración y solucionaba los problemas o necesidades que surgieran en la empresa, es decir, relacionó situaciones que dieron credibilidad y certeza frente al conocimiento de los hechos sometidos a litigio. Lo anterior, sin lugar a dudas conlleva a imprimirle credibilidad a esta declaración, pues se resalta, las declaraciones extra - juicio pueden tomarse como documentos declarativos provenientes de terceros que impriman una realidad fáctica y describen situaciones concretas[12] que llevan a los operadores judiciales a la plena convicción de que cierta situación sí ocurrió, aunado a que la parte demandada no solicitó la ratificación con el fin de controvertir la credibilidad del dicho del señor José Orlando.

En síntesis, 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 **ORDOÑEZ UBERLANDIA S.A.S**., 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

---

[12] *"Las declaraciones extra-juicio pueden tomarse como documentos declarativos provenientes de terceros sin que se requiera su ratificación, salvo que la parte contraria la solicite". (CSJ SL1342-2023 y SL3619-2022).*

realizada por el demandante era autónoma y que era solo un asesor del señor Daniel Alberto como lo pretende hacer ver la enjuiciada. Esto por cuanto, si bien quedó probado que el actor suscribió un contrato con el señor DANIEL ALBERTO ORDOÑEZ ROMERO en calidad de persona natural, se demostró que desplegaba actuaciones para la sociedad llamada a juicio, como ya se dijo, debiéndose resaltar, ese hecho formal no impide que se pueda configurar un verdadero contrato de trabajo **realidad** con la sociedad enjuiciada.

En ese orden de ideas, se aclara a la parte demandada, 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 el representante legal de la demandada en su interrogatorio **existen indicios** que dan cuenta de una relación laboral **subordinada**, 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 C.S.T., 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)[13]».*

De tales indicios para determinar la subordinación, en el caso de marras, se evidencian **notoriamente**, aparte de prestar el servicio personal, que la demandada exigía la presencia del demandante en sus instalaciones en la

[13] 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.

Avenida Boyacá (sede principal), sin que dicha situación fuera impedimento para que el actor se desplazara a las sedes de "Hamburguesas el Rodeo" cuando se presentaran novedades, pues la deponente SANDRA MILENA JIMENEZ BELTRÁN, fue enfática en afirmar que el señor Sergio Antonio Cuellar Pulido estaba presente en todas las actividades como comités, entrevistas de ingreso, accedía a las cámaras de la empresa, participaba en las compras de materia prima e incluso, le fue asignado un email corporativo, el cual era el medio de comunicación al interior de la sociedad así como tomaba decisiones en actividades propias de la empresa, a su vez, la testigo ANGIE MELISA PALOMO GÓMEZ, aseguró que: "*yo recuerdo que lo veía todos los días, él bridaba acompañamiento y daba soluciones, me acompañó a comprar juguetes",* hechos que no son alejados de un verdadero contrato de trabajo, siendo dable de este modo concluir, la subordinación del actor respecto del beneficiario de sus servicios personales, 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 ORDOÑEZ UBERLANDIA S.A.S., existió una verdadera relación de trabajo, y bajo ese entendido, habrá de **confirmarse** la sentencia de primer grado.

Ahora bien, establecida la existencia del vínculo, se procede a verificar si en efecto se probó el extremo inicial de la relación laboral alegado por el demandante, pues la *a quo* declaró que el contrato se sostuvo desde el 31 de marzo de 2017, al considerar que si bien se suscribió un contrato de prestación de servicios en el 2016, no hay evidencia alguna que permita corroborar que la prestación personal del servicio inició en la mentada anualidad, situación que no comparte esta Sala ya que la demandada no desconoce o controvierte la prestación del servicio desde la suscripción del contrato civil[14], esto es, desde el 1º de octubre de 2016, aunado a que la deponente SANDRA MILENA JIMÉNEZ, si bien ingresó a la empresa en marzo de 2017, corroboró que el actor prestaba los servicios con anterioridad a ésta, tan es así, que fue quién le realizó la entrevista de ingreso, también, la testigo GLORIA ESPERANZA VILLALOBOS DÍAZ, quien es la deponente más antigua en la empresa (ingresó en agosto de 2009), pese a ser evasiva en sus respuestas, informó que veía al demandante en las instalaciones de la empresa desde el año 2016.

[14] *Al contestar la demanda, la sociedad ORDOÑEZ UBERLANDIA S.A.S., informó: "LAS PRUEBAS QUE ACOMPAÑ LA PRESENTE CONTESTACIÒN evidencian que, en la fecha señalada por el demandante, el señor* ***CUELLAR PULIDO*** *se encontraba cursando e inmerso en una relación de carácter civil - comercial (por prestación de servicios) con el señor* ***DANIEL ALBERTO ORDOÑEZ ROMERO*** *desde el 01 de octubre de 2016 y hasta el 21 de noviembre de 2017****,*** *desconociendo mi prohijada a la fecha todas las funciones y obligaciones enmarcadas en este contrato por prestación de servicios en asesoría.". (archivo 04).*

Conforme al análisis efectuado, se establece que el señor SERGIO ANTONIO CUELLAR PULIDO prestó los servicios para ORDOÑEZ UBERLANDIA S.A.S.[15] a partir del 1º de octubre de 2016, conforme se prueba con el contrato de prestación de servicios aportado al plenario, mismo que, si bien fue suscrito con el señor DANIEL ALBERTO ORDOÑEZ ROMERO en calidad de persona natural, la realidad fáctica es que los servicios se prestaron a favor de la aquí enjuiciada y no se puede desconocer dicha data, **debiéndose modificar este extremo inicial.**

Con relación al extremo final anhelado por la parte actora y planteado en el recurso, se debe indicar, no es esta la etapa procesal para reformar el extremo final el cual no coincide con el relacionado en la demanda y la reforma, nótese, en dichos escritos se solicitó el 21 de noviembre de 2017 y así lo declaró la juez a quo, no pudiéndose entonces pretender como fecha de finalización del contrato el 29 de noviembre de 2017, quedando incólume la fecha de terminación establecida en primer grado, pues si la parte actora consideraba que la relación culminó en esta data así debió formularlo en el libelo y su escrito posterior – reforma- y ello no ocurrió.

En cuanto a la **indemnización por terminación del contrato de trabajo sin justa causa**, es preciso recordar, es el trabajador el que corre con la carga de demostrar **el hecho del despido** y una vez acreditado ello, se desplaza la carga al empleador quien debe dirigir su actividad probatoria a demostrar los motivos que en el momento oportuno le invocó y comunicó al actor para romper el contrato, a fin de que el fallador de turno, previa valoración pueda ubicarlos o no en una de las causales abstractas y taxativas que señala la ley para tener como justo el despido.

Así lo ha reiterado la jurisprudencia de la H Corte Suprema de Justicia, entre muchas otras en sentencia SL 592 del 29 de enero de 2014:

15

CONSTITUCIÓN

Constitución: Que por Escritura Pública no. 0000728 de Notaría 25 De Bogotá D.C. del 4 de abril de 2002, inscrita el 12 de abril de 2002 bajo el número 00822276 del libro IX, se constituyó la sociedad comercial denominada UBERLANDIA & CIA LIMITADA.

Certifica:

Que por Escritura Pública no. 0003655 de Notaría 42 De Bogotá D.C. del 5 de agosto de 2003, inscrita el 1 de diciembre de 2003 bajo el número 00908697 del libro IX, la sociedad cambió su nombre de: UBERLANDIA & CIA LIMITADA por el de: RODRIGUEZ UBERLANDIA Y COMPAÑIA S C A.

Que por Acta no. 25 de Asamblea de Accionistas del 25 de junio de 2013, inscrita el 22 de julio de 2013 bajo el número 01749946 del libro IX, la sociedad cambió su nombre de: RODRIGUEZ UBERLANDIA Y COMPAÑIA S C A por el de: ORDOÑEZ UBERLANDIA SAS.

> "*En el campo laboral, en forma por demás reiterada, esta Sala de Casación tiene adoctrinado que, en materia de despidos, sobre el trabajador gravita la carga de demostrar que la terminación del contrato fue a instancia del empleador, y a éste, si es que anhela el éxito de su excepción, le corresponde demostrar que el despido se basó en las causas esgrimidas en el documento con el que comunicó su decisión.*"

Así las cosas, en el caso de marras debe precisarse la demandada fue quien dio por terminado el contrato de manera unilateral del actor (pág. 58, archivo 04), quien advirtió:

> DANIEL ALBERTO ORDOÑEZ ROMERO, varón, mayor de edad, con domicilio y residencia en la Ciudad de Bogotá D.C., e identificado con la C.C. No. 17.010.871 de Bogotá D.C., por medio del presente escrito me permito manifestar a usted que he optado por dar por terminado el denominado "CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS EN ASESORÍA" celebrado con usted el día primero (1°) de octubre del año dos mil dieciséis (2016).
>
> Obedece mi anterior decisión a que Usted, no ha desempeñado la gestión de asesoría desde el martes 21 de noviembre de 2017, por lo cual me veo en la necesidad de dar por terminado el mencionado contrato suscrito entre nosotros, a partir del día veintiuno (21) de noviembre de dos mil diecisiete (2017).

Conforme a lo anterior, advierte la Sala sin mayores consideraciones aparece demostrado en el plenario que el contrato de trabajo que ató a las partes terminó por decisión unilateral del empleador sin invocar causal alguna, siendo dable el pago de la indemnización por despido fulminada en primer grado. Además, la parte demandada arguyó en el recurso que dicha decisión obedeció a incumplimientos del actor como no asistir desde el 21 de noviembre de 2017, hechos que no se comprobaron y que además debieron exponerse en la misiva que terminó el vínculo.

Continuando con la resolución de los problemas jurídicos planteados, es decir, lo que tiene que ver con la **indemnización moratoria de que trata el art. 65 del C.S.T. y la sanción moratoria del artículo 99 de la Ley 50 de 1990**, se advierte, tal como se precisó en precedencia, estas pretensiones fueron objeto de análisis en la parte considerativa de la sentencia de primer grado, no obstante, no se incluyó en la parte resolutiva, sin que se impartiera condena, sin embargo, al ser recurridos estos 2 conceptos por la parte demandante procede la alzada.

Dicho esto, se procede al análisis pertinente, indicando, la jurisprudencia del órgano de cierre de esta jurisdicción ha señalado que ni su imposición ni su exoneración es automática, dado que es necesario determinar si el empleador actuó de mala fe al resistirse a reconocerle al trabajador los derechos laborales que contempla el orden jurídico. (CSJ SL, 24 abr. 2012, rad. 39600, CSJ SL9156-2015, CSJ SL1430-2018 reiteradas en sentencia SL-3345-2021).

Como se advirtió a lo largo de esta providencia se tiene que la parte demandada cimentó su defensa en el argumento de que se sostenía un contrato de prestación de servicios, no obstante, para esta Sala, la sociedad demandada siempre desplegó conductas de empleador y no de contratista, pues exigía la prestación del servicio al actor sin que fuera ajeno a la subordinación. De tal forma, la accionada no aportó razones o elementos de juicio convincentes que le permitan sustraerse de la misma, lo que conduce, en este caso, a impartir condena, por tanto, se tiene que el contrato de trabajo terminó el 21 de noviembre de 2017, el último salario del actor resultó superior al mínimo ($7.000.000) y la demanda se presentó el 29 de octubre de 2020 (página 4, archivo 01), es decir, más de 24 meses después de la terminación del contrato, por lo tanto, la sanción equivale al pago de «*intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria*», desde el **22 de noviembre de 2017**, hasta cuando se verifique el pago de las prestaciones sociales adeudadas.

En punto al recurso de la demandada, valga señalar, la sentencia citada y aportada como sustento de apelación, trata de un caso donde el contratista era pensionado, situación que no aplica en esta litis ya que no existe ninguna situación relevante para que por equivocación se contemplara que el demandante podía ejercer como contratista.

En concordancia con lo expuesto, frente a la pretensión de indemnización por no consignación de cesantías (artículo 99 de la Ley 50 de 1990), debe precisarse, dicha sanción no solo opera en los casos en que el empleador no realiza la consignación, sino también cuando lo hace de manera deficitaria o parcial soportado en argumentos que no salieron avantes, como por ejemplo bajo la creencia de tener un contrato de prestación de servicios, por lo que, es pertinente condenar a este pago. En este orden, y en congruencia con lo expuesto en el acápite anterior, se condenará a pagar un día de salario por cada día de mora entre el **15 de febrero de 2017 al 21 de noviembre de 2017** –276 días- (sobre la suma diaria de $233,333 ($7.000.000/30), lo que arroja un total de **$64.400.000.**

Verificadas las anteriores condenas, se adicionará la decisión de primer grado, atendiendo que en la parte resolutiva de la sentencia la juez emitió pronunciamiento frente a estos pedimentos, como ya se señaló.

Procede la Sala a analizar la excepción de prescripción, objeto de recurso de la parte demandada, y para tal fin, se indica, el contrato de trabajo tuvo fecha de finalización el **21 de noviembre de 2017** mientras que la demanda se presentó el día **29 de octubre de 2020**, por lo que entre una y otra fecha si bien no se superó

el término trienal de prescripción en materia laboral (arts. 488 C.S.T. y 151 C.P.L.), si es dable declarar probada la excepción de prescripción de los rubros causados con anterioridad al 29 de octubre de 2017, se exceptúa de lo anterior, el auxilio de cesantías y para las vacaciones se aplicará 4 años, coincidiendo con ello en la decisión de la *a quo.*

Atendiendo los acápites analizados y como quiera que el **extremo inicial de la relación laboral declarada en primera instancia** (31 de marzo de 2017) cambió al **1º de octubre de 2016**, resulta necesario reliquidar las condenas impuestas en el numeral **CUARTO** que involucraron el extremo inicial declarado por la *a quo.* En ese orden, esta Sala reliquidará los conceptos de **cesantías, intereses, prima, vacaciones e indemnización por despido,** precisándose, los valores dispuestos por la Juez no fueron objeto de apelación.

En esa medida la reliquidación de los anteriores conceptos es la siguiente:

A) Indemnización por despido[16] la suma de $7.700.000.
B) Cesantías $7.961.667[17].
C) Intereses a las cesantías 2017 $665.778[18]
D) Prima de servicios $2.741.667[19].

16

INICIO	FINAL	DIAS A RECONOCER	SALARIO
1/10/16	30/09/17	30	$ 7.000.000
1/10/17	21/11/17	3	$ 700.000
		TOTAL, A PAGAR	**$ 7.700.000**

17

CONCEPTO	INICIO	FINAL	DIAS	OBSERVACIÓN	SALARIO	TOTAL
CESANTIAS	1/10/16	30/12/16	90	**NO PRESCRIBEN**	$ 7.000.000	$ 1.750.000
CESANTIAS	1/01/17	21/11/17	321	**NO PRESCRIBEN**	$ 7.000.000	$ 6.241.667
						$ 7.991.667

18

CONCEPTO	INICIO	FINAL	DIAS	OBSERVACIÓN	CESANTIAS	TOTAL
INTERESES A LAS CESANTIAS	1/10/16	30/12/16	90	**PRESCRITO**	$ 1.750.000	$ -
INTERESES A LAS CESANTIAS	**01/01/17**	**21/11/17**	**320**	**CONDENA**	$ 6.241.667	**$ 665. 778**
						$ 665. 778

19

CONCEPTO	INICIO	FINAL	DIAS	OBSERVACIÓN	SALARIO	TOTAL
PRIMA DE SERVICIOS	1/10/16	30/12/16	90	**PRESCRITO**	$	$ -

E) Vacaciones $3.451.389[20]

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 y 4 y la adición 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 36 Laboral del Circuito de Bogotá, para establecer que el contrato de trabajo del señor **ANTONIO CUELLAR PULIDO** con **ORDOÑEZ UBERLANDIA S.A.S.,** se desarrolló desde el **1º de octubre de 2016** al **21 de noviembre de 2017**, conforme a lo considerado.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral **CUARTO** del fallo de primer grado en cuanto a que se **CONDENA** a la demandada **ORDOÑEZ UBERLANDIA S.A.,** al pago de las siguientes acreencias:

A) Indemnización por despido la suma de $7.700.000.
B) Cesantías $7.961.667.
C) Intereses a las cesantías $665.778
D) Prima de servicios $2.741.667.
E) Vacaciones $3.451.389.

PRIMA DE SERVICIOS	1/01/17	30/06/17	28	**PRESCRITO**	$ -	$ -
PRIMA DE SERVICIOS	**1/07/17**	**21/11/17**	**141**	**CONDENA**	$ 7.000.000	**$ 2.741.667**
						$ 2.741.667

20

CONCEPTO	INICIO	FINAL	DIAS	OBSERVACIÓN	SALARIO	TOTAL
VACACIONES	1/10/16	28/10/16	28	**PRESCRITO**	$ 7.000.000	
VACACIONES	**29/10/16**	**30/09/17**	**332**	**CONDENA**	$ 7.000.000	$ 3.227.778
VACACIONES	**29/10/17**	**21/11/17**	**23**	**CONDENA**	$ 7.000.000	**$ 223.611**
						$ 3.451.389

TERCERO: ADICIONAR el fallo de primer grado para en su lugar, **CONDENAR** a la demandada ORDOÑEZ UBERLANDIA S.A.S. a pagar al demandante un día de salario por cada día de mora entre el 15 de febrero de 2017 al 21 de noviembre de 2017, lo que arroja un total de **$64.400.000** por concepto de sanción moratoria de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, conforme a lo expuesto.

CUARTO: ADICIONAR el fallo de primer grado para en su lugar, **CONDENAR** a la demandada ORDOÑEZ UBERLANDIA S.A.S. a pagar al demandante **sobre las sumas adeudadas por concepto prestaciones sociales, los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria a partir del 22 de noviembre de 2017 (**día siguiente a la terminación del contrato de trabajo) y hasta cuando se verifique el pago, de conformidad con el artículo 65 del C.S.T., conforme a lo expuesto.

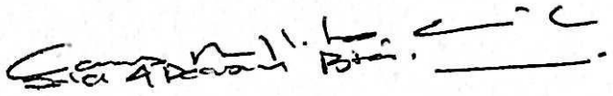
QUINTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia, de acuerdo con lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

SEXTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN



CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL

BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR ISABEL DIAZ PÉREZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- (RAD. 36 2022 00158 01).

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre 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 grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, contra la sentencia proferida por la Juez 36 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. el 26 de septiembre de 2023 (audiencia virtual, archivo 18, récord 29:31), en la que se resolvió:

> *"**PRIMERO: CONDENAR** a COLPENSIONES a pagar la sustitución pensional a la señora ISABEL DÍAZ PÉREZ, dada su condición de compañera permanente del señor SEGUNDO TEODULO CORREAL MORENO, en un porcentaje igual al 100%, a partir del 23 de marzo de 2017 en cuantía igual a 1 SMLMV.*
>
> ***SEGUNDO: CONDENAR** a COLPENSIONES a pagar como retroactivo pensional a la demandante entre el 24 de marzo de 2019 al 30 de septiembre de 2023 la suma de $36.222.264. Además de las mesadas que se sigan causando con posterioridad.*
>
> ***TERCERO: CONDENAR** a COLPENSIONES a reconocer y pagar los intereses moratorios a partir del 24 de marzo de 2019 y hasta el momento en que se haga el pago efectivo de la obligación, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.*
>
> ***CUARTO: DECLARAR** parcialmente probada la excepción de prescripción, conforme los argumentos expuestos en la parte motiva de esta sentencia.*
>
> ***QUINTO: CONDENAR** en COSTAS a la demandada, liquídese como agencias en derecho la suma de $500.000.*
>
> ***SEXTO: CONSÚLTESE** con el Superior la presente sentencia, en favor de COLPENSIONES-, siguiendo los parámetros del artículo 69 del C.P.T. y de la S.S.".*

La ausencia de apelación contra la providencia anterior explica la presencia de las diligencias en esta sede judicial a efectos de que se surta el grado

jurisdiccional de **CONSULTA**, a lo cual se procede, previa la constatación de que no existe causal de nulidad que invalide lo actuado.

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante ISABEL DÍAZ PÉREZ las pretensiones relacionadas en la demanda (pág. 7, archivo 01 expediente digital), las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos relatados en las páginas 5 a 7 del mismo archivo, aspirando:

> ***1.*** *"Declare señor Juez que mi representada Isabel Díaz Pérez es beneficiaria de la sustitución pensional en calidad de compañera permanente, en atención al fallecimiento del señor Segundo Teodulo Correal Moreno, quien en vida se identificó con la cédula de ciudadanía No. 64.400 expedida en Bogotá.*
>
> ***2.*** *Condene señor Juez a la entidad accionada con ocasión a la pretensión anterior, a incluir a mi representada Isabel Díaz Pérez en nómina de pensionados bajo la modalidad pensional ya mencionada.*
>
> ***3.*** *Condene señor Juez a la entidad accionada con ocasión a las pretensiones anteriores, a pagar el respectivo retroactivo a que haya lugar desde la fecha de la muerte del señor Segundo Teodulo Correal Moreno, y hasta la fecha del pago de la primera mesada pensional.*
>
> ***4.*** *Condene señor Juez a la entidad accionada con ocasión a las pretensiones anteriores a pagar los respectivos intereses moratorios sobre cada una de las mesadas causadas desde la fecha del estatus pensional por la modalidad de pensión solicitada.*
>
> ***5.*** *Lo que resulte de las Facultades Extra y Ultra Petita.*
>
> ***6.*** *Condene señor juez a la entidad demandada al pago de costas procesales y agencias en derecho.".*

Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus aspiraciones por cuanto condenó a COLPENSIONES a pagar la sustitución pensional a la señora ISABEL DÍAZ PÉREZ, dada su condición de compañera permanente del señor SEGUNDO TEODULO CORREAL MORENO (q.e.p.d.), en un porcentaje igual al 100%, a partir del 23 de marzo de 2017 en cuantía igual a 1 SMLMV, condenó a COLPENSIONES a pagar como retroactivo pensional a la demandante entre el 24 de marzo de 2019 al 30 de septiembre de 2023 la suma de $36.222.264, sin perjuicio de las mesadas que se sigan causando con posterioridad junto con los intereses moratorios a partir del 24 de marzo de 2019 y hasta el momento en que se haga el pago efectivo de la obligación, declaró parcialmente probada la excepción de prescripción y condenó en costas. **Lo anterior tras considerar la *a quo,*** en el plenario quedó acreditado que el causante Segundo Teodulo Correal Moreno fue pensionado a partir del 1º de noviembre de 2002 en cuantía inicial de $309.000, según se desprende de la Resolución No. 024480 del 18 de

octubre de 2002 y a la fecha de su retiro de nómina percibía la suma de $737.717, acreditándose la calidad de pensionado.

Frente a la sustitución pensional consideró, al fallecer el *de cujus* en el 2017 lo que rige la materia es la Ley 100 de 1993, analizando la edad de la demandante a la fecha del suceso, quien contaba con más de 30 años de edad. Igualmente, tuvo por acreditado que la demandante compartió con el pensionado por lo menos desde el año 2006 brindándose apoyo mutuo y acompañamiento acorde a los principios y valores que ha enseñado la jurisprudencia haciendo vida de pareja y acreditando más de 5 años antes de la fecha del deceso. Esto, por cuanto evidenció que en vida el pensionado designó la pensión a la demandante, así como la EPS certificó que la demandante registraba como beneficiaria del fallecido, igual, de la historia clínica se desprende que el fallecido pensionado acudió a la red de servicios integradas en compañía de su compañera Isabel Diaz Pérez. Asi mismo, la juzgadora dio credibilidad a las declaraciones extraprocesales aportadas.

Con relación a la prescripción analizó que el *de cujus* falleció el 22 de marzo de 2017 y la demandante presentó la reclamación el 25 de abril de 2017, por lo que interrumpió el término de prescripción, no obstante, como la demanda fue radicada el 24 de mayo de 2022 dejó transcurrir más de 3 años desde el último recurso presentado y resuelto por Colpensiones que lo fue en el año 2018, operando la prescripción sobre las mesadas con anterioridad al 23 de marzo de 2019, siendo procedente el reconocimiento y pago del retroactivo pensional entre el 24 de marzo de 2019 y el 30 de septiembre de 2020 en cuantía de 1 smmlv cada mes.

Finalmente, en cuanto a la procedencia de los intereses moratorios que prevé el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, no encontró probado en esta litis ninguno de los presupuestos enunciados en la jurisprudencia como eximente, por ejemplo que se hubiere reconocido la prestación en virtud de un cambio jurisprudencial para absolver a la enjuiciada del pago de este rubro, siendo palpable la procedencia de este concepto toda vez que existen pruebas que fueron aportadas a Colpensiones dentro del marco de la investigación administrativa y bien pudo la entidad analizarlas, por lo que, como la Colpensiones contaba con 2 meses para resolver lo solicitado y la actora dejó transcurrir el término de prescripción ajustó esta condena desde el 24 de marzo de 2019 y hasta tanto se acredite el reconocimiento pago de la prestación. Por último, autorizó a la entidad demandada a descontar los conceptos en salud, sin que vaya inmersa

esta facultad en la parte resolutiva de la sentencia, pues la jurisprudencia ha enseñado que opera de pleno derecho.

De esta manera ha de señalarse, no es motivo de controversia en esta instancia que el señor SEGUNDO TEODULO CORREAL MORENO (q.e.p.d.), falleció el 22 de marzo de 2017, conforme se señala en el registro civil de defunción visible en el archivo 08 del expediente administrativo y página 14 del archivo 01, documento 4 en pdf, como tampoco que mediante Resolución No. 024480 del 18 de octubre de 2002 se reconoció una pensión por vejez al *de cujus* en cuantía de $309.000 efectiva a partir del 1º de noviembre de 2002 por parte del extinto Instituto de Seguros Sociales, siendo modificada la fecha de causación a través de Resolución No. 026210 del 05 de noviembre de 2003, esto es, a partir del 1º de junio de 2002 (expediente administrativo allegado por Colpensiones, archivo 08).

Así las cosas, el problema jurídico en esta instancia, se circunscribe en determinar, si la señora ISABEL DIAZ PÉREZ, en calidad de compañera permanente del señor SEGUNDO TEODULO CORREAL MORENO (q.e.p.d.), acreditó los requisitos en la norma para ser beneficiaria de la prestación reclamada.

Establecido lo anterior, respecto de la pretensión dirigida al otorgamiento de la sustitución pensional, ha de señalarse en primer lugar que habida cuenta de la fecha de fallecimiento del causante, **22 de marzo de 2017** (archivo 08 del expediente administrativo y página 14 del archivo 01, documento 4) la norma que regula la situación planteada corresponde a los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificados por los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, vigentes para la data del deceso, que en sus partes pertinentes señalan que tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes, en forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad.

Precisándose en este punto, aunque la Corte Suprema de Justicia sostuvo la tesis de que la convivencia mínima requerida para ostentar la calidad de beneficiario de la pensión de sobrevivientes, tanto para cónyuge como para compañero o **compañera permanente**, según el literal a) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993[1], era de 5 años, independientemente de que el causante de la

[1] ***"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:*

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

> *"En torno a dicha exigencia, esta Sala de la Corte de manera reiterada había sostenido efectivamente la tesis expuesta por el Tribunal, esto es que, sin importar de que se tratara de la muerte de un afiliado o de un pensionado, para que la compañera(o) permanente fuera beneficiaria(o) de la pensión de sobrevivientes, era necesario que acreditara 5 años de convivencia con su pareja con anterioridad a la fecha del deceso (…).*
>
> *No obstante, lo anterior, dicha posición fue reevaluada para señalar que de la redacción del literal a) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, no era posible inferir que en tratándose de la muerte de un afiliado, el legislador hubiese querido exigir un tiempo mínimo de convivencia de 5 años,* ***de manera que ese interregno temporal solamente resultaba necesario acreditarse en aquellos casos en que el deceso ocurría en cabeza de un pensionado****. Así, por ejemplo, en la sentencia CSJ SL1905-2021, en torno a la citada norma se sostuvo:*
>
> > *[…] En síntesis, pueden extraerse dos reglas […] que fijan el alcance y la correcta interpretación del artículo 13 de la Ley 797 de 2003: i) La pensión de sobrevivientes en materia de afiliados al sistema de seguridad social, no exige un tiempo mínimo de convivencia para acreditarse como beneficiarios la cónyuge o la compañera permanente y, ii) No existe un trato diferenciado para la aplicación de la regla anterior, es decir, no importa la forma en la que se constituya el núcleo familiar, vínculos jurídicos o naturales, la protección se dirige al concepto de familia (artículo 42 de la C.P.), luego el análisis se circunscribe en estos casos a la simple acreditación de la calidad requerida y la conformación del núcleo familiar con vocación de permanencia, vigente para el momento de la muerte (al respecto, se puede consultar entre otras sentencias CSJ SL3843-2020, CSJ SL5626-2020).*

---

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

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

a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte[1]; (…)

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

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

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

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

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

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

Criterio este que luego, mediante sentencia CSJ SL5270-2021 fue reafirmado, separándose de lo dispuesto en la sentencia de unificación de la Corte Constitucional CC SU-149-2020 y, manifestando que la interpretación adecuada de lo dispuesto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, «resulta constitucional y legalmente válido, dentro del marco de las competencias de esta Sala, en su función de unificación de la jurisprudencia laboral, de conformidad con lo dispuesto en el art. 16 de la Ley 270 de 1996 y 235 de la CP, con sus modificaciones».
(…)
*De manera que, conforme al criterio jurisprudencial imperante de esta Sala, se tiene que quien pretenda acceder a una pensión de sobrevivientes, a la luz del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, se le exigirán como requisitos para acceder a ese derecho pensional los siguientes: **cuando el causante es un pensionado una convivencia de cinco años**, mientras que tratándose de la pensión de sobrevivientes derivada del fallecimiento de un afiliado no será exigible tiempo específico de convivencia, pues simplemente bastará con demostrar la condición de compañero permanente o compañero (a) y la conformación del núcleo familiar, con vocación de permanencia, vigente para el momento de la muerte y así se cumple con el presupuesto normativo en*

> *comento, que da lugar al reconocimiento de las prestaciones derivadas de esa contingencia.*
>
> ***En consecuencia, debe entenderse que el requisito de convivencia exigido a los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes -esto es, la convivencia mínima de cinco años- sólo es exigible en el caso de la prestación causada con ocasión del fallecimiento de pensionado."***

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

En ese orden, en primer lugar, se tiene que, al tenor de la disposición normativa en cita aplicable al caso y teniendo en cuenta, que la señora ISABEL DIAZ PÉREZ superaba los treinta años de edad[2] -63 años-, en la fecha del fallecimiento del señor Segundo Teodulo Correal Moreno (q.e.p.d.), entra la Sala a verificar si se cumple con el requisito de la convivencia real y efectiva con el *de cujus* en los términos antes anotados, aspecto fundamental para la procedencia de las pretensiones de la interesada.

En lo que respecta a la convivencia, sostiene la demandante haber ostentado la calidad de compañera permanente del causante y haber convivido con el *de cujus* desde el año 2006, año desde el cual no se separaron sino hasta que se produjo el deceso en el **2017**.

Así las cosas y en aras de acreditar la calidad de compañera permanente del causante por el lapso exigido en la norma (5 años anteriores al deceso), debe acudirse al acervo probatorio recaudado en autos, evidenciando como prueba documental y relevante para resolver la litis, las siguientes:

Archivo 01

- Página 16, documento dirigido al extinto Instituto de Seguros Sociales, suscrito ante notaria en vida por el pensionado por medio del cual manifiesta:

[2] *Nació el 30 de marzo de 1954 (Expediente administrativo archivo 08).*

SEÑORES.

SEGURO SOCIAL- PENSIONES-.

E. S. D.

REF: APLICACION LEY 44 DE 1.980 .

SEGUNDO TEODULO CORREAL MORENO, mayor y de esta vecindad, identificado con la **C.C. No 64.400 de Bogotá,** obrando en mi calidad de pensionado por esa entidad, en ejercicio del derecho de petición, consagrado en el Art. 23 de la Constitución Política, por medio del presente escrito me permito manifestar que designo a la señora **ISABEL DIAZ PEREZ** identificada con la **C. C. No 41.743.905** expedida en Bogotá, D.C., quien tiene la calidad de compañera permanente, para que en el evento de mi fallecimiento, sea beneficiaria de la pensión, que estoy disfrutando en la actualidad. Mi número de afiliación es: **900064400100.**

Ruego a Ustedes obrar de conformidad.

Para constancia, firmo, en Bogotá, D.C. Hoy veintiséis (26) de Agosto del año Dos mil doce (2012).

Atentamente,

SEGUNDO TEODULO CORREAL MORENO

C.C. No 64.400 de Bogotá

CALLE 2 B No 38 A-11.

TEL: 2372869

- Página 41, certificado de afiliación de cotizante, expedido por SaludCoop EPS el 2 de octubre de 2013, que corrobora que la demandante fungió como beneficiaria en salud, veamos:

SaludCoop EPS SaludCoop EPS

Certificación de Afiliación Cotizante

El señor(a) SEGUNDO TEODULO CORREAL MORENO identificado(a) con Cedula Ciudadania número 64400

presenta los siguientes datos referentes al Plan Obligatorio de Salud POS en nuestra EPS.

Información del cotizante:

Afiliado cotizante:	Segundo Teodulo Correal Moreno		
Número de identificación:	64400	Tipo Identificación:	Cédula Ciudadanía
Fecha afiliación (dd/mm/aaaa):	01/10/2008	Fecha de retiro:	
Estado actual cotizante:	VIGENTES	Razón de estado:	Al día - empleador pago al día
Tipo cotizante:	Pensionado		
Dirección actual de residencia:	CALLE 2 D 38 A 11	Municipio residencia:	Bogotá D.C.
Teléfono actual de residencia:	2372869 3143222535	Depto. Residencia:	Bogota D.C.

Documento Aportante	Razón social aportante	Fecha Inicio	Fecha Fin
900336004	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES	01/10/2012	

Información de los beneficiarios:

Identificación	TD	Nombre	Fecha afiliación	Estado	Fecha retiro	Parentesco
41743905	CC	ISABEL DIAZ PEREZ	08/08/2012	VIGENTES		COMPAÑERO(A) PERMANENTE

Señor Cotizante por favor verifique sus datos básicos y de ser necesario realice la actualización de los mismos comunicándose con los siguientes teléfonos: en Bogotá: 6511000 y en el resto del país 018000120096.

se firma y expide en Bogotá a los 2 del mes de Octubre de 2013 , a solicitud del interesado

INFORMACION NO VALIDA PARA TRASLADO ENTRE EPS, NI PARA ACLARAR MULTIAFILIACION

SEÑOR USUARIO: RECUERDE QUE EL TRASLADO DE EPS ES UN MANEJO ENTRE LAS MISMAS.
DECRETO 806 ART. 55

- Páginas 42 a 49, Historia Clínica de ingreso del pensionado SEGUNDO TEODULO CORREAL MORENO, al Hospital Santa Clara donde registra que como responsable estaba a cargo la señora ISABEL DIAZ PÉREZ, aquí demandante, siendo la atención desde el 16 de marzo de 2017.

Archivo 08

- Informe técnico de investigación, adelantando por la Gerencia de Reconocimiento, Investigación y Convivencia de Colpensiones con fecha de radicación del 17 de mayo de 2017, del cual se extrae como conclusiones del trámite adelantado:

Se estableció que el señor Segundo Teódulo Correal Moreno, era soltero, sin hijos, y vivía hace más de 30 años en la calle 2 D No 38 A – 13 del barrio Gaitán Cortes, la vivienda es de su propiedad.

Nacido el 15 de diciembre de 1926, en Guayatá – Boyacá, fallece a la edad de 90 años, el 22 de marzo de 2017 en el hospital santa Clara, debido a un cáncer en los riñones.

Según los vecinos el único familiar que le queda es una hermana que no volvió a visitarlo y no saben cómo comunicarse con ella.

Se consultó el cupo numérico 64400 del señor Segundo Teódulo Correal Moreno, estableciendo que no tiene registro mercantil que confirme que efectúa actividades de comercio.

Se verificó en las bases de datos de la Registraduria General del Estado Civil que el cupo numérico 41743905, que efectivamente pertenece a la señora Isabel Díaz Pérez, la cual figura activa, comprobando la supervivencia.

También se confirmó el cupo numérico 64400 del Causante, el cual actualmente figura cédula de ciudadanía CANCELADA, por muerte, según resolución No. 3904 del año 2017, que coincide con el año de muerte del señor Segundo Teódulo Correal Moreno.

Además, se determinó que el señor Segundo Teódulo Correal Moreno fue cotizante en el ISS desde el 30 de diciembre de 1988, en nueva EPS desde el 01 de agosto de 2008, en saludcoop EPS desde el 01 de octubre de 2008, y finalmente, como cotizante en Cafesalud EPS desde el 01 de diciembre de 2015, hasta marzo de 2017.

Aunado a esto se a la señora Isabel Díaz Pérez quien figura como beneficiaria en el ISS desde el 25 de mayo de 1995, en saludcoop EPS como beneficiaria desde el 01 de marzo de 2013, y en Cafesalud EPS desde el 01 de diciembre de 2015.

También se corroboró el Registro de Defunción, en la notaria 21 de Bogotá, donde la señora Nubia Avendaño, auxiliar de registro civil, manifestó que el documento es fiel copia del original.

Además, se confirmaron los dos extra procesos aportados como pruebas, en la Notaria 4 de la ciudad de Bogotá, donde la señora Viviana Auxiliar notarial, corroboró la información aportada en ellos.

La solicitante aportó un documento autenticado, en la notaria 50 de la ciudad de Bogotá, se hizo tramite de verificación e incluso se envió el documento por correo, pero la funcionaria Nubia, manifestó que lo había buscado mediante diferentes parámetros de búsqueda y no lo encontró, pero tampoco envió respuesta al correo.

Se entrevistó a la señora María Consuelo Hernández Rincón, vecina del sector, quien manifestó conocer al señor Segundo Teódulo Correal Moreno, hace muchos años, indicando que la señora Isabel Díaz Pérez y su hermana vivían en casa del causante en arriendo, donde después del fallecimiento del señor Teódulo Correal ellas se quedaron en esa casa.

Finalmente, se dialogó con los señores Leonor Díaz Pérez y Donaldo Díaz Pérez, testigos de los extra juicios, los cuales corroboraron la información aportada en la notaria, agregando que son hermanos de la solicitante.

De acuerdo a la información verificada, cotejo de documentación, entrevistas y trabajo de campo, se logró confirmar que el señor Segundo Teódulo Correal Moreno y la señora Isabel Díaz Pérez, no convivían como pareja ya que ningún vecino del sector aseguró su convivencia pues la solicitante vivía en arriendo en casa del causante, además la señora Isabel no mostró fotografías de convivencia ni suministro datos de los familiares del causante.

Se entrevistó a la señora Isabel Díaz Pérez, de 63 años, quien afirmó ser la compañera permanente del señor Segundo Teódulo Correal Moreno, con el que no tuvo hijos.

Argumentó que conoció al causante en el año 2004, en una cafetería donde empezaron hablar, en el año 2005 inician su convivencia, pero después indicó que en Enero 2006, asegurando que ella cuido al señor Teódulo Correal Moreno en su enfermedad y no hubo separaciones entre ellos. Aseguró que el causante tenía una hermana llamada Lucila Correal quien solo quería manipularlo y quien no volvió a visitarlo.

La vivienda donde reside actualmente es de propiedad del causante, y vive actualmente con una hermana de ella.

En cuanto a las pertenencias indicó que ella no es fotogénica y al causante no le gustaban las fotografías.

Al solicitarle números telefónicos del señor Segundo Teódulo Correal Moreno, indicó que no tiene ninguno ya que no tenían buena relación con ellos.

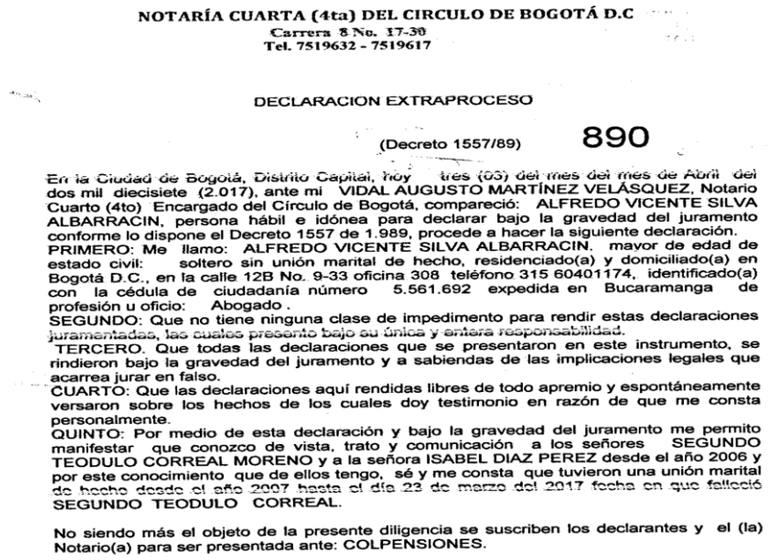
Al indagarle sobre el por qué inicio una relación con un hombre 27 años mayor, aseguró que le parecía simpático y la trataba muy bien hasta que finalmente se enamoró del causante.

Se entrevistó al señor Bernardo Antonio López, amigó de la solicitante, quien manifestó haber conocido de la convivencia del señor Segundo Teódulo Correal Moreno y la señora Isabel Díaz Pérez, asegurando que no hubo separaciones entre ellos y la solicitante fue quien cuido del causante hasta el día de su fallecimiento.

Se entrevistó a la señora Ana Rosa Rivera, vecina del sector desde el año 1975, quien indicó que veía a unas jóvenes lidiando al causante, pero no tenía mucha comunicación con ellos, así que no pudo confirmar la convivencia. Resaltó que el señor Segundo Teódulo Correal Moreno gritaba mucho en esa casa y que él tenía un hermano que vivía en Choconta el cual ya falleció.

Se dialogó con una vecina del sector hace 60 años, quien no quiso identificarse, indicando que conoció al señor Segundo Teódulo Correal Moreno y a la señora Isabel Díaz Pérez pero no supo la relación que existió entre ellos, solo que la solicitante sacaba al causante a unas citas médicas.

- Se aportó declaración extra - proceso del 3 de abril de 2017, rendida por el señor ALFREDO VICENTE SILVA ALBARRACIN en los siguientes términos:



NOTARÍA CUARTA (4ta) DEL CIRCULO DE BOGOTÁ D.C
Carrera 8 No. 17-30
Tel. 7519632 - 7519617

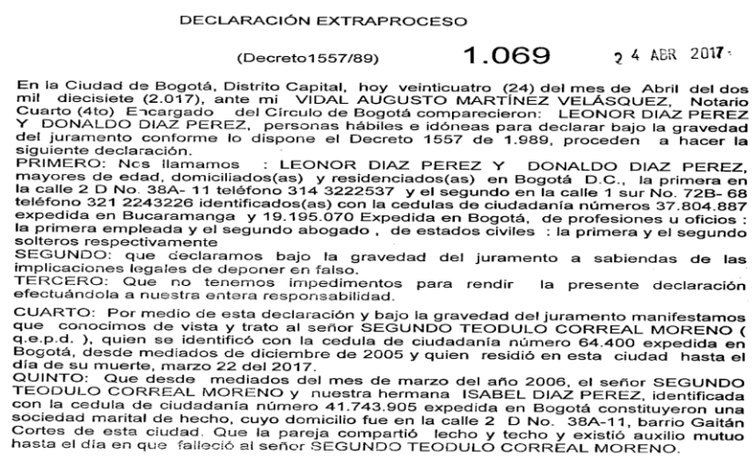
DECLARACION EXTRAPROCESO

(Decreto 1557/89) **890**

En la Ciudad de Bogotá, Distrito Capital, hoy tres (03) del mes del mes de Abril del dos mil diecisiete (2.017), ante mi VIDAL AUGUSTO MARTÍNEZ VELÁSQUEZ, Notario Cuarto (4to) Encargado del Círculo de Bogotá, compareció: ALFREDO VICENTE SILVA ALBARRACIN, persona hábil e idónea para declarar bajo la gravedad del juramento conforme lo dispone el Decreto 1557 de 1.989, procede a hacer la siguiente declaración.
PRIMERO: Me llamo: ALFREDO VICENTE SILVA ALBARRACIN, mayor de edad de estado civil: soltero sin unión marital de hecho, residenciado(a) y domiciliado(a) en Bogotá D.C., en la calle 12B No. 9-33 oficina 308 teléfono 315 60401174, identificado(a) con la cédula de ciudadanía número 5.561.692 expedida en Bucaramanga de profesión u oficio: Abogado .
SEGUNDO: Que no tiene ninguna clase de impedimento para rendir estas declaraciones juramentadas, las cuales presento bajo su única y entera responsabilidad.
TERCERO. Que todas las declaraciones que se presentaron en este instrumento, se rindieron bajo la gravedad del juramento y a sabiendas de las implicaciones legales que acarrea jurar en falso.
CUARTO: Que las declaraciones aquí rendidas libres de todo apremio y espontáneamente versaron sobre los hechos de los cuales doy testimonio en razón de que me consta personalmente.
QUINTO: Por medio de esta declaración y bajo la gravedad del juramento me permito manifestar que conozco de vista, trato y comunicación a los señores SEGUNDO TEODULO CORREAL MORENO y a la señora ISABEL DIAZ PEREZ desde el año 2006 y por este conocimiento que de ellos tengo, sé y me consta que tuvieron una unión marital de hecho desde el año 2007 hasta el día 23 de marzo del 2017 fecha en que falleció SEGUNDO TEODULO CORREAL.

No siendo más el objeto de la presente diligencia se suscriben los declarantes y el (la) Notario(a) para ser presentada ante: COLPENSIONES.

- Declaración extra-proceso de fecha 24 de abril de 2017, rendida por los señores LEONOR DIAZ PÉREZ y DONALDO DIAZ PÉREZ, al siguiente tenor:

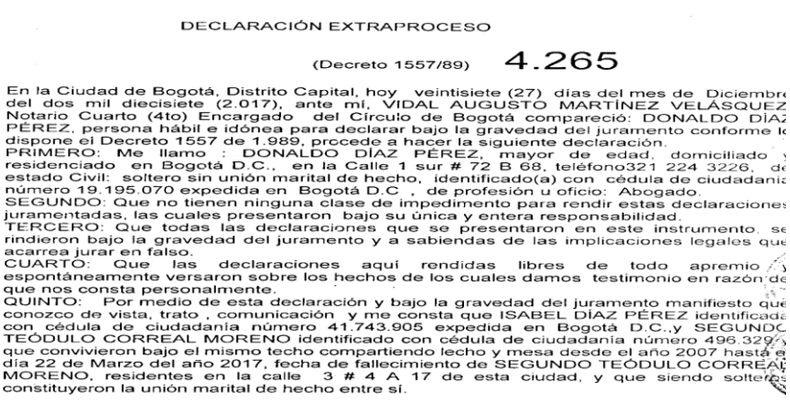


DECLARACIÓN EXTRAPROCESO

(Decreto1557/89) **1.069** 24 ABR 2017

En la Ciudad de Bogotá, Distrito Capital, hoy veinticuatro (24) del mes de Abril del dos mil diecisiete (2.017), ante mi VIDAL AUGUSTO MARTÍNEZ VELÁSQUEZ, Notario Cuarto (4to) Encargado del Círculo de Bogotá comparecieron: LEONOR DIAZ PEREZ Y DONALDO DIAZ PEREZ, personas hábiles e idóneas para declarar bajo la gravedad del juramento conforme lo dispone el Decreto 1557 de 1.989, proceden a hacer la siguiente declaración.
PRIMERO: Nos llamamos : LEONOR DIAZ PEREZ Y DONALDO DIAZ PEREZ, mayores de edad, domiciliados(as) y residenciados(as) en Bogotá D.C., la primera en la calle 2 D No. 38A- 11 teléfono 314 3222537 y el segundo en la calle 1 sur No. 72B- 68 teléfono 321 2243226 identificados(as) con la cedulas de ciudadanía números 37.804.887 expedida en Bucaramanga y 19.195.070 Expedida en Bogotá, de profesiones u oficios : la primera empleada y el segundo abogado , de estados civiles : la primera y el segundo solteros respectivamente
SEGUNDO: que declaramos bajo la gravedad del juramento a sabiendas de las implicaciones legales de deponer en falso.
TERCERO: Que no tenemos impedimentos para rendir la presente declaración efectuándola a nuestra entera responsabilidad.
CUARTO: Por medio de esta declaración y bajo la gravedad del juramento manifestamos que conocimos de vista y trato al señor SEGUNDO TEODULO CORREAL MORENO (q.e.p.d.), quien se identificó con la cedula de ciudadanía número 64.400 expedida en Bogotá, desde mediados de diciembre de 2005 y quien residió en esta ciudad hasta el día de su muerte, marzo 22 del 2017.
QUINTO: Que desde mediados del mes de marzo del año 2006, el señor SEGUNDO TEODULO CORREAL MORENO y nuestra hermana ISABEL DIAZ PEREZ, identificada con la cedula de ciudadanía número 41.743.905 expedida en Bogotá constituyeron una sociedad marital de hecho, cuyo domicilio fue en la calle 2 D No. 38A-11, barrio Gaitán Cortes de esta ciudad. Que la pareja compartió lecho y techo y existió auxilio mutuo hasta el día en que falleció al señor SEGUNDO TEODULO CORREAL MORENO.

- Declaración extra-proceso de fecha 27 de diciembre de 2017, rendida por y DONALDO DIAZ PÉREZ:

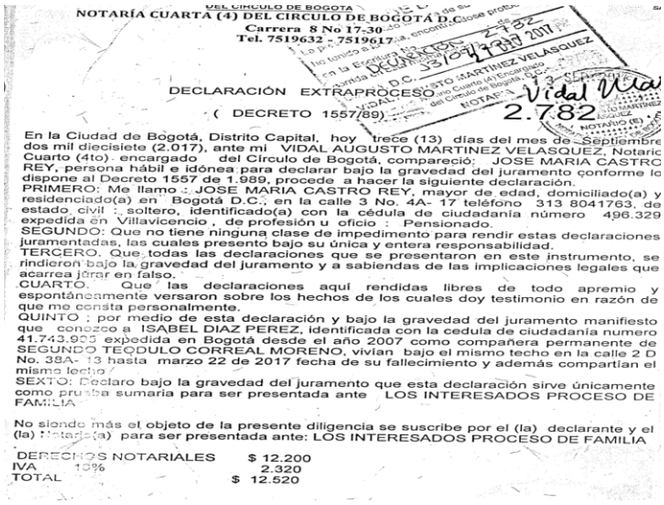


DECLARACIÓN EXTRAPROCESO

(Decreto 1557/89) **4.265**

En la Ciudad de Bogotá, Distrito Capital, hoy veintisiete (27) días del mes de Diciembre del dos mil diecisiete (2.017), ante mi, VIDAL AUGUSTO MARTÍNEZ VELÁSQUEZ Notario Cuarto (4to) Encargado del Círculo de Bogotá compareció: DONALDO DÍAZ PÉREZ, persona hábil e idónea para declarar bajo la gravedad del juramento conforme lo dispone el Decreto 1557 de 1.989, procede a hacer la siguiente declaración.
PRIMERO: Me llamo : DONALDO DIAZ PEREZ, mayor de edad, domiciliado y residenciado en Bogotá D.C., en la Calle 1 sur # 72 B 68, teléfono321 224 3226, de estado Civil: soltero sin unión marital de hecho, identificado(a) con cédula de ciudadanía número 19.195.070 expedida en Bogotá D.C , de profesión u oficio: Abogado.
SEGUNDO: Que no tienen ninguna clase de impedimento para rendir estas declaraciones juramentadas, las cuales presentaron bajo su única y entera responsabilidad.
TERCERO: Que todas las declaraciones que se presentaron en este instrumento, se rindieron bajo la gravedad del juramento y a sabiendas de las implicaciones legales que acarrea jurar en falso.
CUARTO: Que las declaraciones aquí rendidas libres de todo apremio y espontáneamente versaron sobre los hechos de los cuales damos testimonio en razón de que nos consta personalmente.
QUINTO: Por medio de esta declaración y bajo la gravedad del juramento manifiesto que conozco de vista, trato , comunicación y me consta que ISABEL DIAZ PÉREZ identificada con cédula de ciudadanía número 41.743.905 expedida en Bogotá D.C.,y SEGUNDO TEODULO CORREAL MORENO identificado con cédula de ciudadanía número 496.329 que convivieron bajo el mismo techo compartiendo lecho y mesa desde el año 2007 hasta el día 22 de Marzo del año 2017, fecha de fallecimiento de SEGUNDO TEODULO CORREAL MORENO, residentes en la calle 3 # 4 A 17 de esta ciudad, y que siendo solteros constituyeron la unión marital de hecho entre sí.

- Declaración extra - proceso rendida el 13 de septiembre de 2019 por el señor JOSÉ MARIA CASTRO REY:



NOTARÍA CUARTA (4) DEL CIRCULO DE BOGOTÁ D.C.
Carrera 8 No 17-30
Tel. 7519632 - 7519617

DECLARACIÓN EXTRAPROCESO
(DECRETO 1557/89)

2.782

En la Ciudad de Bogotá, Distrito Capital, hoy trece (13) días del mes de Septiembre dos mil diecisiete (2.017), ante mi VIDAL AUGUSTO MARTINEZ VELASQUEZ, Notario Cuarto (4to) encargado del Circulo de Bogotá, compareció: JOSE MARIA CASTRO REY, persona hábil e idónea para declarar bajo la gravedad del juramento conforme lo dispone el Decreto 1557 de 1.989, procede a hacer la siguiente declaración.
PRIMERO: Me llamo : JOSE MARIA CASTRO REY, mayor de edad, domiciliado(a) y residenciado(a) en Bogotá D.C., en la calle 3 No. 4A- 17 teléfono 313 8041763, de estado civil : soltero, identificado(a) con la cédula de ciudadanía número 496.329 expedida en Villavicencio , de profesión u oficio : Pensionado.
SEGUNDO: Que no tiene ninguna clase de impedimento para rendir estas declaraciones juramentadas, las cuales presento bajo su única y entera responsabilidad.
TERCERO. Que todas las declaraciones que se presentaron en este instrumento, se rindieron bajo la gravedad del juramento y a sabiendas de las implicaciones legales que acarrea jurar en falso.
CUARTO. Que las declaraciones aquí rendidas libres de todo apremio y espontáneamente versaron sobre los hechos de los cuales doy testimonio en razón de que me consta personalmente.
QUINTO ; por medio de esta declaración y bajo la gravedad del juramento manifiesto que conozco a ISABEL DIAZ PEREZ, identificada con la cedula de ciudadanía numero 41.743.905 expedida en Bogotá desde el año 2007 como compañera permanente de SEGUNDO TEODULO CORREAL MORENO, vivían bajo el mismo techo en la calle 2 D No. 38A- 13 hasta marzo 22 de 2017 fecha de su fallecimiento y además compartían el misma lecho /
SEXTO: Declaro bajo la gravedad del juramento que esta declaración sirve únicamente como prueba sumaria para ser presentada ante LOS INTERESADOS PROCESO DE FAMILIA

No siendo más el objeto de la presente diligencia se suscribe por el (la) declarante y el (la) Notario(a) para ser presentada ante: LOS INTERESADOS PROCESO DE FAMILIA

DERECHOS NOTARIALES $ 12.200
IVA 19% 2.320
TOTAL $ 12.520

Por otra parte, **la demandante al absolver interrogatorio**, expuso (récord 10:34, archivo 17): “Yo conocí a Segundo el 5 de febrero de 2005, lo conocí en una cafetería e hice la amistad y yo estaba buscando un apartamento, él me dijo que vivía solo que me fuera para allá, y le dije que bueno que me parecía magnifico, me fui y la amistad siguió, yo me seguí viendo con él y ´le me dijo que lo acompañara, que quería a alguien buena gente que le colaborara, en el 2006 yo le dije que listo que me iba para allá, que si me podía trastear y me dijo que cuando, y yo le dije que en enero, hay seguimos al amistad y luego me dijo que hacía solo que hiciéramos una vida diferente, le dije que sí, nos reunimos e hicimos una vida, la vida como pareja fue en el 2006, yo me mudé y éramos amigos, él me dijo que nos uniéramos y nos colaboramos, la vida de pareja fue normal, vivíamos en cuidad montes en la calle 2 b no, 38 A – 13, la casa a la entrada esta la sala y luego sigue el comedor y el patio y una habitación, en el segundo piso dos alcobas, la habitación de él era en el segundo pido, la misma quedaba en el segundo piso, yo me quede hi y seguimos viviendo los dos, yo dormía con él, a él le dio cáncer en la próstata y tenía muchos males en los riñones la familia lo abandonó y solo lo frecuentaban cuando estaba muy enfermo, él me dijo que no me fuera a ir que yo era al esposa y que era al que estaba con él, que no me dejara sacar, ellos querían llevar a un asilo a Segundo, él me dijo que me quedara con él, yo conocí a una hermana, era la púnica hermana que tenía, se llama Ana Lucia Correal, yo no dejé que lo internaran, fue porque no dejé que se lo llevaron, él me decía que le tenía miedo a esa gente, él falleció en el Hospital Sata Clara, nadie fue a verlo, yo lo llevé en ambulancia y nos llevó, no me hicieron nunca un relevo, a mí me tocaba derecho todo y pendiente de él para llamar al médico o cualquier cosa, yo no me iba y día y noche me tocó estar con él, no tenía quien fuera a verlo, ni la hermana iba, José María Vásquez no me acuerdo de él, Donaldo Diaz es un hermano mío pero ya falleció, mi abogado era Alfredo Silva, lo conocí antes de

conocer a Segundo, era amigo de mi hermano, el abogado conoció la causante, nunca me separé, incluso vivo en la casa de él, el seguro pasó los gastos funerarios, los tramites de las exequias fue el sobrino, ahí si apareció William Corredor, yo le dije que él había muerto a las 4 y él se fue hacer las vueltas para la funeraria, las exequias fueron en la funeraria, eso queda en los Olivos, funeraria los Olivos en al carcas como con 43, yo estuve allá, y como ya estaban ahí, a mí no me volvieron ni a mirar, me miraron como un perro y yo fui la que hice todo pero en ese momento él ya había hecho todas las vueltas, ya tenía todo, él ya había adelantado eso".

Así mismo se recepcionó la declaración de **CRISTINA DIAZ PÉREZ**, récord 30:21: archivo 17, quién relató: "En el 2005 conoció a don Segundo, ella estaba buscando una habitación y ella arrendó en el 2006, él le arrendó una habitación y ahí empezó todo, luego en el 2017 murió, yo visitaba a mi hermana en la casa, almorzábamos y la acompañaba a las citas médicas, eso era constantes salidas para cumplir las citas, don Segundo era enfermito, era una unión familiar, yo iba al mes como 2 o 4 veces, siempre que podía los visitaba, la entrada esta al Sala, la escalera al fondo la cocina y tiene un comedor de 12 puestos, al fondo hay un patio y luego una habitación sin puerta que era un taller, al lado del comedor hay un baño y está el lavadero grade, arriba están las 2 alcobas, ellos compartían la habitación de la derecha, en marzo de 2017 falleció de la próstata, tenía algo como cáncer, él no tenía hijos, cuando yo lo vi los conocí fue a los 2 no vi a nadie más, estaban en la casa, él estuvo en el Hospital Santa Clara, normalmente mi hermana era la que iba allá. Él estaba siempre pendiente y no lo dejaba solo hasta que murió, yo no fui a las exequias porque mi viejo está muy enfermo, él no fue internado, solo fue en la casa junto con mi hermana, nunca se separaron, el hogar de ese era cuidad montes, ellos siempre estaban juntos, hacían sus reuniones, en los cumpleaños siempre estaban, en las fiesta de fin de año y navidades, yo estaba en la mañana y le llevaba a mi hermana el presente uno se salta eso, la relación de ellos era de pareja porque siempre se decían mi amor, mijita, acompáñame a tal lado, se trataban con mucho cariño los dos, ellos viven en la calle 2 eso es por la tercera y sube unas cuadras, yo iba allá y el barrio es por la segunda, había antes un supermercado antes, yo iba y cogía uno que dijera San Diego para subir a la 30, me bajaba un comuneros hasta la 38, ellos se la pasaba ahí salían al parque, a caminar y comer a los restaurantes, salían mucho a restaurante, no sé los restaurantes, caminaban a los parques de Ciudad Montes, son caminadas cortas, Segundo tenía como 90 años, no sé la edad pero entre 85 y 90".

De lo hasta aquí expuesto, sin que sea necesario acudir a otros medios de prueba, se advierte, respecto del testimonio rendido por la señora **CRISTINA DIAZ PÉREZ**, este goza de plena credibilidad, pues su dicho además de ser espontáneo resulta coincidente, precisándose, esta declaración se analizó con mayor rigurosidad al ser esta deponente la hermana de la aquí demandante, sin embargo, este vínculo no le resta credibilidad a su dicho, por cuanto es la persona que visitaba a la pareja de manera recurrente. Asi las cosas, una vez valorado el dicho de esta declarante, así como las pruebas documentales anteriormente relacionadas 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, se puede corroborar que la pareja conformada por ISABEL DIÁZ PÉREZ y SEGUNDO TEODULO CORREAL MORENO (q.e.p.d.), convivieron en calidad de compañeros permanentes hasta el momento en que éste falleció desde el año 2007, tal como lo concluyó la juzgadora de primer grado, habiendo percibido la testigo de manera directa los hechos sobre los cuales declaró por la cercanía con la pareja, pues se repite, es hermana de sangre de la demandante y por ello los visitaba de 2 a 4 veces al mes, conociendo personalmente al *de cujus* y compartiendo con ellos en la residencia donde vivían en el barrio de Ciudad Montes de esta ciudad, manteniéndose la unión de hermandad con la aquí demandante pues compartían juntas y en virtud de ello, la actora le comentaba sus cosas, incluso, se enteró cuando la actora arrendó la habitación de la casa donde vivía el pensionado en el 2006 y luego, en el 2007 tuvo conocimiento del inicio de la relación de pareja que decidió conformar su hermana con el causante. Nótese, esta testigo de manera espontánea supo dar respuesta a Colpensiones en la medida que informó cómo se encontraba conformada la casa donde vivía la pareja al interior tanto en el primer como el segundo piso, denotándose un conocimiento al respecto. De tal forma, este dicho para la Sala goza de plena credibilidad en tanto su declaración no fue contradictoria y por el contrario se mostró espontánea y coincidente y sin ánimo de favorecer al extremo demandante por el vínculo de consanguinidad que ostenta.

De lo analizado, se encuentra acreditado que la compañera permanente del fallecido logró demostrar en el presente asunto que hizo vida en común con el causante desde **2007 hasta el 22 de marzo de 2017**, demostrando la existencia de ese vínculo de comunidad de pareja con vocación de permanencia real, efectiva y vigente al momento del óbito del señor SEGUNDO TEODULO CORREAL MORENO (q.e.p.d.). Sea del caso acotar, no se desconoce que la demandante tuviera al comienzo la calidad de arrendataria de una habitación en la casa donde vivía el de cujus en el barrio Ciudad Montes, no obstante, se

acreditó que con posterioridad iniciaron una relación de pareja (2007), pues el mismo pensionado fallecido declaró en vida y ante notario que dejaba la pensión a su compañera permanente, lo que acredita que sí existía un vínculo, aunado a ello, la actora se encontraba afiliada en salud como beneficiaria del pensionado, situaciones que permiten entrever una relación ajena a un arrendador y arrendatario.

Además, se destaca, el pensionado fallecido en sus últimos días estuvo acompañado por la actora, pues así consta en la historia clínica obrante en el expediente, al relacionarse a la señora ISABEL DÍAZ PÉREZ como responsable del paciente (esposa).

Por otro lado, frente a las declaraciones extra - juicio rendidas por los señores ALFREDO VICENTE SILVA ALBARRACIN, DONALDO DIAZ PÉREZ y JOSÉ MARIA CASTRO REY, debe advertirse, éstos se limitaron a señalar que "*QUINTO:* ***Por medio de esta declaración y bajo la gravedad del juramento me permito manifestar que conozco de vista, trato y comunicación a los señores SEGUNDO TEODULO CORREAL MORENO y a la señora ISABEL DIAZ PEREZ desde el año 2006 y por este conocimiento que de ellos tengo, sé y me consta que tuvieron una unión marital de hecho desde el año 2007 hasta al día 23 de marzo del 2017 fecha en que falleció SEGUNDO TEODULO CORREAL".,*** esto, sin exponer las razones de sus dichos, pues nótese, todos los declarantes extra proceso suscribieron el mismo formato y no se enfocaron en relatar por qué tuvieron conocimiento de la relación sostenida entre la demandante y el *de cujus*. Lo anterior, conlleva a restarle credibilidad a tales declaraciones, pues se resalta, si bien las declaraciones extra - juicio pueden tomarse como documentos declarativos provenientes de terceros sin que se requiera su ratificación, lo cierto es que deben ser actos que impriman una realidad fáctica y describan situaciones concretas[3] que lleven a los operadores judiciales a la plena convicción de que cierta situación sí ocurrió.

Finalmente, sea del caso indicar que las anteriores conclusiones no se acompasan o comparten con el análisis efectuado en la investigación adelantada por Colpensiones, pues en este asunto se logró establecer que la actora si hizo vida de pareja con el de cujus por la ya dicho.

---

[3] *"Las declaraciones extra-juicio pueden tomarse como documentos declarativos provenientes de terceros sin que se requiera su ratificación, salvo que la parte contraria la solicite". (CSJ SL1342-2023 y SL3619-2022).*

Por las anteriores razones se encuentran cumplidos los requisitos exigidos por la normatividad aplicable al caso de autos para acceder al reconocimiento pensional deprecado conforme lo establecido por la Juez de primer grado, esto es, en el 100% de la mesada desde el **23 de marzo de 2017** (día siguiente al fallecimiento) junto con 14 mesadas en cuantía de 1 smmlv.

En lo atinente a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES[4] -(formuló excepción a página 12, archivo 04) se advierte, en el presente asunto el derecho a la sustitución pensional se hizo exigible el **22 de marzo de 2017** fecha en que falleció el señor SEGUNDO TEODULO CORREAL MORENO (q.e.p.d.), acudiendo la actora a reclamar vía administrativa la prestación pensional el **25 de abril de 2017** (páginas 20 a 39, archivo 01) surtiéndose, en consecuencia, las siguientes actuaciones:

- COLPENSIONES mediante Resolución SUB No. 83619 del 30 de mayo de 2017, negó el reconocimiento de Pensión de Sobrevivientes solicitada por la señora DIAZ PÉREZ ISABEL, por no acreditar convivencia con el asegurado al momento de su deceso, tal como lo establece en la Ley 797 de 2003, decisión que fue confirmada mediante las resoluciones SUB No. 151721 de 09 de agosto de 2017 y DIR No. 13913 del 25 de agosto de 2017, que resolvieron un Recurso de Reposición y de Apelación respectivamente.

- A través de la Resolución No. 251342 del 9 de noviembre de 2017, la entidad reiteró la negación de la pensión de sobrevivientes solicitada por la señora DIAZ PEREZ ISABEL, a consecuencia del fallecimiento del señor CORREAL MORENO SEGUNDO TEODULO (q.e.p.d.), por no acreditar el requisito de convivencia de conformidad con investigación administrativa adelantada por funcionarios colaboradores con esta entidad.

- La anterior Resolución se notificó el día 13 de diciembre de 2017, y la demandante en escrito presentado el 28 de diciembre de 2017, radicado bajo el número 2017_13632722, interpuso recurso de Reposición.

- Finalmente, en **Resolución SUB4602 del 11 de enero de 2018,** confirmó la Resolución SUB No. 251342 del 9 de noviembre de 2017.

Por lo anterior, los efectos de la prescripción quedaron suspendidos hasta la fecha en que se profirió la última Resolución SUB4602 del 11 de enero de 2018

[4] *La demanda se tuvo por contestada en auto del 5 de diciembre de 2022 – archivo 12-.*

(páginas 34 a 38, ibidem), acudiendo la demandante ante la jurisdicción el 24 de marzo de 2022[5] (*archivo 01 expediente digital*), notificándose a COLPENSIONES del auto admisorio de la demanda de fecha 29 de junio de 2022 (archivo 10 expediente digital), esto es, dentro del año de que trata el artículo 94 del C.G.P., por lo que entre la fecha en que se hizo exigible el derecho y la interposición de la demanda transcurrió el término trienal consagrado para la operatividad de la prescripción y en esa medida las mesadas pensionales causadas con anterioridad al **24 de marzo de 2019** se encuentran afectadas por el fenómeno prescriptivo, debiéndose confirmar la decisión de la juez *a quo*.

En consecuencia, realizando las operaciones aritméticas con ayuda del Grupo liquidador creado por el Consejo Superior de la Judicatura, se tiene como retroactivo pensional adeudado entre el 25 de marzo de 2019 al 30 de septiembre de 2023 (fecha fallo de primer grado), la suma de **$59.717.868**:

AÑO	SALARIO MINIMO	VALOR DÍA	MESADAS	SUBTOTAL
2019	$ 828.116	$ 27.604	11	$ 9.109.276
2020	$ 877.802	$ 29.260	14	$ 12.289.228
2021	$ 908.526	$ 30.284	14	$ 12.719.364
2022	$ 1.000.000	$ 33.333	14	$ 14.000.000
2023	$ 1.160.000	$ 38.667	10	$ 11.600.000
			TOTAL	**$ 59.717.868**

No obstante lo anterior, encuentra la Sala que la *a quo* condenó al pago de **$36.222.264** y dicha suma no fue atacada por la parte actora, por lo que al surtirse este asunto en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES no puede hacerse más gravosa la situación a esta entidad, siendo lo pertinente dejar incólume la condena impuesta por la juzgadora de primer grado.

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

No obstante, dicha premisa, para la procedencia de estos debe analizarse la situación que dio lugar a negar la prestación económica por parte de Colpensiones, evidenciando al efecto, mediante mediante Resolución SUB No. 83619 del 30 de mayo de 2017, la entidad negó el reconocimiento de la

[5] *La demanda se admitió por auto del 26 de mayo de 2022 (Archivo 02 expediente digital) y se notificó a la demandada mediante correo electrónico del 29 de junio de 2022 (Archivo 09 expediente digital).*

sustitución pensional solicitada por la señora DIAZ PÉREZ ISABEL, por no acreditar convivencia con el asegurado al momento de su deceso, sin tener en cuenta los medios probatorios recaudados, pues el pensionado en vida aceptó la calidad de compañera permanente de la demandante así como existían documentales que daban cuenta de la relación de pareja que sostuvo el *de cujus* con la actora, enfocando de manera infundada la negativa al hecho de existir una diferencia de edad de 27 años entre la pareja, siendo procedente la condena impuesta en primer grado, y, en este sentido se **confirmará** la decisión, advirtiéndose, resulta acertado que la causación de este concepto lo sea a partir del primer día de la mesada pensional (24 de marzo de 2019), en virtud del análisis de la prescripción efectuada pues resultaría desatinado que Colpensiones pagara intereses moratorios sobre un capital que no causó la actora, por tanto, no se tendrán en cuenta los 2 meses que tenía la entidad para reconocer la prestación[6], siendo esta decisión favorable a la entidad.

No sobra señalar que tampoco se presenta ninguna de las causales de exoneración desarrolladas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ SL1346 de 2020.

Finalmente, se confirmará la sentencia en el sentido de autorizar a COLPENSIONES a descontar del anterior retroactivo pensional lo correspondientes a los aportes a salud, en virtud de lo previsto en el artículo 42 de la Ley 100 de 1993 que permitió a las entidades pagadoras *"descontar la cotización para salud y transferirlo a la EPS o entidad a la cual este afiliado el pensionado en salud*'.

De esta manera se agota la competencia de la Sala en el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES se confirmará en su integridad la sentencia de primera instancia, conforme 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,

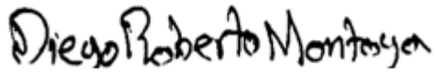
[6] *Ley 717 de 2001. Art. 1.*

RESUELVE

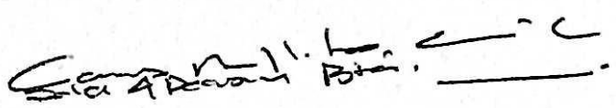
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones aquí expuestas**.**

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

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN



CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL

BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR JONNY JESÚS JUAREZ RODRIGUEZ CONTRA LUIS ALBERTO ROJAS FIGUEROA (RAD. 37 2021 00201 01).

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre 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 de los recursos de apelación interpuestos por la parte demandante y el demandado, contra la sentencia proferida por el Juez 37 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 23 de marzo de 2023 (10ActaAudiencia.pdf, récord 27:34) en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO: DECLARAR*** *que entre el señor JONNY JESÚS JUÁREZ RODRÍGUEZ y el señor LUIS ALBERTO ROJAS medió la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre el 22 de octubre del año 2018 al 20 de diciembre del año 2020, en virtud del cual el demandante desempeño el cargo de pintor de piezas de porcelana, devengando un SMMLV, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de la decisión.*
>
> ***SEGUNDO: CONDENAR*** *al demandado señor LUIS ALBERTO ROJAS a pagar a favor del señor JONNY JESÚS JUÁREZ RODRÍGUEZ los siguientes conceptos:*
>
> *a. Por auxilio de cesantías la suma de $1.824.763.*
> *b. Por intereses sobre las cesantías la suma de $7.215.*
> *c. Por prima de servicios la suma de $1.824.763.*
> *d. Por compensación de vacaciones la suma de $912.381.*
>
> ***TERCERO: CONDENAR*** *al demandado por la obligación de hacer en el pago de aportes con destino al sistema de seguridad social en pensiones, para lo cual, una vez ejecutoriada la decisión se concederá un término de 15 días al demandante, para que informe cual es la Administradora de Fondo de Pensiones a la cual se*

encontraba afiliado, cumplido lo anterior, se le otorgará 15 días a la parte demandante para obtener el cálculo actuarial por falta de afiliación desde el 22 de octubre del año 2018 al 20 de diciembre del año 2020 teniendo en cuenta como IBL el SMMLV; luego de ello se concederá el mismo término para que el demandado proceda al reconocimiento y pago de la obligación ante la administradora de fondos de pensiones a la cual se encuentra afiliado el actor, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de la decisión.

***CUARTO: DECLARAR PROBADA** la excepción de buena fe; en consecuencia, se ABSOLVERA al demandado de las demás pretensiones invocadas en su contra.*

***QUINTO: COSTAS** en el presente proceso a cargo de la demandada, para tal efecto se fijan como agencias en derecho la suma equivalente a $700.000 valor que será liquidado en la respectiva oportunidad procesal por parte de secretaria.”.*

Inconforme con la decisión el demandante y el demandado presentaron recurso de apelación.

El demandante manifestó frente al numeral 4º de la sentencia[1], de conformidad con el artículo 65 del Código de Procedimiento de Trabajo, no era dable declarar probada la excepción de buena fe ya que la relación contractual sí existió, hubo un establecimiento de un horario laboral y todo está de acuerdo con la normatividad vigente.

Por su parte, el demandado alegó[2] en primer lugar, quedó claro en los interrogatorios y los testigos que ni siquiera se podía establecer un horario de

---

[1] *“**Recurso Demandante (récord 30:40, archivo 08): “**Sí, sí señor bueno, presento el recurso de apelación de conformidad con el artículo 65 del Código de Procedimiento de Trabajo, por lo que señalo y reitero, lo mencionado y respecto del punto número cuatro, de aprobada la excepción de buena fe, contrapongo, toda vez que la relación contractual sí existió, hubo un establecimiento de un horario laboral y todo está de acuerdo con la normatividad vigente, entonces contrapongo y alego en apelación este sentir en el numeral cuatro.”.*

[2] *“**Recurso Demandado (récord 1:50, archivo 08): “**Sí su señoría, presentó recurso de apelación en contra de la sentencia dictada por su despacho, en cuanto a los preceptos siguientes, en concordancia con lo anterior, difiero de las apreciaciones del juez a quo por lo siguiente:*

Primero, quedó claro en los interrogatorios y los testigos que ni siquiera se podía establecer un horario de entrada y un horario de salida, pues unos dijeron que entraban a las 8 am, salían a las 4 pm, otros dijeron que entraban a las 7 am y salían a las 6 pm, primero por eso.

Segundo, que por lo dispuesto en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, qué es los 3 elementos esenciales, sí, a saber, para la configuración de un contrato de trabajo, son: primero la actividad personal del trabajador quedó claro en las declaraciones, que salían, según ellos, a las 3/4 no se sabía si vendían los productos de lunes a viernes, otro dijo que los vendía el domingo, otro dijo que no conocía a la señora esposa, otro dijo que sí, los 3 manifestaron que vivían en la misma casa de familia y que salían los 3 de trabajar, es decir, no entiendo cómo el juez a quo configura un contrato laboral inexistente, de por sí con unos testimonios, los cuales, pues no queda claro en realidad ni se preceptúa ni siquiera los 3 elementos esenciales que el mismo Código Sustantivo del Trabajo.

entrada y un horario de salida, pues uno dijo que entraban a las 8 a.m., salían a las 4 p.m., otro dijo que entraban a las 7 a.m. y salían a las 6 p.m., segundo, conforme a lo dispuesto en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, que habla sobre los 3 elementos esenciales del contrato, siendo uno de estos: la actividad personal del trabajador, de las declaraciones se extrae que los testigos aducen que salían con el actor, no se sabía si vendían los productos de lunes a viernes, otro dijo que los vendía el domingo, otro dijo que no conocía a la señora esposa del demandado, otro dijo que sí, los 3 manifestaron que vivían en la misma casa de familia y que salían los 3 de trabajar, es decir, no se entiende cómo el juez *a quo* configuró un contrato laboral con unos testimonios que se contradicen y cuando no se acreditan los 3 elementos esenciales del Código Sustantivo del Trabajo. Agregó, bien sabido que quien pretende un derecho, tiene la carga procesal de probarlo, en este caso fueron 3 testigos que se contradijeron en todo lo que manifestaron.

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 JONNY JESÚS JUAREZ RODRIGUEZ, las pretensiones relacionadas a páginas 3 a 5 del archivo 01, las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos expuestos en las páginas 2 y 3, ibidem, encaminadas a:

> *"**PRIMERO**: Se declare la existencia de la relación laboral que existió entre el señor JONNY JESUS JUAREZ RODRIGUEZ y LUIS ALBERTO ROJAS contratación a término indefinido, desde el 22 de octubre de 2018 hasta el 20 de diciembre de 2020.*
>
> ***SEGUNDO**: Sírvase señor juez declarar que, la terminación del contrato se dio de forma unilateral del contrato y sin justa causa por parte del señor Luis Alberto Rojas Figueroa.*
>
> ***TERCERO**: De acuerdo con lo anterior, mi mandante tiene derecho lo establecido en el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo.*
>
> ***CUARTO**: Se condene al demandado al pago de veintiocho millones novecientos sesenta y un mil trescientos cincuenta y nueve mil pesos m/cte. ($28.961.359,oo) a favor de mi prohijado, por concepto de prestaciones sociales, pago de primas,*

Todo lo anterior en razón a que es bien sabido que quien pretende un derecho, tiene la carga procesal de probarlo en este caso, pues fueron 3 testigos que se contradijeron en absolutamente todo lo que manifestaron ante el despacho, razón por la cual interpongo el anterior recurso, muchas gracias señoría.".

cesantías intereses de cesantías, dejadas de percibir durante la ejecución de su contrato, así como lo referente a la indemnización moratorias por no pago o consignación de las cesantías ante la Administradora de Pensiones y Cesantías y al no pago de liquidación desde el finiquito laboral hasta la fecha.

***QUINTO**: Que se le ordene al señor Rojas al pago de los aportes a la seguridad social desde la fecha del inicio de la ejecución del contrato laboral y hasta su terminación.*

***SEXTO**: Que se condene al señor LUIS ALBERTO ROJAS, por la mora en sus obligaciones, de conformidad con lo normado en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el art. 29 de la ley 789 de 2002, indemnización por falta de pago de la liquidación y prestaciones a mi poderdante.*

***SÉPTIMO**: Que se condene a la demandada a todo lo que pueda resultar ultra y extrapetita de los hechos discutidos y probados en el presente juicio por la mala fe con la que actuó el demandado.*

***OCTAVO**: Sírvase señor juez indexar los valores que de esta demanda salgan a favor de mi mandante.*

***NOVENO**: Que se condene al demandado a pagar las costas procesales, incluyendo agencias en derecho.*

***DÉCIMO**: Condenar al señor Luis Alberto Rojas, a pagar a mi poderdante la suma de ($ 1'794.601) por concepto de primas dejadas de percibir durante la ejecución del contrato.*

***DÉCIMO PRIMERO**: Condenar al señor Luis Alberto Rojas, a pagar a mi poderdante la suma de ($ 1'794.601) por concepto de primas dejadas de percibir durante la ejecución del contrato*

***DÉCIMO SEGUNDO**: Condenar al señor Luis Alberto Rojas, a pagar a mi poderdante la suma de ($ 1'794.601) por concepto de cesantías dejadas de percibir durante la ejecución del contrato hasta la fecha.*

***DÉCIMO TERCERO**: Condenar al señor Luis Alberto Rojas, a pagar a mi poderdante la suma de $215.352,oo m/cte., por concepto de intereses de cesantías dejadas de percibir durante la ejecución del contrato.*

***DÉCIMO CUARTO**: Condenar al señor Luis Alberto Rojas, a pagar a mi poderdante la suma de $897.301,oo m/cte., por concepto de vacaciones dejadas de cancelar durante la ejecución del contrato.*

***DÉCIMO QUINTO**: Sírvase señor Juez condenar al señor Luis Alberto Rojas, a pagar a mi prohijado la suma de $1.380.176,oo m/cte., por concepto de despido sin justa causa.*

***DÉCIMO SEXTO**: Condenar al señor Luis Alberto Rojas, a pagar a mi prohijado la suma de $ 3.312.464,oo m/cte, por concepto de indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo.*

***DÉCIMO SÉPTIMO**: Condenar al señor Luis Alberto Rojas, a pagar a mi prohijado la suma de $19.566.864,oo por concepto de indemnización moratoria por no consignación de cesantías.*

***DÉCIMO OCTAVO**: Sírvase ordenar sanción al señor Luis Alberto Rojas, por el no cumplimiento de la entrega a mi mandante, de la dotación para el cumplimiento de la labor encomendada.".*

Obtuvo sentencia de primera instancia parcialmente favorable por cuanto se declaró que entre el señor JONNY JESÚS JUÁREZ RODRÍGUEZ y el señor LUIS ALBERTO ROJAS medió la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre el 22 de octubre del año 2018 al 20 de diciembre del año 2020, en virtud del cual el demandante desempeñó el cargo de pintor de piezas de porcelana, devengando un SMMLV, se condenó al demandado al pago de prestaciones sociales y compensación de vacaciones así como a hacer el pago de aportes con destino al sistema de seguridad social en pensiones, para lo cual, una vez ejecutoriada la decisión se concedió un término de 15 días al demandante, para que informe cual es la Administradora de Fondo de Pensiones a la cual se encontraba afiliado, cumplido lo anterior, se otorgó 15 días a la parte demandante para obtener el cálculo actuarial por falta de afiliación desde el 22 de octubre del año 2018 al 20 de diciembre del año 2020 teniendo en cuenta como IBL el SMMLV, igualmente, declaró probada la excepción de buena fe y absolvió al demandado de las demás pretensiones invocadas en su contra y condenó en costas. **Lo anterior tras considerar el *a quo*,** el actor acreditó la prestación personal del servicio por cuanto si bien en el interrogatorio rendido por el demandado éste manifestó que conoce al demandante por ser cliente de su negocio y negó la prestación personal del servicio en su favor, contrario a ello, el demandante ratificó la prestación personal del servicio en su interrogatorio en compañía de 3 compañeros más, uno de ellos fallecido ya que elaboraban cerámicas juntos. Adujo, los testigos coincidieron en que el demandante comercializaba la mercancía de propiedad del demandado.

Resaltó, el testigo Alexander Cordero ratificó la tesis expuesta por el actor frente a la prestación personal del servicio al explicar cómo se llevaba a cabo el proceso de producción, mencionando que el actor se ubicaba siempre en la terraza en un horario de lunes a viernes, siendo contratado por el demandado ya que fue quién recomendó al demandante por sus habilidades como pintor, declaración que coincide con la versión del señor José Antonio Vargas, quien afirmó que el horario era hasta las 4 p.m. Frente a la señora Leidy Vanegas, señaló que ésta no visitaba de manera concurrente el sitio de trabajo no pudiendo establecer de manera ciertas las condiciones de la ejecución del contrato.

Para el juzgador de primer grado, las declaraciones rendidas resultan creíbles puesto que pese a la tacha de falsedad propuesta por el actor al tener un proceso laboral uno de los testigos, no le resta el hecho de conocer los fundamentos

fácticos indicados por lo que estos dichos contrastados con el material probatorio permite corroborar la prestación personal del servicio, es más, aseguró, la testigo Leidy Vanegas reconoció haber visto al señor Alexander en la empresa sin que permita restarle credibilidad. En cuanto a los extremos concluyó que el señor Alexander Cordero informó que primero comenzó a laborar por lo que se acredita el inicio de la relación laboral, tomando la fecha de octubre de 2018 y como extremo final el 20 de diciembre de 2020, pues si bien el señor Alexander Cordero no estuvo al momento del retiro si lo estuvo el señor José Antonio, quien laboró en el año 2020, cumpliéndose con este requisito.

Consecuente con ello, procedió a liquidar las prestaciones sociales y vacaciones, declarando no probada la excepción de prescripción debido a que la demanda se presentó el 28 de abril de 2021, encontrándose el actor dentro del término trienal. A la par, condenó al pago del cálculo actuarial en los extremos demandados atendiendo la declaratoria de la relación laboral y toda vez que el demandante nunca fue afiliado al subsistema de pensiones.

En cuanto a la indemnización por despido no encontró procedente la misma por cuanto el actor no probó que acaeciera el despido, siendo una carga probatoria que debió asumir para que se traslade la misma al demandado, pues no se indicó la fecha en que sucedió tal hecho y nada se dijo al respecto en el debate probatorio.

Finalmente, no accedió a la sanción e indemnización moratoria de que tratan los artículos 99 de la Ley 50 de 1990 y 65 del C.S.T., ya que consideró que el demandado no actuó de mala fe, en su sentir, no resulta de todo claro la forma en que se dio la prestación personal del servicio, si bien está acreditada la presunción del artículo 24 del C.S.T. y surtió los efectos legales, también debe tenerse en cuenta que el mismo demandante aceptó la distribución de la mercancía, lo que permite determinar un aspecto relacionado con la ejecución frente al reconocimiento y pago de la remuneración a través de los productos sin que sea viable determinar la intención del demandado de desconocer los derechos reclamados que permiten establecer relaciones comerciales no resultando válido asumir las obligaciones determinadas en esta instancia en su momento, generando duda para efectos de reconocer las acreencias laborales al no tenerse certeza sobre el vínculo laboral, en su sentir, medió la informalidad que no permite concluir con certeza de la forma de vinculación, contexto que no lleva implícito un actuar de mala fe por parte del demandado.

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, el problema jurídico que se trae a los estrados apunta a determinar, en primer lugar, si entre el señor JONNY JESÚS JUAREZ RODRIGUEZ y el demandado LUIS ALBERTO ROJAS FIGUEROA, existió un contrato de trabajo entre el 22 de octubre de 2018 al 20 de diciembre de 2020, advirtiéndose, el juez de primera instancia encontró demostrada la existencia del vínculo laboral entre las partes al encontrar probada la prestación del servicio por el demandante. Acto seguido y de encontrarse demostrado lo anterior, se analizará la procedencia de la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T.

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, como quiera que el demandado niega la prestación personal del servicio en su favor, en los términos aducidos por el extremo demandante, corresponde en primer lugar a la Sala definir si en autos reposa prueba de esta 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 JONNY JESÚS JUAREZ RODRÍGUEZ y el enjuiciado, correspondiendo por tanto a éste último desvirtuar su existencia. Al respecto, puede consultarse la sentencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, dictada dentro del radicado 32701[3]. Igualmente, se puede acudir al

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

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.".*** *(Negrilla de la Sala).*

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.".** *(Negrilla de la Sala).*

Acatando lo anterior, procede la Sala con el análisis del acervo probatorio vertido en autos del cual se destacan los testimonios e interrogatorio de parte recepcionados en la audiencia de fecha 09 de marzo de 2023, siendo estas pruebas las únicas aportadas al proceso (archivo 08) y que consistieron en:

Interrogatorio demandado, archivo 08, parte II, récord 03:05: "estuve trabajando en artesanías, con Jonny tuve una relación civil, digamos que iba a comprarme muñecos para vender en la calle, tuve un negocio de artesanía en la calle 38 N. 89 B - 47, el negocio estaba como desde el 2015, finalizó hace un año largo, si conozco a Jonny, fue por parte de Alexander Cordero, él lo llevó allá para que me comprara artesanías para vender en la calle, conozco a Alexander Cordero, no conozco al otro testigo, eso fue por medio de Alexander, la casa tiene 4 pisos, anteriormente era un negocio de artesanías, era familiar el negocio, se trabajaba por días cuando era temporada, era mixto, me fui a la quiebra y tocó vender, la vendí a un señor que me la compró de otro barrio, yo trabajaba con mi hijo, pueden trabajar 2 personas, cuando había venta se trabajaba y uno sacaba algo, habían tiempos en que uno no trabajaba porque las ventas eran duras, Jonny iba a comprar mercancía para vender en la calle, él entraba al taller porque iba a comprar pero no trabajó, era para vender, siempre trabajé con mi hijo y esposa y, a veces con mi hermana, ningún tercero nos ayudaba".

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."

Por su parte, **al absolver interrogatorio el actor, sostuvo** (archivo 08, parte II, récord 17:24): “el 22 de octubre de 2018 entré, salí el 20 de diciembre de 2020, él me despidió, fui a trabajar y luego me dijo que ya no trabajara más, soy de Venezuela, yo entraba a las 7 a.m., era pintor, yo vendía artesanías por fuera del negocio, trabajaba de 7 a.m. a 5 p.m., vendía artesanías de él, trabajaba con Alexander y José Antonio y Wilmer pero éste último falleció, trabajaba hasta los sábados y luego por medio de la compra de muñecos me descontaba, yo compraba la mitad en artesanías y la mitad me la daba él en efectivo, soy taxista, ahora, yo era pintor, empecé pintando los muñecos, luego que despidieron a Alexander empecé en la parola y a bajar mercancía pero el 90% era pintar de lunes a sábado, desde las 7 a.m. a 5 p.m. estaba en la fábrica, salía y llegaba a la casa y tenía un puesto alterno y buscaba otra entrada vendiendo muñecos de 8 a 9 de la noche, por ejemplo, yo compraba 20 piezas en la semana y él me vendía a $8.000 cada pieza, yo me llevaba unas piezas y el resto me lo daba en efectivo, eso fue como 8 meses, se trabajaba por días, éramos puros hombres, el pintor, llenador y resanador, éramos 4 en total, no tenía pacto con ninguno, el contrato siempre fue verbal, no llegué a preguntar nada porque era lo que ganaba semanal”.

El testigo **ALEXANDER CORDERO**, relató archivo 08, parte II, récord 35:25: “Tengo una demanda por similares hechos y está en el Juzgado 15, yo entré el 5 de mayo de 2017, me llevó allá para resanar muñecos y yo llevé a José Vargas al año, al tiempo me dijo que necesitaba a alguien que pintara y llevé a Jonny, el servicio se prestaba en la casa de él, entrabamos a las 7 a.m. y salíamos a las 6 p.m., yo resanaba, los sábados era hasta de 7 a.m. a 1 p.m., el pago era semanal, yo estuve hasta el 13 de marzo de 2019, el demandante estaba allí también, Jonny pintaba, él trabajaba en el mismo horario, el tiempo que duré allá nunca vi a una hermana ni nada, veía a Camilo el hijo que ayudaba a cargar el camión y la venta, nunca comercialicé muñecos, Jonny compraba y revendía por ahí, yo no vendía muñecos, él pagaba todos los sábados, no sé cómo le pagaban a él, yo interpuse la demanda luego de que él me botó, lo cité al Ministerio de Trabajo, Jonny es testigo en mi demanda laboral, los 3 son testigos en las demandas, a Luis Alberto Rojas lo conocí por un cuñado, lo que sé es que Jonny trabajaba los domingos entre semana no porque trabajaba, salíamos a las 6 p.m., vivimos en diferentes apartamentos”.

El deponente **JOSÉ ANTONIO VARGAS TORRES**, archivo 08, parte II, récord 52:25, manifestó: “Conozco a Luis Alberto, trabajé 4 años en su fábrica, yo ingresé a la fábrica por medio de Cordero, hacia las labores de pulidor hasta el 2022 que el señor vendió la fábrica y el otro señor que compró la fábrica me despidió, yo trabajaba de 7:30 a 12 m y de 1 p.m. a 4 p.m. de lunes a sábado, la labor se realizaba en la fábrica donde vivía don Luis Alberto Rojas, mi trabajo era pulidor que era hacer mercancía de pintor, abajo estaba el llenador Wilmer que falleció y Jonny estaba en la terraza, Jonny era pintor de cerámica, se ejecutaba la labor de lunes a sábado, con una hora del almuerzo, sacábamos los productos y Luis Alberto los vendía, los días domingos salíamos a vender a la calle y le comprábamos a Luis Albero, era el mínimo el sueldo, con productos no se pagaba, uno hacia cosas personales y salíamos a vender en la calle, el domingo que era libre vendíamos y el lunes estábamos en la fábrica, esta labor no interfería con la labor del demandante, la fecha no la sé, sé que fue despedido por desmejora de sueldo porque le bajaron el precio, por eso hubo conflicto, sacábamos como 800 mensual, semanal era $200, Luis Alberto dijo que ni un peso nos iba a dar, estaba el hijo de Luis Alberto, estaba pendiente de todo allá, doña Martha estaba pendiente del mantenimiento de limpieza porque ellos vivían ahí, no he demandado, salíamos los 3 juntos siempre, Jonny vendía solo los domingos las artesanías”.

Por último, la señora **LEIDY DIANA VANEGAS BUSTAMANTE**, narró, archivo 08, parte II, récord 00:41: “conozco a Luis Alberto hace 20 años, yo le compraba mercancía de cerámica, él manejaba eso, el negocio estaba en Patio Bonito, no tengo la dirección, él producía la cerámica y tenía a un señor Alexander, yo iba y entraba a donde hacían la cerámica, yo iba y escogía, todo lo hacían en la misma casa, primero era en un primer piso y luego en el segundo piso, estaba el muchacho que es el hijo y la señora, Alexander creo que hacía moldes, lo vi de vez en cuanto pero no sé si era permanente, yo compraba mercancía y siempre estaba el hijo, ellos entregaban el producto, yo iba y me retiraba, era entrada por salida, eso era algo pequeño, vendía poco, siempre me atendía don Luis Alberto, yo compré en el 2018, no veía a nadie ajeno a la familia, iba rápido, estaba el muchacho, la señora y don Luis Alberto, era Camilo el hijo y doña Martha, ella es blanca de cabello largo y el muchacho es alto y delgado, yo entraba para mirar la mercancía, la mercancía era cerámica”.

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, contrario a lo concluido por el juez de primer grado, las mismas resultan precarias para acreditar la prestación del servicio por parte del señor JONNY JESÚS JUAREZ RODRIGUEZ en favor del demandado LUIS ALBERTO ROJAS FIGUEROA en el periodo comprendido del **22 de octubre de 2018 al 20 de diciembre de 2020**, pues no se aportó un medio de convicción diferente que apoye la versión dada por el demandante; pues si bien en los hechos de la demanda adujo que laboró para el enjuiciado de manera continua e ininterrumpida, lo cierto es que no se acreditó que prestara los servicios en las fechas reseñadas, ni siquiera con los testigos recepcionados (2018 a 2020).

A fin de resolver el problema jurídico planteado, advierte la Sala, las declaraciones rendidas en esta litis no permiten dilucidar con certeza una prestación personal del servicio en los términos plasmados en la demanda, como ya se dijo, al punto, las declaraciones de los señores **JOSÉ ANTONIO VARGAS TORRES** y **ALEXANDER CORDERO**, se contradicen entre sí en la medida que el primero de ellos informó que el horario era de 7:30 a.m. a 12 m y de 1 p.m. a 4 p.m. de lunes a sábado, que Jonny estaba en la terraza y era pintor de cerámica, ejecutaba la labor de lunes a sábado, con una hora del almuerzo, sacaban los productos y Luis Alberto los vendía, los días domingos salían a vender a la calle y le compraban a Luis Alberto, con productos no se pagaba, salian a vender en la calle, el domingo que era libre vendían, supo que el actor fue despedido por desmejora de sueldo porque le bajaron el precio, por eso hubo conflicto, salían los 3 juntos siempre, Jonny vendía solo los domingos las artesanías.

Contrario al anterior dicho, el segundo deponente relacionado – ALEXANDER CORDERO-, manifestó que entraban a las 7 a.m. y salían a las 6 p.m., los sábados era hasta de 7 a.m. a 1 p.m., el pago era semanal, estuvo hasta el 13 de marzo de 2019, Jonny pintaba, trabajaba en el mismo horario, Jonny compraba y revendía por ahí, no supo cómo le pagaban a él, lo que sabe es que Jonny trabajaba los domingos, entre semana no, porque trabajaba.

Asi las cosas, como se puede constatar, este deponente al igual que el señor JOSÉ ANTONIO VARGAS TORRES si bien narraron que el demandante si laboró

para el señor Luis Alberto de manera insistente, para esta Corporación no resultaron espontáneas las declaraciones ya que persistieron en que el actor pintaba en la terraza donde vivía el demandado únicamente, sin precisar aspectos, detalles o características propias de la efectiva prestación personal del servicio a favor del demandado. Además, considera esta Sala, el dicho del deponente ALEXANDER CORDERO se encuentra parcializado ya que impetró una demanda en contra del señor LUIS ALBERTO ROJAS FIGUEROA persiguiendo los mismos anhelos, tal como lo aceptó en su declaración, al pretender un contrato de trabajo de similares contornos, lo que si bien, en principio, no puede ser obstáculo para valorar su dicho, en este asunto, se hace evidente una parcialización que posiblemente puede favorecer al testigo en el litigio del cual es titular.

Sumado a ello, el señor JOSÉ ANTONIO VARGAS TORRES, al concluir sus respuestas solo contestaba “positivo” o “negativo”, siendo vital en este proceso que los únicos dos testigos expusieran todo lo que conocieran de manera concreta. Resaltándose, los declarantes no mencionaron ninguna fecha o una data aproximada para proceder a declarar la existencia de un contrato en una época determinada, aunado a que este testigo laboró hasta el 13 de marzo de 2019, existiendo una diferencia de 1 año y 9 meses con el extremo final que persigue el actor en este asunto, no pudiendo ser un testigo presencial o por lo menos nada se dijo al respecto.

De lo anterior es claro que los testigos recepcionados informaron que el señor JONNY JESÚS JUAREZ sí asistía a las instalaciones del señor LUIS ALBERTO FIGUEROA, no obstante, se contradicen al informar las condiciones en que lo hacía, pues no es claro el horario o jornada laboral, así como ninguno mencionó una fecha como referente, aunado a que, si siempre salían juntos (testigos y demandante), causa extrañeza el hecho de no recordar con exactitud la hora de salida, pues se sostuvo como tal, las 4 p.m. y 6 pm, tornándose contradictoria la prestación del servicio.

Sumado a lo expuesto, el propio actor manifestó que vendía las cerámicas a mutuo propio cuando salía de trabajar, ya que se “hacia” en un semáforo en horas de la noche, y contrario a ello, los 2 compañeros de trabajo, con quienes compartía una jornada extensa, según el dicho de los declarantes, manifestaron de manera certera que el actor **no** trabajaba entre semana sino solo los domingos,

hechos que generan dudas para la Sala ya que estos aspectos son cotidianos y normalmente los compañeros de trabajo lo conocen.

Finalmente, para esta Sala, las razones esbozadas por el juzgador de primer grado no se encuentran ajustadas a las pruebas recaudadas, toda vez que, tuvo por acreditada la prestación personal del servicio y dio aplicación a la presunción del artículo 24 del C.S.T., declarando en consecuencia el contrato de trabajo, conforme al interrogatorio que rindió el "demandante y 3 compañeros más", cuando en primer lugar, la parte actora no puede fabricar su propia prueba, entonces su declaración no puede ser valorada, salvo que tenga efectos de confesión (CSJ SL 15245-2014). Igualmente, resulta ilógico que el *a quo* fundara su decisión en el hecho de laborar con 3 compañeros de los cuales solo comparecieron 2 porque el señor "Wilmer" falleció y no pudo dar su declaración.

Entonces, en sentir del juzgador los testigos coincidieron en que el demandante comercializaba la mercancía de propiedad del demandado, sin embargo, tal como se expuso con anterioridad, no concordaron con el actor en los días en que vendía las cerámicas ya que, se insiste, el demandante aseguró que en las noches luego de salir de trabajar se bañaba y luego se iba a vender en un semáforo y los testigos indicaron que solo lo hacia los domingos, adicionalmente el demandante afirmó que le pagaba parte del salario con cerámicas y los testigos no corroboraron dicha situación pues no conocieron al forma de pago acordada.

Asimismo, en gracia a la discusión, en cuanto a los extremos, el *a quo* soportó su decisión en un tercero, es decir, en la fecha en que comenzó a laborar el testigo Alexander Cordero, tornándose improcedente ya que si bien la Alta Corporación ha sostenido que se debe aproximar una fecha real cuando no existe claridad sobre los extremos, en este caso los testigos no informaron fecha alguna, siendo inadmisible tener como referencia una situación de un tercero, aunado a ello, se tomó como extremo final el 20 de diciembre de 2020 al darse por sentado que el testigo José Antonio laboraba al momento de la terminación y éste informó que laboró hasta el año 2020, esto, sin especificar una fecha concreta o aproximada, pues solo relacionó el año y sin importar esta situación, el juzgador dio por hecho que el demandante laboró hasta el 20 de diciembre de 2020.

Adicionalmente, llama la atención de esta Corporación que el *a quo* soportó la absolución frente a la sanción e indemnización moratoria de que tratan los

artículos 99 de la Ley 50 de 1990 y 65 del C.S.T., al considerar que, en este caso, "***no resulta de todo claro la forma en que se dio la prestación personal del servicio, si bien está acreditada la presunción del artículo 24 del C.S.T. y surtió los efectos legales, también debe tenerse en cuenta que el mismo demandante aceptó la distribución de la mercancía, sin que sea viable determinar la intención del demandado de desconocer los derechos reclamados que permiten establecer relaciones comerciales no resultando válido asumir las obligaciones determinadas en esta instancia, generando duda en su momento***", de modo que, no es razonable hacer conjeturas en una litis cuando las pruebas aportadas no generan una certeza de lo pedido en la demanda. Recuérdese, al trabajador le corresponde demostrar la efectiva prestación personal del servicio, en primer lugar, y acreditada esta situación de manera continua sin lugar a dudas, se trasladada la presunción del artículo 24 del C.S.T.

Precisado lo anterior, logra concluir esta Corporación que las pruebas aportadas resultan escasas para llevar a la convicción de una efectiva prestación del servicio a favor del demandado, pues la parte actora solo arrimó 2 testigos como sustento de los hechos, los cuales, se insiste, se contradijeron entre sí al no tener claros aspectos relevantes como fechas u horarios, aunado a que uno de ellos laboró hasta marzo de 2019 y solo se limitaron a indicar que trabajaban y salían juntos, situación que, en nada ayuda a probar una prestación efectiva del servicio en este asunto.

Ello sin dejar de lado que tampoco se acreditó los extremos temporales por parte del promotor del proceso, desconociéndose lo discurrido por la Alta Corte, tal como se explicó en sentencia CSJ SL728-2021, al siguiente tenor:

> *[…] la Sala sobre dicho punto ha sostenido, que la presunción prevista en el artículo 24 del CST, no exonera al trabajador que persigue su aplicación de que « además de demostrar la actividad personal que da lugar a la presunción que se cuestiona, (…) acreditar otros supuestos de hecho necesarios para la procedencia de las obligaciones laborales que el trabajador reclama»; así se recordó en la sentencia SL2608-2019, que reiteró lo dicho en la providencia CSJ SL 2780-2018, la que a su vez memoró la sentencia CSJ SL, 6 mar. 2012, rad. 42167, en la que al efecto se consideró:*
>
> *[…]* ***recuerda la Corte que la circunstancia de quedar demostrada la prestación personal del servicio, debiéndose presumir la existencia del contrato de trabajo en los términos del artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, no releva al demandante de otras cargas probatorias, pues además le atañe acreditar ciertos supuestos transcendentales dentro de esta clase de reclamación de derechos, como***

> ***por ejemplo los extremos temporales de la relación, el monto del salario, su jornada laboral, el trabajo en tiempo suplementario si lo alega, el hecho del despido cuando se demanda la indemnización por terminación del vínculo sin justa causa, entre otros.".*** *(Negrilla de la Sala).*

De tal forma, se resalta, el actor 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.

En este sentido, debe reiterarse, conforme a las normas laborales únicamente le correspondía al señor JONNY JESÚS JUAREZ RODRIGUEZ probar la actividad personal en favor de la pasiva, lo cual no se dio en autos, lo que conlleva a revocar el fallo de primer grado y absolver al demandado de todas las pretensiones incoadas en su contra por el actor.

Consecuente con ello, esta Sala de Decisión se releva del estudio del recurso de apelación interpuesto por el demandante toda vez que, al no declararse la relación laboral, la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T. no tiene cimiento alguno.

Agotada como se encuentra la competencia en esta instancia por el estudio del recurso de apelación en favor del demandado, se revocará 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 y por autoridad de la Ley,

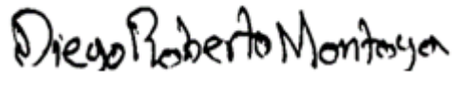
RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR en su integridad la sentencia proferida por el Juzgado 37 Laboral del Circuito de Bogotá, y en su lugar **ABSOLVER** al demandado de todas

y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el señor JONNY JESÚS JUAREZ RODRIGUEZ, 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 FABIO HUMBERTO RINCÓN PACHÓN CONTRA COLPENSIONES y COLFONDOS S.A. (37 2022 00088 01).

Bogotá D.C. treinta (30) de noviembre 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 COLFONDOS y el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juez 37 Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 13 de septiembre de 2023 *(Exp. Digital: audio archivo 14 Grabación Audiencia, Récord: 1:33:32),* en la que se resolvió:

> *"**PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA DEL ACTO JURÍDICO DE TRASLADO** entre regímenes pensionales que efectuó el demandante señor **FABIO HUMBERTO RINCÓN PACHÓN** del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado en su momento por el ISS al Régimen del Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP COLFONDOS S.A. que tuvo como fecha de suscripción el 28 de abril de 2000. En consecuencia, se DECLARA válida su afiliación al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de la decisión.*
>
> ***SEGUNDO: CONDENAR** a la demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS COLFONDOS S.A**., a transferir a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**-, todos los valores contenidos en su cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos financieros, gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, de acuerdo a los argumentos expuestos en la parte motiva de la decisión.*
>
> ***TERCERO: DECLARAR NO PROBADAS** las excepciones propuestas.*

> ***CUARTO: COSTAS** a cargo de **COLFONDOS S.A.,** se fijan como agencias en derecho la suma equivalente a 1 SMMLV de esta anualidad. Sin costas a cargo de COLPENSIONES.*
>
> ***QUINTO:** Se ordena remitir el presente proceso ante la Honorable Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para que se surta el estudio de la decisión en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES."*

Inconforme con la decisión el apoderado de COLFONDOS la apeló expresando no estar de acuerdo con la condena de la devolución de los gastos de administración porque se causan y descuentan por disposición legal, y no por capricho de las administradoras del RAIS, aduciendo estos tienen una destinación específica en exactamente 11 gastos, de los cuales el primer gasto es para garantizar la defensa judicial del fondo, otros para comprar los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, en virtud de los cuales, el aquí actor, ha estado amparado por los riesgos de invalidez y muerte y lo estará incluso hasta la ejecutoria de este fallo, es decir, que la contratación y pago de las pólizas provisionales cumplieron y siguen cumpliendo con su destinación específica.

Indica que si se hace un estudio de equivalencia financiera de los dineros de la cuenta de ahorro individual con rendimientos generados, que finalmente se trasladarían con destino a Colpensiones, ello arrojaría que los rendimientos producto de la administración de los recursos personales que se han realizado Colfondos, son diametralmente superiores, a los rendimientos que hubiese podido generar en el Régimen de Prima Media, de haber continuado en él lo cual generaría un enriquecimiento injustificado de parte del fondo que va a recibir los aportes del demandante, sumado a que se trata de conceptos de tracto sucesivo que se han causado con la periodicidad que impone la ley, por tanto, aquellos que no se reclamarán dentro de los 3 años siguientes a su causación, se encuentran prescritos. *(Audio archivo 14 expediente virtual, récord 1:35:57[1])*

---

[1] **APODERADO COLFONDOS S.A.:** Muchas gracias, su señoría, estando dentro la oportunidad procesal pertinente me permitió presentar recurso de apelación, en relación con el artículo 65 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, ante el Honorable Tribunal para que revoque la decisión que usted acaba de proferir única y exclusivamente bajo el siguiente argumento, y es que en lo relacionado con la condena principal se solicita no se ordene a mi representada retornar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, los gastos de administración porque se causan y descuentan por disposición legal y no por capricho de las administradoras del RAIS, y por ende son vigentes exequibles y exigibles.

Ahora bien, haciendo una lectura al Decreto 2555 del 2010, contrario, como siempre se han concebido los gastos de administración, estos tienen una destinación específica en exactamente 11 gastos, de los cuales el primer gasto es para garantizar la defensa judicial del fondo, otros para comprar los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, en virtud de los cuales, el aquí actor, ha estado amparado por los riesgos de invalidez y muerte y lo estará incluso hasta la ejecutoria de este fallo, es decir, que la contratación y pago de las pólizas provisionales cumplieron y siguen cumpliendo con su destinación específica.

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 3, *Archivo 01 expediente digital*) las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (página 4 ibídem), aspirando principalmente se declare la nulidad del traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, en consecuencia se ordene el traslado del RAIS al RPM, derechos *ultra y extra petita,* y costas del proceso*.* **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró la ineficacia del acto jurídico del traslado entre regímenes que efectuó el demandante del régimen de prima media con prestación Definida, administrado en su momento por el Instituto de Seguros Sociales al Régimen de Ahorro Individual Solidaridad, administrado por el Fondo de Pensiones Colfondos, teniendo como fecha de suscripción el 28 de abril del 2000, en consecuencia, se declaró válida la afiliación del demandante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por COLPENSIONES, condenó a COLFONDOS S.A. a transferir con destino a COLPENSIONES todos los valores contenidos en la cuenta de ahorro individual del demandante junto con los rendimientos financieros, los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima.

A su vez, si se analiza la rentabilidad que genera mi mandante, esto es superior a la rentabilidad que genera Colpensiones a la inversión de los test, por lo que si se hace un estudio de equivalencia financiera, de los dineros de la cuenta de ahorro individual con rendimientos generados, que finalmente se trasladarían con destino a Colpensiones, ello arrojaría que los rendimientos producto de la administración de los recursos personales que se han realizado Colfondos, son diametralmente superiores, a los rendimientos que hubiese podido generar en el Régimen de Prima Media, de haber continuado en él, la aquí demandante, lo cual generaría un enriquecimiento injustificado, de parte del fondo que va a recibir los aportes del demandante, máxime cuando ni los gastos de administración, ni el porcentaje destinado a la contratación y pago de pólizas previsionales, un factor de financiación de la pensión de vejez en el régimen de prima media.

Además, se trata de conceptos de tracto sucesivo que se han causado con la periodicidad que impone la ley, por tanto, aquellos que no se reclamarán dentro de los 3 años siguientes a su causación, se encuentran prescritos. Por otra parte, estos recursos no están en poder de Colfondos y en la tapa de fijación del litigio, jamás se estableció la devolución de dineros, que estuviera en poder de terceros, que ni siquiera fueron vinculados al proceso, violándose su derecho de defensa y contradicción, al paso de que dichas garantías también serían desconocidas para Colfondos.

En este sentido, dejo sustentado mi recurso de alzada, muchas gracias, señor juez.

Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, no se logró acreditar por parte de COLFONDOS S.A. el cumplimiento del deber de información que le incumbía para con el demandante al momento del traslado, ayudándole a tomar una decisión acertada sobre la construcción de su derecho pensional.

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

Así las cosas, en el expediente se encuentra acreditado que la fecha de nacimiento del actor fue el 26 de febrero de 1956 (pág. 17, Archivo 1 expediente digital), por lo que la edad de 62 años los cumplió el mismo día y mes del año 2018, procediendo a solicitar su traslado mediante petición elevada ante PORVENIR el 15 de septiembre del 2021 y ante COLPENSIONES el 13 de octubre del 2021 (págs. 17 a 21 Archivo 1 expediente digital), esto es, cuando ya había cumplido la edad para adquirir el derecho pensional y, de otra parte, se tiene, el actor no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994-, pues para esa data, ni tan siquiera se encontraba afiliado al sistema de seguridad social en pensionales pues según las probanzas incorporadas a los autos, su afiliación inicial se dio en el RPM administrado en su momento por el ISS el **1° de enero de 1996**[3] (*Historia Laboral*

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

[3]

aportada por Colpensiones Archivo 06 expediente digital, pág. 50), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante es con fundamento en la ausencia del suministro de información que pretende el actor a efectos de continuar válidamente vinculado al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el **28 de abril del 2000** con fecha de efectividad a partir del **01 de junio del 2000** por afiliación que hiciera a COLFONDOS, específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP expedido por ASOFONDOS (archivo 07, página 20), **precisándose**, aun cuando no obra el formulario de afiliación a esta AFP se debe indicar, para el tema objeto de debate la presencia del formulario escrito no constituye un requisito *sine qua non* o prueba solemne, pues lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto 694 de 1994 es que se debe informar por escrito al empleador del trabajador la selección realizada, en aras de que aquel efectúe las cotizaciones al fondo correspondiente. Lo anterior impone entonces a la AFP COLFONDOS, acreditar el consentimiento informado y en esa medida, resulta procedente el estudio de la viabilidad o no de la declaración de ineficacia.

Así las cosas, parte la Sala por indicar, las entidades encargadas de la administración y dirección de los diferentes regímenes pensionales tienen el deber de garantizar que existió una decisión informada y que ésta fue verdaderamente autónoma, libre, voluntaria y consciente por parte del afiliado; además, tal información debe ser objetivamente verificable, en el entendido de que aquél debe

---

COLPENSIONES Nit 900.336.004-7
REPORTE DE SEMANAS COTIZADAS EN PENSIONES
PERIODO DE INFORME: Enero 1967 mayo/2022
ACTUALIZADO A: 18 mayo 2022

INFORMACIÓN DEL AFILIADO

Tipo de Documento:	**Cédula de Ciudadanía**	Fecha de Nacimiento:	**26/02/1956**
Número de Documento:	**19342666**	Fecha Afiliación:	**01/01/1996**
Nombre:	**FABIO HUMBERTO RINCON PACHON**	Correo Electrónico:	
Dirección:	**CALLE 10 3-61**	Ubicación:	
Estado Afiliación:	**Trasladado**		

RESUMEN DE SEMANAS COTIZADAS POR EMPLEADOR

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

[1]Identificación Aportante	[2]Nombre o Razón Social	[3]Desde	[4]Hasta	[5]Último Salario	[6]Semanas	[7]Lic	[8]Sim	[9]Total
899999326	INSTITUTO DISTRITAL	01/01/1996	31/01/1996	$439.000	4,29	0,00	0,00	4,29
899999326	INST DISTRITAL CULTU	01/02/1996	29/02/1996	$610.000	4,29	0,00	0,00	4,29

conocer los riesgos del traslado, pero a su vez, los beneficios que aquel le reportaría, de otro modo no puede explicarse el cambio de un régimen al otro.

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

Frente al tema, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ SL12136-2016, radicación No. 46.292 de 2014, enseñó:

> *«Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos del tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.*
>
> *Es evidente que cualquier determinación personal de la índole que aquí se discute**, es eficaz**, cuando existe un consentimiento informado; en materia de seguridad social, el juez no puede ignorar que por la trascendencia de los derechos pensionales, la información, en este caso, del traslado de régimen, debe ser de transparencia máxima*.
>
> *Para este tipo de asuntos, se repite, tales asertos no comprenden solo los beneficios que dispense el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.*
>
> *El juez no puede pasar inadvertidas falencias informativas, menos considerar que ello no es de su resorte, pues es claro que cuando quien acude a la jurisdicción reclama que se le respete el régimen de transición, indiscutiblemente, como se anotó, surge la perentoriedad de estudiar los elementos estructurales para que el mismo opere, es decir, debe constatar que el traslado se produjo en términos de eficacia, para luego, determinar las consecuencias propias».*

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

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

jamás, es decir, con ineficacia *ex tunc*[4], en los términos del artículo 1746 del Código Civil, ante la inexistencia de una norma distinta que de manera explícita regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico.

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

> *«(…)*
>
> *De modo que al no existir una norma explícita que regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico en la legislación civil, acudió al aludido precepto relativo a las consecuencias de la nulidad, el cual consagra las mismas consecuencias de aquella. Dicha disposición establece:*
>
> *Artículo 1746. La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita (subrayas fuera de texto).*
>
> *En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.*
>
> ***Entonces, según la norma precedente, el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición.*** *En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia»*.

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

> *«**1. La consecuencia de la inobservancia del deber de información: ineficacia del acto jurídico de cambio de régimen***
>
> *Al contestar la demanda, Colpensiones sostuvo que en este asunto no hay lugar a declarar la nulidad del traslado de la actora del régimen público de pensiones al privado, en la medida que no se demostró un vicio del consentimiento en la modalidad de error, fuerza o dolo.*

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

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

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

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

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

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

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

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

Ahora bien, sobre esta temática igualmente, ha asentado reiteradamente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que para el estudio de la

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

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

Señalando la Corte, de acuerdo a la doctrina se le han adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se

produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un **traslado de la carga de la prueba** de la parte 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[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 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.

sentencias SL 1421 de 2019, SL 1452 de 3 de abril de 2019, SL 1689 de 8 de mayo de 2019, destacando de la referida sentencia CSJ SL1452 de 3 de abril de 2019, los siguientes apartes:

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

"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 la demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones", pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña".

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

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

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

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

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

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la accionante[6] no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que el asesor de COLFONDOS le indicó que el ISS se iba acabar y por ende la administración de las pensiones estaría a cargo de entidades privadas, quienes otorgarían mayores rentabilidades y posibilidades de pensión a una menor edad, razón por la cual firmó el formulario de afiliación a dicha entidad.

[6] Audiencia 13 de septiembre del 2023, récord 24:02

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.

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

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

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

> ***«1. El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones: Un deber exigible desde su creación***
>
> ***1.1 Primera etapa: Fundación de las AFP. Deber de suministrar información necesaria y transparente.***
>
> *El sistema general de seguridad social en pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del otorgamiento de diferentes tipos de prestaciones. Con este fin, la Ley 100 de 1993 diseñó un sistema complejo de protección pensional dual, en el cual, bajo las reglas de libre competencia, coexisten dos regímenes: el Régimen Solidario de Prima Media con*

Prestación Definida (RPMPD), administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (AFP).

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

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

…

En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.° 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 **2000**, cuando se produjo el traslado del aquí demandante, la AFP estaba en la obligación de informar a su futuro afiliado sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, pero ello en el asunto no ocurrió o, por lo menos, no se acreditó.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada COLFONDOS S.A. omitió en el momento del traslado de régimen **(28 de abril del 2000,** efectivo el **1° de junio 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 SL12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

En la misma dirección se debe señalar, no tiene incidencia alguna que el demandante no sea beneficiario del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación con la información que se le debía suministrar cuando se trasladó de régimen, al respecto se puede consultar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia STL11385 del 18 de julio de 2017, radicado 47646.

En ese orden, la ineficacia del tránsito de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de COLFONDOS S.A como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliado el actor, del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, gastos de administración, las primas de los seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, así como la activación de su afiliación en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, de tal manera se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto.

Debe precisarse en este punto ésta Sala de Decisión adicionará el numeral segundo del fallo de primer grado, en cuanto a que COLFONDOS deberá retornar

además de los anteriores conceptos, **las comisiones y todo debidamente indexado** 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 que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Con relación a la orden de disponer el pago debidamente indexado, atendiendo que el a quo no lo ordenó en la parte resolutiva, 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.***

[7] Conforme lo señala la SL2209-2021 y SL2207-2021

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

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

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

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

en sentencia de la CSJ Sala Laboral SL 2914 del 22 de julio del 2020, en la que cita la del 8 septiembre 2008, radicado 31989, donde se dijo:

> *«Las consecuencias de la nulidad de la vinculación respecto a las prestaciones acaecidas no es plenamente retroactiva como lo determina la normatividad del derecho privado, la que no tienen cabida enteramente en el derecho social, de manera que a diferencia de propender por el retorno al estado original, al momento en que se formalizó el acto anulado, mediante la restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubieren dado o recibido, ha de valer el carácter tutelar y preservar situaciones consolidadas ya en el ámbito del derecho laboral ora en el de la seguridad social; en la doctrina es indiscutido que la nulidad del contrato de trabajo, no priva al trabajador del derecho a su remuneración; o que en materia de seguridad social, en el laboral administrativo, según el mandato expreso del artículo 136 del C.C.A. el trabajador o el afiliado de buena fe, tiene el derecho a conservar, sin deber de restituir las prestaciones que le hubieren sido pagadas.*
>
> *[…]*
>
> *La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C.,* ***esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.***
>
> *Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual,* ***ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.***
>
> *Las consecuencias de la nulidad no pueden ser extendidos a terceros, en este caso, a la administradora del régimen de prima media en el que se hallaba el actor antes de producirse la vinculación cuya nulidad se declara, de modo que no debe asumir por el sistema de pensiones sanciones derivadas de la mora en el pago íntegro del derecho pensional, obligaciones por las que sólo ha de responder a partir de cuándo le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada."*

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

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

Por otro lado, conviene precisar, en autos no tiene relevancia la financiación del sistema o que el convocante no hubiese retornado al régimen de prima media

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

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

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES – entidad a favor de quien se surte la consulta (pág. 19, *Archivo 6 expediente digital)*[8] basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL-1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que, además, está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

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

[8] Se tuvo por contestada la demanda mediante auto del 24 de abril del 2023 (*Archivo 11 expediente digital)*

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

> *"…recientemente, en la sentencia CSJ SL1421-2019, tuvo la oportunidad de pronunciarse al respecto, sosteniéndose que en materia del derecho del trabajo y la seguridad social, las disposiciones que gobiernan la extinción de la acción son los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS, que consagran un periodo trienal para que opere ese fenómeno; sin embargo, se adujo que tal normativa no resulta aplicable a los casos de ineficacia del traslado, por cuanto se trata de una pretensión de carácter declarativa, que es precisamente lo que sucede en el sub examine, en la aludida providencia se dijo:*
>
> > *Al efecto, aun cuando en las controversias suscitadas en el ámbito del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, los preceptos llamados a regular la extinción de la acción, son los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, normativa en virtud de la cual opera el término trienal, con un periodo de consolidación contabilizado desde la exigibilidad de la obligación, en el asunto bajo estudio, dicho concepto se torna inaplicable, toda vez que* ***las pretensiones encaminadas a obtener la nulidad del traslado de régimen y sus respectivas consecuencias ostentan un carácter declarativo,*** *en la medida en que se relacionan con el deber de examinar la expectativa del afiliado a fin de recuperar el régimen de prima media con prestación definida, y en tal virtud acceder al reconocimiento de la prestación pensional, previo cumplimiento de los presupuestos legales establecidos para tal fin. CSJ AL1663-2018, CSJ AL3807-2018.*
> >
> > *De igual forma, destaca la Sala la inoperancia del medio exceptivo, frente a nulidad del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, acorde a los lineamientos normativos del artículo 48 de la Constitución Nacional, sino por el carácter declarativo que ostenta la pretensión inicial, en sí misma, acaecimiento ultimo frente al que además no resulta dable alegar el fenómeno advertido, en tanto los sustentos facticos que soportan la pretensión se hayan encaminados a demostrar su existencia e inexistencia como acto jurídico, lo que a su vez da lugar a consolidar el estado de pensionado, y en consecuencia propiciar la posibilidad del disfrute de un derecho económico no susceptible de extinción por el trascurso del tiempo. Ver sentencia CSJ SL 8. mar. 2013 rad. 49741.*
>
> *Conforme a lo discurrido, fuerza concluir entonces, que debe declararse la ineficacia de la afiliación de la demandante al sistema pensional de ahorro individual, debiendo retrotraerse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir este, es decir, como si ello no se hubiera producido, (…)"* (Negrillas y subrayas fuera de texto)

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

SIN COSTAS en esta instancia.

En mérito de 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 la sentencia de primera instancia en su numeral **SEGUNDO**, en el sentido de **CONDENAR** a **COLFONDOS S.A.** a retornar los conceptos señalados por la Juez de primer grado debidamente **indexados** como también **las comisiones**, con cargo a sus propias utilidades, conforme a lo considerado.

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.

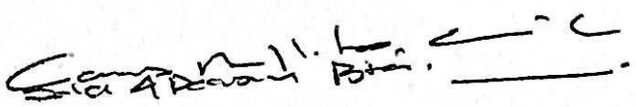
TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado de primer grado, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

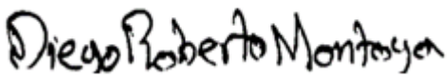
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR REINALDO AGUJA CAPERA CONTRA COLPENSIONES y PORVENIR S.A. (37 2022 00173 01).

Bogotá D.C. treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023)

AUTO

se reconoce personería adjetiva a la abogada **VANESSA GÓMEZ QUINTERO**, como apoderada de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A**, en los términos y para los efectos del poder conferido en la escritura No. 1281, como abogado adscrito a la sociedad **GODOY CORDOBA ABOGADOS S.A.S.**



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 grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juez 37 Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 18 de septiembre de 2023 *(Exp. Digital: audio archivo 16 Grabación Audiencia, Récord: 24:24),* en la que se resolvió:

> *"**PRIMERO: DECLARAR** LA INEFICACIA DEL ACTO JURÍDICO DE TRASLADO entre regímenes pensionales que efectuó el demandante señor REINALDO AGUJA CAPERA del Régimen de Prima Media con Prestación*

Definida administrado en su momento por el ISS al Régimen del Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP PORVENIR S.A. que tuvo como fecha de suscripción el 11 de noviembre de 2004. En consecuencia, se DECLARA válida la afiliación del demandante al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de la decisión.

***SEGUNDO: CONDENAR** a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., a transferir a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES-, todos los valores contenidos en su cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos financieros, los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de la decisión.*

***TERCERO: DECLARAR NO PROBADAS** las excepciones propuestas.*

***CUARTO: COSTAS** a cargo de PORVENIR S.A, se fijan como agencias en derecho la suma equivalente a un (1) SMMLV que será liquidado en su debida oportunidad procesal por parte de secretaria.*

***QUINTO:** Se ordena remitir el presente proceso a la Honorable Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para que se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, de conformidad con los expuesto en la parte motiva de la decisión.".*

La ausencia de apelación contra la providencia anterior justifica la presencia de las diligencias en esta Corporación, a efectos de que se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, a lo cual procede previa la constatación de inexistencia de causal de nulidad que invalide lo actuado y conforme a las siguientes:

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda (página19, *Archivo 01 expediente digital*) las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (páginas 3 a 6 ibidem), aspirando principalmente se declare la ineficacia del traslado efectuado a la AFP PORVENIR S.A., como consecuencia de ello se declare para todos los efectos jurídicos que siempre ha permanecido en el RPM, en consecuencia se condene a PORVENIR a trasladar al RPM los aportes de la cuenta de ahorro individual y a COLPENSIONES a recibir el traslado y a la expedición de la historia laboral teniendo en cuenta todos los periodos aportados en Porvenir. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró la ineficacia del acto jurídico del traslado entre regímenes que efectuó el

demandante del régimen de prima media con prestación Definida, administrado en su momento por el Instituto de Seguros Sociales al Régimen de Ahorro Individual Solidaridad, administrado por el Fondo de Pensiones Porvenir, teniendo como fecha de suscripción el 11 de noviembre del 2004, en consecuencia, se declaró válida la afiliación del demandante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por COLPENSIONES, condenó a PORVENIR S.A. a transferir con destino a COLPENSIONES todos los valores contenidos en la cuenta de ahorro individual del demandante junto con los rendimientos financieros, los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima.

Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, no se logró acreditar por parte de PORVENIR S.A. el cumplimiento del deber de información que le incumbía para con el demandante al momento del traslado, ayudándole a tomar una decisión acertada sobre la construcción de su derecho pensional.

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

Así las cosas, en el expediente se encuentra acreditado que la fecha de nacimiento del actor fue el 12 de febrero de 1961 (pág. 25, Archivo 1 expediente digital), por lo que la edad de 62 años los cumplió el mismo día y mes del año 2023, procediendo a solicitar su traslado mediante petición elevada ante COLPENSIONES el 23 de septiembre del 2021 y ante PORVENIR el 8 de octubre

[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".*

del 2021 (págs. 27 a 34, 38 a 46 y 47 Archivo 1 expediente digital), esto es, cuando se encontraba a menos de 10 años para adquirir el derecho pensional y, de otra parte, se tiene, el actor no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, tenía 259.57[2] semanas cotizadas al sistema (*Archivo 06 expediente digital, pág. 66*), 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 **11 de noviembre del 2004** con fecha de efectividad a partir del **01 de enero del 2005**, específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP y en el formulario de afiliación suscrito con la AFP PORVENIR (archivo 06, páginas 30 y 70).

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

En efecto, la jurisprudencia que sobre el particular ha dejado sentada la Corporación de cierre de esta jurisdicción, ha entendido que la expresión *"libre y voluntaria*" contenida en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, supone

---

2

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
1817	259.57	0	0.00	0	0.00	4152	593.14	0	0.00	15	2.14

TOTALES : LABORADOS-LICENCIAS-SIMULTANEOS				TOTALES : LABORADOS-LICENCIAS-SIMULTANEOS			
DIAS:	1817	SEMANAS:	259.57	DIAS:	4137	SEMANAS:	591.00

El número de semanas se calculó con días calendario

necesariamente el conocimiento, lo que sólo es posible alcanzar cuando se saben a conciencia las consecuencias de una decisión de esta envergadura.

Frente al tema, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ SL12136-2016, radicación No. 46.292 de 2014, enseñó:

> *«Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos del tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.*
>
> *Es evidente que cualquier determinación personal de la índole que aquí se discute**, es eficaz**, cuando existe un consentimiento informado; en materia de seguridad social, el juez no puede ignorar que por la trascendencia de los derechos pensionales, la información, en este caso, del traslado de régimen, debe ser de transparencia máxima.*
>
> *Para este tipo de asuntos, se repite, tales asertos no comprenden solo los beneficios que dispense el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.*
>
> *El juez no puede pasar inadvertidas falencias informativas, menos considerar que ello no es de su resorte, pues es claro que cuando quien acude a la jurisdicción reclama que se le respete el régimen de transición, indiscutiblemente, como se anotó, surge la perentoriedad de estudiar los elementos estructurales para que el mismo opere, es decir, debe constatar que el traslado se produjo en términos de eficacia, para luego, determinar las consecuencias propias».*

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

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

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

> *«(…)*

[3] *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 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.

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 la demandante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, contaba 58 años de edad y tenía una densidad de cotizaciones también aproximada de 1286 semanas, según su historia laboral de Folios 15 a 22; luego, es claro que tenía una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión de vejez a cargo del ISS, por estar próximo a cumplir los requisitos que disponen sus reglamentos.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

"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

sentencias SL 1421 de 2019, SL 1452 de 3 de abril de 2019, SL 1689 de 8 de mayo de 2019, destacando de la referida sentencia CSJ SL1452 de 3 de abril de 2019, los siguientes apartes:

> *«(…)* ***Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto.***
>
> *(…)*
>
> *Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*
>
> *(…).*
>
> *Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede 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 (…)».*

---

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.

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 demandante *(Audiencia del 18 de septiembre del 2023, Récord: 21:04 Archivo 16)*, no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado, pues de hecho aseguró que fue la empresa donde trabaja quien le suministro el formulario de la afiliación y lo único que hizo fue firmarlo, y tan solo 3 meses después se enteró que estaba en Porvenir y no en el ISS.

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.

Ahora, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR (*Páginas 30, Archivo 6 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 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, 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 **2004**, cuando se produjo el traslado del aquí demandante, la AFP estaba en la obligación de informar a su futuro afiliado sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los

regímenes pensionales, pero ello en el asunto no ocurrió o, por lo menos, no se acreditó.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR S.A. omitió en el momento del traslado de régimen **(11 de noviembre del 2004,** efectivo el **1° de enero del 2005)** 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 la misma dirección se debe señalar, no tiene incidencia alguna que el demandante no sea beneficiario del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación con la información que se le debía suministrar cuando se trasladó de régimen, al respecto se puede consultar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia STL11385 del 18 de julio de 2017, radicado 47646.

En ese orden, la ineficacia del tránsito de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de PORVENIR S.A como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliado el actor, del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, gastos de administración, las primas de los seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, así como la activación de su afiliación en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, de tal manera se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto.

Debe precisarse en este punto ésta Sala de Decisión adicionará el numeral segundo del fallo de primer grado, en cuanto a que PORVENIR deberá retornar además de los anteriores conceptos, **las comisiones y todo debidamente indexado** con cargo a sus propias utilidades[5].

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

[5] Conforme lo señala la SL2209-2021 y SL2207-2021

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

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

Con relación a la orden de disponer el pago debidamente indexado, atendiendo que el a quo no lo ordenó en la parte resolutiva, es importante señalar que para la calenda en la que se trasladen esos recursos, habrá transcurrido un tiempo considerable durante el cual dicho valor habrá perdido poder adquisitivo, de allí que sea procedente su indexación, ya que su función consiste únicamente en evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción del patrimonio de quien accede a la administración de justicia, causada por el transcurso del tiempo, y su imposición procede de forma oficiosa, sin que ello represente una condena adicional ni vulnere la congruencia entre la demanda y la sentencia judicial, pues lo que se busca garantizar es el pago completo e íntegro de la prestación cuando el transcurso del tiempo la devalúa.

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

> *"****Es cierto que dicho ajuste no hizo parte de las pretensiones de la demanda, pero también lo es que, pese a ello, su imposición oficiosa es perfectamente viable porque la indexación no comporta una condena adicional a la solicitada.***
>
> *En efecto, la indexación se erige como una garantía constitucional (art. 53 CP), que se materializa en el mantenimiento del poder adquisitivo constante de las pensiones, en relación con el índice de precios al consumidor certificado por el DANE. A su vez, el artículo 1626 del Código Civil preceptúa que «el pago efectivo es la prestación de lo que se debe», esto es, que la deuda debe cancelarse de manera total e íntegra a la luz de lo previsto en el artículo 1646 ibídem. De ahí que, si la AFP no paga oportunamente la prestación causada en favor del afiliado, pensionado o beneficiario, tiene la obligación de indexarla como único conducto para cumplir con los mencionados estándares de totalidad e integralidad del pago. Por tal motivo, es*

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

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

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

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

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

descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas» (Sentencia CSJ SL2877-2020).

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES – entidad a favor de quien se surte la consulta (pág. 21, *Archivo 7 expediente digital)*[6] basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL-1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que, además, está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

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

SIN COSTAS en esta instancia.

En mérito de 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 la sentencia de primera instancia en su numeral **SEGUNDO**, en el sentido de **CONDENAR** a **PORVENIR S.A.** a retornar los conceptos señalados por la Juez de primer grado debidamente **indexados** como también **las comisiones**, con cargo a sus propias utilidades, conforme a lo considerado.

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.

[6] Se tuvo por contestada la demanda mediante auto del 27 de febrero del 2023 (*Archivo 7 expediente digital)*

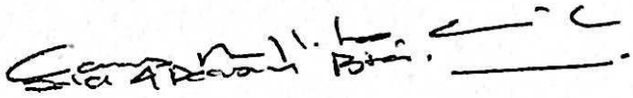
TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado de primer grado, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

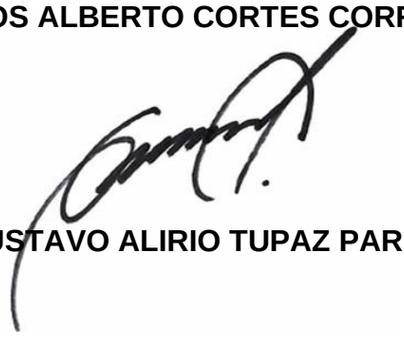
NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN



CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR GUILLER AMPARO BARRETO GARCIA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A. (RAD. 38 2022 00074 01).

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023)

AUTO

Se reconoce personería adjetiva al abogado **LUIS EDUARDO CALDERON PASTRANA**, como apoderado de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A,** en los términos y para los efectos del poder conferido en la escritura No. 1281, como abogado adscrito a la sociedad **GODOY CORDOBA ABOGADOS 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 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 las demandadas PORVENIR, SKANDIA y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, contra la sentencia proferida por el Juez 38 Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 29 de agosto del 2023 (*Exp. Digital, archivo 18 récord: 46:20),* en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia de la afiliación verificada por la señora GUILLER AMPARO BARRETO GARCÍA con destino a la AFP PORVENIR S.A con ocasión de suscripción de formulario de afiliación el 20 DE FEBRERO DE 2001. Lo anterior específicamente por lo señalado en la parte motiva de esta sentencia.*
>
> ***SEGUNDO: ORDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES y a las AFP PORVENIR S.A y SKANDIA que conjunta y*

coordinadamente, adelanten las gestiones administrativas y financieras tendientes a reactivar la afiliación de la demandante al RPMPD administrado por COLPENSIONES y a retornarle al RPM la totalidad de los recursos integralmente percibidos por cuenta de la demandante con destino al RAIS durante el tiempo que permaneció vinculada irregularmente a este régimen, debiéndose transferir los respectivos recursos debidamente indexados, tomando para el efecto el IPC, que certifique el DANE de acuerdo con la fórmula:

INDICE FINAL / INDICE INICIAL x VALOR HISTORICO = VALOR INDEXADO

Debiéndose tomar como índice inicial, el del mes en que se verificó el giro de los recursos correspondientes y como índice final, el del momento en que se efectúe el traslado de los mismos con destino al RPM, siendo pertinente señalar que las accionadas contarán con un término de 30 días contados a partir de la ejecutoria de la presente sentencia para finiquitar este procedimiento, resaltándose que el pago correspondiente se podrá hacer tomando para el efecto el importe de las sumas que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante y solo en caso de ser insuficientes, se pagarán los saldos insolutos con cargo a recursos propios de cada una de las AFP SKANDIA y PORVENIR S.A en proporción al tiempo en que el accionante estuvo afiliado a estas administradoras, sin lugar a descuento de naturaleza alguna. Lo anterior, por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia.

Se precisa que, se ordena el pago indexado de los recursos integralmente percibidos por cuenta del demandante en la medida en que no obra en el expediente prueba idónea con base en la cual pueda deducir el despacho que en los rendimientos de la cuenta de ahorro individual se subsuma la eventual pérdida de poder adquisitivo de la moneda.

Cabe anotar que, de subsistir saldos luego de estas operaciones en la cuenta de ahorro individual del demandante, los mismos deberán ser girados al Fondo de Solidaridad Pensional, al hacer parte estos recursos al Sistema General de Pensiones.

***TERCERO: ABSOLVER** a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A, de todas las pretensiones formuladas en el llamamiento por parte de la AFP SKANDIA S.A.*

***CUARTO: EXCEPCIONES** Dadas las resultas del juicio, el Despacho declara no probadas las propuestas respecto de las determinaciones adoptadas y se considera relevado del estudio de las planteadas en el marco del llamamiento en garantía.*

***QUINTO: COSTAS** Lo serán a cargo de la demandada PORVENIR S.A. En firme la presente providencia, por Secretaría practíquese la liquidación de costas, incluyendo en ella como agencias en derecho la suma de $1'000.000 en favor de la demandante. SIN COSTAS a cargo de SKANDIA y de COLPENSIONES lo anterior en la medida que su participación en el presente trámite procesal no se hizo necesaria. De la misma manera se impondrá condena en costas a cargo de SKANDIA y en favor de MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A en el marco del llamamiento. En consecuencia, en firme la presente providencia, por Secretaría practíquese la liquidación de costas, incluyendo en ella como agencias en derecho la suma de $1'000.000 en favor de MAPFRE.*

***SEXTO:** Si no fuere apelada oportunamente la presente sentencia, CONSÚLTESE con el SUPERIOR.".*

Inconforme con tal decisión las apoderadas de las demandadas la apelaron así:

PORVENIR señaló, si bien existe un precedente jurisprudencial planteado por parte de la honorable Corte Suprema de Justicia, también la misma corporación ha indicado que el mismo no se puede aplicar de manera homogénea a todos los procesos donde se solicita la nulidad o ineficacia de la afiliación por incumplimiento

del deber de información en efecto debe existir una similitud en las condiciones fácticas de cada caso, situación que para su representada no se da en el presente asunto pues la demandante realizó variaciones en su traslado de régimen pensional de manera voluntaria sin presiones e informada, aclarando no se exigía una información en los términos que fueron reclamados en la demanda y argumentados en el fallo de primera instancia para el año del 2001.

Añade, el actuar de su representada aquí llamada juicio siempre ha sido una fe objetiva pues todas sus acciones se ejecutaron en virtud de los presupuestos legales vigentes al momento del traslado de régimen pensional, señalando por ende no es procedente que la administradora deba restituir las sumas que pagó por conceptos de primas de seguros previsionales por cuanto ya no están en su poder sino en el de las compañías aseguradoras que contrató por la cobertura del pago de estas sumas adicionales, como tampoco la devolución de los gastos de administración pues estos resultan improcedente de conformidad con lo conceptuado por la superintendencia financiera de Colombia entidad encargada de vigilar entre otras a las sociedades administradoras de fondos de pensiones y que cuenta dentro de sus facultades con la emitir conceptos doctrinales respecto de los temas de su competencia al señalar dicho ente que el traslado de recursos entre los regímenes nacionales debe efectuarse de conformidad con las normas específicamente prevista para ello que en este caso sería el artículo 7 del decreto 3995 del 2008, solicitando a los honorables magistrados revocar la decisión de instancia relativa a la indexación de los valores objeto de la condena impuesta en la medida que igualmente se dispuso la devolución de los rendimientos del capital que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la demandante y ello como bien lo ha venido señalando tanto el tribunal superior del distrito judicial de Cundinamarca como el tribunal superior de Cali se ha determinado que no es viable ordenar la indexación toda vez que con el traslado de los rendimientos financieros, se compensa la depreciación del poder adquisitivo que haya podido sufrir la moneda.

Por último, en lo que corresponde las agencias el derecho expresa que desestimada la ineficacia del traslado de régimen y la consecuente devolución de los valores a los que fue condenada deberá desestimarse la condena en costas[1].

[1] ***Recurso Parte Demandada PORVENIR, récord 50:28, link archivo 18:*** *Gracias señoría de manera respetuosa me permito interponer recurso de apelación en contra de la sentencia de instancia solicitando el honorable tribunal superior en su sala laboral se sirva revocar la presente decisión en lo que corresponde a la declaratoria ineficacia de afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual, así como las condenas impuestas en contra de la AFP PORVENIR conforme a las siguientes consideraciones:*

En primer lugar debe decirse que si bien existe un precedente jurisprudencial planteado por parte de la honorable Corte Suprema de Justicia, también la misma corporación ha indicado que el mismo no se puede aplicar de manera homogénea a todos los procesos donde se solicita la nulidad o ineficacia de la afiliación por incumplimiento del deber de información en efecto debe existir una similitud en las condiciones fácticas de cada caso, situación que para mí representada no se da en el presente asunto pues la demandante realizó variaciones en su traslado de régimen pensional de manera voluntaria sin presiones e informada, todo esto de

SKANDIA por su parte manifiesta en su apelación se debe revocar la orden de la devolución de los gastos de administración y porcentajes destinados a los seguros previsionales porque dichos conceptos no están contenidos en las normas que de manera clara y precisa que emolumentos deben trasladarse.

Frente a la indexación indica no es probable señalar o condenar a la misma porque no fue solicitado en el escrito de la demanda, sumado a que si ya se ordenó la devolución de rendimientos matemáticamente da lugar a que efectivamente si se compensando esa devaluación de pérdida de poder adquisitivo de la moneda que justifica las razones que llevan a no condenar o generar indexación en este tipo de procesos y en este orden de ideas además de que se está condenando a generar unos traslados de recursos y unos rendimientos se está condenado doblemente con una indexación, solicitando se revoque la misma teniendo en cuenta también que existe jurisprudencia al respecto que ha sido aceptada en varias salas de Bogotá donde se ha indicado que en ese tipo de procesos y juicios no es dable la indexación teniendo en consideración que ya se están ordenando los rendimientos.

---

conformidad con la normatividad vigente para el momento del traslado posterior a una asesoría donde tuvo una reunión con los asesores comerciales de la AFP PORVENIR donde podía hacer preguntas y en cualquier caso siempre estuvieron dispuestos los canales de atención por si llegaba a surgir alguna duda o pregunta frente a su situación pensional, así mismo es de aclararse que no se exigía una información en los términos que fueron reclamados en la demanda y argumentados en el fallo de primera instancia para el año del 2001.

Ahora bien con Independencia de la información otorgada al momento del traslado, las condiciones características, ventajas y desventajas del RAIS se encuentran establecidas en la ley 100 del 93 por lo que la demandante pudo validar en cualquier momento el contenido de la información otorgada por mi representada, de igual manera como todo consumidor financiero la demandante debía actuar con mediana diligencia y por lo menos debía obtener una información suficiente sobre el acto jurídico que está adoptando, leer el formulario, si le surgían dudas respecto del formulario pues hacer estas preguntas, con un mayor razón si los datos relevantes que permitía precisar las consecuencias de esa decisión estaban claramente determinados en normas legales de común conocimiento.

Así mismo decirse que el actuar de mi representada aquí llamada juicio siempre ha sido una fe objetiva pues todas sus acciones se ejecutaron en virtud de los presupuestos legales vigentes al momento del traslado de régimen pensional, en este mismo orden de ideas tampoco es procedente que la administradora deba restituir las sumas que pagó por conceptos de primas de seguros provisionales por cuanto ya no están en su poder sino en el de las compañías aseguradoras que contrató por la cobertura del pago de estas sumas adicionales, debe indicarse que además de lo anterior la devolución de los gastos de administración resulta improcedente de conformidad con lo conceptuado por la superintendencia financiera de Colombia entidad encargada de vigilar entre otras a las sociedades administradoras de fondos de pensiones y que cuenta dentro de sus facultades con la emitir conceptos doctrinales respecto de los temas de su competencia al señalar dicho ente que el traslado de recursos entre los regímenes nacionales debe efectuarse de conformidad con las normas específicamente prevista para ello que en este caso sería el artículo 7 del decreto 3995 del 2008 disposición normativa que debe aplicarse en todos los casos en que por cualquier circunstancia sea necesario efectuar un traslado de recursos, se solicita a los honorables magistrados revocar la decisión de instancia relativa a la indexación de los valores objeto de la condena impuesta a mi representada en la medida que igualmente se dispuso la devolución de los rendimientos del capital que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la demandante ello es así pues como bien lo ha venido señalando tanto el tribunal superior del distrito judicial de Cundinamarca como el tribunal superior de Cali se ha determinado que no es viable ordenar la indexación toda vez que con el traslado de los rendimientos financieros, se compensa la depreciación del poder adquisitivo que haya podido sufrir la moneda.

Por último, en lo que corresponde las agencias el derecho debe aclararse que desestimada la ineficacia del traslado de régimen y la consecuente devolución de los valores a los que fue condenada mi representada por consiguiente deberá desestimarse la condena en costas, es por todo lo anterior su señoría que solicito respetuosamente al honorable tribunal superior revocar la sentencia de instancia respecto a las condenas impuestas en contra de la AFP PORVENIR, muchas gracias.

Por otro lado solicita la revocatoria de absolver a la aseguradora MAPFRE de las pretensiones contenidas en la demanda del llamamiento en garantía, porque en este caso se materializó una condena contra SKANDIA que ordenó retomar o trasladar unos rubros y unos conceptos referentes a seguros previsionales y en ese orden de ideas al generarse esta condena a través de esta sentencia ya se cumple con los requisitos señalados en el artículo 64 del código general del proceso y por ende es la aseguradora MAPFRE y no SKANDIA quien debe trasladar estos rubros y estos conceptos.[2]

---

[2] ***Recurso Parte Demandada SKANDIA, récord 54:51, link archivo 18:*** *Doctor entendiendo que cuando el despacho indica tanto en la parte considerativa como resolutiva sin descuento alguno, está condenando también a mi representada a la devolución de los gastos y los porcentajes destinados a los seguros previsionales, en ese orden de ideas se tiene teniendo en cuenta que el despacho señala e indica que sin descuento alguno pues y en ese orden de ideas también caben los porcentajes de gastos de administración, me permito interponer y sustentar el recurso de apelación parcial contra la sentencia, eso en cuanto a que en el presente caso se ha declarado la ineficacia de un traslado, al declararse esta ineficacia de ese traslado como aquí se señaló pues traen los efectos, dichos efectos considera la suscrita que deben trasladarse cuando opera en el presente caso los traslados de recursos entre regímenes del sistema general de pensiones, encontrando (…) ha contemplado los aportes o lo que debe trasladarse pero no observo que en dicha norma se contemple o se indique que recaen sobre los gastos de administración, esto considero la suscrita que no está dentro de esta norma que fue expedida tiempo después de ley 100 porque precisamente guarda relación armónica con la disposición de la ley 100 Artículo 20, el artículo 20 le da una destinación específica a ese porcentaje o a ese 3% de gastos de administración y fue precisamente en complemento de ley 100 que SKANDIA la correcta y sobre todo administración de los aportes realizados por la demandante, tanto así que le generó unos rendimientos.*

Ahora bien, teniendo en cuenta lo anterior, de manera respetuosa solicito se revoque la sentencia de primera instancia al considerar que dichos emolumentos y sus conceptos no están comprendidos en las normas que de manera clara y precisa ha señalado que emolumentos deben trasladarse.

Seguidamente el despacho pues indica una indexación, argumentando o señalando que no es probable, señalar o condenar a mi representada a esta indexación pese a que no fue solicitado en el escrito de la demanda dado que se observa en las pretensiones de la demanda nada indica la parte actora pese a que ya se ordenaron unos rendimientos y el despacho indica que no puede determinar que existe una compensación con los rendimientos, pero si ante esa duda que le genera al despacho condena a SKANDIA o sea frente a esta duda que no ha sido determinada claramente pues si condena a mi representada, solicito por ende honorables magistrados que debe revocarse esta indexación, dado que 1) si ya se ordenó la devolución de rendimientos pues matemáticamente da lugar a que efectivamente si se compensando esa devaluación de pérdida de poder adquisitivo de la moneda que justifica las razones que llevan a no condenar o generar indexación en este tipo de procesos y en este orden de ideas además de que se está condenando a mi representada a generar unos traslados de recursos y unos rendimientos se está condenado o doblemente con una indexación, y en ese orden de ideas honorables magistrados solicito se revoque como bien lo señaló la apoderada la Doctora Vanesa de Porvenir, existe jurisprudencia al respecto que ha sido aceptada, incluso de la ciudad de Bogotá porque esto inició desde Cali, pero en Bogotá varias salas también han aceptado que en ese tipo de procesos y juicios no es dable la indexación teniendo en consideración que ya se están ordenando los rendimientos, por ende este tipo de procesos de orden laboral no operan inmediatamente o automáticamente la indexación por los rubros que estamos señalando en esa sentencia.

Esta condena también me lleva a solicitar la revocatoria de absolver a la aseguradora MAPFRE de las pretensiones contenidas en la demanda del llamamiento en garantía, todo ello honorables magistrados porque en este caso se dio, se tipifico, se materializó una condena contra SKANDIA que ordenó retomar o trasladar unos rubros y unos conceptos referentes a seguros previsionales y en ese orden de ideas al generarse esta condena a través de esta sentencia ya se cumple con los requisitos señalados en el artículo 64 del código general del proceso y que tenemos herramientas legales tanto como el contrato y la ley la misma ley que señala que específicamente es la aseguradora MAPFRE y no SKANDIA quien debe trasladar estos rubros y estos conceptos, teniendo en consideración honorables magistrados los efectos que se le están dando a este tipo de procesos y juicios y así encontramos que ante la ineficacia del traslado pues se pierde por completo uno de los elementos de ese contrato de seguros previsional que es el interés asegurable, al perderse ese interés asegurable pues el artículo 1167 del código de comercio indica que no produce efecto alguno ese contrato de seguros previsional y que debe la aseguradora restituir las sumas percibidas, solamente por un decreto están obligadas las aseguradoras administradas a cumplir con su propio patrimonio frente a esos rubros en el caso en que haya incumplido o incurrido en mora en el pago de las sumas, situación que no se ha presentado en este asunto y por ende honorables magistrados de manera muy respetuosa, invito de manera particular y concreta que en este tipo de procesos se amplíe los efectos de este tipo de sentencias no solamente las administradoras que no participamos del acto jurídico de traslado, sino a los demás contratos que nacieron a raíz de este, como es el contrato de seguros previsionales y en este orden de ideas sea la aseguradora Mapfre

Finalmente la apoderada de Colpensiones argumentó[3], el artículo 83 de la Constitución Política de 1991 establece que las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe la cual se presumirá en las actuaciones que ellos desplieguen, por lo que alegarse por la parte actora que la que la AFP a través de un asesor lo indujo en error para realizar la afiliación al RAIS no elimina la información suficiente respecto a las consecuencias que podría acarrear el traslado de sus aportes al régimen de prima media, pues el régimen de orden individual le impone una carga procesal, resultando inverosímil que la demandante hubiese evidenciado las irregularidades en su traslado sin haber formulado inquietudes y estuviera afiliado hasta el momento.

Agregó, el vínculo contractual se da a partir de la selección y afiliación a uno u otro régimen pensional generando obligaciones reciprocas, tal como lo establece el artículo 1495 del Código Civil, en este entendido el afiliado también tiene obligaciones para con la administradora de pensiones tal y como lo ha determinado el Decreto 2241 del 2010 en su artículo 4º sobre los deberes de los consumidores del Sistema General de Pensiones. Conforme a lo anterior, alegó, es evidente que el deber de información integra, por una parte, una obligación de buen consejo, pero también impone que los consumidores financieros verifiquen las condiciones y modalidades de sistemas que integran los regímenes pensionales para que tomen

---

quien deba pagar esos rubros a los que está condenado SKANDIA por cumplir es precisamente la ley los acuerdos contractuales, su señoría en este término pues solicitó la revocatoria de esta decisión en cuanto a la aseguradora MAPFRE y que sea condenada a Mapfre a estos conceptos.

Bueno, entonces teniendo en cuenta la observación realizada por el despacho dejó por sentado parcialmente el recurso de apelación en los términos señalados anteriormente. Gracias, Señoría.

[3] ***Recurso Parte Demandada COLPENSIONES, récord 1:02:57, link archivo 18:*** *"Muchas gracias y Señoría, de manera amable, interpongo recurso de apelación contra la sentencia que acaba de emitir, el cual procede a sustentar, en primera medida solicitó amablemente al tribunal, se revoque la sentencia de primera instancia conforme a los siguientes fundamentos, que el artículo 83 de la Constitución Política de 1991 establece que las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán definirse los postulados de la buena fe la cual se presumirá en las actuaciones que ellos despliegan, por lo que alegarse por la parte actora que las que la AFP a través de un asesor infundieron en un error para realizar la afiliación al RAIS y ahí finalmente no elimina la información suficiente respecto a las consecuencias que podría acarrear el traslado de sus aportes a pensión del régimen de prima media, el régimen de orden individual le impone una carga procesal, desvirtúa la buena fe de los fondos privados. Resulta inverosímil que el demandante hubiese evidenciado las irregularidades en sus traslados sin haber formulado inquietudes y estuviera afiliado hasta el momento. Ahora bien, no debe conocer que el vínculo contractual a partir de la selección y afiliación a uno u otro régimen pensional genera obligaciones reciprocas, tal como lo establece el artículo 1495 del Código Civil. En este entendido el afiliado también tiene obligaciones para con la administradora de pensiones tal y como lo ha determinado el Decreto 2241 del 2010 en su artículo 4º sobre los deberes de los consumidores del Sistema General de Pensiones. Conforme a lo anterior, es evidente que el deber de información integra, por una parte, una obligación, de buen consejo en suministrar la administradora de fondos de los posibles afiliados, pero también con la información que de manera autónoma los consumidores financieros acerca de las condiciones, modalidades de sistemas que integran en los regímenes pensionales que permitan tomar decisiones con el debido cuidado y atención, por ejemplo, de afiliarse, trasladarse a escoger una modalidad particular que cumpla las expectativas de cada afiliado. Es de señalar que con la permanencia por parte del demandante se acogió las reglas y procedimientos, pues a partir de la firma del formulario y su posterior aporte se tuvo como asociado afiliado teniendo en cuenta la forma del vínculo contractual con dicha entidad. En mérito de lo expuesto, solicito amablemente al honorable tribunal, se revoque el fallo de primera instancia y en consecuencia se absuelva de todas las pretensiones incoadas en su contra, muchas gracias.*

decisiones con el debido cuidado y atención, por ejemplo, de afiliarse, trasladarse o escoger una modalidad particular que cumpla las expectativas de cada afiliado.

Señaló, con la permanencia por parte de la demandante en el RAIS se entiende que se acogió a las reglas y procedimientos, pues a partir de la firma del formulario y su posterior aporte se tuvo como asociado afiliado teniendo en cuenta la forma del vínculo contractual con dicha entidad.

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda (páginas 1 y 2, del archivo 01), las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (Págs. 2 a 3, ibidem), aspirando se declare la nulidad del traslado del régimen de prima media con prestación definida administrado por la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, al de ahorro individual con solidaridad, en consecuencia se ordene a PORVENIR y a SKANDIA trasladar a COLPENSIONES la totalidad del dinero que se encuentra depositado en la cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos financieros y bonos pensionales, a COLPENSIONES a recibirla sin solución de continuidad, costas del proceso y condenas *ultra y extra petita.* **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones**, por cuanto declaró la ineficacia de la afiliación efectuada a PORVENIR con ocasión de la suscripción del formulario del 20 de febrero del 2001, ordenando a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, a la AFP PORVENIR S.A. y la AFP SKANDIA que conjuntamente adelanten las gestiones administrativas y financieras tendientes a retornar con destino al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES los recursos recibidos en el RAIS por cuenta del demandante durante el tiempo en el que permaneció irregularmente vinculado a ese régimen, debiendo transferirse los respectivos recursos debidamente indexados, tomando para el efecto el IPC que certifique el DANE de acuerdo con la fórmula transcrita, precisando que en caso de que subsistan saldos en la cuenta de ahorro individual deberán ser puestos a orden del fondo de solidaridad pensional, absolvió a la llamada en garantía MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. de las pretensiones del llamamiento en garantía impetradas por la AFP SKANDIA S.A. y condenó en COSTAS. **Lo anterior tras considerar,** en estricto acatamiento de lo señalado por la Sala de Casación Laboral, en este tipo de casos es obligatorio que

la AFP en donde se dio la afiliación o el traslado el régimen pensional, acredite las condiciones en que se habría dado esa determinación acreditando el suministro de información suficiente para que de alguna manera el afiliado pudiera seleccionar dentro de un esquema de suministro adecuado de información o de consentimiento informado, relevándose del análisis de los vicios del consentimiento, precisando en el caso concreto, no obra en el informativo una prueba verdaderamente idónea incontrastable que permita deducir lo acontecido para el momento del traslado de régimen y específicamente qué información habría recibido la demandante de Porvenir para efectos de su afiliación al RAIS y en este escenario, había lugar a declarar la ineficacia 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[4].

Así las cosas, en el expediente se encuentra acreditado que la fecha de nacimiento de la actora fue el 17 de enero de 1968 (pág. 16 archivo 01 expediente digital), por lo que la edad de 57 años, los cumplirá el mismo día y mes del año 2025, procediendo a solicitar su traslado mediante petición elevado ante OLD MUTUAL hoy SKANDIA y COLPENSIONES el 7 y 13 de enero del 2022 respectivamente (págs. 17 y 18, archivo 01), esto es, cuando se encontraba a menos de 10 años para adquirir el derecho pensional; de otra parte, se tiene, la actora no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1º de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, tenía apenas con **234.85** semanas[5] (pág. 269 Archivo 04 expediente digital), por lo que

[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

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

Ahora, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende la actora a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el **20 de febrero del 2001** con fecha de efectividad a partir del **1º de abril del 2001** (páginas 29 y 47, archivo 07), específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP expedido por ASOFONDOS y el formulario de afiliación suscrito por el demandante.

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.

Colpensiones
Ven por tu futuro ya

COLPENSIONES Nit 900.336.004-7
REPORTE DE SEMANAS COTIZADAS EN PENSIONES
PERIODO DE INFORME: Enero 1967 junio/2022
ACTUALIZADO A: 28 junio 2022

INFORMACIÓN DEL AFILIADO

Tipo de Documento:	**Cédula de Ciudadanía**	Fecha de Nacimiento:	**17/01/1968**
Número de Documento:	**40382453**	Fecha Afiliación:	**19/03/1986**
Nombre:	**GUILLER AMPARO BARRETO GARCIA**	Correo Electrónico:	
Dirección:	**CL 47 NRO 6 11 APTO 101**	Ubicación:	
Estado Afiliación:	**Trasladado**		

RESUMEN DE SEMANAS COTIZADAS POR EMPLEADOR

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

[1]Identificación Aportante	[2]Nombre o Razón Social	[3]Desde	[4]Hasta	[5]Último Salario	[6]Semanas	[7]Lic	[8]Sim	[9]Total
1006108585	PLAZA Y JANES S A ED	19/03/1986	01/09/1987	$21.420	76,00	0,00	0,00	76,00
10016101691	PLAZA Y JANES EDITOR	23/10/1986	24/02/1987	$21.420	17,86	0,00	17,86	0,00
10016200087	SEGUROS LA EQUIDAD	28/09/1987	22/02/1988	$30.150	21,14	0,00	0,00	21,14
10012000209	GRASELLANOS S A	05/08/1988	31/03/1990	$61.950	86,29	0,00	0,00	86,29
10012000317	COAGROMETA LTDA	01/04/1993	31/12/1994	$302.725	91,43	0,00	0,00	91,43

Frente al tema, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ SL12136-2016, radicación No. 46.292 de 2014, enseñó:

> *«Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos del tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.*
>
> *Es evidente que cualquier determinación personal de la índole que aquí se discute**, es eficaz**, cuando existe un consentimiento informado; en materia de seguridad social, el juez no puede ignorar que, por la trascendencia de los derechos pensionales, la información, en este caso, del traslado de régimen, debe ser de transparencia máxima.*
>
> *Para este tipo de asuntos, se repite, tales asertos no comprenden solo los beneficios que dispense el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.*
>
> *El juez no puede pasar inadvertidas falencias informativas, menos considerar que ello no es de su resorte, pues es claro que cuando quien acude a la jurisdicción reclama que se le respete el régimen de transición, indiscutiblemente, como se anotó, surge la perentoriedad de estudiar los elementos estructurales para que el mismo opere, es decir, debe constatar que el traslado se produjo en términos de eficacia, para luego, determinar las consecuencias propias».*

En tal sentido, *«es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez»* (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*[6], en los términos del artículo 1746 del Código Civil, ante la inexistencia de una norma distinta que de manera explícita regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico.

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

> *«(…)*
> *De modo que al no existir una norma explícita que regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico en la legislación civil, acudió al aludido precepto relativo a las consecuencias de la nulidad, el cual consagra las mismas consecuencias de aquella. Dicha disposición establece:*
>
> *Artículo 1746. La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no*

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

hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita (subrayas fuera de texto).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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[7], Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y en las sentencias SL

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

"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.

1421 de 2019, SL 1452 de 3 de abril de 2019, SL 1689 de 8 de mayo de 2019, destacando de la referida sentencia CSJ SL1452 de 3 de abril de 2019, los siguientes apartes:

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

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

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la accionante[8] no acreditan de manera a alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que no recibió

---

[8]Interrogatorio demandante, récord 6:25, archivo 18.

ninguna asesoría de Porvenir, asegurando solo le indicaron que el ISS se iba acabar y que en ese fondo tendría una mejor pensión con una mayor rentabilidad.

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

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el fondo de pensiones demandado proporcionara a la afiliada una suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna información sobre las reales implicaciones de abandonar el régimen de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras. No obstante, esa administradora - PORVENIR- no logró demostrar, como era su deber, que suministró a la convocante una información de tales características.
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 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 2001, 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 **(20 de febrero del 2001, efectivo el 1 de abril 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 SL12136-201, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

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

Tampoco incide el hecho que la demandante hubiese efectuado traslados entre AFP (*Historial vinculaciones SIAFF pág. 59 archivo 08 expediente digital*), en tanto ello no conlleva a que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en el RAIS, máxime si se tiene en cuenta que si bien se trató de traslados los mismos fueron dentro del mismo régimen de ahorro individual según se observa en reporte SIAFP.

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

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

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

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

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

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

En ese orden, la ineficacia del tránsito de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de SKANDIA, como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliada la actora de los recursos existentes en la cuenta de ahorro individual debidamente indexados, de tal manera se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto.

No obstante lo anterior, debe precisarse en este punto, ésta Sala de Decisión se adicionará el ordinal segundo del fallo de primer grado, en cuanto a que PORVENIR y SKANDIA además de lo ordenado por el Juez *a quo*, esto es, los recursos que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la actora, **deberán también retornar sus respectivos rendimientos, las sumas descontadas por concepto de los gastos de administración, las comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia**[9] y **los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima debidamente indexados**

[9] *Ver al respecto las sentencias SL4964-2018, SL1688-2019, SL2877-2020, SL4811-2020 y SL373-2021.*

con cargo a sus propias utilidades[10], por el tiempo en que la demandante estuvo aparentemente afiliada a cada uno de esas administradoras, por virtud del restablecimiento de las cosas a su estado inicial. Así lo consideró el órgano de cierre de esta jurisdicción en sentencia CSJ SL2877-2020 en la cual sostuvo:

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

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

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

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

[10] *Conforme lo señala la SL2209-2021 y SL2207-2021*

> *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 (…)».*

Igualmente resulta pertinente acotar, de cara a la alzada propuesta por PORVENIR 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.

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

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

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

En punto a la indexación de los gastos de administración, en un caso similar al de autos en el que se resolvió lo atinente a la ineficacia de traslado, el órgano de cierre de esta jurisdicción, en providencia 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 y a SKANDIA 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.

Con relación al hecho de permanecer 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 recurrente, que como ya se refirió a lo largo de esta providencia la información que se le debía suministrar al demandante al momento de su traslado no fue acreditada por dicha AFP, razón por la cual no se puede entender como una ratificación de la voluntad de permanecer en el RAIS, como lo sugiere en la alzada.

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[11] *(Página 27 Archivo 04 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 CSJ SL1689-2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por la encartada, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

Frente a la petición realizada por SKANDIA de condenar a la llamada en garantía MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., en sentir de esta Corporación, en virtud de las pólizas contratadas*,* se advierte la aseguradora no está obligada a cubrir ninguna de las condenas, atendiendo que lo pretendido en autos no es otra cosa que la declaratoria de ineficacia, por falta de consentimiento informado de la afiliación realizada por el demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad con el consecuente retorno al régimen de prima media con prestación definida y el traslado de las sumas recibidas por concepto aportes, cotizaciones

[11] Se tuvo por contestada la demanda en auto del 26 de enero de 2023, Archivo 10 expediente digital.

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

El anterior razonamiento encuentra sustento en lo previsto en el artículo 108[12] de la Ley 100 de 1993, que impone a las administradoras de fondos de pensiones el deber de contratar seguros colectivos previsionales que concurran a la financiación de las pensiones de invalidez y sobrevivientes que deban reconocerse a los afiliados del RAIS, lo cual implica que la garantía contratada solo se activa cuando ocurre el reconocimiento de dichas prestaciones –invalidez y sobrevivientes- y se requiere completar el capital respectivo para su pago al beneficiario, aspectos no comprendidos en la discusión de autos, lo que desde luego conlleva la absolución de la aseguradora convocada al proceso. Se confirma la decisión.

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

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

SIN COSTAS en esta instancia.

---

[12] ***ARTÍCULO 108. SEGUROS DE PARTICIPACIÓN.*** *Los seguros que contraten las administradoras para efectuar los aportes adicionales necesarios para financiar las pensiones de invalidez y sobrevivientes deberán ser colectivos y de participación.*

<Inciso modificado por el artículo 54 de la Ley 1328 de 2009. El nuevo texto es el siguiente:> El Gobierno Nacional determinará la forma y condiciones cómo las sociedades administradoras de Fondos de Pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán contratar los seguros previsionales para el pago de las pensiones de invalidez y sobrevivencia.

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el ordinal **SEGUNDO** del fallo de primer grado, para ordenar a PORVENIR S.A. y a SKANDIA S.A., trasladar a **COLPENSIONES** además de lo dispuesto por el Juez *a quo,* el saldo que se encuentre en la cuenta de ahorro individual de la demandante 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, por el tiempo en que la demandante estuvo aparentemente afiliada a dicha 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 DE LUZ MIRYAM GARCIA QUIVANO CONTRA ECOPETROL S.A. (RAD. 39 2019 00179 01).

Bogotá D.C. treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023)

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

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por el apoderado del extremo demandante, contra la sentencia proferida por la Juez 39 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 07 de septiembre de 2023 (*29VideoAudienciaSentencia, récord 1:17:16)* en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO: DECLARAR PROBADA*** *la excepción de* ***COSA JUZGADA*** *propuesta por* ***ECOPETROL****, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*
>
> ***SEGUNDO:*** *Como consecuencia de lo anterior,* ***ABSOLVER*** *a* ***ECOPETROL*** *de todas las pretensiones tanto principales como subsidiarias incoadas por la señora* ***LUZ MIRYAM GARCÍA QUIVANA****, por las razones expuestas también esta decisión.*
>
> ***TERCERO: CONDENAR*** *en costas a la señora* ***LUZ MIRYAM GARCÍA QUIVANA*** *a favor de* ***ECOPETROL****, dentro de las cuales deberá incluirse como agencias en derecho, la suma de $1.160.000.*
>
> ***CUARTO: CONSÚLTESE*** *la presente decisión con el Superior, por resultar adversa a la demandante."*.

Inconforme con la decisión el apoderado de la demandante interpuso recurso de apelación[1], exponiendo, la decisión emitida es violatoria del derecho constitucional,

---

[1] ***Recurso Demandante (récord 1:17:57, archivo 29):*** *"Su Señoría, bueno, lo primero, señores magistrados es revocar un todas y cada una de sus partes la decisión que acaba de emitirse por parte del juzgado, toda vez que es violatoria, insisto, como se hizo desde el principio con los alegatos de conclusión, este es un tema totalmente constitucional y lo que encuentro es que precisamente quien debe fungir como árbitro y realmente como rector de este caso, pues no se comporta así y lo que hace es hacer una lectura general de una sentencias que realmente no abordan el tema y que si lo abordan, esa lectura que se le da, por ejemplo, en la consulta del Consejo de Estado, que no sé si es las 2311 y adicionalmente las sentencias de la Corte Constitucional, pues realmente nada que ver, no tiene nada que ver con los actos administrativos y adicionalmente porque no se habla sobre actos administrativos, no se habla sobre el reconocimiento de la pensión, sino se habla, es de cómo Ecopetrol se comporta, respecto a su objeto social, y su objeto social es como desarrolla su actividad exploratoria, su actividad de licitatoria y demás, pero en este particular hay una total, hay un total desconocimiento y por lo tanto es abiertamente ilegal lo que se acaba de hacer, como en otras oportunidades se ha realizado.*

Entonces, pero permítanme entonces, precisar, esta sentencia en particular, es violatoria, insisto, de la constitución, es violatoria del debido proceso y el derecho de defensa, porque mírese una cosa es que se solicitaa, que se pensione al trabajador a partir de lo que se dijo en el acuerdo porque insisto, la demanda fue mal interpretada y mal abordada, pues sencillamente lo que se trata es de deslizar esta decisión a partir de decir que Luz Miryam, sí confesó que no se requieren actos administrativos, que todo se debate es a través de las reglas del derecho privado, que bueno, sencillamente que no hubo dolo, fuerza o error, haber discúlpeme, aquí no se trataba de eso, se trataba era de abordar el tema a partir del punto de vista constitucional y de allí bajarlo, descenderlo, pero encuentro que no se hizo eso, no se hizo eso, por lo tanto, pues cómo vamos a encontrar que esta decisión es totalmente adecuada o justa, pues no, no lo es y por lo tanto tuerce realmente, tuerce la constitución, condena a la persona a tratar de evitar continuar un proceso que considera justo siendo totalmente justo y por lo tanto, aquí no hay artículo 303 que opere como cosa juzgada y es totalmente inexacto el tema.

Bueno, adicionalmente, está en curso en el defecto procedimental sustantivo, por eso que estaba mencionando el artículo 303, porque es que, disculpe, aquí el tema es si realmente se tiene que abordar el tema de la legalidad, y la legalidad es entregarle un documento que sea verificable, controlable jurídicamente, que se llama resolución de pensión y eso lo hacen todas las entidades públicas, esto no es un caso exclusivo, o sea, no se puede determinar que hay una exclusividad para Ecopetrol para que viole la ley, eso es totalmente absurdo, no puede entenderse en este caso que Ecopetrol por ser Ecopetrol, entonces haga o deshaga y se parta de una lectura equivocada de sentencias y de algunos documentos del Consejo de Estado, porque allí, insisto, no existe eso, eso que se acaba de tratar de explicar no existe dentro de esos documentos, porque, insisto, es en que de lo que se trata es que como petróleo, como entidad pública, se comporta para efectos privados, se comporta como un particular frente a sus decisiones frente a su objeto social, al desarrollo de su objeto social, pero frente a los trabajadores, no, eso no es así, se comporta, es a partir, se tiene que comportar, es a partir de lo que dice la Constitución y la ley. Aquí no es que vamos a fragmentar la Constitución y entonces vamos a evaluar a unos trabajadores de una forma y a otros trabajadores de otra manera, no, eso no es así, todos los trabajadores oficiales reciben una Resolución de pensión, y eso es claro, porque es que las decisiones se comunican, cómo se comunican las decisiones del Estado, sino a través de actos administrativos, se está violando, se está violando abiertamente la Constitución, insisto, y esto pues sencillamente tiene que verificarse por parte del Tribunal para que haya una correcta decisión.

Por lo tanto, entonces se violó el artículo 303 del Código General del Proceso, se viola la Ley 489 de 1998 respecto a la estructura del Estado, que es lo que acabamos de mencionar, se viola el artículo 256 del Código General del Proceso, respecto a los documentos, ad substantiam actus no se puede generar una prueba a partir de un testimonio, o a partir de lo que digan terceros, no, porque aquí de lo que se trata es de que haya un documento controlable, legal y jurídicamente llamado resolución de pensión, sin ese documento no hay prueba diferente que validar.

Entonces, por lo tanto, todo lo que se dijo, respecto a que a las explicaciones y demás respecto a la cosa juzgada y que hay unas sentencias y que las sentencias se explican, no, no discúlpeme, aquí hay un acto, aquí hay unos hechos nuevos sobre los cuales no se pronunció de fondo el juzgado, sencillamente pasó transversalmente por allí, pero realmente no cayó en la nota, como dirían por ahí.

Entonces, sencillamente de lo que se trata es, precisamente de que se mire por parte del Tribunal, la legalidad de los actos de Ecopetrol, pero a la luz de la Constitución, no a la luz de algunos elementos que ya, pues los

ya que, quien debe fungir como árbitro del caso, no se comportó así, al hacer una lectura general de sentencias que no abordan el tema, adicionalmente explicó, las sentencias de la Corte Constitucional no tienen nada que ver con los actos administrativos porque no se habla sobre los mismos, ni el reconocimiento de la pensión, solo se expuso sobre cómo Ecopetrol se comporta respecto a su objeto social, existiendo un total desconocimiento y siendo abiertamente ilegal la decisión.

Insistió, la sentencia es violatoria de la constitución, el debido proceso y el derecho de defensa, porque la demanda fue mal interpretada y mal abordada, pese a que la señora Luz Miryam, sí confesó que no se requieren actos administrativos, que todo se debate es a través de las reglas del derecho privado, que no hubo dolo, fuerza o error, aquí no se trataba de eso, se trataba era de abordar el tema a partir del punto de vista constitucional y no se hizo, por lo tanto, la decisión es totalmente injusta, condenándose a no instaurar un proceso que se considera justo, no siendo en consecuencia procedente la operancia del artículo 303 como cosa juzgada.

---

conocemos en algunas sentencias de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional, pero que no ahondan sobre este tema, sino que hablan sobre otras cosas totalmente diferentes.

Desde ese punto de vista, igual hay una violación, respecto a que en el principio de congruencia, porque, mírense que, si bien abordó un poco de cosas la sentencia realmente dejó de hablar de algo muy importante y que precisamente no cabe dentro de la cosa juzgada y es la indexación de mesadas pensionales, sobre las cuales tenía que pronunciarse el juzgado y sobre las cuales dentro de las pretensiones se había solicitado la devolución de 12 millones algo en la pretensión, permítanme, en la pretensión 16, la suma de $12'216.053 que era importante que se pronunciara sobre eso y entonces al no hacerse, sencillamente pues qué es lo que está sucediendo, o sea, se deja de lado algunas cosas para inmiscuir realmente entre esas, o sea, si se habla de algo principal entre comillas, para meter aquellas cosas particulares que no entran dentro de ningún acuerdo conciliatorio para meterlas allí y hacerlas ver en apariencia como algo que ya está conciliado.

Acordémonos que lo que corresponde a las indexaciones no tienen nada que ver con salarios ni prestaciones en lo absoluto, estos son sencillamente valores para llegar a reconocer la pérdida del valor del dinero en el tiempo. Entonces, por lo tanto, no tiene nada que ver en este aspecto con los salarios, ni con la cosa juzgada, se viola el CPACA, sencillamente porque si no se notifica, no se hace el acto administrativo, no se le dice al trabajador cuánto va a ganar y cómo va a ganar y cuáles es su mesada pensional y ni siquiera se le dice cómo se liquidó, y su prestación, entonces, pues sencillamente, pues no hay nada en lo absoluto, no hay nada y si vamos a validar esto con la cosa juzgada, pues sencillamente apague y vámonos.

Entonces, por lo tanto, se viola igualmente el artículo 150 de la Ley 100 del 93, que explica por qué sin ese documento, ad substantiam actus, que nos referimos anteriormente no es posible hacer una liquidación de la pensión ¿cómo se hace una liquidación de la pensión?, me pregunto y la respuesta muy seguramente estará es en que la legalidad debe primar por encima de cualquier concepto diferente a este y de ser violatoria de los artículos 7 y 11 del Código General del Proceso, el 7 respecto a la legalidad de las decisiones judiciales y como las decisiones judiciales cuando no son correctas, lo que hacen es suprimir derechos, el 11, concerniente a la interpretación de las normas procesales, si realmente quisiéramos seguir ahondando sobre la decisión de la a quo, pues encontraríamos que hay mucha imprecisión y mucha incertidumbre, diría yo respecto a cómo debe abordarse este caso y realmente darle un valor a la justicia.

Por lo tanto, señores Magistrados, insisto, solicito se revoque absolutamente en todas sus partes esta sentencia por ser abiertamente violatoria de la Constitución Política de Colombia, le agradezco mucho su gentileza.".

Adicionalmente argumentó, hay un defecto procedimental sustantivo, que menoscaba el artículo 303, porque el tema es si realmente se tiene que abordar la legalidad, consistente en la entrega de un documento que sea verificable y controlable jurídicamente, que se llama resolución de pensión y eso lo hacen todas las entidades públicas, esto no es un caso exclusivo de Ecopetrol, quien es una entidad pública, pese a que se comporta para efectos privados como un particular frente a sus decisiones y objeto social. Añadió, no se debe fragmentar la Constitución y por ende, deberá evaluarse que todos los trabajadores oficiales reciben una resolución de pensión y eso es claro, porque las decisiones del Estado se comunican a través de actos administrativos.

En su sentir, se vulneró el artículo 303 del Código General del Proceso, la Ley 489 de 1998 respecto a la estructura del Estado y el artículo 256 del Código General del Proceso, respecto a los documentos ad substantiam actus ya que no se puede generar una prueba a partir de un testimonio o a partir de lo que digan terceros, porque de lo que se trata es que exista un documento controlable, legal y jurídicamente llamado resolución de pensión, sin ese documento no hay prueba diferente que validar.

Entonces, respecto a la cosa juzgada aquí hay unos hechos nuevos sobre los cuales no se pronunció de fondo el juzgado, de lo que se trata es, precisamente de que se mire por parte del Tribunal, la legalidad de los actos de Ecopetrol, pero a la luz de la Constitución.

Desde ese punto de vista, esgrimió, hay una violación al principio de congruencia, porque, si bien se abordaron algunos temas, la sentencia dejó de hablar de la indexación de mesadas pensionales, ya que dentro de las pretensiones se había solicitado la devolución de $12’216.053, concepto que no tienen nada que ver con salarios ni prestaciones en lo absoluto, siendo valores para llegar a reconocer la pérdida del valor del dinero en el tiempo. Por lo tanto, no tiene nada que ver en este aspecto los salarios, ni con la cosa juzgada, no se le dice al trabajador cuánto y cómo va a ganar y cuál es la mesada pensional, ni siquiera se le dice cómo se liquidó su prestación, vulnerándose el artículo 150 de la Ley 100 del 93, que explica por qué sin ese documento ad substantiam actus, no es posible hacer una liquidación de la pensión.

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 MIRYAM GARCIA QUIVANO en este ordinario, las pretensiones relacionadas a páginas 27 a 32. subsanación del archivo 02, las cuales sustenta en los supuestos fácticos expuestos a páginas 32 a 36, ibidem; aspirando:

PRIMERA: Se declare la inexistencia del acto administrativo Resolución de Pensión o cualquier otro con presunción de legalidad, con el cual ECOPETROL S.A. dispuso otorgar la pensión de jubilación en los años 2004 y 2011.

SEGUNDA: Se declare la inexistencia de la notificación del Acto Administrativo (resolución de pensión) con el que entendería ECOPETROL S.A. avisa al trabajador su disposición de pensionarlo.

TERCERA: Se declare la ineficacia de las Actas de Conciliación firmadas entre ECOPETROL S.A. y la señora **Luz Miriam García Quivano**, en los años 2004 y 2013, con las cuales se le pensiona, atendiendo que éstas no cumplen con los elementos del Acto Administrativo como son: a) Elemento de Existencia, b) Elemento de Validez y c) Requisitos de eficacia y oponibilidad, además por cuanto los derechos pensionales no son objeto de negocio jurídico.

CUARTA: Se declare que ECOPETROL S.A., **NOVÓ** la obligación laboral cuando firmó el "ACTA DE ACUERDO INTEGRAL Y DEFINITIVA –SOBRE SITUACIÓN DE TRABAJADORES DESPEDIDOS CON OCASIÓN DEL CONFLICTO COLECTIVO 2002-2004", en aplicación de los numerales 3° y 6° del artículo 26 del Decreto 2127 de 1945, y de los artículos 1502, 1505, 1687, 1689, 1690 numeral 1º y 1693 del Código Civil.

QUINTA: Se declare que la relación laboral qué tenía el trabajador con ECOPETROL S.A. se mantuvo sin solución de continuidad.

SEXTA: Qué como consecuencia de lo anterior, se condene a ECOPETROL S.A. a pagar el incremento salarial de los meses: enero, febrero, marzo, abril y mayo del año 2004, de acuerdo al Índice de Precios al Consumidor (I.P.C.), por la suma de Trescientos veintidós mil setecientos ochenta y nueve pesos ($322.789)

SÉPTIMA: Se declare que el trabajador se encontraba vinculado a ECOPETROL S.A. en carácter de empleado Oficial.

OCTAVA: Se declare que ECOPETROL S.A. es una Entidad Pública, que hace parte de la Rama ejecutiva en condición de entidad descentralizada, a la que le es aplicable la Constitución y la Ley.

NOVENA: Con ocasión de la declaratoria de inexistencia del Acto Administrativo Resolución de Pensión, se le ordene a la demandada ECOPETROL S.A., a expedir al demandante **Luz Miriam García Quivano** el documento físico de reconocimiento y pago de la PENSION DE JUBILACION CONVENCIONAL, la que se le otorgó, mediante ACTA DE ACUERDO GOBIERNO NACIONAL – ECOPETROL S. A. – USO, de fecha 26 de mayo de 2004, y posteriormente con el ACUERDO CETCOIT de fecha 23 de mayo de 2013, dando aplicación a lo previsto en el artículo 109 de la Convención Colectiva de trabajo de los años 2001 – 2002; 2006 – 2009; 2009 – 2014, y artículo 106 de la convención colectiva 2014 – 2018, con los que se demostraría la buena fe patronal en virtud de los acuerdos ya citados.

DÉCIMA: Se declare que al trabajador se le aplica las Convenciones Colectivas de trabajo suscritas entre ECOPETROL y la Unión Sindical Obrera USO.

DÉCIMA PRIMERA: Con ocasión de las solicitudes realizadas y en consideración a los efectos **EX TUNC** provocados por la nulidad de lo actuado, se retrotraiga las cosas a su estado inicial, es decir al momento del despido del trabajador en el año 2004 y se proceda a pagar salarios, prestaciones sociales y seguridad social, como si no se hubiese desvinculado el trabajador y hasta el momento del nuevo reconocimiento pensional, tomando para ello los siguientes conceptos:

a) Tiempo regular.
b) Sobretiempo.
e) Prima de vacaciones.
f) Subsidio de transporte.
g) Subsidio de alimentación.
h) Subsidio de arriendo prima hab.
i) Prima convencional.
k) Antigüedad en dinero.
l) Vacaciones en dinero.
m) Prima de servicios.
n) Bono laudo.
o) Quinquenio.
p) Devol descu x cesantías negativas.
q) Cesantías.
r) Intereses a las cesantías.
s) Indexación de concep. liquidados
t) Bonificación de jubilación.
u) Subsidio Familiar.
v) Subsidio familiar extra.
w) Comisariato.
x) Tiquetera.
y) Index retroac mesada pensional.
z) Index dif. mesada pensional.
aa) Mesada Catorce

DÉCIMA SEGUNDA: Que se condene a ECOPETROL S. A., a que la totalidad de las sumas de dinero a que sea condenada, se paguen debidamente actualizadas, pues por el transcurso del tiempo han perdido su valor adquisitivo real y con los intereses comerciales y moratorios correspondientes, conforme con los términos previstos en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998 y artículo 65 del C.S.T.

DÉCIMA TERCERA: Que se condene a ECOPETROL S. A., a que el reconocimiento y pago de la pensión del demandante **Luz Miriam García Quivano** y/o los retroactivos pensionales, se realicen conforme a los nuevos valores que resulten de las reliquidaciones del Contrato Laboral, tal como se demuestra en el acápite de Liquidación y cuantías.

DÉCIMA CUARTA: Que se condene a ECOPETROL S.A. al pago de las costas y agencias en derecho del presente proceso.

DÉCIMA QUINTA: Qué con ocasión de los pagos realizados por **ECOPETROL S.A.** entre los años 2004 a 2011, que para lo relativo a la presente demanda deben considerarse como parciales, aplicó en el marco del acuerdo CETCOIT indexaciones sobre las pensiones liquidadas y pagadas en forma incorrecta, por lo que dicha demandada debe ser condenada a reintegrarle al demandante **Luz Miriam García Quivano**, la suma de Doce millones doscientos dieciocho mil cincuenta y tres pesos ($12.218.053).

DÉCIMA SEXTA: Se condene a ECOPETROL S.A. al pago de la indemnización de que trata el artículo 8 del Decreto 2351 de 1965 y/o artículos 64 y 65 del CST, por cuanto el despido del trabajador se realizó por una disposición en su momento legal, pero de forma injusta y sin atender el parágrafo 3º del artículo 121 de la Convención Colectiva de Trabajo.

DÉCIMA SÈPTIMA: Se declare el pago de la Mesada Catorce, toda vez que el derecho se causó en el año 2004, con la determinación unilateral de ECOPETROL S.A. de pensionar al trabajador y por los argumentos que se exponen en su momento.

DÉCIMA OCTAVA: Se declare que **ECOPETROL S.A.** en el año 2004 y 2013, pensionó al trabajador sin dar alcance al parágrafo tercero del artículo 121 de la Convención Colectiva de Trabajo, es decir no comunicó por escrito su decisión de pensionarlo.

Subsidiariamente, pidió:

PRIMERA: Se reliquide la pensión de jubilación entre la fecha de desvinculación en el año 2004 y el 27 de octubre de 2011, tomando como báse los emolumentos salariales y prestacionales contenidos en el Acuerdo CETCOIT (Año 2013) y en los acuerdos USO – ECOPETROL registrados en las Convenciones Colectivas de Trabajo (2004 a 2011).

SEGUNDA: Con ocasión del nuevo calculo de la pensión de jubilación, se declare que ECOPETROL S.A. dejó de pagar salarios y prestaciones sociales al trabajador, al no aplicar correctamente la estructura escalafonaria, entre otros, teniendo que reconocerle las diferencias salariales determinadas con la nueva liquidación (Se acompaña liquidación en CD en programa EXCEL) y lo recibido como pago, a partir de la fecha de desvinculación en el año 2004, hasta el 27 de octubre de 2011 por concepto de:

a. Sueldos, por la suma de Dieciséis millones setecientos diecisiete mil setecientos siete pesos ($16.717.707).
b. Tiempo Extra, por la suma de Once millones novecientos ochenta y cuatro mil quinientos trece pesos ($11.984.513).
c. Prima de Vacaciones, por la suma de Ocho millones seiscientos trece mil setecientos veintisiete pesos ($8.613.727).
d. Subsidio de Transporte, por la suma de Trescientos ochenta y siete pesos ($387).
e. Subsidio de arriendo / Subsidio de habitación, por la suma de Veintiséis pesos ($26).
f. Prima Convencional, por la suma de Doce millones cuatrocientos tres mil seiscientos doce pesos ($12.403.612).
g. Prima de Antigüedad en dinero, por la suma de Nueve millones quinientos un mil trescientos sesenta y cinco pesos ($9.501.365).
h. Vacaciones en dinero, por la suma de Dos millones setecientos sesenta y nueve mil novecientos cincuenta y tres pesos ($2.769.953).
i. Quinquenios, por la suma de Dos millones cuatrocientos sesenta y dos mil setenta y cinco pesos ($2.462.075).
j. Bonificación por Jubilación, por la suma de Cinco millones setecientos cincuenta y nueve mil ochocientos cincuenta y nueve ($5.759.859).
k. Retroactivo por diferencia de la mesada pensional, por la suma de Veintisiete millones ciento cincuenta y cinco mil setecientos un pesos ($27.155.701).

l. Indexación del retroactivo de la mesada pensional, por la suma de Cuatrocientos setenta y dos mil ciento veintinueve pesos ($472.129).
m. Prima Legal, por la suma de Cuatro millones ciento setenta y cuatro mil cuatrocientos setenta y un pesos ($4.174.471).
n. Indexación de los valores liquidados, por la suma de Ochenta y dos millones trescientos noventa y dos mil seiscientos ochenta y nueve pesos ($82.392.689).

TERCERA: Que como consecuencia de lo anterior ECOPETROL S.A. debe pagar:

i. Por concepto de Cesantías, la suma de Cuarenta y siete millones ochocientos dieciocho pesos mil cuarenta y nueve pesos ($47.818.049)
ii. Por concepto de Intereses a las Cesantías en aplicación al artículo 1º de la Ley 52 de 1975, la suma de Treinta y ocho millones sesenta y tres mil trescientos ocho pesos ($38.063.308)

CUARTA: Que se disponga que las sumas de dinero a las que sea condenada ECOPETROL S.A. se paguen debidamente actualizadas y con los intereses comerciales y moratorios correspondientes, conforme con los términos previstos en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998 y artículo 65 del C.S.T

QUINTA: Que se condene a ECOPETROL S. A., para que la totalidad de las sumas de dinero que surjan del presente proceso producto de las reliquidaciones, sean tenidas en cuenta a efectos de determinar las prestaciones sociales a que haya lugar.

SEXTA: Que se condene a ECOPETROL S.A., al pago de las indemnizaciones que resulten probadas dentro del proceso, tal como se expondrá y demostrará en el acápite correspondiente por concepto de:

i. Indemnización por terminación del contrato sin justa causa de que trata el artículo 64 del C.S.T., la suma de Nueve millones siete mil novecientos noventa y nueve pesos ($9.007.999).
ii. Indemnización por falta de pago indicado en el artículo 65 del C.S.T., la suma de: Cincuenta y siete millones quinientos catorce mil trescientos veinte pesos ($57.514.320)

Los anteriores valores y solicitudes tienen como sustento las siguientes declaraciones:

SÉPTIMA: Se declare que ECOPETROL S.A., **NOVÓ** la obligación laboral cuando firmó el "ACTA DE ACUERDO INTEGRAL Y DEFINITIVA –SOBRE SITUACIÓN DE TRABAJADORES DESPEDIDOS CON OCASIÓN DEL CONFLICTO COLECTIVO 2002-2004", en aplicación de los numerales 3° y 6° del artículo 28 del Decreto 2127 de 1945, y de los artículos 1502, 1505, 1687, 1689, 1690 numeral 1º y 1693 del Código Civil.

OCTAVA: Se declare que ECOPETROL S.A. a partir del acuerdo CETCOIT reintegró al trabajador, bajo las mismas condiciones laborales en que se encontraba antes de su despido y sin solución de continuidad.

NOVENA: Se declare que la relación laboral entre el trabajador y ECOPETROL S.A., se reguló a partir de las Convenciones Colectivas de Trabajo, con lo cual, **la liquidación del contrato de trabajo debe hacerse a partir del salario ordinario y no sobre el convencional**, tal como se aclara en el acápite correspondiente.

DÉCIMA: Qué con ocasión de los pagos realizados por ECOPETROL S.A., entre los años 2004 a 2011, que para lo relativo a la presente demanda deben considerarse como parciales, aplicó en el marco del acuerdo CETCOIT indexaciones sobre las pensiones liquidadas y pagadas en forma incorrecta, por lo que dicha demandada debe

ser condenada a reintegrarle al demandante Luz Miriam García Quivano, la suma de Doce millones doscientos dieciocho mil cincuenta y tres pesos ($12.218.053).

ONCE: Que se condene a ECOPETROL S. A., a que el reconocimiento y pago de la pensión y/o los retroactivos pensionales del demandante **Luz Miriam García Quivano,** se realicen conforme a los nuevos valores que resulten de la reliquidación del Contrato Laboral, tal como se demuestra en el acápite de Liquidación y cuantías.

DOCE: Qué como consecuencia de lo anterior, se condene a ECOPETROL S.A. a pagar el incremento salarial de los meses enero, febrero, marzo, abril y mayo del año 2004, aplicando el Índice de Precios al Consumidor (I.P.C.), por la suma de Trescientos veintidós mil setecientos ochenta y nueve pesos ($322.789).

TRECE: Se declare a favor del trabajador, que el contrato laboral no se da por terminado por la falta de pago de los incrementos salariales correspondientes a los meses de enero a mayo del año 2004, y de las diferencias encontradas en la reliquidación del contrato desde mayo de 2004 hasta el 27 de octubre de 2011, a la luz del artículo 1° del Decreto Ley 797 de 1949, que modificó el artículo 52 del Decreto 2127 de 1945.

CATORCE: Para efectos de la indemnización, se declare que el despido del trabajador se realizó por una disposición en su momento legal, pero de forma injusta y sin atender el parágrafo 3º del artículo 121 de la Convención Colectiva de Trabajo.

QUINCE: Se declare la nulidad del Acta de Conciliación suscrita ante el Ministerio de Trabajo en septiembre del año 2013, entre TRABAJADOR, ECOPETROL S.A. y el MINISTERIO DE TRABAJO, ya que es violatoria del artículo 15 del C.S.T., al Liquidarse las acreencias laborales sin tomar en cuenta el numeral primero (1) del Acuerdo CETCOIT, que contempla respecto a los trabajadores que fueron pensionados los **extremos laborales, el escalafón en los cargos, los acuerdos convencionales,** entre otros.

DIECISEÍS: Se declare que ECOPETROL S.A., incumplió el artículo 121 de la Convención Colectiva de Trabajo, al no dar aviso al trabajador con un mes de anticipación de su decisión de pensionarlo.

DIECISIETE: Se declare que ECOPETROL S.A. en el año 2004 y 2013, pensionó a los trabajadores sin dar alcance al parágrafo tercero del artículo 121 de la Convención Colectiva de Trabajo.

DIECIOCHO: Se declare el pago de la Mesada Catorce, toda vez que el derecho se causó en el año 2004, con la determinación unilateral de ECOPETROL S.A. de pensionar al trabajador y por los argumentos que se exponen en su momento.

DIECINUEVE: Que se condene a ECOPETROL S. A. al pago de las costas y agencias en derecho del presente proceso.

Las referidas pretensiones y condenas tienen como sustento las siguientes circunstancias fácticas:

Obteniendo sentencia desfavorable a sus aspiraciones, por cuanto se declaró probada la excepción de cosa juzgada propuesta por ECOPETROL y como consecuencia se absolvió a la demandada de todas las pretensiones tanto principales como subsidiarias incoadas por la señora LUZ MIRYAM GARCÍA QUIVANA y se condenó en costas. **Lo anterior tras considerar la *a quo,*** en este asunto se suscribió un acta de conciliación, siendo permitido dentro de la normatividad este acto, aunado al hecho de reconocerse una pensión de vejez por medio de este instrumento, consideró que se cumplen los requisitos de cosa juzgada, pues las actas de conciliación suscritas por las partes son válidas y eficaces. Aclaró, las partes pueden acudir a la jurisdicción con el fin de evaluar la cosa juzgada del acta, pero no para controvertir hechos que ya fueron satisfechos y acordados con anterioridad.

Añadió la juzgadora, en las actas suscritas entre la demandante y Ecopetrol, actuaron como conciliadores el Inspector del Ministerio de Trabajo, así como la demandante estuvo acompañada de un representante del sindicato, teniendo la capacidad de indagar sobre las condiciones ofrecidas en aquel momento al serle reconocida una pensión a partir del 8 de mayo de 2004, cuyo monto corresponde al 62.87% del IBL devengado en Ecopetrol, conociendo con ello las implicaciones del acuerdo, aún más cuando era afiliada al Sindicato, no probando ningún vicio del consentimiento sea error, fuerza o dolo.

Pues bien, para dilucidar lo anterior, abordará la Sala el estudio del recurso de apelación formulado por la activa, con relación a la excepción de cosa juzgada que fue declarada probada por la juez *a quo.*

Entonces, en cuanto al efecto de cosa juzgada, con ocasión de la conciliación, en reiteradas oportunidades la Jurisprudencia ha expresado al respecto:

> *".....La conciliación, o sea el arreglo amigable y supervisado por una autoridad administrativa o judicial del trabajo que el patrono y el asalariado hacen de las diferencias que hayan surgido entre ellos durante el desarrollo del contrato de trabajo o a su terminación, es manera eficaz de precaver conflictos laborales, por cuanto los soluciona de antemano en forma legítima, pacífica y equitativa para las partes de lo cual da testimonio la intervención de la autoridad en ella, debe tener solides suficientes para la prevención del eventual pleito futuro, que es el móvil de quienes concilian, sea una realidad y no una mera ilusión.*
>
> *Por ello, el art. 78 del C.P.T. le da el arreglo conciliatorio, o conciliación, la fuerza de cosa juzgada que, como tal, hace imposible cualquier litigio ulterior entre las mismas partes y sobre las materias que fueron objeto del avenimiento cordial, auspiciado y controlado en cuanto a su acomodo a la ley por autoridad pública especializada en la materia." (Subraya esta Sala),(Cas. 3 de diciembre de 1976, G.J. CLII, 963)".*

Entendiéndose entonces que la conciliación es el acuerdo celebrado por las partes con intervención del funcionario administrativo o judicial, que pone fin total o parcialmente a conflictos surgidos de manera directa o indirecta del contrato de trabajo, siendo procedente su realización según el artículo 19 del C.P.T y S.S., en cualquier tiempo antes o después de presentarse la demanda.

El acuerdo conciliatorio tiene fuerza de cosa juzgada por mandato del artículo 78 del C.P.T. y S.S., es decir, contiene la misma obligatoriedad de una sentencia judicial, y en ese sentido, con posterioridad no se puede promover un proceso entre las

mismas partes, por el mismo objeto e idénticas causas. Ese es el alcance que debe tener esta institución, ya que no fue creada en forma caprichosa, sino en aras del interés general de finiquitar una controversia y no de aplazarla o de prorrogarla.

Ahora bien, la excepción de cosa juzgada, es una ficción legal que se encuentra amparada en el artículo 32 del C.P.L., modificado por el artículo 19 de la Ley 712 de 2001 y por el artículo 1º de la Ley 1149 de 2007, y en el artículo 303 del C.G.P ., el cual dispone que para la operatividad de la misma se requiere 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".

Sobre este aspecto, la Corte Suprema de Justicia en su Sala Laboral dispuso en sentencia SL536-2023:

> *"**Cosa juzgada***
>
> *Esta se encuentra consagrada en el artículo 332 del Código de Procedimiento Civil, hoy artículo 303 del Código General del Proceso, y aplicable por analogía en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, que exige para su configuración que «[…] el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, se funde en la misma causa que el anterior, y que entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes».*
>
> *En la sentencia CSJ SL11414-2016, esta Corporación estableció que:*
>
> *Sobre el fenómeno jurídico de la cosa juzgada, para que sea procedente, es preciso recordar que, en ambos procesos judiciales debe concurrir los tres requisitos comunes que son: 1) Identidad de persona (eaedem personae): debe tratarse del mismo demandante y demandado; **2) Identidad de la cosa pedida (eadem res): el objeto o beneficio jurídico que se solicita (no el objeto material) debe ser el mismo,** es decir, lo que se reclama; y 3) Identidad de la causa de pedir (eadem causa petendi): el hecho jurídico o material que sirve de fundamento al derecho reclamado debe ser el mismo, esto es, el por qué se reclama.*
>
> *(…)*
>
> *Para la Corte, no se necesita una redacción idéntica de las pretensiones para predicar el fenómeno de la cosa juzgada (CSJ SL1854-2020). Por el contrario, lo que se debe analizar más allá de la literalidad de los postulados, es que exista una causa petendi igual, lo que se traduce en una estrategia para reabrir discusiones que ya fueron surtidas y resueltas en litigios anteriores.". (negrilla y subrayado fuera del texto).*

De tal manera, como quedó visto, para la procedencia de la excepción de cosa juzgada se necesita entonces que exista identidad de partes, causa y objeto,

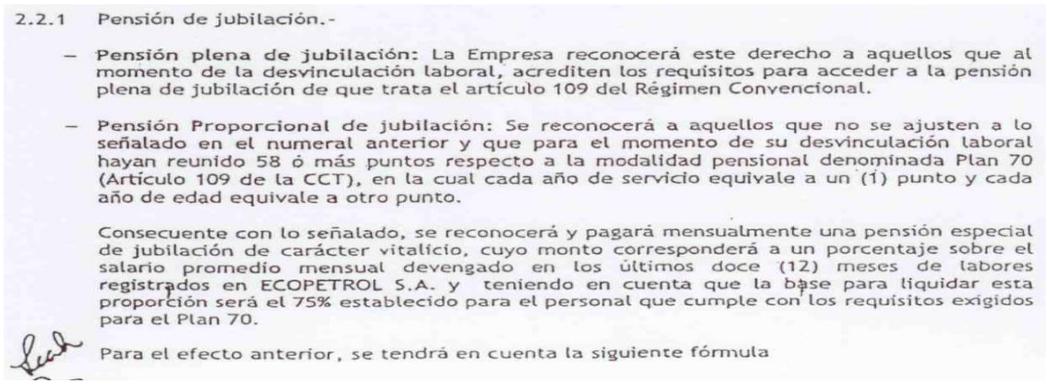
circunstancias que pasan a analizarse a continuación de acuerdo al material probatorio recaudado:

En primer lugar, evidencia la Sala que la señora LUZ MIRYAM GARCIA QUIVANO solicitó a través de esta demanda se declare la inexistencia del acto administrativo de pensión junto con la notificación, se declare la ineficacia de las actas de conciliación firmadas en las anualidades 2004 y 2013, se declaré que ECOPETROL novó la obligación laboral cuando firmó el acta de acuerdo integral y definitivo sobre situación de trabajadores despedidos con ocasión del conflicto colectivo 2002-2004", se declare que la relación que mantuvo la demandante lo fue sin solución de continuidad. Consecuente con ello, pretende el incremento salarial, que se declare que Ecopetrol hace parte de la Rama Ejecutiva, que se expida el documento de pensión, se declare la aplicación de las convenciones colectivas de trabajo, se paguen salarios, prestaciones, aportes a seguridad social tomando para el efecto los conceptos enlistados en los literales a) – aa) del acápite de la pretensión décima primera, se condene a la indemnización moratoria del articulo 65 CST, indemnización por despido y retroactivo pensional, de forma subsidiaria, la señora García Quivano reclamó similares pretensiones a las principales, aunado a la reliquidación de la pensión de jubilación, teniendo en cuenta los conceptos de cada escalafón, indexación, pago mesada 14 y costas del proceso.

Igualmente se constata, la actora era afiliada a la Unión Sindical Obrera, según consta en la certificación de fecha 15 de abril de 2016 (archivo 01, página 45).

Ahora bien, observa esta Corporación frente a los hechos sometidos a litigio, ECOPETROL S.A. con ocasión del paro efectuado en el marco del conflicto colectivo 2002 - 2004 y de conformidad con lo dispuesto en la Resolución No. 1116 de 2004 del entonces Ministerio de la Protección Social, declaró ilegal y autorizó el despido de quienes participaron y persistieron en dicho cese de actividades, dando por terminado el contrato de trabajo de la demandante señora Luz Miriam García Quivano, entre otros.

En consecuencia, el **26 de mayo de 2004** se levantó el acta de acuerdo suscrita entre ECOPETROL SA. y la USO – Unión Sindical Obrera-, a través de la cual pactaron frente al reconocimiento pensional (archivo 03, páginas 127 a 136):



2.2.1 Pensión de jubilación.-

- Pensión plena de jubilación: La Empresa reconocerá este derecho a aquellos que al momento de la desvinculación laboral, acrediten los requisitos para acceder a la pensión plena de jubilación de que trata el artículo 109 del Régimen Convencional.

- Pensión Proporcional de jubilación: Se reconocerá a aquellos que no se ajusten a lo señalado en el numeral anterior y que para el momento de su desvinculación laboral hayan reunido 58 ó más puntos respecto a la modalidad pensional denominada Plan 70 (Artículo 109 de la CCT), en la cual cada año de servicio equivale a un (1) punto y cada año de edad equivale a otro punto.

  Consecuente con lo señalado, se reconocerá y pagará mensualmente una pensión especial de jubilación de carácter vitalicio, cuyo monto corresponderá a un porcentaje sobre el salario promedio mensual devengado en los últimos doce (12) meses de labores registrados en ECOPETROL S.A. y teniendo en cuenta que la base para liquidar esta proporción será el 75% establecido para el personal que cumple con los requisitos exigidos para el Plan 70.

  Para el efecto anterior, se tendrá en cuenta la siguiente fórmula

$$\text{Porcentaje Pensión Proporcional} = \frac{\text{Puntos (edad + antigüedad)} * 75\%}{70 \text{ Puntos}}$$

Monto de la Pensión Proporcional = Salario Promedio Mensual * Porcentaje Pensión Proporcional

Queda entendido que ninguna pensión proporcional podrá superar el 75% del salario promedio mensual señalado en el aparte anterior.

Para lo anterior, será necesario adelantar conciliación individual con cada beneficiario ante la autoridad administrativa del trabajo, de acuerdo con cada caso en particular.

Acto seguido el **8 de julio de 2004**, mediante acta No. 000737, elevada ante el Ministerio de la Protección Social de ese entonces, por medio de la oficina especial de Barrancabermeja, la aquí demandante y Ecopetrol, se reunieron con el fin de dar cumplimiento al reconocimiento de la pensión proporcional de jubilación y conciliar la reclamación laboral derivada de la terminación del contrato de trabajo (páginas 136 a 139, archivo 03), así:

"1° Que entre las partes existio un contrato individual de trabajo a termino indefinido desde el 10 de julio de 1989 el cual se dio por terminado de manera unilateral y por justa causa por parte de la Empresa a partir del 8 de mayo de 2004 segun comunicacion USS-375 del 2004, siendo su ultimo dia de vinculacion laboral el 7 de mayo de 2004

2° Que el ultimo salario basico diario del señor GARCIA QUIVANO, LUZ MYRIAM fue el equivalente a la suma de $ 38 081 el cual fue tenido en cuenta para determinar los salarios bases de la liquidacion final de derechos y prestaciones sociales derivados del contrato individual de trabajo.

3°. Que el señor GARCIA QUIVANO, LUZ MYRIAM se encontraba amparado por los beneficios establecidos en la Convencion Colectiva de Trabajo celebrada entre ECOPETROL S A. y la Union Sindical Obrera de la Industria del Petroleo - USO , en el momento de su desvinculacion laboral.

4°. Que el total del tiempo neto servido por el señor GARCIA QUIVANO, LUZ MYRIAM a ECOPETROL S A hasta la fecha indicada como de terminacion del contrato individual de trabajo es de 17 años 3 meses 7 dias y que su fecha de nacimiento es el 27 de abril de 1964.

5°. Que el señor GARCIA QUIVANO, LUZ MYRIAM manifiesta su inconformidad en relación con la terminacion de su contrato de trabajo por parte de ECOPETROL S.A., por considerar que el mismo fue sin justa causa.

6°. Que el Acta de Acuerdo suscrita el 26 de mayo de 2004 entre el Gobierno Nacional, ECOPETROL S A. y la Union Sindical Obrera de la Industria del Petroleo - USO con la mediacion de la Conferencia Episcopal Colombiana, respecto a los trabajadores despedidos con ocasion de la suspension colectiva de trabajo declarada ilegal por el Ministerio de la Proteccion Social el 22 de abril de 2004, en su numeral 2.2.1. establece "(...)- *Pension Proporcional de jubilacion Se reconocerá a aquellos que no se ajusten a lo señalado en el numeral anterior* – lease pension plena de jubilacion – *y que para el momento de su desvinculación laboral hayan reunido 58 ó más puntos respecto a la modalidad pensional denominada Plan 70 (Articulo 109 de la CCT), en la cual cada año de servicio equivale a un (1) punto y cada año de edad equivale a otro punto.*

Consecuente con lo señalado, se reconocerá y pagará mensualmente una pensión especial de jubilación de carácter vitalicio, cuyo monto corresponderá a un porcentaje sobre el salario promedio mensual devengado en los ultimos doce (12) meses de labores registrados en ECOPETROL S A y teniendo en cuenta que la base para liquidar esta proporcion será el 75% establecido para el personal que cumple con los requisitos exigidos para el Plan 70 (..)

Para lo anterior, sera necesario adelantar conciliacion individual con cada beneficiario ante la autoridad administrativa del trabajo, de acuerdo con cada caso en particular "

7° Que la situacion del señor GARCIA QUIVANO, LUZ MYRIAM se enmarca dentro del presupuesto de hecho consagrado en el numeral anterior, por lo cual se

acoge al mismo y en consecuencia, solicita que a partir del dia 8 de mayo de 2004, se le otorgue la pension proporcional de jubilacion en los terminos y condiciones alli establecidos

8° Que con ocasion de lo expuesto en los numerales 6° Y 7° de la presente Acta y con el fin de conciliar las diferencias surgidas con ocasion de la terminacion de contrato individual de trabajo, la Empresa reconocera y pagara mensualmente al señor GARCIA QUIVANO, LUZ MYRIAM a partir del 8 de mayo de 2004 una pension proporcional de jubilacion de caracter vitalicio y sustitutiva en los terminos de la normatividad vigente al respecto, por un valor de $ 1 312 845 mensuales, cuyo monto, de conformidad con lo establecido en el aparte correspondiente del Acta de Acuerdo de fecha veintiséis (26) de mayo de 2004, corresponde a un 62,87% sobre el salario promedio mensual devengado en el ultimo año de servicio registrado en ECOPETROL S A , para lo cual se tuvo en cuenta lo corrido entre el 8 de abril de 2003 al 7 de mayo de 2004, de conformidad con lo establecido para el efecto en la varias veces mencionada Acta de Acuerdo de fecha veintiseis (26) de mayo de dos mil cuatro (2004)

9°. Que el señor GARCIA QUIVANO, LUZ MYRIAM acepta el monto y condiciones de la pension proporcional de jubilacion señalada en el numeral anterior, toda vez que cumple con los requisitos para acceder a dicho beneficio prestacional, en los terminos establecidos en el Acta de Acuerdo del 26 de mayo de 2004, con lo cual ademas se concilia cualquier derecho actual o eventual surgido con ocasion el vinculo laboral que existio entre las partes, salvo los derechos ciertos e indiscutibles.

10°. El señor GARCIA QUIVANO, LUZ MYRIAM deja constancia que a la fecha le han sido cancelados los valores por concepto de salarios y prestaciones sociales legales y extralegales causados hasta la fecha de su desvinculacion

La doctora MATILDE ANDREA LOPEZ GUERRERO, en su condicion de APODERADA ESPECIAL de ECOPETROL S A manifiesta: *"Me permito hacer entrega en fotocopia de las ganancias para la pensión proporcional de jubilacion así como el monto mensual de la misma, el cual asciende a la suma de $ 1.312 845 - 3 folios- Dejo constancia que el señor GARCIA QUIVANO, LUZ MYRIAM recibió la respectiva orden médica de retiro."*.

El señor GARCIA QUIVANO, LUZ MYRIAM, manifiesta:

1° Que por estar de acuerdo con las condiciones y terminos consignados en la presente Acta, expresamente ACEPTA el presente ARREGLO CONCILIATORIO convenido con la Empresa

2° Que con el recibo de los valores antes mencionados, asi como el reconocimiento de la pension especial de jubilacion DECLARO EN PAZ Y A SALVO a ECOPETROL S A. por todos y cada uno de los salarios y prestaciones legales y extralegales causados hasta la fecha de desvinculacion, asi como de cualquier derecho actual o eventual surgido de la relacion laboral que vinculo a las partes, en especial lo relacionado con la terminacion del contrato individual de trabajo, pues el presente arreglo es definitivo, salvo los derechos ciertos e indiscutibles.

3°. Que no tengo reclamacion alguna pendiente por formular respecto al tiempo que estuve al servicio activo, dado que, los demas derechos laborales no indicados en esta Acta me fueron reconocidos y pagados oportuna y legalmente por la

REPUBLICA DE COLOMBIA

Empresa y, ademas, repito, con el presente Acuerdo Conciliatorio se soluciona definitivamente cualquier reclamacion surgida o por surgir del vinculo laboral que rigio con ECOPETROL S A , salvo los derechos ciertos e indiscutibles"

Finalmente, solicitamos al Inspector imparta su aprobacion al anterior acuerdo conciliatorio y declare su validez, dandole transito a COSA JUZGADA tanto en su sentido formal como material, y se nos expida copia de la presente actuacion

AUTO

Como el anterior acuerdo conciliatorio no vulnera derechos ciertos e indiscutibles del señor GARCIA QUIVANO, LUZ MYRIAM, la Inspeccion de Trabajo le imparte su aprobacion y le recuerda a las partes que el mismo hace transito a COSA JUZGADA, de conformidad con lo establecido en los articulos 19 del Codigo Procesal del Trabajo y la Seguridad Social y 66 de la Ley 446 de 1998, la Ley 640 de 2001 y del articulo 17 del Decreto 2511 de 1998.

Expidase copia de la presente Acta a los comparecientes y una vez en firme ARCHÍVESE su original

DECLÁRASE surtida la presente audiencia pública especial de conciliacion LAS PARTES quedan notificadas en ESTRADOS. Para constancia se firma por quienes en ella intervinieron,

REPUBLICA DE COLOMBIA
MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL
DIRECCIÓN TERRITORIAL BARRANCABERMEJA

INSPECTOR DE TRABAJO
Ministerio de la Protección Social

GARCIA QUIVANO, LUZ MYRIAM
El Extrabajador
C. C. No. 37748.654 Bmi

MATILDE ANDREA LOPEZ GUERRERO
Apoderada especial de ECOPETROL S.A.
T P No 111 738 del C S. de la J
C C No 52 386 145 de Bogota

Aunado a ello, el **23 de mayo de 2013** se suscribió con la Comisión Especial de Tratamientos de Conflictos ante la OIT "CETCOIT"- caso 2355 OIT, un acuerdo integral y definitivo sobre la situación de los trabajadores despedidos con ocasión del conflicto colectivo 2002-2004, habiendo participado la USO, ECOPETROL S.A., el Viceministro del Trabajo, el Mediador designado para los conflictos presentados a la OIT, el Delegado de la Procuraduría General de la Nación, el Delegado de la ANDI, el Delegado de la CUT y otros funcionarios del Ministerio del Trabajo. Por ende, se suscribió una nueva conciliación el día **11 de septiembre de 2013** entre

ECOPETROL S.A. y la señora Luz Miriam García Quivano, en las oficinas del Ministerio del Trabajo Grupo de Resolución de Conflictos y Conciliación Dirección Territorial Cundinamarca Bogotá ante el Inspector de Trabajo designado Doctor Juan Pablo Cordero Flórez, siendo aprobada por el funcionario del ministerio, en los términos de los artículos 19 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social y 66 de la Ley 446 de 1998, la Ley 640 de 2001 y del artículo 17 del Decreto 2511 de 1998, al siguiente tenor (archivo 03, páginas 145 a 53) al siguiente tenor:

ACTA DE CONCILIACION

En Bogota D C , en las instalaciones del Ministerio del Trabajo, Direccion Territorial de Cundinamarca, localizadas en la Cra 7 No 32 – 63 Piso 2, a los once (11) dias del mes de septiembre de 2013, hacen presencia, ante el funcionario designado, doctor JUAN PABLO CORDERO FLOREZ, en su condicion de Coordinador del Grupo de Resolucion de Conflictos y Conciliacion, conforme a auto comisorio emanado del Despacho del Señor Viceministro de Relaciones Laborales e Inspeccion, quien en adelante se identificara como el CONCILIADOR, por una parte, la doctora LUISA FERNANDA ARCINIEGAS OCHOA, identificada con cedula de ciudadania No 63 506 958 de Barrancabermeja - Santander, en su condición de apoderada general de ECOPETROL S A , según poder general , tal y como consta en el certificado expedido por la Camara de Comercio de Bogota confendo a traves de escritura pública No 3054 de fecha 30 de Mayo de 2008, que se aporta para efectos de demostrar tal condicion, y por otra parte, el / la señor (a) LUZ MIRIAM GARCIA QUIVANO mayor de edad, con domicilio en Bogota e identificado (a) con cedula de ciudadania No 51 748 654 de Bogota, quienes solicitan, la constitucion de audiencia de conciliacion, con el fin de materializar lo plasmado en el ACTA DE ACUERDO INTEGRAL Y DEFINITIVA SOBRE SITUACION DE TRABAJADORES DESPEDIDOS CON OCASION DEL CONFLICTO COLECTIVO 2002 – 2004 ECOPETROL – UNION SINDICAL OBRERA DE LA INDUSTRIA DEL PETROLEO – USO, suscrita en la COMISION ESPECIAL DE TRATAMIENTO DE CONFLICTOS ANTES LA OIT "CETCOIT" – CASO 2355

Las partes manifiestan que la presente acta de conciliacion, tiene como proposito acogerse de forma individual, expresa e irrevocable al acuerdo señalado en parrafo anterior, y de esta forma dar una solucion definitiva a la controversia planteada con ocasion del conflicto colectivo de trabajo 2002-2004

Asi mismo, con el fin de brindar garantias procesales y sustanciales en el presente tramite conciliatorio que concreta los terminos del Acta suscrita ante la CETCOIT, comparece el delegado unico de la Procuraduria General de la Nacion, Dr Jorge Ivan Montalvo, Asesor del Despacho de la Procuradora Delegada para Asuntos del Trabajo y la Seguridad Social

AUTO

RECONOZCASE a la doctora LUISA FERNANDA ARCINIEGAS OCHOA, identificada con C C No 63 506 958, como Apoderada General de **ECOPETROL S A -**, de conformidad con el certificado de camara de comercio que se aporta a la presente diligencia

CONSTITUYASE en AUDIENCIA PUBLICA DE CONCILIACION y oigase a los comparecientes para el fin solicitado

Las partes quedan notificadas en ESTRADOS CUMPLASE

El CONCILIADOR en su papel de facilitador, instala la audiencia de conciliación explicando a las partes clara y detenidamente los alcances de la misma, los efectos de cosa juzgada y mérito ejecutivo, y los limites establecidos por la Constitución y la ley en materia de conciliación frente a los derechos laborales y de seguridad social

El CONCILIADOR procede a interrogar a las partes acerca de si se encuentran en su entero y cabal juicio y si se encuentran allí por su propia voluntad, a lo cual las partes responden afirmativamente

Procede el CONCILIADOR a solicitar a las partes que de forma libre y expontanea, expongan al despacho las consideraciones que conllevaron a elevar su solicitud, en este estado de la diligencia, las partes de comun acuerdo manifiestan

1 Que a partir del dia 6 de mayo de 2004, ECOPETROL S A dio por terminado el contrato de trabajo por justa causa del señor (a) LUZ MIRIAM GARCIA QUIVANO, con ocasion a su participacion activa en la suspension colectiva del trabajo adelantada en ECOPETROL S A , entre abril y mayo de 2004, la que fuera declarada ilegal mediante Resolucion No 1116 de ese mismo año expedida por el entonces Ministerio de la Proteccion Social

2 Que en el año 2004 se presentó queja ante el Comite de Libertad Sindical de la Organizacion Internacional del Trabajo - OIT, en relacion con el conflicto colectivo de trabajo 2002 – 2004 presentado en ECOPETROL S A , la cual quedo radicada bajo el numero 2355 y que involucro la situacion de trabajadores a quienes se les termino el contrato en el marco del citado conflicto colectivo de trabajo, incluyendo, entre otros, al (a) señor (a) LUZ MIRIAM GARCIA QUIVANO

3 Que con sentencia de fecha 27 de octubre de 2011, el Consejo de Estado declaro nula la Resolucion N° 1116 de 2004 profenda por el entonces Ministerio de la Protección Social, hecho que origina nuevas inquietudes y planteamientos por parte de la Union Sindical Obrera de la Industria del Petroleo "USO" y de las personas a quienes se les termino el contrato de trabajo, en relacion con la situacion de estas ultimas, pues para ellas, la citada declaratoria de nulidad afecta las decisiones de terminaciones de los contratos laborales que adopto ECOPETROL S A con fundamento en el citado acto administrativo y los derechos correlativos de los trabajadores

Para lo anterior, argumentan los trabajadores a quienes se les termino el contrato de trabajo y la organizacion sindical que el Consejo de Estado en su sentencia de nulidad del 27 de octubre de 2011, señalo que en el tramite de declaracion de ilegalidad de la huelga *"( ) no se escucho a los posibles afectados y no se practicaron pruebas, transgrediendo con ello los postulados de la Carta Politica sobre la garantia del debido proceso que envuelve tanto a las actuaciones judiciales como a las administrativas ( )"*, trayendo consigo la violación de un derecho fundamental

4 Que para ECOPETROL S A , sus actuaciones fueron adoptadas en vigencia de un acto administrativo que gozaba de la debida presuncion de legalidad

5 Que de acuerdo con lo señalado en Acta suscrita ante la CETCOIT, en el transcurso de los años el personal despedido ha tenido diferentes soluciones a su problematica, algunos de forma definitiva y

otros parciales, por via judicial, convencional o arbitral, unos se vincularon nuevamente con Ecopetrol S A , otros se reintegraron en distintas fechas conforme a lo señalado por los fallos judiciales y/o arbitrales, algunos fueron inhabilitados o pensionados de forma plena o parcial, y otros fueron indemnizados por razon del despido

6 Que en relacion con la situacion del / la señor (a) LUZ MIRIAM GARCIA QUIVANO, en la actualidad y desde el 7 de mayo de 2004 se encuentra pensionado por parte de Ecopetrol S A , dado que con fundamento en el acta del 26 de mayo de 2004 suscrita por el GOBIERNO NACIONAL – ECOPETROL S A – USO, se le reconocio una pension proporcional, cuya liquidacion se realizo conforme a los parámetros señalados en la citada acta de acuerdo y acorde con lo previsto en la convencion colectiva de trabajo del momento

7 Que el pasado 23 de mayo de 2013, ECOPETROL S A y la Union Sindical Obrera de la Industria del Petroleo – USO, bajo la premisa de dar una solucion definitiva a las inquietudes planteadas, tanto por la organizacion sindical como por las personas a quienes se les termino el contrato en el marco del conflicto colectivo 2002-2004 celebraron, a instancia de la Comision Especial de Tratamiento de Conflictos ante la Organizacion Internacional del Trabajo OIT "CETCOIT" el "**ACTA DE ACUERDO INTEGRAL Y DEFINITIVA SOBRE SITUACIÓN DE TRABAJADORES DESPEDIDOS CON OCASION DEL CONFLICTO COLECTIVO 2002-2004 ECOPETROL –UNION SINDICAL OBRERA DE LA INDUSTRIA DEL PETROLEO –USO-**", acuerdo este, que se establece sobre emolumentos economicos susceptibles de conciliacion, pues no versa sobre derechos ciertos e indiscutibles

8 Que el refendo acuerdo, en relacion con aquellas personas que participaron en el conflicto colectivo 2002-2004 y fueron pensionadas en virtud del acta del 26 de mayo de 2004, señalo que "( ) *se les mantendra tal status y se procedera a liquidar y pagar los salarios y prestaciones sociales por el tiempo transcurrido entre la fecha de desvinculacion acaecida en el año 2004 y el 27 de octubre de 2011 para efectos de la reliquidacion de su derecho pensional, para lo cual deberan suscribir conciliaciones individuales ante el Ministerio del Trabajo con el único inspector que sea designado, y con el acompañamiento de la Procuraduria a traves de un delegado unico* ( )"

9 Que de conformidad con lo anteriormente transcrito, ECOPETROL S A y el señor LUZ MIRIAM GARCIA QUIVANO con el unico proposito de resolver de manera definitiva las diferencias existentes frente a las reclamaciones surgidas con ocasion a su desvinculacion de la Empresa en el marco del conflicto colectivo de trabajo 2002 – 2004, y considerando que se debaten derechos inciertos y discutibles, y previamente logrado un acuerdo entre las partes, en reuniones anteriormente celebradas, convinieron de manera libre y voluntaria solicitar la suscripcion del presente acuerdo conciliatorio, el cual desarrolla lo contenido en el "**ACTA DE ACUERDO INTEGRAL Y DEFINITIVA SOBRE SITUACIÓN DE TRABAJADORES DESPEDIDOS CON OCASIÓN DEL CONFLICTO COLECTIVO 2002-2004 ECOPETROL –UNION SINDICAL OBRERA DE LA INDUSTRIA DEL PETRÓLEO –USO-**", dado que la situacion del (a) señor (a) LUZ MIRIAM GARCIA QUIVANO, se enmarca dentro de lo previsto en el numeral 1º del citado acuerdo, y el numeral 8 de la presente acta

10 Que con ocasion de lo expuesto en los numerales anteriores, las partes de comun acuerdo manifiestan que como solucion concertada a las diferencias existentes, ECOPETROL S A , conforme a lo previsto en el "**ACTA DE ACUERDO INTEGRAL Y DEFINITIVA SOBRE SITUACION DE TRABAJADORES DESPEDIDOS CON OCASIÓN DEL CONFLICTO COLECTIVO 2002-2004 ECOPETROL –UNION SINDICAL OBRERA DE LA INDUSTRIA DEL PETRÓLEO –USO-**", pagara al / la señor (a) LUZ MIRIAM GARCIA QUIVANO, los salarios, prestaciones sociales y demas beneficios convencionales a que haya lugar conforme al anexo incluido en el acta de acuerdo ya señalada, por el tiempo transcurrido entre la fecha de desvinculacion acaecida en el año 2004 y el 27 de octubre de 2011, en condicion de trabajador activo, conforme a liquidacion que se anexa como parte integral de la presente acta

11 Que el / la señor (a) LUZ MIRIAM GARCIA QUIVANO acepto los terminos contenidos en al Acta de Acuerdo suscrito en la CETCOIT, asi como los montos resultantes de los calculos señalados en el numeral anterior, que ascienden a la suma ($491 441 197), a la cual se descontaran las deducciones legales a que hubiere lugar, así como los valores que le fueron pagados por cumplimiento de sentencias relacionadas con la terminacion del contrato de trabajo y las mesadas pensionales pagadas desde la fecha del reconocimiento de la pension, esto es, el 7 de mayo de 2004 y hasta el 27 de octubre de 2011, descuentos que se reflejan en la liquidacion anexa la cual es parte integral de la presente acta

12 Que con ocasion a lo expresado en numerales anteriores, ECOPETROL S A , pagara al / la señora LUZ MIRIAM GARCIA QUIVANO, la suma de CIENTO OCHENTA Y CINCO MILLONES CIENTO SESENTA Y NUEVE MIL NOVECIENTOS CUATRO PESOS M/CTE ($185 169 904) mediante cheque No 0053287 del Banco BBVA que se entrega en la presente diligencia y que el / la señor (a) LUZ MIRIAM GARCIA QUIVANO, declara recibido a satisfaccion, con la cual se llega a un acuerdo total y definitivo sobre las reclamaciones existentes a la fecha y las que se pudiesen presentar a futuro Ademas, manifiesta que su actuacion se encuentra soportada en el "**ACTA DE ACUERDO INTEGRAL Y DEFINITIVA SOBRE SITUACIÓN DE TRABAJADORES DESPEDIDOS CON OCASIÓN DEL CONFLICTO COLECTIVO 2002-2004 ECOPETROL –UNION SINDICAL OBRERA DE LA INDUSTRIA DEL PETRÓLEO –USO-**"

13 A partir del 28 de octubre de 2011, fecha que corresponde a la del reconocimiento pensional, Ecopetrol S A pagara el / la señor (a) LUZ MIRIAM GARCIA QUIVANO, una mesada pensional por un valor de DOS MILLONES SEICIENTOS DIECIOCHO MIL QUINIENTOS PESOS M/CTE ($2 618 500)

Como quiera que los requisitos para acceder a la pension (vitalicia y sustitutva) plena de jubilacion – plan 70 no se cumplieron con anterioridad a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, ECOPETROL S A le reconocera trece (13) mesadas pensionales al año

14 Por concepto de retroactivo de mesadas pensionales entre el 28 de octubre de 2011 y el 30 de julio de 2013, se pagara la suma de CUATRO MILLONES CIENTO OCHENTA Y CUATRO MIL SEICIENTOS SETENTA PESOS M/CTE ($4 184 670), monto que corresponde al mayor valor de las sumas ya percibidas por concepto de pension en ese periodo y la nueva mesada pensional prevista en el numeral anterior, ya incluidas en la liquidacion final que se anexa Asi mismo, y conforme a lo previsto en la misma liquidacion anexa, la mesada pensional de Octubre de 2013, aplicando los incrementos de ley, sera de DOS MILLONES SETECIENTOS OCHENTA Y DOS MIL QUINIENTOS PESOS M/CTE ($2 782 500) y recibira en dicho mes un pago retroactivo correspondiente a las diferencias de las mesadas pensionales de los meses de agosto y septiembre por un valor de SETECIENTOS OCHENTA Y SIETE MIL OCHOCIENTOS PESOS M/CTE ($ 787 800)

15 Que una vez suscrita esta conciliacion la Empresa remitira copia de la misma a la Direccion de Servicios Compartidos de ECOPETROL S A , con el fin de que se hagan los ajustes pertinentes en los sistemas de informacion, incluyendo el nuevo valor de la mesada pensional del / la señor (a) LUZ MIRIAM GARCIA QUIVANO

16 Que teniendo en cuenta la naturaleza juridica de ECOPETROL S A , derivada de la Ley 1118 de 2006, dado su caracter mixta, a la empresa no le aplican las normas del Estatuto Organico del Presupuesto, razon por la que no maneja certificados de disponibilidad presupuestal, sin embargo, la compañia gestiono internamente y de acuerdo con su presupuesto, la apropiacion de los recursos destinados al pago de lo consignado en este acuerdo De igual forma y como quiera que este acuerdo incorpora el / la señor (a) LUZ MIRIAM GARCIA QUIVANO, como pensionado (a) de Ecopetrol S A , se precisa que el mismo ya se encuentra incluido dentro del pasivo pensional

17 Que de conformidad con lo previsto en el articulo 32 de los estatutos de Ecopetrol S A , corresponde al Presidente de la Empresa, entre otras, las funciones previstas en los numerales 6 y 15 referidas al desarrollo de la politica de relaciones industriales y a la direccion de las relaciones laborales de Ecopetrol S A , las cuales podran ser delegadas en funcionarios de la empresa

Realizada la exposicion de las partes de los motivos y causas que conllevan a la solicitud de conciliacion de los acuerdos logrados con fundamento en los hechos expuestos, el despacho del CONCILIADOR, se dispone a presentar las siguientes consideraciones frente a la solicitud

CONSIDERACIONES DEL CONCILIADOR FRENTE A LA SOLICITUD

Del Factor Territorial y la Competencia Jurisdiccional

Las conciliaciones en materia laboral y seguridad social se realizaran ante el Ministerio del Trabajo, en las Direcciones Territoriales, las cuales por competencia jurisdiccional deben atender las solicitudes de audiencias de conciliacion

Que el articulo 32 de la Ley 1562 de 2012, en sus incisos 9° y 10°, prescribe que, en ejercicio del poder preferente y sin perjuicio de las actividades propias de las funciones de los Inspectores de Trabajo, el Viceministro de Relaciones Laborales e Inspeccion del Ministerio de Trabajo a traves de la Direccion de Inspeccion, Vigilancia, Control y Gestion Territorial, ejercera un PODER PREFERENTE frente a las investigaciones y actuaciones que se adelanten dentro del contexto del Sistema de Inspeccion, Vigilancia y Control en todo el Territorio Nacional, teniendo expresa facultad para decidir si una Direccion Territorial o los inspectores asignados, continuan y/o terminan una investigacion administrativa adelantada por otra Direccion Territorial

Que mediante el Decreto 034 de 2013, se reglamento el ejercicio del poder preferente de que trata el articulo 32 de la pluricitada Ley 1562, estableciendo en su articulo 5°, que el Viceministro de Relaciones Laborales e Inspeccion podra reasignar el conocimiento de una actuacion administrativa que deba conocer una Direccion Territorial e Inspeccion del Trabajo en otra Direccion Territorial, Coordinacion de Grupo, Inspeccion del Trabajo o en la Unidad de Investigaciones Especiales

Que mediante Auto No 25 de fecha 11 de septiembre de 2013, el Viceministerio de Relaciones Laborales e Inspeccion, comisiono en forma directa a los Inspectores de Trabajo y Seguridad Social, Doctores, EFRAIN CAICEDO FRAIDE, AMANDA VICTORIA BURBANO SUAREZ y JUAN PABLO CORDERO FLOREZ, adscritos al Grupo de Trabajo de Resolución de Conflictos – Conciliaciones de la Direccion Territorial de Cundinamarca, con el fin conocera de la solicitud realizada por las partes

Frente al trámite conciliatorio y la posibilidad de brindar garantías legales a un acuerdo previo de voluntades

El contenido del literal a) del articulo 16 de la Ley 640 de 2001, permite que las partes lleguen a un acuerdo antes de acudir al inspector de trabajo y seguridad social para que el examine su viabilidad de conformidad con los requisitos de la normatividad constitucional y legal en sentido formal y material Ello ha sido considerado valido por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en las Sentencias del 3 10 2008 Rad 34234, del 7 de abril de 2005 Rad 24042, tratandose de la conciliacion judicial y del 31 de marzo de 2006, Rad 25748, en el caso de la conciliacion ante un inspector de trabajo En este sentido, ante un acuerdo previo de las partes que no vulnera los derechos ciertos e indiscutibles del trabajador con el que acuden al inspector, este "debe aprobar el pacto y hacer las advertencias sobre los efectos de la cosa juzgada" que se generarian con la conciliacion Sin embargo, tal aprobacion por lo tanto no es automatica y sin racionalidad, toda vez que el inspector de trabajo en el ejercicio de su funcion como conciliador, debe ex – ante, examinar el acuerdo y con base en su intervencion impartira su aprobacion, si y solo si, considera que lo consignado – en el escrito - es realmente lo que se acordo entre las partes, el cual se realiza sobre derechos inciertos y discutibles y atendiendo a la normatividad laboral correspondiente

Frente al acuerdo presentado por las partes

En primer lugar, manifiesta el despacho a las partes que atendiendo a la naturaleza juridica y el objeto del Ministerio del Trabajo, este no tiene dentro de sus funciones y competencias constitucionales ni legales el reconocimiento, liquidacion, reliquidacion y/o pago de pensiones

En materia pensional, cuando se ha adquirido el derecho pensional por cumplir los requisitos señalados en la Ley, las partes involucradas en la eventual controversia, no estan en posibilidad juridica de conciliar tal derecho, ya que es de caracter imprescriptible e irrenunciable, las condiciones para su otorgamiento estan dadas por la Ley y ella no puede ser objeto de negociacion por ninguno de los extremos, por ser de orden publico

Hecho diferente y siguiendo los diferentes criterios jurisprudenciales, la reliquidacion de las pensiones ya reconocidas, en asuntos como el presente, puede acudirse al concepto de equidad y justicia para enmarcar dentro de el, el reajuste de valor o indexacion de las sumas que han de constituir la mesada pensional, dado que en un regimen de seguridad social concebido bajo los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, como lo prevé la Constitucion Politica (art 48), la pension de jubilacion ocupa un lugar privilegiado ya que constituye el ahorro que el trabajador ha realizado durante su vida laboral util con la finalidad de garantizar su subsistencia, al alcanzar la tercera edad, en condiciones dignas y justas Desde esta perspectiva el reconocimiento y pago de la pension de jubilacion, tomando para su liquidacion sumas por debajo de aquellas a las cuales el pensionado tiene derecho, resulta contrario a los postulados anotados y constituye una desproteccion de las personas de la tercera edad, cuyos derechos estan constitucionalmente privilegiados

Aun asi, lo anterior no significa que dicho reconocimiento pensional al ser un derecho ya adquirido y reconocido pueda ser conciliable, mas es procedente realizar conciliacion en relacion con los EFECTOS ECONOMICOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO DE CARACTER PARTICULAR, que habia ordenado la anterior liquidacion, el cual se convino entre las partes, y sera modificado, incluyendo la diferencia de los salarios, prestaciones y beneficios convencionales, resolviendo de esta manera y EN FORMA DEFINITIVA,

las diferencias suscitadas por dicho concepto entre las partes, aún mas, cuando dicho reconocimiento busca brindar equilibno al derecho ya reconocido, cuando este, se vio afectado por circunstancias ajenas a la voluntad del extrabajador y en aplicacion del principio de favorabilidad para el pensionado

Conforme a lo anteriormente expuesto, se deduce que lo acordado entre las partes, es la actualizacion de la base salanal para el reconocimiento y pago de la pension reconocida al pensionado, asi como los pagos de aquellos valores adicionales que se generen a favor del pensionado por tal calculo, con fundamento en el acuerdo celebrado en el marco de la CETCOIT, hechos que parten del debate de derechos inciertos y discutibles

Frente a los montos a conciliar

Una de las principales consideraciones que el CONCILIADOR debe tener presente al momento de la protocolizacion de un acuerdo de voluntades de las partes, es que lo conciliado no sea contrano al interes patnmonial del Estado

Cuando dentro del tramite conciliatorio se encuentre en juego el patrimonio estatal y el interes publico, la conciliacion y su posterior aprobacion, deben estar respaldadas con elementos probatorios idoneos y suficientes respecto del derecho objeto de controversia, de manera que no quede duda que la aprobacion del acuerdo conciliatorio resultana provechosa para los intereses de las partes en conflicto Para tal fin, las partes anexaron un conjunto de documentacion que soporta la solicitud y el contenido del acta resultante

Dado que los conceptos y factores a considerar en el acuerdo, desbordan la capacidad tecnica del Inspector de Trabajo, es procedente que este acuda a terceros idoneos que suplan la capacidad faltante, mediante certificaciones y conceptos adecuados y ajustados que puedan servir de medio de prueba Teniendo en cuenta lo anterior, es asi como, este despacho considero en su analisis previo a la solicitud, que se hacia necesario de parte de los interesados, presentar concepto tecnico de tercero idoneo, diferente a los involucrados, el cual certificara que el proceso seguido para llegar a los montos propuestos se ajustan a las normas existentes en materia pensional, presupuestal y de contabilidad Ante esta solicitud, los interesados presentan al despacho, concepto marco emitido por la firma GODOY CORDOBA ABOGADOS S A S , de fecha 05 de Septiembre de 2013, en la que se detalla el proceso necesario para llegar a la suma propuesta y su ajuste a las normas legales en especial a lo contenido en el Acto Legislativo N° 001 de 2005, ademas una certificacion particular para este caso, en el cual certifican el valor o monto correcto que debe ser reconocido al pensionado, junto con el aval de que todo el proceso se encuentra ajustado a las disposiciones normativas internas de ECOPETROL S A

Estando de acuerdo las partes sobre las consideraciones anteriores por mutuo consentimiento, manifiestan que la aceptan libremente y se responsabilizan de sus obligaciones, el CONCILIADOR considera valido aprobar dichas formulas de arreglo allegada por las partes, no sin antes aclarar que el acuerdo hara transito a cosa juzgada, y que el acta de conciliacion presta mento ejecutivo y no es susceptible de ningun recurso, dejando claro que en el presente caso el CONCILIADOR esta ejerciendo su funcion de protocolizar el **ACTA DE ACUERDO INTEGRAL Y DEFINITIVA SOBRE SITUACIÓN DE TRABAJADORES DESPEDIDOS CON OCASIÓN DEL CONFLICTO COLECTIVO 2002-2004 ECOPETROL –UNION SINDICAL OBRERA DE LA INDUSTRIA DEL PETRÓLEO –USO-**

Por lo anterior, los conceptos y acuerdos finales en materia del reconocimiento de la reliquidacion de las pensiones, son las que a continuacion se relacionan

Finalizando, este despacho permite a las partes interesadas hacer las manifestaciones del caso referente al alcance y efectividad del acuerdo conciliado, asi

El / la señor (a) LUZ MIRIAM GARCIA QUIVANO, manifiesta

1 Que por estar de acuerdo con las condiciones y terminos consignados en el acta de acuerdo ante la CETCOIT y protocolizado en la presente diligencia, expresamente ACEPTO LA MISMA EN SU TOTALIDAD y en consecuencia declaro a PAZ y SALVO a ECOPETROL S A por todo derecho actual o futuro relacionado con el presente asunto

2 Acepto y autorizo el descuento de los dineros que desembolso ECOPETROL S A a mi favor por concepto del cumplimiento de decisiones judiciales relacionadas con la terminacion de mi contrato de trabajo en el marco del conflicto 2002-2004, asi como la compensacion de mesadas pensionales recibidas durante el 7 de mayo de 2004 y el 27 de octubre de 2011

La Empresa manifiesta lo siguiente

Como consecuencia de lo acordado en la presente acta de conciliacion, la Empresa hace entrega al trabajador del cheque del Banco BBVA No 0053278 por valor de CIENTO OCHENTA Y CINCO MILLONES CIENTO SESENTA Y NUEVE MIL NOVECIENTOS CUATRO PESOS M/CTE ($185 169 904), por concepto de todo lo consignado en el anexo 3 del "**ACTA DE ACUERDO INTEGRAL Y DEFINITIVA SOBRE SITUACIÓN DE TRABAJADORES DESPEDIDOS CON OCASIÓN DEL CONFLICTO COLECTIVO 2002-2004 ECOPETROL –UNION SINDICAL OBRERA DE LA INDUSTRIA DEL PETRÓLEO –USO-**", documento que se adjunta a la presente acta de conciliacion

Se deja constancia que esta diligencia fue acompañada por la UNION SINDICAL OBRERA DE LA INDUSTRIAL DEL PETROLEO – USO, a traves del señor CESAR LOZA ARENAS en calidad de miembro de la junta directiva nacional

En este estado de la diligencia, y como consecuencia de lo anterior, las partes de comun acuerdo solicitan al Coordinador del Grupo de Resolucion de Conflictos y Conciliacion de la Direccion Territorial de Cundinamarca que imparta su aprobacion a la presente conciliacion con base en el acuerdo total, declare su validez y le de transito a cosa juzgada tanto en su sentido material como formal, señalando que la misma presta mento ejecutivo

AUTO

ARTICULO PRIMERO Incorporense a la presente audiencia los documentos mencionados en la intervencion de las partes y el concepto emitido por la firma GODOY CORDOBA

ARTICULO SEGUNDO Como el anterior acuerdo total conciliatorio no vulnera derechos ciertos e indiscutibles del señor LUZ MIRIAM GARCIA QUIVANO, EL Coordinador del Grupo de Resolucion de Conflictos y Conciliacion de la Direccion Territorial de Cundinamarca le imparte su aprobacion y le recuerda a las partes que el mismo hace transito a cosa juzgada y se advierte que en caso de incumplimiento, la primera copia que se expide prestara mento ejecutivo, de conformidad con lo establecido en los articulos 19 del

MinTrabajo
República de Colombia

PROSPERIDAD PARA TODOS

Codigo Procesal del Trabajo y la Seguridad Social y 66 de la Ley 446 de 1998, la Ley 640 de 2001, del articulo 17 del Decreto 2511 de 1998 y articulo 115 del CPC

Expidase copia de la presente Acta a los comparecientes y una vez en firme ARCHÍVESE su original en el despacho

DECLARASE surtida la presente audiencia de conciliacion LAS PARTES quedan notificadas en ESTRADOS

Para constancia se firma, despues de ser leida y aprobada por las partes intervinientes,

JUAN PABLO CORDERO FLOREZ
Coordinador Grupo Resolucion de Conflictos y Conciliación
Dirección Territorial de Cundinamarca

LUISA FERNANDA ARCINIEGAS OCHOA
CC 63.506.958 de Bucaramanga
T.P. 99.129 C.S de la J
Apoderada General de Ecopetrol S A

LUZ MIRIAM GARCIA QUIVANO
CC No. 51.748 654 de Bogotá
Pensionado

JORGE IVAN MONTALVO
Procuraduría Delegada para Asuntos Laborales

CESAR EDUARDO LOZA ARENAS
Junta directiva nacional – USO

De lo anterior, huelga concluir, el 26 de mayo de 2004 se reunieron los representantes de Ecopetrol S.A, la Unión Sindical Obrera de la Industria del Petróleo -USO-, representantes de la CUT y el Concejo Municipal de Barrancabermeja con el fin llegar a un acuerdo para solucionar la problemática laboral en ECOPETROL S.A., originada como consecuencia del proceso de negociación colectiva ECOPETROL – USO, conflicto colectivo que ante la falta de acuerdo de las partes en la etapa de arreglo directo, el Ministerio de la Protección Social ordenó la constitución de un Tribunal de Arbitramento Obligatorio, habiéndose proferido el respectivo Laudo Arbitral el 9 de diciembre de 2003, aclarado y complementado mediante providencia del 17 de diciembre del mismo año.

En razón a que la USO declaró la huelga el Ministerio de la Protección Social, mediante Resolución No.1116 de 2004, resolvió declarar ilegal la suspensión colectiva de trabajo realizada por los trabajadores de ECOPETROL S.A., sin embargo la enjuciada suscribió acta de acuerdo el 26 de mayo de 2004 llegando a varios pactos con los trabajadores como el reconocimiento pensional de la demandante (páginas 127 a 135, archivo 03).

Posteriormente, el 8 de julio de 2004 en audiencia especial de conciliación celebrada ante el Ministerio de la Protección Social, Oficina Especial de Barrancabermeja Acta 000737, la aquí demandante junto con la enjuiciada conciliaron las diferencias surgidas con ocasión de la terminación de contrato individual de trabajo, y allí se plasmó que la Empresa reconocería y pagaría mensualmente a partir del 8 de mayo de 2004 una pensión proporcional de jubilación de carácter vitalicio sustitutiva en los términos de la normatividad vigente por un valor de $1.312.845 mensuales (páginas 136 a 139, archivo 03).

Mediante sentencia de fecha 27 de octubre de 2011, el Consejo de Estado declaró nula la Resolución No. 1116 de 2004 del entonces Ministerio de la Protección Social, con fundamento en que en el trámite de declaración de ilegalidad de la huelga, no se escuchó a los posibles afectados y no se practicaron pruebas, vulnerando el debido proceso.

El 11 de septiembre de 2013, la demandante y Ecopetrol suscribieron acta de conciliación ante el Grupo de Resolución de Conflictos y Conciliaciones Dirección

Territorial Cundinamarca- Bogotá, con el fin de reconocer y pagar a la señora LUZ MIRYAM GARCIA QUIVANO los salarios, prestaciones sociales y demás beneficios convencionales por el tiempo transcurrido entre la fecha de desvinculación acaecida en el año 2004 y el 27 de octubre de 2011, en condición de trabajador activo.

De lo anterior, es claro que a la actora se le reconoció a través de acuerdo de conciliación del 8 de julio de 2004 una pensión proporcional de jubilación de carácter vitalicio, cuyo monto y condiciones fueron aceptados por la demandante, igualmente se dejó constancia del pago de salarios y prestaciones sociales legales y extralegales causadas hasta la fecha de su desvinculación, señalando su aceptación en dicho acuerdo celebrado ante el Ministerio de la Protección Social, oficina de Barrancabermeja, además, en punto al recurso formulado, advierte esta Sala, la demandante no puede argumentar de manera acomodada que desconoció los términos en que le fue liquidada la prestación de jubilación por cuanto el acta del 2004 es clara en indicar que la pensión se liquidó atendiendo los salarios devengados en el último año de servicios, esto es, ente el 8 de abril de 2003 al 7 de mayo de 2004, aplicándose una tasa de reemplazo del 62.87% y una mesada de $1.312.845, por lo que en su momento debió controvertir esta situación, pues estos datos están involucrados en el acta y son de público conocimiento y bien pudo leerla y tomar las decisiones que estimara pertinentes, no siendo este el escenario para reabrir una discusión que ya se concilió.

Igualmente, la demandante en su libelo anhela un tiempo salarial de servicios no remunerado, indemnización por despido injusto, incrementos salariales, reliquidaciones de salarios, prestaciones sociales, primas, vacaciones legales, extralegales, así como la consecuencial indemnización moratoria; pretensiones que fueron cobijadas por el acta de conciliación del 11 de septiembre de 2013, no siendo viable entrar a verificar la procedencia de estos rubros cuando todos los conceptos derivados de la relación laboral se encuentran satisfechos en la medida que la actora así lo afirmó en las actas suscritas en las anualidades 2004 y 2013.

En este sentido, debe precisarse, justamente los conflictos o derechos susceptibles de conciliación son los que tengan el carácter de discutibles e inciertos, los que al consignarse finalmente en la conciliación asumen su condición de ciertos e indiscutibles, no siendo válido estimar bajo esta última condición aquellos derechos

reseñados en el ordenamiento jurídico, así que, si había discusión acerca de la temática planteada en la demanda, era factible arribar a la conciliación anotada.

Con base en lo expuesto y en punto al recurso de apelación, esta Sala insiste, por medio de las actas de conciliación suscritas en fechas 8 de julio de 2004 y 11 de septiembre de 2013, se transaron todas las inconformidades que hoy se reclaman, nótese, que las partes manifestaron en la última:

> *"Que de conformidad con lo anteriormente transeúnte, ECOPETROL SA y el señor LUZ MIRIAM GARCIA QUIVANO con el único propósito de resolver de manera definitiva las diferencias existentes frente a las reclamaciones surgidas con ocasión a su desvinculación de la Empresa en el marco del conflicto colectivo de trabajo 2002 - 2004, y considerando que se debaten derechos inciertos y discutibles, y previamente logrado un acuerdo entre las partes, en reuniones anteriormente celebradas, convinieron de manera libre y voluntaria solicitar la suscepción del presente acuerdo conciliatorio el cual desarrolla lo contenido en el "ACTA DE ACUERDO INTEGRAL YDEFINITIVA SOBRE SITUACIÓN DE TRABAJADORES DESPEDIDOS CON OCASIÓN DEL CONFLICTO COLECTIVO 2002-2004 ECOPETROL -UNION SINDICAL OBRERA DE LA INDUSTRIA DEL PETRÓLEO -USO-", dado que la situación del (a) señor (a) LUZ MIRIAM GARCIA QUIVANO, se enmarca dentro de lo previsto en el numeral 1° del citado acuerdo, y el numeral 8 de la presente acta…*
>
> *A partir del 28 de octubre de 2011, fecha que corresponde a la del reconocimiento pensional, Ecopetrol S A pagara AL señor (a) LUZ MIRIAM GARCIA QUIVANO, una mesada pensional por un valor de DOS MILLONES SEICIENTOS DIECIOCHO MIL QUINIENTOS PESOS M/CTE ($2.618500) Como quiera que los requisitos para acceder a la pensión (vitalicia y sustitutiva) plena de jubilación - plan 70 no se cumplieron con anterioridad a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, ECOPETROL S A le reconocerá trece (13) mesadas pensiónales al año.".*

Del mismo modo, se puede analizar el proceso de negociación celebrado entre las partes, según lo relató la demandada por medio de su representante al absolver interrogatorio, aduciendo -récord 08:05, archivo 29-: "Soy funcionaria de Ecopetrol de Defensa judicial, la citación está relacionada por el conflicto que ocurrió, lo que pasó fue que hubo un acuerdo entre Ecopetrol y la Unión Sindical Obrera, este acuerdo en mayo de 2013 se suscribió en el marco de los casos de la OIT, se celebró con el objeto de dar un trato igualitario a aquellas personas que fueron despedidas que fueron 247 personas, a lo largo de los años, habían tenido soluciones diferente frente a una misma causa, este acuerdo surge en el 2011 por el cese del 2044, en el 2011 el Consejo de Estado declaró nulo el cese, así que en el 2013 se suscribió un acuerdo, entonces, valorando el derecho que le asiste al sindicato se manejó el tema con la comisión y se acuerda con el Sindicato dar una solución, hay personas que quedaron pensionados, ese fue parte del acuerdo, eso por tener cierto número

de años, en algunos casos se le concedió la pensión, lo que se hizo fue correrle la fecha de la pensión que era 2011 fecha de declaratoria de ilegalidad, se hizo la liquidación con los parámetros del mismo acuerdo y se cruzó, a la gran mayoría de personas les dio un saldo a favor, se hizo un cruce y quedaron pensionados, en la práctica no cambiaron el estatus, no volvieron a trabajar, yo suscribí el acuerdo, trabajé en la parte previa y posterior cumplimiento, la señora Luz Miryam firmó el acta de conciliación, esas actas se socializaron, es la liquidación la hizo el área de nómina de la empresa se citaron a las personas y estaban acompañados por el sindicato y el abogado, hubo ajustes pero se explicaba la situación, hecha la revisión la persona firmaba la liquidación y cuando se llegaba la ministerio de trabajo y se les decía cuál era el valor, esa acta es del septiembre de 2013, en el 2004 no participé, el acta de conciliación del 11 de septiembre de 2013 se cumplió´ el acuerdo suscrito ante la OIT, esas actas la suscribió el sindicato y la Procuraduría".

En tal medida, se observa, en el acuerdo del 11 de septiembre de 2013, se establecieron emolumentos económicos susceptibles de conciliación pues no versó sobre derechos CIERTOS e INDISCUTIBLES en relación con la demandante, quien participó en el conflicto colectivo 2002-2004 y fue pensionada mediante acta del 26 de mayo de 2004, señalando que se le mantendría el status de pensionada y se procedería a liquidar y pagar los salarios y prestaciones sociales por el tiempo transcurrido entre la fecha de desvinculación acaecida en el año 2004 y el 27 de octubre de 2011, para efectos de la reliquidación de su derecho pensional, para lo cual deberían suscribirse conciliaciones individuales ante el Ministerio de Trabajo con acompañamiento de un delegado de la Procuraduría, tal como sucedió el 11 de septiembre de 2013.

Es claro, que de conformidad con lo anterior Ecopetrol S.A. y la demandante, y en aras de resolver de manera definitiva las diferencias existentes, frente a las reclamaciones surgidas con ocasión de su desvinculación de Ecopetrol S.A. y dado que se debatían derechos inciertos y discutibles, y previamente a un acuerdo entre las partes en reuniones anteriormente celebradas, convinieron de manera LIBRE y VOLUNTARIA, suscribir un Acuerdo Conciliatorio el 11 de septiembre de 2013, ante el Ministerio de Trabajo, en el cual ECOPETROL S.A., se comprometió a pagar los salarios, prestaciones sociales y demás beneficios convencionales a que hubiere

lugar por el tiempo transcurrido entre la fecha de desvinculación en 2004 y el 27 de octubre de 2011.

De este modo, resulta palmario para la Sala que la demandante, aceptó los términos contenidos en el acta del 11 de septiembre de 2013, así como la empresa mantendría vigente en las mismas condiciones la pensión proporcional de jubilación que le fue reconocida en virtud del Acta de Acuerdo del 26 de mayo de 2004, sin que haya lugar a reliquidación alguna y se pagará una suma única por valor de $185.169.904, con la cual se conciliaron y resolvieron de manera definitiva las posibles diferencias y reclamaciones que existieren o pudieran surgir.

Aunado a lo anterior, al plenario se aportaron todos los documentos que dan cuenta de la liquidación de prestaciones legales y extralegales de la demandante, puntualmente, la empresa enjuiciada reliquidó salarios, prestaciones sociales y beneficios desde el 08 de mayo del 2004 hasta el 27 de octubre de 2011. De la misma manera, aplicó la **indexación** de todos los valores hasta el 31 de julio de 2013 y el monto de la mesada aplicada desde el 28 de octubre de 2011, evidenciando esta Sala que los conceptos liquidados fueron los siguientes (ver página 192, archivo 03:

RELIQUIDACIÓN ACUERDO ACTA CETCOIT CASO 2355 OIT

REGISTRO:	20964
NOMBRE:	GARCIA QUIVANO, LUZ MIRIAN
CEDULA:	51748654

La siguiente liquidación de salarios, prestaciones sociales y beneficios se realizó desde el 08 de mayo del 2004 hasta el 27 de octubre de 2011. La indexación de todos los valores se calculó hasta el 31 de julio de 2013 y el monto de la mesada reliquidada sera aplicada desde el 28 de octubre de 2011, nueva fecha del reconocimiento pensional. Los conceptos liquidados son los siguientes:

CONCEPTOS DE INGRESOS	VALORES
TIEMPO REGULAR	$ 134.967.906
SOBRETIEMPO	$ 40.145.306
REEMPLAZO TEMPORAL	$ -
VIATICOS SINDICALES	$ -
AUXILIO DE SEGURIDAD	$ -
AUXILIO DE TRANSPORTE - DIRIGENTES SINDICALES	$ -
PRIMA DE VACACIONES	$ 11.036.270
SUBSIDIO DE TRANSPORTE	$ 4.778.333
SUBSIDIO DE ALIMENTACIÓN	$ -
SUBSIDIO DE ARRIENDO/PRIMA HABITACIÓN	$ 15.423.053
PRIMA CONVENCIONAL	$ 17.978.977
ANTIGÜEDAD EN DINERO	$ 8.491.533
VACACIONES EN DINERO	$ 11.867.493
PRIMA DE SERVICIOS	$ 19.401.782
BONO LAUDO	$ 600.000
QUINQUENIO	$ 2.517.759
DEVOLUCION DEL DESCUENTO EFECTUADO POR CESANTÍAS NEGATIVAS	$ -
CESANTIAS	$ 42.348.283
INTERES DE CESANTÍAS	$ 18.285.826
INDEXACION A 31/07/2013 DE LOS CONCEPTOS LIQUIDADOS HASTA EL 27/10/2011	$ 72.820.573
BONIFICACIÓN DE JUBILACION	$ 4.848.496
SUBSIDIO FAMILIAR	$ 12.336.600
SUBSIDIO FAMILIAR EXTRA	$ 4.050.366
COMISARIATO	$ 52.046.574
PLAN EDUCACIONAL / ALOJAMIENTO	$ 13.169.718
TIQUETERA	$ -
RETROACTIVO POR DIFERENCIA MESADA PENSIONAL DESDE EL 28/10/2011 HASTA	$ 4.184.670
INDEXACIÓN DE LA DIFERENCIA MESADA PENSIONAL DESDE EL 28/10/2011 HASTA 31/07/2013	$ 141.679
	$ 491.441.197

CONCEPTOS DE DEDUCCIONES	VALORES
U.S.O.	$ 2.699.358
U.S.O. CUOTA EXTRA POR LA CLAVE 5220	$ 20.000.000
FONDO SOLIDARIDAD SALUD	$ 776.036
FONDO SOLIDARIDAD PENSION	$ 2.294.800
FONDO SOLIDARIDAD SUBSISTENCIA	$ 7.200
RETEFUENTE DE INDEXACION DE LOS CONCEPTOS LIQUIDADOS HASTA EL 27/10/2011	$ 5.097.440
APORTE A PENSION	$ -
DESCUENTO DE RETEFUENTE	$ -
RETEFUENTE DE BONIFICACIÓN DE JUBILACIÓN	$ -
EMBARGO SUBSISDIO FAMILIAR	$ -
EMBARGO DE ALIMENTOS	$ 27.959.363
CAVIPETROL APORTE	$ 4.049.037
MESADAS PENSIONALES PAGADAS HASTA EL 27/10/2011	$ 200.373.796
INDEXACION A 31/07/2013 DE MESADAS PENSIONALES PAGADAS HASTA EL 27/10/2011	$ 41.338.696
BONIFICACION DE JUBILACION PAGADA EN EL 2004	$ 1.675.567
TOTAL DEDUCCIONES	$ 306.271.293

Del valor resultante del total de ingreso, menos el total deducciones, esto es $ 185.169.904 se descuentan las sumas desembolsadas por la empresa con ocasión del cumplimiento de decisiones judiciales en los años 2011 y 2012 por un valor de $ 0 . Por lo tanto, el valor final a pagar es de $ 185.169.904 .

Su nueva liquidación de mesada pensional a partir del 28 de octubre de 2011 es:

GANANCIAS DEL ÚLTIMO AÑO DE SERVICIO	$ 38.972.192
PROMEDIO MENSUAL	$ 3.247.683
PENSIÓN PROMEDIO MENSUAL X 75%	$ 2.435.762
MAS 2.5% X 3 AÑOS ADICIONALES, DESPUÉS DE 20 AÑOS DE SERVICIO HASTA EL 31 DE JULIO 2010	$ 182.682
VALOR MESADA PENSIONAL A 2011	$ 2.618.500

En igual sentido, se pueden consultar los documentos subsiguientes (páginas 193 a 203, archivo 03), los cuales discriminan los conceptos liquidados y la **INDEXACIÓN** reconocida de manera literal, la cual fue aplicada a la mesada pensional, no pudiéndose desconocer por la actora en este escenario que no le fue indexada la mesada y demás rubros laborales y en virtud de ello pretender la ineficacia de las actas de conciliación y en consecuencia el reconocimiento de unas sumas cuando terminó de mutuo acuerdo la relación laboral, conciliación que se dio en virtud de un acuerdo al que llegó la empresa con el sindicato, como se ha relatado.

En otro giro, se advierte, en materia laboral en Ecopetrol S.A., el régimen aplicable es el consagrado en el C.S.T., de conformidad con lo dispuesto en el D. 2027 de 1951 que a la letra dice: “Las relaciones de trabajo de la empresa colombiana de petróleos se regirá por el derecho común laboral contenido en el C.S.T.” y al haberse transformado en sociedad mixta de carácter comercial organizada bajo la forma de sociedad del orden nacional, vinculada al Ministerio de Minas y Energía con domicilio en Bogotá de conformidad con la Ley 1118 de 2006 en donde expresamente se consagra que una vez constituida se regirá exclusivamente por las reglas del derecho privado, no es dable exigir la expedición de un acto administrativo pues al ser una sociedad que se rige por el derecho común no expide actos administrativos, sin que sea ineficaz el acta de conciliación del 2004 por medio de la cual le fue reconocida la pensión de jubilación a la actora. Concretamente, la Corte Constitucional en Sentencia C-722 de 2007 concluyó que Ecopetrol está sujeta al derecho privado, estando facultada para reconocer pensiones y salarios y prestaciones sociales **sin tener que expedir actos administrativos si no decisiones dentro de la órbita del derecho privado**, no siendo en todo caso ahora viable dejar sin efecto el reconocimiento de la pensión asumida por Ecopetrol a la actora en virtud de lo ya dicho.

Con lo expuesto, es claro que las pretensiones de la demandante ya fueron conciliadas mediante actas del 8 de julio de 2004 y 11 de septiembre de 2013, pues lo atinente a la pensión de jubilación y los rubros derivados del contrato de trabajo fueron situaciones ya definidas conforme lo explicado a lo largo de este proveído.

Así las cosas, sin hacer mayores lucubraciones, para el caso de autos en donde se contrastaron los anhelos de este ordinario con aquellas pretensiones conciliadas en

los años 2004 y 2013, emerge la figura de cosa juzgada, lo que conduce a confirmar el fallo impugnado.

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

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte actora.

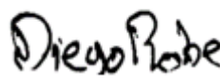
En mérito de lo expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA D.C**., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

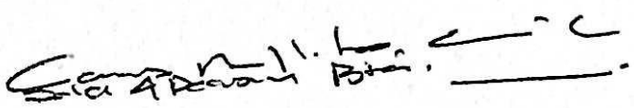
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

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

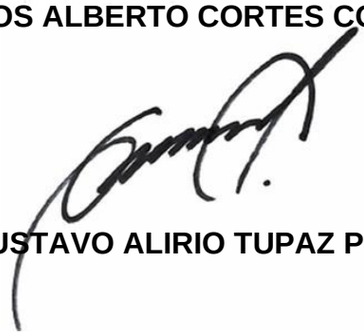
NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

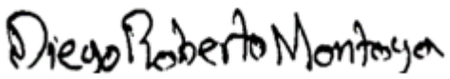


CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR



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 OMAR GERARDO RODRIGUEZ SILVA CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y PROTECCIÓN S.A. (RAD. 42 2023 00006 01).

Bogotá D.C. treinta (30) de noviembre 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 PORVENIR S.A., así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, contra la sentencia proferida por la Juez 42 Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 17 de octubre de 2023 (Exp. Digital: audio archivo 14, récord: 50:15), en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA*** *del traslado de régimen pensional que realizó el demandante OMAR GERARDO RODRIGUEZ SILVA, identificado con la cedula de ciudadanía No. 19.368.310 del régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS hoy COLPENSIONES, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado en su caso por PORVENIR S.A., traslado efectuado el 31 de agosto de 2001, asimismo, se declara ineficaz el traslado posterior realizado de la AFP PORVENIR S.A a la AFP PROTECCIÓN S.A el 28 de febrero de 2003.*
>
> ***SEGUNDO: CONDENAR*** *a PROTECCION PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados, teniendo en cuenta lo expuesto en la parte motiva.*

> ***TERCERO: CONDENAR** a PORVENIR S.A a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES los rendimientos financieros que hayan generado durante la afiliación del actor, las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propios recursos debidamente indexados, conforme se expuso en la parte motiva.*
>
> ***CUARTO: ORDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, a aceptar el traslado de los dineros que efectúe PORVENIR SA y PROTECCIÓN S.A., para que proceda a activar la afiliación del demandante, como si este nunca se hubiese traslado del régimen de prima media con prestación definida y así mismo actualice la información de la historia laboral en semanas cotizadas.*
>
> ***QUINTO: DECLARAR NO PROBADA** la excepción de prescripción propuesta por las demandadas.*
>
> ***SEXTO: CONDENAR** en costas a las demandadas PORVENIR S.A y PROTECCIÓN S.A., para efectos de agencias en derecho las mismas se tasan en la suma de 1 SMLMV, el cual deberá ser cancelado prorrata por dichas entidades y en favor de la parte demandante. Sin costas para COLPENSIONES.*
>
> ***SÉPTIMO**: En caso de no ser apelada la presente decisión por la demandada COLPENSIONES **CONSÚLTESE** con el H. Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral, en los términos que define el artículo 69 del C.P.T y de la S.S.".*

Inconforme con la decisión, PORVENIR presentó recurso de apelación[1] de manera parcial, en lo que respecta al numeral 3º de la sentencia, puntualmente,

---

[1] ***Recurso PORVENIR (récord, 53:08, archivo 14):** "Sí, Señoría, muchas gracias, de manera respetuosa, me permito presentar recurso de apelación en contra de la providencia que recién ha proferido su despacho, pero solamente respecto al numeral tercero de la parte resolutiva de la misma, esto es, por dos puntos, concretamente. En primer lugar, solicito respetuosamente a los Honorables Magistrados de la Sala, que revise este recurso en caso de que sea concedido, que se revise muy bien porque se ordena en dicho numeral a PORVENIR, devolver los rendimientos financieros, sin embargo, pues quiero poner de presente que mi representada, el demandante, solamente estuvo afiliado hasta el año 2003, momento en el cual se trasladó a PROTECCIÓN, momento en el cual, mi representada trasladó todo lo que se encontraba en la cuenta de ahorro individual, esto es los aportes que han sido consignados allí, así como los rendimientos financieros que estos produjeron.*

Entonces, no hay lugar a la condena de traslado de rendimientos financieros, los cuales ya fueron trasladados, y actualmente tienen que encontrarse en la cuenta de ahorro individual abierta a nombre del demandante en el fondo PROTECCIÓN y, por otro lado, quisiera respetuosamente solicitar a los Honorables Magistrados del Tribunal, se revoque la decisión en lo correspondiente a la orden que se imparte de indexar los conceptos que se ha ordenado devolver a mi representada Colpensiones, lo anterior lo fundamento en varias sentencias de diferentes Tribunales del país, como por ejemplo la proferida el 21 de junio de 2022 por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cundinamarca y Amazonas, Sala Laboral, dentro del proceso 25899310500220210011100O, la demandante, Felisa León Poveda, así como las sentencias del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cali, proveniente del juzgado 15 Laboral del Circuito de Cali 2021-489 del 31 de octubre de 2022, proveniente del juzgado 11 Laboral del Circuito de Cali, radicado 2021-222 está del 25 de agosto del 2023, fecha en la cual también se profirió la sentencia proveniente dentro del proceso proveniente del Juzgado 8° 2023-104, su radicado y así como 2 providencias del 31 de agosto de este año provenientes del Juzgado 11 de 2022-481 y proveniente Juzgado 13, 2022-476, en las cuales la Sala Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cali, ha indicado que frente a la indexación, la Sala considera que, no hay lugar a dicha imposición, toda vez que con el traslado de los rendimientos se compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda que pudiera haberse generado en los emolumentos a retornar, por tal razón se revocará, dicha determinación y en su lugar, se ordena volver todas las sumas junto con sus rendimientos.

frente a la indexación de las sumas a retornar a Colpensiones. Al respecto, explicó, dentro de las obligaciones que deben cumplir las AFPS está la de garantizar una rentabilidad mínima de las cuentas de ahorro individual de cada uno de sus afiliados, siendo incompatible y excluyente el haberse ordenado la indexación, pues los recursos de la cuenta de ahorro individual del demandante, no se ha visto afectada por el fenómeno inflacionario, por el contrario, ha generado rendimientos muy superiores a los que podría garantizar en el Régimen de Prima Media.

De manera ilustrativa, mencionó, en pronunciamientos del Tribunal Superior de Cundinamarca, sentencia del 21 de junio del año 2022, proceso ordinario laboral promovido por Felisa León Poveda con radicación No. 2021-111 y sentencia del 25 de julio del año 2022, proferida por el Tribunal Superior de Cali en proceso ordinario laboral promovido por Edison Ricardo González, con radicación No. 2022-234, se consideró que el traslado de estos rendimientos financieros de los afiliados a Colpensiones compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda que pudiera haber presentado respecto de los emolumentos que se ordenaron retornar.

Por lo tanto, expresó, ordenar que Porvenir indexe cualquier suma de dinero es sin duda imponerle una doble sanción, por cuanto, sin que resulte necesario realizar alguna operación matemática, se hace evidente conforme la documental aportada que los rendimientos financieros que obtuvo el demandante por la correcta gestión administrativa que realizó la AFP a partir de este acto jurídico que celebró con el demandante, con plenos efectos con creces, superan la posible pérdida del poder adquisitivo de los dineros del afiliado representados en sus aportes pensionales.

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

Lo mismo ocurre en el Tribunal, en la primera que mencioné, en la cual se indica que si se deben generar rendimientos, que son dineros actuales que son dineros a la fecha, no se puede, entonces también generar una entrega de dineros también indexada, ya que esto genera una actualización de la moneda, entonces estaría generando una doble condena por el mismo concepto, motivo por el cual y con las razones expuestas respetuosamente solicito al Honorable Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá que, revoque la sentencia en los puntos expresamente mencionados, muchas gracias.".

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda (*Página 7 a 9 del archivo "01DemandayAnexos", expediente digital)*, las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (*Páginas 9 a 12, ibidem)*, aspirando:

A. PRINCIPALES

1. Declarar que el señor OMAR GERARDO RODRÍGUEZ SILVA, no fue asesorada e informada en debida forma por parte del Fondo de Pensiones PORVENIR S.A. en el año 2001, de las implicaciones y consecuencias jurídicas y económicas que generaba su traslado y afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad.

2. Declarar que el señor OMAR GERARDO RODRÍGUEZ SILVA, no fue asesorado e informada en debida forma por parte de la Administradora de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN S.A. cuando se afilió a este fondo en el 01 de abril de 2003, de las implicaciones y consecuencias jurídicas y económicas que generaba su traslado y afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad.

3. Declarar que no hubo un asesoramiento con información verdadera, eficaz y completa, por parte de la Administradora de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. y por parte del Fondo de Pensiones PROTECCIÓN S.A., en relación a la forma, tiempo y monto de la mesada pensional que recibiría el señor OMAR GERARDO RODRÍGUEZ SILVA al momento de querer pensionarse, por el cumplimiento de los requisitos legales.

4. Declarar que la Administradora de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN S.A. y el Fondo de Pensiones PORVENIR S.A., engañaron a mí representada al haberla llevado a que tomara la decisión de desafiliarse del régimen de prima media con prestación definida en el año 2001, prometiendo mejores beneficios económicos que los ofrecidos por el entonces Instituto de Seguros Sociales, hoy COLPENSIONES, motivo por el cual operó el mencionado traslado.

5. Declarar que la Administradora de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN S.A., al realizar el cálculo de proyección de la mesada pensional del señor OMAR GERARDO RODRÍGUEZ SILVA, estableció unas condiciones diferentes que vulneraron los derechos adquiridos de mi representada.

6. Declarar que la Administradora de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN S.A., al proyectar una mesada pensional en un valor inferior al salario que actualmente devenga mí representada, genera una afectación económica de los derechos pensionales del señor OMAR GERARDO RODRÍGUEZ SILVA.

7. Declarar que la flagrante vulneración y engaño a mí representado OMAR GERARDO RODRÍGUEZ SILVA por parte de la Administradora de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN S.A. y por parte del Fondo de Pensiones PORVENIR S.A., puede generarle la afectación en su vida digna y en su mínimo vital, al momento de pensionarse.

8. Como consecuencia de todo lo anterior, declarar la ineficacia de la afiliación y del traslado realizado en el mes de septiembre de 2001, al Fondo Pensiones PORVENIR S.A. por parte del señor OMAR GERARDO RODRÍGUEZ SILVA.

9. Así mismo, declarar la ineficacia de la afiliación realizada el 01 de abril de 2003 en la Administradora de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN S.A. por parte del señor OMAR GERARDO RODRÍGUEZ SILVA.

10. Declarar que la Administradora de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN S.A. debe proceder a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de lo ahorrado por el señor OMAR GERARDO RODRÍGUEZ SILVA, en su cuenta de ahorro individual con todos los valores e intereses que hubiese obtenido con motivo de la afiliación a este fondo.

B.- CONDENATORIAS

1. Que como consecuencia de la declaratoria de la ineficacia de la afiliación, se ordene a la Administradora de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN S.A., a que proceda a trasladar al señor OMAR GERARDO RODRÍGUEZ SILVA, al régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por COLPENSIONES.

2. Como consecuencia de lo anterior, se ordene a COLPENSIONES la aceptación del traslado o regreso del señor OMAR GERARDO RODRÍGUEZ SILVA, al régimen de prima media con prestación definida.

3. Así mismo solicito, que se ordene a la Administradora de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN S.A., el traslado de la totalidad de los aportes, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con

   todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, que se encuentran en la cuenta de ahorro individual del señor OMAR GERARDO RODRÍGUEZ SILVA.

4. De conformidad a lo anterior, solicito al Despacho se ordene a COLPENSIONES, previo traslado efectivo de la totalidad de los saldos existentes en la cuenta de ahorro individual del señor OMAR GERARDO RODRÍGUEZ SILVA, a que incorpore y reciba todas las sumas anteriormente mencionadas y las compute como semanas cotizadas en su historial laboral.

5. Que se condene a la Administradora de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN S.A., al Fondo de Pensiones PORVENIR S.A. y a COLPENSIONES al pago de las costas y gastos procesales en los que se incurran durante el trámite del proceso.

6. Que de conformidad a las facultades que le asiste al Juez Laboral, se condene a la Administradora de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN S.A., al Fondo de Pensiones PORVENIR S.A. y a COLPENSIONES, de manera extra y ultra petita de acuerdo a lo que resulte probado dentro del trámite del proceso.

Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional que realizó el

demandante OMAR GERARDO RODRIGUEZ SILVA, del régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS hoy COLPENSIONES, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado en su caso por PORVENIR S.A., traslado efectuado el 31 de agosto de 2001, asimismo, se declaró ineficaz el traslado posterior realizado de la AFP PORVENIR S.A a la AFP PROTECCIÓN S.A el 28 de febrero de 2003, se condenó a PROTECCION y PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados, se ordenó a COLPENSIONES, a aceptar el traslado de los dineros que efectúe PORVENIR SA y PROTECCIÓN S.A., para que proceda a activar la afiliación del demandante, como si este nunca se hubiese traslado del régimen de prima media con prestación definida y así mismo actualice la información de la historia laboral en semanas cotizadas, se declararon no probadas las excepciones de prescripción propuesta por las demandadas y se condenó en costas a PORVENIR y PROTECCIÓN. **Lo anterior tras considerar**, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada Porvenir no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía para con el demandante al momento del traslado.

Pues bien, para resolver la controversia, es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 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 07 de marzo de 1959 *(Página 33, Archivo "01DemandayAnexos" expediente digital)*, por lo que la edad de 62 años, los cumplió en el 2021, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante Colpensiones el día 26 de septiembre de 2022 *(Páginas 27 a 28, Archivo "01DemandayAnexos" expediente digital)*, esto es, cuando ya había cumplido la edad para adquirir el derecho pensional y, otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1° de abril de 1994-[3], por cuanto para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, apenas había cotizado 16,14 semanas (*archivo 75, archivo 07*), 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

3

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
113	16.14	0	0.00	0	0.00	796	113.71	0	0.00	0	0.00

TOTALES : LABORADOS-LICENCIAS-SIMULTANEOS				TOTALES : LABORADOS-LICENCIAS-SIMULTANEOS			
DIAS:	113	SEMANAS:	16.14	DIAS:	796	SEMANAS:	113.71

El número de semanas se calculó con días calendario

Relación de empleadores

RESUMEN HISTORIA LABORAL

Nit/Patronal	Empleador	Novedad	Origen Información	Fecha Desde	Fecha Hasta	No.Días	Salario	Error/ observa
P 1003802494 - 11	ISMAEL ENRIQUE PADILLA GARC	LABORAL	TRADICIONAL	29/09/1981	30/09/1981	2	$7,470	
P 1003802023 - 11	AUTO CRUMP LTDA	LABORAL	TRADICIONAL	09/11/1987	29/02/1988	113	$41,040	
P 1003803611 - 11	JORGE ENRIQUE MARIN CIA LTD	LABORAL	TRADICIONAL	03/03/1988	31/12/1988	304	$30,150	
P 1003803611 - 11	JORGE ENRIQUE MARIN CIA LTD	LABORAL	TRADICIONAL	01/01/1989	31/12/1989	365	$39,310	
P 1003803611 - 11	JORGE ENRIQUE MARIN CIA LTD	LABORAL	TRADICIONAL	01/01/1990	31/12/1990	365	$47,370	
P 1003803611 - 11	JORGE ENRIQUE MARIN CIA LTD	LABORAL	TRADICIONAL	01/01/1991	31/12/1991	365	$54,630	
P 1003803611 - 11	JORGE ENRIQUE MARIN CIA LTD	LABORAL	TRADICIONAL	01/01/1992	31/05/1992	152	$70,260	
P 1003803611 - 11	JORGE ENRIQUE MARIN CIA LTD	LABORAL	TRADICIONAL	01/06/1992	17/06/1992	17	$107,675	
P 1003803611 - 11	JORGE ENRIQUE MARIN CIA LTD	LABORAL	TRADICIONAL	31/12/1992	31/12/1992	1	$89,070	
P 1003803611 - 11	JORGE ENRIQUE MARIN CIA LTD	LABORAL	TRADICIONAL	01/01/1993	31/12/1993	365	$89,070	
P 1003803611 - 11	JORGE ENRIQUE MARIN CIA LTD	LABORAL	TRADICIONAL	01/01/1994	02/01/1994	2	$107,675	
N 830047272	TALLERES V 4 SA	LABORAL	AUTOLIQUIDACION	15/03/1999	31/03/1999	17	$118,000	

válidamente vinculado al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, la fecha de solicitud se realizó el **31 de agosto de 2001 (***página 72 y 70, archivo 07 y 06)* por afiliación que hiciera a PORVENIR*,* específicamente conforme a la información consignada en el formulario de afiliación suscrito con esa AFP y en el certificado SIAFP.

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

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

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

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

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

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

En consecuencia, no solo es menester demostrar la existencia del traslado, sino que impone verificarse que este acto se produjo bajo el presupuesto de la libertad informada, pues de no cumplirse con dicho presupuesto, se incurriría en un vicio que invalidaría dicho acto jurídico, lo que trae como consecuencia o efecto, retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, con ineficacia ex 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 (SL2877 de 2020):

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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[6] no acreditan de manera alguna que conociera las

[6] ***Interrogatorio Demandante, archivo 14, récord 14:46:*** *"No soy pensionado, solo fui a Porvenir para que dijeran cómo empezar el trámite de pensión, cuando estaba en Colpensiones, en la empresa anterior llegaron y nos hicieron firmar unos contratos, no fuero asesores de Porvenir, la persona encargada de hacer firmar los contratos en Auto Stock, era un requisito para empezar a trabajar, esos formatos siempre los daban, no recibí extractos, si tengo extractos pero no recuerdo si son de Porvenir o Protección, en el 2003 cuando me pasaron a firmar ese formato era porque nos iban a cambiar como de empresa, en ningún momento sin ninguna explicación, no estaba el asesor de Protección, me die cuenta que me iba a pensionar con 1 salario*

implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que para el año 2001 en la empresa le pasaron unos formatos para diligenciar al momento de la contratación, precisando, no le explicaron de forma clara las consecuencias del traslado en ese momento ni sobre aportes pensionales.

Nótese, de lo relatado por el demandante no es posible colegir de forma alguna que haya confesado la recepción de una información, clara, oportuna y certera y muchos menos que la AFP PORVENIR a través de un asesor haya cumplido con su obligación de buen consejo, pues fue el empleador de aquella época quien le suministró el formulario sin explicación alguna.

A efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR (pág. 70, archivo 06), este no constituye en manera alguna medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la AFP demandada (sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019) y, en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus,* pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que se advierten ausentes en el plenario.

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

---

mínimo, por esos me quiero cambiar, hice eso porque en la empresa me dijeron que debía hacer los trámites pensionales, a los 52 años no me llamaron ni nada".

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

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR, omitió en el momento del traslado de régimen **(solicitud efectuada el 31 de agosto de 2001 con fecha de efectividad el 1º de octubre de 2001),** el deber de información para con el promotor del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es, relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen

pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

En ese orden, la ineficacia del traslado de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado por parte de la administradora de pensiones PORVENIR y PROTECCIÓN, última AFP a la que se encuentra actualmente afiliado el actor, del saldo o aportes existentes en su cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, comisiones, los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexadas, por el periodo en que el demandante permaneció afiliado a esa administradora.

No obstante, debe precisarse esta Sala de Decisión adicionará los numerales segundo y tercero de la sentencia de primer grado en virtud del grado jurisdiccional de Consulta que se surte en favor de Colpensiones, en cuanto a que PORVENIR y PROTECCIÓN, al momento de cumplir la orden emitida, deberán discriminar los conceptos con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

Así lo 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)*

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

> *«Las consecuencias de la nulidad de la vinculación respecto a las prestaciones acaecidas no es plenamente retroactiva como lo determina la normatividad del derecho privado, la que no tienen cabida enteramente en el derecho social, de manera que a diferencia de propender por el retorno al estado original, al momento en que se formalizó el acto anulado, mediante la restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubieren dado o recibido, ha de valer el carácter tutelar y preservar situaciones consolidadas ya en el ámbito del derecho laboral ora en el de la seguridad social; en la doctrina es indiscutido que la nulidad del contrato de trabajo, no priva al trabajador del derecho a su remuneración; o que en materia de seguridad social, en el laboral administrativo, según el mandato expreso del artículo 136 del C.C.A. el trabajador o el afiliado de buena fe, tiene el derecho a conservar, sin deber de restituir las prestaciones que le hubieren sido pagadas.*
>
> *[…]*
>
> *La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C.,* ***esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.***
>
> *Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual,* ***ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.***
>
> *Las consecuencias de la nulidad no pueden ser extendidos a terceros, en este caso, a la administradora del régimen de prima media en el que se hallaba el actor antes de producirse la vinculación cuya nulidad se declara, de modo que no debe asumir por el sistema de pensiones sanciones derivadas de la mora en el pago íntegro del derecho pensional, obligaciones por las que sólo ha de responder a partir de cuándo le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada».*

A la par, 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 (…)».*

De otra parte, sea del caso advertir a PORVENIR en punto a cada apelación, las decisiones proferidas en similares asuntos por otras Salas de Decisión de diferentes Tribunales no resultan aplicables, pues en sentir del órgano de cierre de esta jurisdicción, entre otras en sentencias STL 2416 de 2017 radicado 46128 y

SL 4099 de 2019 radicado 59449, se advierte que el llamado precedente horizontal hace referencia a decisiones tomadas por la misma sala de decisión, en cuanto estas sean consistentes y uniformes, de conformidad con lo previsto por el artículo 228 de la Constitución Política.

En lo que atañe a la excepción de prescripción[7] propuesta por COLPENSIONES respecto de quien se surte el grado jurisdiccional de Consulta (*Archivo "05ContestaColpensiones" expediente digital, páginas 16 y 17*) basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por la encartada, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

Agotada la competencia de la Sala por el estudio del grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, conforme las motivaciones que preceden, se adicionará la sentencia en los puntos expuestos y se confirmará en lo demás.

SIN COSTAS en esta instancia.

En mérito de 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 la sentencia de primera instancia en sus numerales **SEGUNDO** y **TERCERO**, en cuanto a que **PORVENIR** y **PROTECCIÓN**, al momento de cumplir la orden emitida, deberán discriminados los conceptos ordenados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, conforme a lo considerado.

[7] *Se tuvo por contestada la demanda en auto del 26 de septiembre de 2023, archivo 08 del expediente digital.*

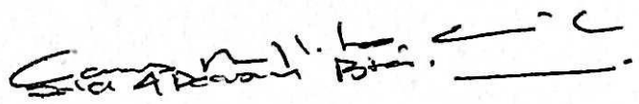
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado 42 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN



CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR CRUZ MAGRIBER GUTIERREZ GRISALES CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, PORVENIR S.A. Y PROTECCIÒN S.A. (RAD. 44 2023 00140 01).

Bogotá D.C. Treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023)

AUTO

Se reconoce personería adjetiva al abogado **MIGUEL ANGEL CADENA MIRANDA**, como apoderado de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A**, en los términos y para los efectos del poder conferido en la escritura No. 1281, como abogado adscrito a la sociedad **GODOY CORDOBA ABOGADOS S.A.S.**

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 PROTECCION, PORVENIR, y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en su favor, contra la sentencia proferida por la Juez 44 Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 7 de septiembre del 2023 *(Exp. Digital: audio archivo 21, récord 23:53),* en la que se resolvió:

> *"**PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA** de la afiliación o traslado de la demandante CRUZ MAGRIBER GUTIÉRREZ GRISALES al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. que efectuó a partir del 09 de octubre de 1998 y a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. del 01 de marzo de 2000, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la sentencia. En consecuencia, DECLARAR que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.*
>
> ***SEGUNDO: CONDENAR** a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a devolver o trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de CRUZ MAGRIBER GUTIÉRREZ GRISALES, los rendimientos y los bonos pensionales a que haya lugar, así como los gastos de administración, las comisiones, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades, todos estos debidamente indexados, por las razones expuestas.*
>
> ***TERCERO: CONDENAR** a la demandada PROTECCIÓN S.A. a transferir a COLPENSIONES los gastos de administración, las comisiones, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades, por el periodo que estuvo vinculado el demandante a dicha administradora, todos estos debidamente indexados, por las razones expuestas.*
>
> ***CUARTO: CONDENAR** a la COLPENSIONES a recibir a la señora CRUZ MAGRIBER GUTIÉRREZ GRISALES en el Régimen de Prima Media, como si nunca se hubiese retirado de dicho régimen y a corregir su historia laboral, conforme a las semanas cotizadas en el Régimen de Ahorro Individual.*
>
> ***QUINTO: DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.*
>
> ***SEXTO: CONDENAR EN COSTAS** a las demandadas PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., al pago de las costas y agencias en derecho en cuantía de medio salario mínimo legal mensual vigente, para cada una.*
>
> ***SEPTIMO: ORDENAR** así fuere apelado este fallo en su oportunidad, se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA ante el Superior, en razón que las pretensiones son adversas a COLPENSIONES.*
>
> ***OCTAVO: SE ORDENA** por secretaría remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021.."*

Inconforme con la decisión las demandadas la apelaron así:

PROTECCIÓN señala su inconformidad frente a la condena de la prima de reaseguro de Fogafin, señalando la misma es una autoridad financiera adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, encargada de proteger los ahorros de los ciudadanos depositados en los bancos, corporaciones financieras, compañías de financiamiento, sociedades especializadas en depósitos electrónicos, creada

en 1985 para para enfrentar la crisis financiera que por esa época afectaba el País, señalando el seguro de depósitos que es manejado por el Fogafin es utilizado para efectos de la devolución de primas y cobro de primas adicionales de los procedimientos bancarios, corporaciones financieras, compañías de financiamiento y las sociedades de capitalización, correspondientes al año 2009, así como para el cumplimiento de las obligaciones y el ejercicio de los derechos relacionados con ellas, sin que allí estén incluidas las AFP lo cual fue eliminado o suprimido con la Ley 1450 del 2011, señalando la sentencia está ordenando a Protección el traslado a Colpensiones de un concepto que está derogado por la normatividad que lo regula y que además, por disposición normativa fue girada al territorio nacional y asumido por la propia administradora desde su estipulación en el artículo 99 de la Ley 100 de 1993 y que nunca se descontó de la cotización de la pensión de sus afiliados, estando allí completamente infundado, dicho rubro objeto de condena. *(Exp. Digital: audio archivo 21, récord 26:51[1])*

PORVENIR por su parte aduce su representada ha cumplido a cabalidad con las obligaciones que le correspondía en materia de información en el momento de la afiliación de la demandante en el año 2000, atendiendo a las normas vigentes

[1] **APODERADA PROTECCIÒN:** Señora juez, yo interpongo apelación respetuosamente y parcialmente frente a la condena y a mi representada de retornar el FOGAFIN, esto sustentado en lo siguiente:

La prima de reaseguro FOGAFIN expuesto en la parte resolutiva de esta sentencia fundamentada en que el FOGAFIN es una autoridad financiera adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, encargada de proteger los ahorros de los ciudadanos depositados en los bancos, corporaciones financieras, compañías de financiamiento, sociedades especializadas en depósitos electrónicos, que por obligación están inscritos en FOGAFIN, esta fue creada en 1985 para para enfrentar la crisis financiera que por esa época afectaba el País. En ese momento intervino en el proceso de capitalización del sistema financiero, luego FOGAFIN, estuvo en el centro de la solución de la crisis financiera a finales de los 90.

Ahora bien, es fundamental recordar que el FOGAFIN dentro del sistema general de pensiones surge a partir del artículo 99 de la ley 193, que estipula que todas las AFP debían constituir y mantener adecuadas garantías para responder por el buen manejo de las inversiones con cargo a sus propios recursos y que dichas garantías no podrían ser inferiores a las establecidas por la superintendencia bancaria. En concordancia con lo anterior, el seguro de depósitos que es manejado por el Fogafin se encuentra regulado en la actualidad por la resolución 5 del 2009, norma que derogó la resolución anterior contenida en la resolución 01 del 2009. No obstante, el parágrafo del artículo 20 de la resolución 5 del 2009 dispone que dicha resolución, la 01 del 2009, seguirá rigiendo para efectos de la devolución de primas y cobro de primas adicionales de los procedimientos bancarios, corporaciones financieras, compañías de financiamiento y las sociedades de capitalización, correspondientes al año 2009, así como para el cumplimiento de las obligaciones y el ejercicio de los derechos relacionados con ellas, en ningún contenido de esta resolución se menciona a las AFP, obedeciendo esto más adelante se *estipularía* en el artículo 163 de la Ley 1450 del 2011, la cual dispuso la eliminación de la garantía del Fogafin a las administradoras de cesantías y las pensiones en el régimen de ahorro individual con solidaridad y la obligación de las aseguradoras a inscribirse en el cojín, ordenando además el traslado de las reservas existentes al Tesoro nacional, dada la condición de garante que tiene la nación en ambos sistemas.

Por lo anterior, la sentencia está ordenando a protección el traslado a Colpensiones de un concepto que está derogado por la normatividad que lo regula y que además, por disposición normativa fue girada al territorio nacional y asumido por la propia administradora desde su estipulación en el artículo 99 de la Ley 100 del 93 y que nunca se descontó de la cotización de la pensión de sus afiliados, estando allí completamente infundada, dicho rubro objeto de condena. Por las razones anteriormente expuestas dejo así sustentado el recurso de apelación. Perdón, muchas gracias.

para la época, aclarando que estas normas no exigían documentación adicional al formulario de afiliación que ya fue aportado en la contestación de la demanda, teniendo en cuenta además que la actora ya había estado afiliada a una AFP privada como lo es PROTECCION, por lo que su representada no pudo desconocer la voluntad de esta a afiliarse con Porvenir, sumado a que en el interrogatorio de parte la accionante indicó que para el momento de afiliarse a Porvenir era asesora de ese fondo y por ende tenia los conocimientos de las características del RAIS tanto ventajas como desventajas dado que su cargo así lo ameritaba, por lo que ello no daría lugar a declarar la ineficacia.

Indica que de confirmarse el fallo cualquier orden respecto a la devolución de rendimientos no tendría lugar pues al declararse ineficaz el traslado, el efecto natural de dicha declaratoria, implica que los recursos que se trasladen como rendimientos deben corresponder a los que generan las reservas de Colpensiones y no a los que se generan en el régimen de ahorro individual, pues no tiene sentido que si la afiliación no surtió efecto legal se obligue a trasladar rendimientos propios de este régimen, solicitando también se revoque la indexación de los valores objeto de condena en la medida que igualmente se dispuso la devolución de rendimientos del capital que se encontraban en la cuenta individual de la demandante sumado a que con el traslado de los rendimientos financieros, se compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda. *(Exp. Digital: audio archivo 21, récord 30:10[2])*

---

[2] **APODERADA PORVENIR**: Gracias, señora juez estando en la oportunidad procesal pertinente, me permito interponer recurso de apelación en contra del presente fallo ante el honorable Tribunal Superior de Bogotá en los siguientes términos.

En primer lugar, aclaramos que mi representada ha cumplido a cabalidad con las obligaciones que le correspondía en materia de información en el momento de la afiliación de la demandante en el año 2000. Atendiendo a las normas vigentes para la época, debe aclararse que estas normas no exigían documentación adicional al formulario de afiliación que ya fue aportado por la contestación de la demanda, teniendo en cuenta además que la actora ya había estado afiliada a una AFP privada como lo es PROTECCIPON, por lo que mi representada no pudo desconocer la voluntad de esta a afiliarse con Porvenir.

Ahora bien, debo decir, que estamos en el presente caso frente a una situación extraordinaria, pues en el presente proceso la actora ha indicado y confesado en el interrogatorio de parte que en el momento de la afiliación con mi representada era asesora comercial Porvenir, tal y como se indica además en el formulario de afiliación en el que esta misma indicó que era asesora comercial del fondo.

Ahora bien, en la presente audiencia también nos indicó que tenía conocimiento de las características, condiciones, ventajas, desventajas del régimen de ahorro individual, pues ese era su cargo promocionar a futuros afiliados el fondo y este cargo, pues que claramente no se puede adjudicar a una persona que no conoce el tema o que no conoce las características o beneficios, porque se trata de promocionar el fondo y nos indicó además que conocía todo respecto ahorro voluntario rendimientos, aportes, etcétera, entre otras confesiones realizadas por la actora.

Entonces para la suscrita, pues no tiene cabida que en el fallo de primera instancia se diga que la señora no tenía conocimiento porque acudía después de ella otro asesor cuando ella era asesora y tenía los mismos conocimientos. Entonces, cómo podemos decir que una asesora que se encarga de promocionar un fondo no

COLPENSIONES por su parte señala que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal de la Ley 797 del 2003 y además nada tiene que ver como tal dentro de las afiliaciones que ha realizado la aquí demandante, teniendo en cuenta que se pretende trasladar nuevamente al fondo después de haber estado cotizando por más de 20 años en los fondos del RAIS, sin tener en cuenta las consideraciones normativas que se presentan frente a la prohibición legal en la

---

va a tener conocimiento de las características del mismo, queda entonces ese sentido claro que la actora para la fecha en que se materializó el acto del traslado o la afiliación, más bien con mi representada, tenía amplio conocimiento sobre las características, ventajas y desventajas y demás del régimen de ahorro individual y que además, pues mi representada cumplió con las cargas impuestas por el ordenamiento, entregándole suficiente de información a la demandante y con el objeto de dotarla de elementos de juicio que la orientaron a la decisión de cara a sus intereses personales de trabajar con la misma. Al respecto, traigo a colación, como ya se dijo la sentencia SL 4687 del 23 de noviembre de 2020, en donde la demandante era gerente la AFP COLFONDOS en donde se dijo "*para esta corporación del análisis del contenido del interrogatorio de parte vertido por Hilda María Isaza Jaramillo, aflora que no es creíble que ella, en su calidad de representante del empleador en los términos del artículo 32 del Código sustantivo del trabajo, teniendo en cuenta que su línea jerárquica como gerente, de la cual la coloca en una posición superior. Frente a cualquier afiliado para efectos probatorios, luego de confesar que su paso por el régimen de ahorro individual lo hizo con la intención de ejemplo al personal a su cargo, esto es una serie de asesores comerciales y se extendiera explicando que estaba convencida de las bondades del sistema, tanto en materia de beneficios como rentabilidad, al punto de manifestar que desde el año 2008 decidió pasarse a BBVA Horizonte hoy Porvenir y no retornar al régimen de prima MEDIA, atraída por los rendimientos financieros, mencione al final que nunca se enteró de la posibilidad de la pérdida de un régimen de transición como consecuencia de su decisión en 1999, por lo cual, para evidenciar lo dicho, pasa a transcribir el audio mencionado, así es ostensible que en ejercicio de las facultades de la sana crítica, sea procedente que resulte que la demandante vinculada para la data del traslado como asesora de porvenir de Colfondos perdón, diga que nunca se le dijo de las consecuencias respecto de la pérdida.* El régimen de transición, siendo que el ejercicio de esa actividad debió estar plenamente entrada, puedes pensar lo contrario, significaría contra las reglas de la experiencia que ejerció su labor de dirección con negligencia a inducir a error no solo empleados a su cargo, sino al sinnúmero de personales que lograron captar durante su lapso trabajando con dicha AFP"

En ese en ese orden de la fundamentación jurisprudencial realizada por la juez de primera instancia se extrae, que precisamente a sus calidades profesionales y laborales, en este caso como asesora comercial de Porvenir y a la información propia institucional que le fue brindada para la ejecución de dicho cargo y que dimensionó a cabalidad de las características, condiciones, ventajas y desventajas del régimen, justo a la relevante diferencia que frente al régimen de Prima media, siendo que fue ese mismo conocimiento lo que le otorgó suficiente margen de maniobra para reconsiderar su afiliación en el tiempo, máxime si se tiene en cuenta que en confesión, la demandante expresó, ha tenido claridad sobre las condiciones y beneficios del régimen de ahorro individual.

Ahora bien, ante el eventual consideración que si hiciera sobre lo que fuera una pretensión de ineficacia, cuya declaración resultó fallida, debe indicarse que de cualquier orden respecto a la devolución de rendimientos de declararse quiere decir que de declararse ineficaz el traslado, el efecto natural de dicha declaratoria, implica que los recursos que se trasladen como rendimientos deben corresponder a los que generan las reservas de Colpensiones y no a los que se generan en el régimen de ahorro individual, pues no tiene sentido que si la afiliación no surtió efecto legal se obligue a trasladar rendimientos propios de este régimen.

Solicitó también a los honorables magistrados, revocar la decisión de instancia relativa, a la indexación de los valores objeto de la condena impuesta a mi representada, en la medida que igualmente se dispuso la devolución de rendimientos del capital que se encontraba en la cuenta individual del demandante y entonces, pues como bien se ha venido señalando, se determinó que no es viable, ordenar la indexación toda vez que con el traslado de los rendimientos financieros, se compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda.

Es por todo lo anterior que solicito respetuosamente al honorable tribunal revocar la sentencia de instancia, respecto de las condenas impuestas en contra de mi representada, muchas gracias.

cual está ingresando y por tanto solicita revocar el fallo de primera instancia. *(Exp. Digital: audio archivo 21, récord 36:35[3])*

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda (*Páginas 4 y 5, del archivo 01 expediente digital),* las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (*Páginas 2 a 4, ibidem),* aspirando de manera principal se declare la nulidad y/o ineficacia de la afiliación al RAIS en consecuencia se condene a Porvenir a realizar el traslado a Colpensiones del saldo de la cuenta de ahorro individual incluyendo aportes con sus respectivos rendimientos financieros, así como la devolución del porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, así mismo se ordene a Colpensiones a recibirla en el RPM y mantenerla como afiliada sin solución de continuidad, se condene en costas y agencias en derecho, derechos *ultra y extra petita*. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado, efectuado por la demandante del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad a partir del 9 de octubre de 1998, ordenando a la AFP PORVENIR S.A. a devolver o trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de CRUZ MAGRIBER GUTIÉRREZ GRISALES, los

[3] **APODERADO COLPENSIONES:** Dentro de la oportunidad procesal pertinente, me permito presentar el recurso de apelación en contra la sentencia emitida por este despacho, teniendo en cuenta como tal los alegatos de conclusión que se presentaron dentro del mismo, teniendo en cuenta como tal que la aquí demandante está solicitando un retorno al régimen de la RPM administrado por mi representada, teniendo en cuenta como tal que en este momento pues ya se encuentra una prohibición legal, la cual señala la Ley 797 del 2003, teniendo en cuenta como tal también la negligencia que se presentó por parte de la administradora de fondo de pensiones, en la cual se encuentra actualmente afiliada a la aquí demandante teniendo en cuenta como tal, que no se le informó de manera precisa y clara como lo señala el decreto 20 de 1994 en su artículo 12, haberle informado a la aquí demandante frente al proceso dentro del cual ingresaría en esa prohibición legal al momento de cumplir los 47 años de edad y que recaía como tal esa obligatoriedad por parte de esta administración de pensiones y que no cumplió como tal a cabalidad como lo informa la aquí demandante dentro de los interrogatorios de parte.

Téngase en cuenta como tal que mi representada nada tiene que ver como tal dentro de las afiliaciones que ha realizado la aquí demandante, teniendo en cuenta como tal que pretende trasladar nuevamente al fondo después de haber estado cotizando por más de 20 años en los fondos del RAIS, sin como tal tener en cuenta las consideraciones normativas que se presentan frente a la prohibición legal en la cual está ingresando y por tanto solicito respetuosamente al Tribunal Superior Sala Laboral de Bogotá, revocar el presente fallo de primera instancia en contra de mi representada. Gracias.

rendimientos y los bonos pensionales a que haya lugar, así como los gastos de administración, las comisiones, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades e indexados, así mismo le ordenó a Protección a transferir a COLPENSIONES los gastos de administración, las comisiones, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades, por el periodo que estuvo vinculado la demandante a dicha administradora, todos estos debidamente indexados, y a Colpensiones lo condenó a recibir a la actora en el RPM como si nunca se hubiere trasladado y corregir su historia laboral conforme a las semanas cotizadas en el RAIS.
Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada PROTECCIÒN no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía para con la demandante al momento del traslado, precisando dicha AFP no le explicó las consecuencias que conllevaba el cambio de régimen.

Pues bien, para resolver la controversia, es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002[4].

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 21 de octubre de 1964 *(Página 138, Archivo 01 expediente digital)*, por lo que la edad de 57 años, los cumplió el mismo día y mes del año 2021, procediendo a solicitar su traslado

[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".*

mediante la petición elevada ante COLPENSIONES, PROTECCION y PORVENIR el 27 de enero del 2023 *(Páginas 145 a 158 Archivo 01 expediente digital),* esto es, cuando ya había cumplido la edad para adquirir del 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 al sistema **114,57**[5] (*historia laboral válida para bono pensional Página 101, Archivo 11 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.

No obstante lo anterior, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende la demandante 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 **8 de octubre de 1998** con fecha de efectividad a partir del **9 de octubre de 1998** (págs. 74 y 78, *Archivo 11 expediente digital*), por afiliación que hiciera a Protección S.A., específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP y en el formulario de afiliación suscrito con esa AFP.

5

RESUMEN HISTORIA LABORAL

Nit/Patronal	Empleador	Novedad	Origen Información	Fecha Desde	Fecha Hasta	No.Días	Salario	Error/ observación
P 2018206078 - 13	AUDIO VISUAL CENTER Y CIA	LABORAL	TRADICIONAL	23/05/1983	30/11/1983	192	$9,480	
P 2016110355 - 13	RESTREPO VILLEGAS Y CIA LTD	LABORAL	TRADICIONAL	21/12/1983	23/08/1984	247	$11,850	
P 2016106844 - 13	AGUDELO PELAEZ OCTAVIO	LABORAL	TRADICIONAL	27/06/1985	24/06/1986	363	$17,790	
N 800072902	REALVIAJES S A	LABORAL	AUTOLIQUIDACION	13/02/1997	28/02/1997	16	$131,000	
N 800072902	REALVIAJES S A	LABORAL	AUTOLIQUIDACION	01/03/1997	30/06/1997	122	$172,005	
N 800072902	REALVIAJES S A	LABORAL	AUTOLIQUIDACION	01/07/1997	21/07/1997	21	$165,000	

EL NÚMERO DE SEMANAS REPORTADAS TANTO EN LA PANTALLA COMO EN EL SERVICIO SE CALCULA DE ACUERDO A LO INDICADO EN EL ARTÍCULO 4 DEL DECRETO 1748 DE 1995.

SUBTOTALES

HISTORIA HASTA 31/03/1994						HISTORIA TOTAL					
LABORADOS		LICENCIAS / MORAS		SIMULTANEOS		LABORADOS		LICENCIAS / MORAS		SIMULTANEOS	
Días	Semanas	Días	Semanas	Días	Semanas	Días	Semanas	Días	Semanas	Días	Semanas
802	114.57	0	0.00	0	0.00	961	137.29	0	0.00	0	0.00

TOTALES : LABORADOS-LICENCIAS-SIMULTANEOS DIAS: 802 SEMANAS: 114.57

TOTALES : LABORADOS-LICENCIAS-SIMULTANEOS DIAS: 961 SEMANAS: 137.29

El número de semanas se calculó con días calendario

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*[6], en los términos del artículo 1746 del Código Civil, ante la inexistencia de una norma distinta que de manera explícita regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico.

Al punto sostuvo la Corte (CSJ SL2877 de 2020):

> *«(…)*
> *De modo que al no existir una norma explícita que regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico en la legislación civil, acudió al aludido precepto relativo a las consecuencias de la nulidad, el cual consagra las mismas consecuencias de aquella. Dicha disposición establece:*
>
> *Artículo 1746. La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita (subrayas fuera de texto).*
>
> *En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.*
>
> ***Entonces, según la norma precedente, el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición.*** *En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia».*

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

> *«**1. La consecuencia de la inobservancia del deber de información: ineficacia del acto jurídico de cambio de régimen***
>
> *Al contestar la demanda, Colpensiones sostuvo que en este asunto no hay lugar a declarar la nulidad del traslado de la actora del régimen público de pensiones al privado, en la medida que no se demostró un vicio del consentimiento en la modalidad de error, fuerza o dolo.*
>
> *Ahora bien, el a quo declaró la nulidad de la afiliación de la demandante, pues, en su sentir, el «acto no existió y no puede causar ningún tipo de consecuencia, incluso desfavorable». En esa línea, condenó a Colfondos S.A. a devolver «todos los valores que hubiere recibido con motivo*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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[7], Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y en las

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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,*

"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.

> *el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.*
> ***Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego.*** *A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (…)»*.

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

Al punto sea del caso precisar, al absolver el interrogatorio de parte la demandante[8] refirió que se enteró que su traslado fue a PROTECCIÓN S.A. en el año 2022 por lo que nunca hubo una asesoría para vincularse a esa AFP, y si bien refirió conocer algunas características del RAIS, ello lo sabe debido a que para finales del año 2000 ingresó a trabajar a PORVENIR y allí le hicieron una inducción donde le explicaron todas las bondades de ese régimen, precisando ella como asesora de tal AFP era la encargada de visitar las empresas e incentivar a los afiliados a realizar un ahorro voluntario.

Conforme tal medio de prueba, y para resolver la alzada de PORVENIR baste con señalar y como ya se advirtió, 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 PROTECCION haya cumplido con su obligación de buen consejo, en tanto con sus dichos no se acredita de manera alguna que conociera las implicaciones del traslado de régimen.

[8] Audiencia 7 de septiembre del 2023, récord 21:10.

A más de lo anterior, se advierte frente a su vinculación laboral con PORVENIR como asesora, ello no prueba de forma alguna una asesoría o suministro de información por parte de PROTECCIÓN en el año 1998 pues conforme se ha venido señalando a lo largo de esta providencia el conocimiento de tal información **debe ser suministrada al momento en que se efectúa el traslado de régimen** a efectos de que tenga validez, en el sentido de que se trata de una decisión libre voluntaria y producto del conocimiento de sus implicaciones, circunstancias que a todas luces no pueden ser acreditadas con lo señalado por la actora en el interrogatorio quien fue muy clara en expresar que su conocimiento sobre el RAIS data del finales del año 2000 y el traslado de régimen mediante la afiliación a PROTECIÓN se dio el 8 de octubre de 1998 (*página 40 Archivo 9 expediente digital).*

Es por ello que, de lo relatado por la demandante no es posible colegir de forma alguna que haya confesado la recepción de una información, clara, oportuna y certera y muchos menos que PROTECCIÓN haya cumplido con su obligación de buen consejo, pues lo único que advierte la Sala es una labor de publicidad y promoción de los fondos privados donde se enfatizó en las supuestas bondades del RAIS y la posibilidad de recibir beneficios económicos por la decisión de vinculación que tomaran los potenciales afiliados, sin que en esa labor se tomará en cuenta la responsabilidad social que tenían las AFP desde su creación, iterándose, aunque la demandante adujo conocer aspectos como la existencia de los rendimientos financieros y la creación de la cuenta de ahorro individual, entre otras características de dicho régimen, de su versión resulta claro que es el **conocimiento que tiene a la fecha** lo cual no implica necesariamente que en 1998, le fue entregada esa misma información, como era deber de la administradora Protección.

Ahora, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que se refiere a la manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a PROTECCIÓN (página 36, archivo 9), este no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por esa demandada (Sentencias CSJ SL12136-2014 y CSJ SL1689-2019) y en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus,* pues la afiliación y el deber de información que acarrea

consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que brillan por su ausencia en el plenario.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el fondo de pensiones demandado (Protección S.A.) proporcionara a la afiliada una suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna información sobre las reales implicaciones de abandonar el régimen de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras. No obstante, 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 1998, cuando se produjo el traslado de la aquí demandante, la AFP PROTECCIÓN estaba en la obligación de informar a su futura afiliada sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, pero ello en el asunto no ocurrió o, por lo menos, no se acreditó.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PROTECCIÓN, omitió en el momento del traslado de régimen **(8 de octubre de 1998** con fecha de

efectividad a partir del **1° de octubre de 1998),** el deber de información para con la promotora de este juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es, relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia CSJ SL12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

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

Con relación al hecho de permanecer en el RAIS por mucho tiempo -20 años-, a la que se ha hecho referencia por COLPENSIONES en su apelación, esta Sala de decisión se permite señalar al impugnante, que como ya se refirió a lo largo de ésta providencia la información que se le debía suministrar a la demandante al momento de su traslado no fue acreditada por la AFP PROTECCIÓN, 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.

Tampoco incide el hecho que la demandante hubiese efectuado traslados entre AFP (*Página 99, Archivo 11 expediente digital),* en tanto ello no conlleva a que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en el RAIS, máxime si se tiene en cuenta que si bien se trató de traslados los mismos fueron dentro del mismo régimen de ahorro individual.

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

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

> *2003 para retornar a Colpensiones y no lo hizo, lo que a su juicio ratificaba su voluntad de continuar en el RAIS.*
>
> *Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.*
>
> *De modo que no es dable siquiera sugerir que los posteriores traslados entre administradoras pueden configurar un acto de relacionamiento capaz de ratificar la voluntad de permanencia en ellas, como se infiere de las decisiones de la Sala de Descongestión de esta Corte CSJ SL249-2022 y SL259-2022. Nótese que, conforme la perspectiva explicada, esa voluntad de permanencia en el RAIS es inane dado que no desvirtúa el incumplimiento del deber de información y además ubica la discusión en actuaciones que estarían respaldadas en un acto jurídico ineficaz, esto es, el del traslado inicial.*
>
> *Justamente lo anterior explica que la acción para demandar estos asuntos no sea la de nulidad -como también lo sugieren de forma equivocada aquellas providencias- sino la de ineficacia, en la cual, se reitera, lo relevante es determinar, sin más agregados, si la persona al momento de suscribir el acto de traslado de régimen pensional ha sido debidamente informada sobre las ventajas, desventajas y consecuencias de su traslado y permanencia en el RAIS.*
>
> *Por tanto, nuevamente se enfatiza que este es el precedente vigente y en vigor de la Sala de Casación Laboral de esta Corte, y recoge cualquier otro que le sea contrario, en especial el condensado en aquellas providencias».*

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

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

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

En ese orden, la ineficacia del traslado de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de 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[9] y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima por el tiempo en que la demandante estuvo aparentemente afiliada a esa administradora, por virtud del restablecimiento de las cosas a su estado inicial, todo ello con cargo a sus propias utilidades[10] y de manera indexada, como también la devolución por parte de PROTECCIÓN de los mismos conceptos (con excepción de los aportes) y la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, de tal manera se confirmará en su integridad la decisión de primer grado en este aspecto.

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

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

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

Ahora y en relación con los argumentos de apelación de PROTECCIÓN baste con señalar la Juez de primer grado no ordenó la devolución de algún tipo de seguro a cargo del Fogafin, pues lo que se ordenó devolver a cargo de esa AFP fueron: "*los gastos de administración, las comisiones, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales",* respecto de los cuales baste con señalar estos surgen como consecuencia de la afiliación, y en ese orden, al declararse la ineficacia del traslado, resulta claro que dichos

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

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 emolumentos no se hubiesen generado, razón por la cual es procedente la remisión de la totalidad de los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la demandante a Colpensiones (actual administradora del RPM). Así fue consignado en sentencia de la CSJ Sala Laboral SL 2914 del 22 de julio del 2020, en la que cita la del 8 septiembre 2008, radicado 31989, donde se dijo:

> *"Las consecuencias de la nulidad de la vinculación respecto a las prestaciones acaecidas no es plenamente retroactiva como lo determina la normatividad del derecho privado, la que no tienen cabida enteramente en el derecho social, de manera que a diferencia de propender por el retorno al estado original, al momento en que se formalizó el acto anulado, mediante la restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubieren dado o recibido, ha de valer el carácter tutelar y preservar situaciones consolidadas ya en el ámbito del derecho laboral ora en el de la seguridad social; en la doctrina es indiscutido que la nulidad del contrato de trabajo, no priva al trabajador del derecho a su remuneración; o que en materia de seguridad social, en el laboral administrativo, según el mandato expreso del artículo 136 del C.C.A. el trabajador o el afiliado de buena fe, tiene el derecho a conservar, sin deber de restituir las prestaciones que le hubieren sido pagadas.*
>
> *[…]*
>
> *La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C.,* ***esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.***
>
> *Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual,* ***ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.***
>
> *Las consecuencias de la nulidad no pueden ser extendidos a terceros, en este caso, a la administradora del régimen de prima media en el que se hallaba el actor antes de producirse la vinculación cuya nulidad se declara, de modo que no debe asumir por el sistema de pensiones sanciones derivadas de la mora en el pago íntegro del derecho pensional, obligaciones por las que sólo ha de responder a partir de cuándo le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada."*

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

> *"Conforme a lo establecido en sede de casación, fuerza concluir entonces, que debe declararse la ineficacia de la afiliación de la demandante al sistema pensional de ahorro individual, debiendo retrotraerse las cosas al estado en que se encontraban, es decir, como si ello no hubiera ocurrido, lo cual trae como consecuencia, (…) que el Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.* ***deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración*** *al Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, como en oportunidades anteriores lo ha*

> *dispuesto la Sala, pudiéndose traer a colación las sentencias CSJ SL17595-2017 y CSJSL4989-2018, donde se rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989 (…)".*

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

Así lo 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, atendiendo la apelación de PORVENIR en un caso similar al de autos en el que se resolvió lo atinente a la ineficacia de traslado, el órgano de cierre de esta jurisdicción, en providencia SL 3207, Radicación No. 83586 del 18 de agosto de 2020, indicó:

> ***«7. Consecuencias de la declaración de ineficacia.***

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

En lo que atañe a la excepción de prescripción interpuesta por COLPENSIONES[11], a favor de quien se surte la consulta (*páginas 46 y 47, Archivo 12*), 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 por el estudio de los puntos de apelación y habiéndose surtido el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, conforme las motivaciones que preceden, se adicionará conforme a lo expuesto y se confirmará la decisión de primer grado en lo demás.

SIN COSTAS en esta instancia.

En mérito de 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** 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.

---

[11] *Se estudia la excepción a favor de COLPENSIONES en virtud de la consulta, por haber sido oportunamente propuesta al contestar la demanda, la cual se tuvo por contestada mediante auto del 20 de agosto del 2023 (Archivo 15 expediente digital).*

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA