

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR YARA MONTAÑA RIBEIRO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES-, PROTECCIÓN S.A. Y OLD MUTUAL S.A. (SKANDIA) (RAD. 01 2019 00179 01).

Bogotá D.C. treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por la demandante y Skandia, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con el fin de resolver los recursos de apelación formulados por la demandante y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de Consulta en favor de esta última, contra la sentencia proferida por el Juez Primero (01) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 22 de julio de 2020 (CD folio 149, audiencia virtual concentrada artículos 77 y 80 del C.P.T, récord: 1:41:22, acta folios 150 a 154), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional de la demandante, señora YARA MONTAÑA RIBEIRO, identificada con la cédula 51.957.580 a través del fondo administrador, en este caso, sociedad demandada PROTECCIÓN S.A.

SEGUNDO: ORDENAR a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, autorizar el traslado de la señora YARA MONTAÑA RIBEIRO, en este caso, identificada con la cédula 51.957.580 al régimen de prima media con prestación definida conforme, también, lo expuesto en la parte motiva este pronunciamiento.

TERCERO: ORDENAR a SKANDIA S.A., trasladar los aportes efectuados por la demandante YARA MONTAÑA RIBEIRO identificada con la cédula 51.957.580 en el

régimen de ahorro individual con solidaridad, al régimen de prima media con prestación definida, junto con los rendimientos que se hubieren causado o bono pensional si hubiere lugar.

CUARTO: SIN COSTAS para las partes en la presente instancia.”

Inconforme con la decisión, los representantes judiciales de la demandante y COLPENSIONES interpusieron recurso de apelación, respectivamente.

Inicialmente, el apoderado de la parte actora se refiere únicamente a la absolución de la condena en costas a cargo de las demandadas, pues en su sentir, de forma objetiva, debieron imponerse las mismas a cargo de las AFP demandadas en tanto se opusieron a las pretensiones y fue por estas que se llevó a cabo el juicio¹ (CD folio 149, audiencia virtual concentrada artículos 77 y 80 del C.P.T, récord: 1:44:33, acta folios 150 a 154).

A su turno, el representante judicial de COLPENSIONES solicita la revocatoria de la providencia a partir de un análisis del caso en el que se tenga en cuenta que la accionante no probó que su afiliación estuviera viciada por error, fuerza o dolo. En subsidio de ello, pide se tenga en cuenta que los intereses moratorios se causan por el no pago de mesadas pensionales, mora en la que no ha incurrido esa entidad en tanto la demandante no ha adquirido el derecho² (CD folio 149,

¹ “Sí señor juez, con todo respeto, me aparto únicamente y exclusivamente de su decisión de no imponer costas a las demandadas, considero que de forma objetiva sí se deben imponer, además, porque desde un principio las demandadas SKANDIA y PROTECCIÓN, se opusieron a la totalidad de las pretensiones, ellas fueron las responsables de que el juicio se desarrollara durante todo este tiempo, una actitud distinta hubiese sido haber aceptado la falta de información que le dieron a la demandante, en esa medida, allanarse a las pretensiones sin necesidad de desarrollar el juicio, lo que en mi opinión, daría lugar a que no se le impusiera costas, sin embargo, impusieron oposición, inclusive, incurrieron en contradicciones ente lo dicho en la contestación de la demanda y los alegatos que aquí han presentado.

Entonces, en esa medida considero que sí debe resarcirse a la señora YARA, en la medida que fue por causa de ellos que tuvo que acudir a la justicia, por eso a SKANDIA y PROTECCIÓN se les debe poner costas. Respecto de COLPENSIONES, estoy de acuerdo, a COLPENSIONES no se le debe imponer ningún tipo de costas en esta situación. En esos términos, espero que la Sala Laboral acoja mis argumentos, exclusivamente, sobre la condena en costas a PROTECCIÓN y SKANDIA.

(JUEZ) Doctor Ricardo, precísele al despacho entonces si usted está en desacuerdo e interponer recurso, porque he hecho una manifestación para poder hacer el correspondiente pronunciamiento al final de la providencia.

APODERADO PARTE DEMANDANTE (1:44:15) Sí que pena, tiene toda la razón, por todo lo expuesto, interpongo recurso de apelación ante la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá para que estudie la posibilidad de imponer condena en costas a SKANDIA y a PROTECCIÓN. Muchas gracias.”

² “Gracias, interpongo recurso de apelación de la sentencia proferida el día de hoy 22 de julio, solicitando a los Honorables Magistrados revocar la decisión del juez de primera instancia, solicitando un nuevo análisis y un nuevo estudio del caso, contemplando que la accionante no probó que la afiliación fuera viciada por error, fuerza o dolo. De manera subsidiaria, también debido a la decisión desfavorable a mi representada y dando aplicación al artículo 141 de la ley 100 de 1993, en el que se estipula lo de los

audiencia virtual concentrada artículos 77 y 80 del C.P.T, récord: 1:42:48, acta folios 150 a 154).

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 YARA MONTAÑA RIBEIRO, en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas a folio 3, las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos expuestos a folios 3 a 4, aspirando se declare la nulidad o ineficacia de su traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. En consecuencia, se declare para todos los efectos legales que siempre estuvo afiliada al RPM ordenando el traslado de los aportes realizados a COLPENSIONES. Pide se impongan costas a las demandadas OLD MUTUAL (SKANDIA) y PROTECCIÓN. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones,** por cuanto se declaró la ineficacia el traslado de régimen pensional realizado por la actora a PROTECCIÓN, ordenando a OLD MUTUAL (SKANDIA), actual administradora de la demandante, la devolución de saldos de la cuenta de ahorro individual al Régimen de prima media con prestación definida junto con los rendimientos causados y el bono pensional si hubiere lugar, tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada PROTECCIÓN no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía con la demandante, al momento del traslado.

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

intereses moratorios, que los intereses moratorios se perciben de las mesadas pensionales dejadas de pagar. En este caso, COLPENSIONES no ha incumplido con el pago de las mesadas, pues este derecho no ha sido adquirido por la demandante. Gracias."

en vigencia de la Ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002³.

Así las cosas, a folio 10 milita copia de la cédula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 21 de septiembre de 1968, por lo que la edad de 57 años, los cumpliría el mismo día y mes del año 2025, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante Colpensiones (folios 33 a 35) y OLD MUTUAL (SKANDIA) (folios 29 a 31) el 24 de agosto de 2018, es decir, cuando le faltaban menos de diez años para cumplir la edad requerida para adquirir el derecho pensional –tenía 49 años-. De otra parte, no tenía la demandante 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con 126,21 semanas de cotización (folios 78 y 92, Historia Laboral Consolidada emitida por OLD MUTUAL (SKANDIA) y historia válida para bono pensional expedida por el Ministerio de Hacienda) equivalentes a 2,46 años, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante lo anterior, con fundamento en la ausencia del suministro de información, pretende la actora a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 17 de marzo de 1997 (folios 92, 118 y 119) específicamente, conforme la información consignada en el formulario de afiliación a PROTECCIÓN S.A., la historia laboral válida para bono pensional y el reporte SIAFP expedido por ASOFONDOS.

Así las cosas, frente a la ineficacia del traslado ya se ha pronunciado en múltiples ocasiones la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia,

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”.

reiterando que para el estudio de la procedencia de la misma, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando esta 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, la vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de

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

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011⁴, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y más

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“(...).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(…)

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

(…).

beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

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

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

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

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

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

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

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

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

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen, la demandante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la accionante en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues en manera alguna se encontró acreditado, siquiera de manera sumaria, que se le hubiera informado sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la demandante⁵, no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado al momento de la suscripción del formulario de afiliación, en tanto ni siquiera recuerda los detalles de la información dada cuando efectuó su traslado y para ese momento desconocía lo que era una cuenta de ahorro individual o las condiciones para pensionarse en el régimen de prima media.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (folio 119), plasmado en el formulario de afiliación a PROTECCIÓN, este no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la

⁵ Cd folio 149, récord 27:50. Audiencia virtual.

información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada. (Sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019).

Además, en cuanto al comunicado de prensa visto a folios 124, 125 y 126, es de anotar, la transcripción de normas legales allí consignadas no supe el deber de información idónea referido a lo largo de este proveído, pues lo que en el mismo se lee es la cita de normas relacionadas con la posibilidad de traslado, siendo el tema aquí en discusión absolutamente distinto a la oportunidad del traslado entre regímenes.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PROTECCIÓN S.A., omitió en el momento del traslado de régimen (17 de marzo de 1997, folio 119) el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL 12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

Es menester precisar, el hecho que la demandante hubiese efectuado varios traslados entre AFP (folios 24 y 118) 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 a folios 24 y 118, situación que por demás no es ni fue objeto de litigio. Frente al de traslado a diversas AFP memórese el pronunciamiento de la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia de radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011.

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 guardan relación con la información que se le debía suministrar cuando se trasladó de régimen, al respecto puede consultarse 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 del saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la actora, actualmente administrada por OLD MUTUAL (SKANDIA) (folio 118), junto con sus rendimientos, así como la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, debiendo confirmar la sentencia de primer grado en este aspecto.

Conviene precisar, en autos no tiene relevancia la financiación del sistema, o que la convocante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues basta con señalar, 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.

Frente a los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a los que se refiere la apoderada de COLPENSIONES en la alzada, entiende la Sala ello obedeció a un *lapsus linguae* por cuanto tal concepto no fue objeto de discusión en la litis y menos aún materia de condena en la sentencia impugnada.

En lo que atañe a la excepción de prescripción⁶ (fl. 140), 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 de ser la declaración de un estado jurídico, está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción, acogiendo esta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

⁶ Se tuvo por contestada la demanda de Colpensiones mediante auto del 14 de julio de 2020 (fol. 147)

Finalmente, respecto de las costas procesales objeto de apelación por parte de la parte actora, 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 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 totalmente desfavorable la sentencia de primer grado a las administradoras de pensiones PROTECCIÓN y OLD MUTUAL, lo atinente a derecho es que sea condenada en costas, por lo que se revocará la sentencia de primer grado en este aspecto.

Agotada la competencia de la Sala por el estudio de los puntos de apelación y habiéndose surtido el grado jurisdiccional de consulta, conforme las motivaciones que preceden, se modificará la decisión de primer grado, para disponer a las administradoras la devolución de los gastos de administración descontados durante el periodo que duró la afiliación con la demandante, además, con el fin de disponer que OLD MUTUAL (SKANDIA) se abstenga de descontar de los valores a retornar a COLPENSIONES, lo pagado por concepto de seguros de pensión de invalidez o de sobrevivientes.

SIN COSTAS en esta instancia, las de primera se revocan y quedarán a cargo de las demandadas PROTECCIÓN y OLD MUTUAL conforme lo expuesto.

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

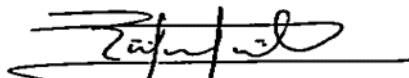
R E S U E L V E

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

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia, las de primera se revocan y corren a cargo de las demandadas PROTECCIÓN y OLD MUTUAL, conforme se analizó en la parte considerativa de esta sentencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR RITA ANGELA
MARTINEZ SANTACRUZ vs COLPENSIONES y PORVENIR S.A. (RAD. 03
2019 00112 01).**

Bogotá D.C., treinta (30) de octubre dos mil veinte (2020)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por parte de Colpensiones y la demandante (fls. 180, 181 y 189), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con el fin de resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de la AFP PORVENIR y de COLPENSIONES y el grado jurisdiccional de consulta en su favor, contra la sentencia proferida por el Juez Tercero Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 23 de junio del 2020 (Cd a folio 174, record: 1:42:59, acta a folio 175), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de la demandante RITA ANGELA MARTÍNEZ SANTA CRUZ, del régimen de prima media con prestación definida administrado por el otrora Instituto de Seguros Sociales hoy COLPENSIONES, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado, por ese entonces por PORVENIR S.A, realizado el 22 de abril de 1999 y con efectividad a partir del 1 de julio del mismo año, para entender válidamente vinculada a la demandante al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES. Todo conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a PORVENIR PENSIONES Y CESANTÍAS S.A, a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES todos los valores que recibió con motivo de la afiliación de la demandante, por concepto de cotizaciones obligatorias, voluntarias en el evento que las hubiese hecho, bonos pensionales en caso de encontrarse redimido, con todos

los rendimientos financieros que produjo ese dinero mientras estuvo en su poder. Todo conforme a la parte considerativa de esta providencia.

TERCERO: ORDENAR a la demandada COLPENSIONES, que acepte el traslado de los dineros provenientes de PORVENIR S.A. para que proceda a activar la afiliación del demandante como si nunca se hubiera trasladado del régimen de prima media con prestación definida, y así mismo, actualice la historia laboral de semanas cotizadas.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADA la excepción de prescripción propuesta por las demandadas.

QUINTO: CONDENAR EN COSTAS junto con las agencias en derecho a la demandada PORVENIR S.A., las cuales se tasan en la suma de \$1.500.000.

SEXTO: *En caso de no ser apelada la presente decisión por la demandada COLPENSIONES, CONSÚLTESE con el superior, en los términos del artículo 69 del código de procedimiento del trabajo y de la seguridad social.”*

Inconforme con la decisión la AFP PORVENIR interpuso recurso de apelación, señalando que al accionante se le dio la información conducente, tendiente a la afiliación o al traslado de régimen pensional, precisando pese a que solamente obra el formulario de afiliación, este documento era el que se tenía en cumplimiento de la norma legal para la data del traslado de régimen pensional, como el único documento válido para el traslado de régimen, asegurando la información contenida allí, fue la suministrada por la accionante y la voluntad de afiliación se manifestó en el formulario una vez lo firmó.

Indicó igualmente que la actora es una persona con total capacidad de obligarse frente al negocio jurídico que realizó, y pretender dar por no válida dicha afiliación después de tantos años de estar en el régimen de ahorro individual con solidaridad, es algo que va en contra de la norma vigente para la época del traslado, solicitando se revoque la decisión de primer grado¹. (Cd. fl. 174, record: 1:45:22)

¹ “Gracias señor juez, siendo la oportunidad pertinente, de manera respetuosa me permito interponer el recurso de apelación para que la Sala Laboral del Distrito Judicial de Bogotá, lo revoque íntegramente con fundamento en las siguientes premisas, que muy brevemente expondré.

Y es que, efectivamente al accionante se le dio la información conducente, tendiente a la afiliación o al traslado de régimen pensional con el fondo que represento y, si efectivamente no hay ningún otro documento, pese solamente al formulario de afiliación, pues, efectivamente este documento era el que se tenía en cumplimiento de la norma legal para la data del traslado de régimen pensional, como el único documento válido para el traslado de régimen. La información contenida allí, fue la suministrada por la accionante y efectivamente, la voluntad de afiliación la manifestó ella en el formulario una vez lo firmó.

Nos encontramos, señores magistrados, frente una persona con total capacidad de obligarse frente al negocio jurídico que realizó, y pretender dar por no válida dicha afiliación, después de tantos años de estar en el régimen de ahorro individual con solidaridad, pues, efectivamente es algo que va en contra de la norma

COLPENSIONES por su parte recurre la decisión expresando que la demandante se encuentra válidamente afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad, al haber suscrito el formulario de afiliación de manera libre y voluntaria, solicitando en el presente caso no se permita la inversión de la carga de la prueba, tal como lo señala la Corte Constitucional mediante la sentencia C- 086 del 2016, toda vez que se tiene que estudiar cada caso en concreto previo a decidir si procede o no esa inversión de la prueba, manifestando en el interrogatorio de parte rendido por la demandante, se evidenció que hizo manifestaciones frente a circunstancias que no resultaban posibles al momento de brindarse la asesoría, expresando no se demostró dentro del proceso la existencia de un vicio y por ende se debe declarar valida la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad.

En cuanto a la sostenibilidad del sistema, refiere este busca proteger derechos fundamentales de aquellos afiliados que sí han cotizado al régimen de prima media de manera constante desde el momento de su afiliación, razón por la cual, considera se tendría que ponderar derechos fundamentales de todos los afiliados versus el derecho fundamental de la demandante, quien libre y voluntariamente efectuó su traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, advirtiendo Colpensiones se vería obligada a reconocer una prestación pensional a pesar que han pasado más de 20 años sin que la demandante efectuare cotización alguna al régimen, sosteniendo esa circunstancia claramente genera que no se cuenten con recursos y por lo tanto se afecte la garantía constitucional de los afiliados que sí han venido cotizando de manera constante al fondo, generando una descapitalización de fondo común, aduciendo que fue por ello que la Corte Constitucional ha establecido esa prohibición que se encuentra en la ley 797 de 2003, la cual no permite el traslado entre regímenes a los afiliados que les faltaren menos de 10 años para adquirir la edad de pensión, tal como se encuentra la demandante, solicitando igualmente la absolución de Colpensiones.² (Cd. fl. 174, record: 1:46:51)

vigente para la época del traslado. En ese orden de ideas, solicito, señores magistrados, revoque la sentencia y absuelvan a mi representada de todas y cada una de las condenas, incluidas las costas. Muchas gracias.”

² “Muchas gracias su señoría, siendo esta la oportunidad procesal correspondiente, presento recurso de apelación contra la sentencia que se acaba de proferir, y le solicito a los Honorables Magistrados del Tribunal de manera respetuosa, revocarla excepto en lo que atañe al numeral quinto, en el cual no se condenó en costas a mi representada, en razón a las siguientes consideraciones.

Se reitera, tal como se manifestó en los alegatos de conclusión, que la demandante se encuentra válidamente afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad, al haber suscrito el formulario de afiliación de manera libre y voluntaria. Así mismo, le solicito a los Honorables Magistrados del Tribunal, que en el

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante, señora RITA ANGELA MARTINEZ SANTACRUZ, en éste proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de subsanación a folios 63 y 64 vto, las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos expuestos a folios 62 a 64, aspirando de manera principal se declare la nulidad e ineficacia de la vinculación al régimen de ahorro individual, en consecuencia se ordene a Porvenir S.A. trasladar a Colpensiones la totalidad de los dineros que se encuentren

presente caso no se permita la inversión de la carga de la prueba, tal como lo señala la Corte Constitucional mediante la sentencia C- 086 del 2016, toda vez que se tiene que estudiar cada caso en concreto previo a decidir si procede o no, la inversión de la carga de la prueba en este caso, toda vez que en el interrogatorio de parte rendido por la demandante, se evidenció que ella hizo manifestaciones frente a circunstancias que no resultaban posibles al momento de brindarse la asesoría y que así también lo notó al momento de proferir, o al momento de dictar las consideraciones frente a la sentencia que se acaba de proferir. Porque cómo resulta posible que la demandante manifieste que supuestamente, se iba a poder pensionar con menos de 1300 semanas cuando, tal como lo manifestó el juez esta circunstancia se procedió años después, o esta disposición de número de semanas, se estableció tiempo después de haberse efectuado la asesoría, o que la demandante reciba la asesoría por la AFP PORVENIR S.A.

Esta circunstancia le genera duda a esta apoderada, duda que solicito, la misma sea resuelta en favor de las aspiraciones de COLPENSIONES y, por lo tanto, debido a esta circunstancia que no genera claros cuál fue la información que se le brindó, o si, por el contrario, si se le brindó la información, solo que la demandante no la manifestó en el interrogatorio de parte. Solicito entonces, que no se de la inversión de la carga de la prueba y, por lo tanto, dado que no se demostró dentro del proceso la existencia de un vicio, pues, declarar válida de afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad. Así mismo, el juez con sus consideraciones manifiesta que no existe prueba de la afectación del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, porque hay que ponderarlo con los derechos fundamentales de la demandante, pero es importante señalar que este principio busca proteger derechos fundamentales de aquellos afiliados que sí han venido cotizando al régimen de prima media de manera constante desde el momento de su afiliación, razón por la cual, entonces, se tendría que ponderar derechos fundamentales de todos los afiliados versus el derecho fundamental de la demandante, quien, se reitera, libre y voluntariamente, efectuó su traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Así mismo, tal como lo señala el juez en sus consideraciones, se le impone una carga a COLPENSIONES pues, una vez la demandante acredite los requisitos, se vería obligada a reconocerle una prestación pensional a pesar que han pasado más de 20 años sin que la demandante efectuare cotización alguna al régimen que administra mi representada y por lo tanto, no se tuvo en cuenta la misma en el momento de efectuar el cálculo actuarial con miras a conocer en el futuro, una posible prestación pensional en el régimen que administra COLPENSIONES. Esta circunstancia claramente genera que no se cuenten con recursos y por lo tanto, se afecte la garantía constitucional de los afiliados que, tal como lo manifesté en precedente, sí han venido cotizando de manera constante al fondo, se generaría una descapitalización de fondo común y es por esto que la Corte Constitucional ha establecido esa prohibición, que se encuentra en la ley 797 de 2003, en la cual no permite el traslado entre regímenes, ya que los afiliados que le faltaren menos de 10 años para adquirir la edad de pensión, tal como se encuentra la demandante.

Finalmente, pues se le reitera a los Honorables Magistrados que efectivamente, COLPENSIONES no tuvo injerencia alguna al momento en que la demandante decidió libre y voluntariamente, su traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, por lo que no se pueden imponer cargas en contra de mi representada, tal como se está presentando en este caso. Siendo así las cosas, presento mi recurso de apelación, reiterando la solicitud de absolución hacia COLPENSIONES. Muchísimas gracias”

depositados en su cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos, comisiones descontadas por gestión administrativa y por pólizas de seguros a Colpensiones, como también que asuma las consecuencias económicas y legales por la falta de información, diligencia y oportunidad en la asesoría, derechos *ultra y extra petita*. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado realizado al RAIS, tras considerar que Porvenir no cumplió con la carga probatoria de demostrar que al momento de la afiliación suministró la información suficiente, por lo que declarada la ineficacia condenó a la AFP a retornar a Colpensiones los saldos de la cuenta de ahorro individual de la demandante.

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

Así las cosas, a folio 20 milita copia de la cedula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 22 de diciembre de 1961, por lo que la edad de 57 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2018, procediendo a solicitar su traslado mediante petición elevada ante Porvenir el 30 de abril del 2018 (fls. 71 y 72) cuando le faltaban menos de 10 años para adquirir la edad de pensión y ante Colpensiones el 13 de febrero de 2019 (fls. 73 a 78), es decir cuando ya había alcanzado la edad para adquirir el derecho 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

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

a los autos contaba con 499.43 semanas de cotización (fl. 109 vto) equivalentes a 9 años, 8 meses y 16 días, 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 en efecto lo aduce la recurrente Colpensiones.

No obstante lo anterior, con fundamento en la ausencia del suministro de información, pretende la actora a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad al RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 22 de abril de 1999 (fls. 21 y 108), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a PORVENIR y en esa medida, resulta procedente su estudio.

Así las cosas, debe precisarse, frente al tema en particular ya se ha pronunciado en múltiples ocasiones la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de justicia, reiterando que para el estudio de la procedencia de la ineficacia o nulidad del traslado, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando esta 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 integra al mismo afiliado, 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 y 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 2011⁴, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y más

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de

instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

recientemente en las sentencias SL 1421 de 2019, SL 1452 de 3 de abril de 2019 y 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 actora recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante, en los términos aquí referidos al momento de

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.

realizar el traslado de régimen pensional, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiera informado sobre las sus condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional, pues las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la accionante⁵, no acreditan de manera alguna que la promotora del juicio conociera las implicaciones de su traslado al momento de la suscripción del formulario de afiliación, pues tan solo aseguró que la información dada fue la relacionada con el hecho de que el ISS se acabaría, que podría pensionarse con un valor mayor y antes de la edad exigida por la Ley.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (fl. 21), plasmado en el formulario de afiliación a Porvenir, éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por esta demandada. (Sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019).

Además, en cuanto al comunicado de prensa visto a folios 130 y 131, es de anotarse, la transcripción de normas legales allí consignadas no supe el deber de información idónea referido a lo largo de este proveído, pues lo que allí se lee es la cita de normas relacionadas con la posibilidad de traslado, siendo el tema aquí en discusión absolutamente distinto a la oportunidad del traslado entre regímenes.

De igual forma, y para resolver las inconformidades expuestas en la alzada por COLPENSIONES, conviene precisar, en autos no tiene incidencia alguna la financiación del sistema, 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 que 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, aunado a ello tal aspecto no es objeto de debate en el caso de marras y escapa de la órbita de la competencia de la jurisdicción laboral.

⁵ Cd fl. 174, record: 18:14

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR omitió en el momento del traslado de régimen (22 de abril del 1999 fls. 21 y 108), 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, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL12136 del 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 alguna con la información que se le debía suministrar a la promotora del juicio 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 del saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la actora, junto con sus rendimientos y la activación de la afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida, tal y como lo indicó el a quo, de tal manera se prohijara la decisión de primer grado en este punto.

En lo que atañe a la excepción de prescripción (fl. 138⁶), 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 de ser la declaración de un estado jurídico, está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción, acogiendo ahora 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,

⁶ Por auto del 28 de febrero del 2020 se tuvo por contestada la demandada por parte de Colpensiones (fl. 172)

conforme las motivaciones que preceden, se confirmará la decisión de primer grado.

SIN COSTAS en esta instancia.

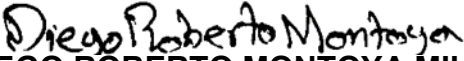
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

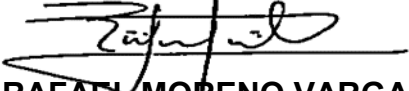
R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juez 3° Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las motivaciones precedentemente expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR LELIS DEL CARMEN
ARCHILA ESCORCIA vs COLPENSIONES, AFP PORVENIR S.A. y AFP
PROTECCIÓN S.A. (RAD. 03 2019 00338 01).**

Bogotá D.C., treinta (30) de octubre dos mil veinte (2020)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por parte de Colpensiones, la demandante y Porvenir (fls. 204, 205, 213 y 216 a 220), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con el fin de resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de la AFP PORVENIR y de COLPENSIONES y el grado jurisdiccional de consulta en su favor, contra la sentencia proferida por el Juez Tercero Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 30 de junio del 2020 (Cd a folio 200, record: 1:06:00, acta a folios 195 y 197), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de la demandante LELIS DEL CARMEN ARCHILA ESCORCIA, del régimen de prima media con prestación definida administrado por el otrora Instituto de los Seguros Sociales hoy COLPENSIONES, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado en su momento por COLMENA – PENSIONES Y CESANTÍAS hoy PROTECCIÓN S.A realizado el 25 de septiembre de 1995, con efectividad a partir del 1° de octubre del mismo año, así como los traslados horizontales realizados con posterioridad, y en especial, el de PROTECCIÓN a PORVENIR el 13 de septiembre del año 2001. Para entender válidamente vinculada a la demandante al régimen de prima media con prestación definida administrado hoy en día por COLPENSIONES. Todo conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a PORVENIR PENSIONES Y CESANTÍAS S.A, a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES-, todos los valores que recibió con motivo de la afiliación de la

demandante por concepto de cotizaciones obligatorias, voluntarias en el caso que las hubiese realizado alguna, bonos pensionales en caso de ya estar redimidos, y todos los rendimientos financieros que produjo ese dinero mientras estuvo en su poder.

TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES, que acepte el traslado de los dineros provenientes de PORVENIR S.A para que proceda a activar la afiliación del demandante como si nunca se hubiese trasladado del régimen de prima media con prestación definida, así mismo, que actualice su historia laboral de semanas cotizadas.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADA la excepción de prescripción propuesta por cada una de las demandadas.

QUINTO: CONDENAR EN COSTAS junto con las agencias en derecho a PROTECCIÓN S.A y PORVENIR S.A., las cuales se tasan, en la presente diligencia, en la suma de \$1.000.000 a cargo de cada una de ellas.

SEXTO: En caso de no ser apelada la presente decisión por la demandada COLPENSIONES, **CONSÚLTESE** con el superior, en los términos del artículo 69 del código de procedimiento del trabajo y de la seguridad social.”

Inconforme con la decisión la AFP PORVENIR interpuso recurso de apelación, en el sentido de no compartir la decisión de la condena en costas y agencias en derecho, aduciendo que no hizo parte del traslado del régimen de prima media al de ahorro individual, sino que el traslado se hizo fue entre las mismas AFP, por lo el deber de información de esta accionada era muy diferente al que se debía tomar al momento del traslado¹ (Cd. fl. 200, record: 1:08:53).

COLPENSIONES por su parte recurre la decisión expresando que la demandante efectuó su traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad de manera libre y voluntaria, circunstancia por la cual, no resultaría procedente efectuar una inversión de la carga de la prueba, toda vez que se tiene que analizar cada caso en concreto, aduciendo la parte demandante no logró demostrar la existencia de algún vicio en el consentimiento, razón por la cual se debe declarar que el mismo resulta ser completamente valido como también su afiliación a las AFP.

¹ “Señor juez, muchas gracias, sea la oportunidad procesal pertinente para presentar de recurso de apelación de manera parcial en contra de la sentencia proferida por el despacho, en especial lo que tiene que ver con la condenas impartidas a mi representada, en el sentido de que no se comparte la decisión establecida por el despacho cuando se le condena, especialmente a costas y agencias en derecho a mi representada, toda vez que si bien, dentro de la parte motiva de la sentencia se establece que a COLPENSIONES no se le condena a estos rubros por no haber participado en el traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual, siguiendo esta lógica establecida por el despacho, a PORVENIR tampoco se le debió condenar en constas ni agencias en derecho toda vez que tampoco hizo parte del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual, sino que hizo traslado entre AFP del régimen de ahorro individual. Por tanto, su obligación en el deber de información era muy diferente, así tendría que tomar el régimen de traslado. En ese sentido, solicito al Honorable Tribunal Superior de Bogotá en su Sala Labora, que se permita revocar la sentencia en esta condena. Muchas gracias señor juez.”

Señala que se debe tener en cuenta las actitudes de los afiliados dentro del Sistema General de Pensiones, tal como lo señala la sentencia de la Corte Suprema de Justicia SL-1413 del 2018 la que indica que existen comportamientos que denotan compromisos de pertenecer al régimen de ahorro individual con solidaridad, siendo en este caso justamente, el traslado horizontal que efectuó la demandante.

Finalmente refiere se debe tener en cuenta el principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, el cual busca proteger los recursos que se encuentran en el régimen de prima media para así garantizar de manera efectiva las pensiones o los reconocimientos pensionales de los afiliados que se encuentran en el régimen administrado por su representada, circunstancia con la cual se vería totalmente perjudicada al permitir que una persona que no ha cotizado más de 20 años en el régimen de prima media, como es el caso de la demandante, resulte beneficiarse de las condiciones propias del mismo y, por lo tanto considera con ello se genera no solamente una descapitalización del fondo común, sino una afectación a la garantía constitucional de los afiliados al régimen de prima media² (Cd. fl. 200, record: 1:10:54)

² “Siendo esta la oportunidad procesal correspondiente, presento el recurso de apelación en contra de la sentencia que se acaba de proferir y le solicito a los Honorables Magistrados del Tribunal, que revoquen la misma en razón a las siguientes consideraciones.

En primer lugar, se le pone de presente a los honorables magistrados que me aparto de las consideraciones esbozadas por el juez en la sentencia que se acaba de proferir, porque en este caso se presenta que la demandante efectuó su traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad de manera libre y voluntaria, circunstancia por la cual, no resultaría procedente efectuar una inversión de la carga de la prueba, toda vez que se tiene que analizar cada caso en concreto. Siendo así las cosas, le solicito a los Honorables Magistrados del Tribunal, que tengan en cuenta que en este caso, en el interrogatorio de parte, la demandante manifestó que efectuó su traslado sin obligación alguna, ningún tipo de coacción por parte de las AFP demandadas, motivo pues por el cual, o la razón resulta ser más que suficiente para no invertir la carga de la prueba y dado que la parte demandante no logró demostrar la existencia de algún vicio en el consentimiento, pues se deberá declarar que no existió o se deberá declarar, mejor, que el mismo resulta ser completamente valido y su afiliación a las AFP demandadas resulta ser completamente válidas.

Es importante manifestar, y le pongo de presente a los Honorables Magistrados, que no resulta procedente que en este caso se premie la negligencia de los afiliados regresando al régimen de prima media, cuando se evidencia que no ejercieron ningún tipo de gestión con miras a consultar su situación pensional. De este caso vemos como, por ejemplo, únicamente hasta el año 2019 la documental que se allegó con la demanda, la señora LELIS DEL CARMEN ARCHILA se acercó a las instalaciones de las AFP demandadas con miras a consultar su situación pensional, al igual que a las instalaciones de la entidad que represento, situación pues, que evidencia claramente la negligencia de la demandante, la cual no se le debería premiar al permitírsele su retorno al régimen de prima media, más aun, cuando incumplió sus obligaciones como consumidor financiero, que se encuentran establecidas en el decreto reglamentario 2555.

Es importante también señalar que hay que tener en cuenta las actitudes de los afiliados dentro del Sistema General de Pensiones, tal como lo señala la sentencia de la Corte Suprema de Justicia SL-1413 del 2018. En ella se señalan que existen comportamientos que denotan compromisos de pertenecer al régimen de ahorro individual con solidaridad, siendo en este caso justamente, el traslado horizontal que efectuó la demandante, pues ella misma en su interrogatorio de parte manifestó que le sugirieron efectuar su traslado a la AFP

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante, señora LELIS DEL CARMEN ARCHILA ESCORCIA, en éste proceso ordinario, las pretensiones relacionadas a folios 5 y 6, las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos expuestos a folios 6 y 7, aspirando de manera principal se declare la nulidad o invalidez del acta o formulario de afiliación suscrito con Colmena hoy Protección S.A, en consecuencia se condene a Porvenir (fondo al que actualmente se encuentra vinculada) realizar la devolución de los aportes al Régimen de Prima Media con prestación definida administrado por Colpensiones, derechos *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado realizado al RAIS, tras considerar que Protección antes Colmena no cumplió con la carga probatoria de demostrar que al momento de la afiliación suministró la información suficiente, por lo que declarada la ineficacia condenó a la AFP PORVENIR (fondo actual en el que se encuentra la actora) a retornar a Colpensiones los saldos de la cuenta de ahorro individual de la demandante, precisando que los traslados horizontales que se dieron entre diferentes AFP no convalidan ese deber de información que se debía dar a la actora.**

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

PORVERNIR y ella manifestó que estaba de acuerdo con tal circunstancia, por lo que ella consideraba que as características del régimen de ahorro individual con solidaridad le resultaban ser más beneficiosas a su situación pensional, circunstancia pues, que debe tenerse en cuenta como un consentimiento valido y una manifestación valida de su permanencia en el régimen de ahorro individual con solidaridad.

Finalmente, pues, COLPENSIONES presenta oposición, y le solicito a los Honorables Magistrados que tengan en cuenta que se proteja un principio constitucional que es el principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, en el mismo, se busca justamente proteger los recursos que se encuentran el régimen de prima media para así, garantizar de manera efectiva las pensiones o los reconocimientos pensionales de los afiliados que se encuentran en el régimen administrado por mi representada, circunstancia que se vería totalmente perjudicada al permitir que una persona que no ha cotizado más de 20 años, como es el caso de la demandante en el régimen de prima media, resulte beneficiarse de las condiciones propias del mismo y, por lo tanto, se genera no solamente una descapitalización del fondo común, sino una afectación a la garantía constitucional de los afiliados al régimen de prima media.

En estos términos dejo presentado mi recurso de apelación. Muchísimas gracias.”

más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002³.

Así las cosas, a folio 20 milita copia de la cedula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 13 de julio de 1963, por lo que la edad de 57 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2020, procediendo a solicitar su traslado mediante petición elevada ante Protección, Porvenir y Colpensiones el 27 de febrero del 2019 (fls. 29 a 30, 32 a 34 y 35 a 37), esto es, cuando le faltaban menos de 10 años para adquirir la edad de pensión y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1° de abril de 1994, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos contaba con 147.71 semanas de cotización (fl. 202⁴) equivalentes a 2 años, 10 meses y 14 días, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante lo anterior, con fundamento en la ausencia del suministro de información, pretende la actora a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad al RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 25 de septiembre de 1995 (fls. 28 y 130), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a COLMENA hoy PROTECCIÓN (*acepta hecho No. 4 fls. 6 y 122*) y en esa medida, resulta procedente su estudio.

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

⁴ Impresa para mayor claridad del expediente administrativo aportado por Colpensiones en medio magnético a folio 111.

Así las cosas, debe precisarse, frente al tema en particular ya se ha pronunciado en múltiples ocasiones la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de justicia, reiterando que para el estudio de la procedencia de la ineficacia o nulidad del traslado, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando esta 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 integra al mismo afiliado, 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 y de igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

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

Señalando la Corte, de acuerdo a la doctrina se le han adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del

buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un **traslado de la carga de la prueba** de la actora al fondo accionado PROTECCIÓN.

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

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

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

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

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

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

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

“Aquí falta la administradora a su deber de proporcionar una información completa, pues se incumple de manera grave si se plantea el valor de una eventual pensión a los sesenta años, sin advertir, que se trataba de una persona que ya tenía el derecho causado a los 55 años de edad, y que de todas maneras la posibilidad de tener una pensión en el fondo privado a los 60 años debía ser descartada de entrada para

quien como el actor, en su posición de potencial vinculado al Régimen de Ahorro Individual, su capital para gozar la pensión, era el de un bono pensional causado por sus servicios y cotizaciones por veinte o más años de trabajo, redimible a los sesenta y dos años, y el cual era el capital principalísimo, frente al que podía acumular mediante cotizaciones y rendimientos en los tres años que le faltaban para llegar a esa edad.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la

recientemente en las sentencias SL 1421 de 2019, SL 1452 de 3 de abril de 2019 y 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

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.

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 actora recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante, en los términos aquí referidos al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiera informado sobre las sus condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional, advirtiendo que ello no deviene probado del interrogatorio de parte de la demandante (Cd fl. 200, record: 12:34) en razón a que no se obtuvo confesión alguna en ese sentido, pues únicamente se limitó a explicar cómo fue la selección de la AFP PORVENIR y no sobre el traslado a Protección antes Colmena.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (fl. 28), plasmado en el formulario de afiliación a Colmena hoy Protección, éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no

fueron acreditados por esta demandada. (Sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019).

Además, en cuanto al comunicado de prensa visto a folios 184 y 185, es de anotarse, la transcripción de normas legales allí consignadas no suple el deber de información idónea referido a lo largo de este proveído, pues lo que allí se lee es la cita de normas relacionadas con la posibilidad de traslado, siendo el tema aquí en discusión absolutamente distinto a la oportunidad del traslado entre regímenes.

De igual forma, y para resolver las inconformidades expuestas en la alzada por COLPENSIONES, conviene precisar, en autos no tiene incidencia alguna la financiación del sistema, 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 que retornar al régimen de prima medica con prestación definida, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual del demandante, aunado a ello tal aspecto no es objeto de debate en el caso de marras y escapa de la órbita de la competencia de la jurisdicción laboral.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PROTECCIÓN omitió en el momento del traslado de régimen (25 de septiembre de 1995, fls. 28 y 130), 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, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL12136 del 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 alguna con la información que se le debía suministrar a la promotora del juicio 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.

De igual forma, es menester precisar, el hecho de que la demandante hubiese efectuado varios traslados entre AFP 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 (Historial de Vinculaciones fl. 130), situación que por demás no es ni fue objeto de litigio. Frente al de traslado a diversas AFP memórese el pronunciamiento de la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia de radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011⁶.

En ese orden, la ineficacia del traslado de régimen es procedente y en consecuencia el traslado del saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la actora, junto con sus rendimientos y la activación de la afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida, tal y como lo indicó el a quo, de tal manera se prohijara la decisión de primer grado en este punto.

En lo que atañe a la excepción de prescripción (fl. 105⁷), 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 de ser la declaración de un estado jurídico, está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción, acogiendo ahora ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

Finalmente, respecto de las costas procesales objeto de apelación por parte de la AFP PORVENIR, téngase en cuenta que el legislador nacional ha acogido el criterio objetivo, en virtud del cual, las costas corren siempre a cargo de la parte vencida en juicio, por así disponerlo el numeral 1º del artículo 392 del C.P.C, ahora artículo 365 C.G.P., el cual contiene el principio general, según el cual “se condenará en costas a la parte vencida en el proceso (...)”, sin consideración a su intención, razonabilidad de su discusión en el conflicto jurídico en litigio o su conducta en el trámite procesal, sino el hecho de haber sido vencido en juicio, por

⁶ “(...) 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 (...)”.

⁷ Por auto del 26 de febrero del 2020 se tuvo por contestada la demandada por parte de Colpensiones (fl. 193)

manera que al haber sido totalmente desfavorable la sentencia de primer grado a la parte demandada PORVENIR, lo atinente a derecho es que sea condenada en costas, como así lo definió el juez de primera instancia, iterando, la única valoración a tener en cuenta en este aspecto, es las resultas del proceso.

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

SIN COSTAS en esta instancia.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juez 3° Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las motivaciones precedentemente expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MARTHA MERCEDES PEREA ROBAYO CONTRA COLPENSIONES, AFP PORVENIR S.A. y OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS (RAD. 03 2019 00489 01).

Bogotá D.C., treinta (30) de octubre dos mil veinte (2020)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por parte de Colpensiones, Porvenir y la demandante (fls. 320, 321, 329 a 333 y 341 a 347), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con el fin de resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de la AFP PORVENIR y de COLPENSIONES y el grado jurisdiccional de consulta en su favor, contra la sentencia proferida por el Juez Tercero Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 11 de agosto del 2020 (Cd a folio 312, record: 1:33:09, acta a folios 313 a 315), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO de la demandante MARTHA MERCEDES PEREA ROBAYO del régimen de prima media con prestación definida administrada por la administradora colombiana de pensiones Colpensiones al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado en ese entonces por Porvenir S.A realizado el 28 de noviembre de 1997 con efectividad al 01 de enero de 1998, así como el posterior traslado horizontal que se dio entre Porvenir S.A a Skandia hoy Old Mutual el 06 de agosto del año 2012 todo conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a Old Mutual pensiones y cesantías S.A Skandia S.A a trasladar a la administradora colombiana de pensiones Colpensiones todos los valores que recibió con motivo de la afiliación a la demandante por concepto de cotizaciones obligatorias, voluntarias en el evento que se hubiesen realizado alguna, bonos pensionales en el caso de ya estar redimidos, y todos los rendimientos financieros que produjo ese dinero mientras estuvo en su poder.

TERCERO: ORDENAR a la administradora colombiana de pensiones Colpensiones que acepte el traslado de esos dineros provenientes de Old mutual S.A Skandia para que proceda a activar la afiliación de la demandante como si nunca se hubiese trasladado al régimen de prima media con prestación definida y actualice debidamente su historia laboral en semanas cotizadas.

CUARTO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción propuesta por las demandadas.

QUINTO: CONDENAR en costas junto con agencias en derecho a Porvenir S.A y Old mutual S.A en la suma de 1 000 000 pesos para cada una de ellas.

SEXTO: En caso de no ser apelada la presente decisión por la demandada Colpensiones CONSULTESE con el superior en los términos del artículo 69 del código procesal del trabajo y la seguridad social.”

Inconforme con la decisión COLPENSIONES recurre la decisión expresando que en casos como el presente se busca es un reconocimiento pensional, situación que afecta el principio de sostenibilidad financiera del sistema por cuanto la demandante efectuó su traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad a partir del año del 1998 siendo esta la fecha de efectividad del mismo, circunstancia que trae consigo que la demandante no haya efectuado cotización alguna al instituto colombiano de seguros sociales tal hoy es Colpensiones por un periodo superior a veinte años, precisando efectuar un reconocimiento pensional a futuro trae consigo una descapitalización del fondo común de aquellos afiliados que han venido cotizando de manera constante siendo este el argumento principal a través el cual Colpensiones sustenta la imposibilidad de permitir que afiliados que ya se encuentran inmersos en la previsión legal de traslado retornen al régimen de prima media.

Igualmente indica que no puede ser viable premiársele el retorno al régimen de prima media a un afiliado que demuestre negligencia y desinterés frente a su situación pensional. (Cd. fl. 312, record: 1:37:36)¹

¹ “Su señoría siendo esta la oportunidad procesal que corresponde y en lo que vuelve el apoderado de Porvenir tomo el uso de la palabra e interpongo recurso de apelación en contra de la sentencia que se acaba de proferir solicitándole de manera respetuosa a los honorables magistrados del tribunal absuelva a mi representada Colpensiones en razón a las siguientes consideraciones:

En primer lugar Colpensiones presentando oposición en el proceso en razón de que la sentencia que se profirió atenta en contra del principio de sostenibilidad financiera del sistema si bien el juez en sus consideraciones hizo mención que en el estudio de la sentencias de la Corte Constitucional se analiza es la situación de los traslados mas no de las ineficacias es importante señalar que en estas situaciones en ambos casos se busca un reconocimiento pensional por parte de mi representada, esta situación es la que afecta el principio de sostenibilidad financiera del sistema por cuanto en el presente caso la demandante efectuó su traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad a partir del año del 1998 siendo esta la fecha de efectividad del mismo, esta circunstancia trae consigo pues que la demandante no haya efectuado cotización alguna al instituto colombiano de seguros sociales tal hoy es Colpensiones por un periodo superior a veinte años esta circunstancia es la que genera que Colpensiones presente oposición por cuanto efectuar un

La AFP PORVENIR por su parte, manifiesta no se encuentra probada situación alguna que permita concluir o dar cuenta de que la voluntad la demandante está viciada de algún tipo de constreñimiento al momento que manifestó su traslado al régimen pensional, voluntad que ratificó con el traslado que realizó al momento que hizo su vinculación con la AFP Skandia, en tanto en su sentir son situaciones que permiten ver la convalidación que hace la persona de la voluntad que tiene primigenia de estar vinculada o no a un régimen pensional, considerando ello no se apreció de manera concreta en este caso concreto.

Aduce el deber de información para el año 1997 era diferente al que había tanto como en 2010 como el que se creó en el 2014 habida cuenta que el deber de buen consejo nace es con posterioridad y de acuerdo a lo que se establece en el artículo 15 del decreto 692 del año de 1994 no se creó un tipo de información calificada o de cual era ese tipo de consentimiento que debía tener la demandante potencial afiliada en su momento para vincularse o hacer parte del traslado de régimen pensional.

Finaliza expresando que al no acreditarse situación alguna que genere la ineficacia en el traslado de régimen pensional, tampoco se encuentra probada la situación fáctica que describe el artículo 365 del código general del proceso razón

reconocimiento pensional a futuro trae consigo una descapitalización del fondo común y una garantía constitucional de aquellos afiliados que han venido cotizando al fondo común de manera constante siendo este el argumento principal a través el cual Colpensiones sustenta la imposibilidad de permitir que afiliados que ya se encuentran inmersos en la previsión legal de traslado retornen al régimen de prima media más que todo en esta clase de procesos.

Así mismo es importante señalar tal como lo mencione en mis alegatos de conclusión que el permitir que un afiliado que demuestre negligencia y desinterés frente a su situación pensional frente a lo que respecta a mi representada Colpensiones como vimos dentro de este proceso únicamente hasta el año 2018 se acercó la demandante a las instalaciones de Colpensiones no debería premiársele con el retorno al régimen de prima media y más aún cuando se está desconociendo e incumpliendo obligaciones que son propias como consumidora financiera dentro del sistema general de pensiones, así mismo se declara la afectación en contra de mi representada toda vez que Colpensiones no tuvo ningún tipo de injerencia en el momento en que la demandante decidió libre y voluntariamente efectuar su traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, circunstancia que entonces le trae una carga a mi representada Colpensiones por cuanto tal como lo mencione en precedente lo obliga a efectuar a futuro un reconocimiento pensional en estos términos o en estas circunstancias afectando a su vez el principio de la relatividad contractual frente a terceros pues que no tuvieron injerencia alguna en este caso de las afiliaciones efectuadas por la demandante en el régimen de ahorro individual con solidaridad.

Siendo así las cosas le solicito muy respetuosamente a los honorables Magistrados del Tribunal revoquen la sentencia proferida y por lo tanto absuelvan a mi representada Colpensiones con razón a las argumentaciones expuestas muchísimas gracias.”

por la cual no es dable la condena en costas que se ha dado en el presente proceso (Cd. fl. 312, record: 1:37:36)²

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

² “Su señoría muchísimas gracias encontrándome dentro de la oportunidad procesal para el efecto me permito interponer recurso de apelación contra la sentencia proferida en la presente diligencia habida cuenta su señoría y con lo cual le solicito que se revoque todas y cada una de las condenas que han sido incoadas en contra de mi representada, sobre lo particular me permitiré hacer alusión a lo que corresponde a la ineficacia del traslado del régimen pensional a la declaratoria y a lo que corresponde a la condena en costas.

Sea lo primero manifestar su señoría que de acuerdo con lo que se pudo establecer en el presente trámite procesal su señoría, no se encuentra probada tal como lo manifesté en los alegatos de conclusión situación alguna que permita concluir o dar cuenta de que la voluntad la demandante está viciada de algún tipo de constreñimiento al momento que manifestó su traslado al régimen pensional por el contrario en su interrogatorio de parte manifestó o indico que si le asistía pues el deseo de trasladarse a mi representada voluntad que ratifico con el traslado que realizo al momento que hizo su vinculación con la AFP Skandia y pues que este apoderado como tal se aparta de la interpretación que dio el despacho al desconocer pues los efectos de ratificación que tiene en este acto, Habida cuenta que tal como lo ha manifestado la corte suprema de justicia en sentencia SL 52704 del año 2018 existen situaciones que permiten ver la convalidación que hace la persona pues de la voluntad que tiene primigenia de estar vinculada o no a un régimen pensional en ese sentido su señoría considero que no se apreció de manera concreta en este caso concreto.

Así mismo es de indicar que de acuerdo a lo establecido en el artículo 898 del Código de comercio se puede dar lugar a la ratificación de los actos que se celebran y que pudieron en alguna medida haber sido o estar viciados de ineficacia, en ese sentido pues se permite esa ratificación la cual se da con esa convalidación que realiza con ese traslado horizontal, así mismo en contrario de lo que manifiesta el despacho pues este apoderado se aparta al reconocer que en lo que corresponde al derecho o a la información y pues de manera clara en lo que corresponde a que en el año de 1997 año en que se dio la vinculación de la señora demandante con mi representada el deber de información era diferente al que había tanto como en 2010 como el que se creó en el 2014 habida cuenta que el deber de buen consejo nace es con posterioridad y de acuerdo a lo que se establece en el artículo 15 del decreto 692 del año de 1994 no se creó un tipo de información calificada o de cual era ese tipo de consentimiento que debía tener el demandante para este caso la señora demandada potencial afiliada en su momento para vincularse o hacer parte del traslado de régimen pensional.

Así mismo es de manifestar de que verificadas las situaciones particulares de ella al no ser beneficiaria del régimen de transición pues no le es tampoco aplicable, pues un régimen que hubiere sido más favorable para ella diferente a los dos que se encuentran en este momento en vigencia con lo cual es el traslado de régimen pensional no generaba per se, una situación de afectación en su mesada pensional, de habida cuenta de que la mesada se construye es con los aportes que se realicen de manera periódica , no con el solo acto de vinculación que realice a un determinado régimen pensional de ser así pues habría que reconocer de que no es que un régimen sea subsidiario del otro situación que no ha sido reconocida por ninguna de las altas cortes y por el contrario ha dicho que el propósito de la mesada o como tal del sistema general de pensiones no es fijar una mesada pensional establecida, es el cubrimiento de tres riesgos: vejez, invalidez y muerte los cuales se encontraron cubiertos para el caso concreto. Si había alguna y pues antes lo ha manifestado la corte suprema de justicia en salvamento de voto de la sentencia SL 1452 que no debería generarse algún reparo solo por el monto de la mesada pensional en la medida de que no es la fijación de esta tasa como tal de reemplazo que genera la ineficacia o no del traslado de régimen pensional sino lo que la genera es un constreñimiento a esa voluntad o esa libre selección de cuál es el régimen que se acomoda mejor a la persona.

Sea lo segundo indicar su señoría y pues encontrándose lo anterior no pues acreditada situación alguna que genere la ineficacia en el traslado de régimen pensional pues tampoco se encuentra probada situación, pues la situación fáctica que describe el artículo 365 del código general del proceso razón por la cual tampoco es dable la condena en costas que se ha dado en el presente proceso en ese sentido dejo sustentado mi recurso de apelación.”

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante, señora MARTHA MERCEDES PEREA ROBAYO, en éste proceso ordinario, las pretensiones relacionadas a folios 102 a 104, las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos expuestos a folios 104 a 106, aspirando de manera principal se declare la nulidad del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad o en subsidio la ineficacia, en consecuencia se condene a Old Mutual Pensiones y Cesantías (fondo al que actualmente se encuentra vinculada) realizar la devolución de los aportes, rendimientos y semanas cotizadas (sin incluir dentro de dicho traslado los gastos de administración y la comisión del seguro previsional) al Régimen de Prima Media con prestación definida administrado por Colpensiones, derechos *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones,** por cuanto se declaró la ineficacia del traslado realizado al RAIS, tras considerar que Porvenir no cumplió con la carga probatoria de demostrar que al momento de la afiliación suministró la información suficiente, por lo que declarada la ineficacia condenó a la AFP OLD MUTUAL (fondo actual en el que se encuentra la actora) a retornar a Colpensiones los saldos de la cuenta de ahorro individual de la demandante, ordenando a COLPENSIONES aceptar el traslado de esos dineros, precisando que los traslados horizontales que se dieron entre diferentes AFP no convalidan ese deber de información que se debía dar a la actora, al momento de su vinculación inicial.

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

³ En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 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

Así las cosas, a folio 45 milita copia de la cedula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 26 de septiembre de 1963, por lo que la edad de 57 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2020, procediendo a solicitar su traslado mediante petición elevada ante Colpensiones el 9 de octubre del 2018 (fl. 61), esto es, cuando le faltaban menos de 10 años para adquirir la edad de pensión y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1° de abril de 1994, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos contaba con 306.15 semanas de cotización (fl. 171) equivalentes a 5 años, 11 meses y 13 días, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante lo anterior, con fundamento en la ausencia del suministro de información, pretende la actora a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad al RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 28 de noviembre de 1997 (fls. 265 y 286), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a PORVENIR y el registro de ASOFONDOS –SIAFF- y en esa medida, resulta procedente su estudio.

Así las cosas, debe precisarse, frente al tema en particular ya se ha pronunciado en múltiples ocasiones la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de justicia, reiterando que para el estudio de la procedencia de la ineficacia o nulidad del traslado, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando esta 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 integra al mismo afiliado, 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

o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez”, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002”.

derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales y 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 2011⁴, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y más recientemente en las sentencias SL 1421 de 2019, SL 1452 de 3 de abril de 2019

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(…)

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

(…).

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

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

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

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

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

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

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen la actora recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante, en los términos aquí referidos al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiera informado sobre las sus condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional, advirtiendo que ello no deviene probado del interrogatorio de parte de la demandante (Cd fl. 312, record: 15:17) en razón a que no se obtuvo confesión alguna en ese sentido, pues únicamente se limitó a explicar que el asesor de la AFP PORVENIR le manifestó que dicha AFP tenía respaldo del grupo Aval y que por ende su pensión podía ser mucho mejor.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (fl. 286), plasmado en el formulario de afiliación a Porvenir, éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por esta demandada. (Sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019).

De igual forma, y para resolver las inconformidades expuestas en la alzada por COLPENSIONES, conviene precisar, en autos no tiene incidencia alguna la financiación del sistema, 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 que retornar al régimen de prima medica con prestación definida, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual del demandante, aunado a ello tal aspecto no es objeto de debate en el caso de marras y escapa de la órbita de la competencia de la jurisdicción laboral.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR omitió en el momento del traslado de régimen (28 de noviembre de 1997, fl. 286), 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, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL12136 del 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 alguna con la información que se le debía suministrar a la promotora del juicio 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.

De igual forma, es menester precisar, el hecho de que la demandante hubiese efectuado varios traslados entre AFP 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 (Ver formulario afiliación a Old Mutual fls. 193 y rta fl. 194), situación que por demás no es ni fue objeto de litigio. Frente al de traslado a diversas AFP memórese el pronunciamiento de la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia de radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011⁵.

En ese orden, la ineficacia del traslado de régimen es procedente y en consecuencia el traslado del saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la actora, junto con sus rendimientos y la activación de la afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida, tal y como lo indicó el a quo, de tal manera se prohijara la decisión de primer grado en este punto.

⁵ “(...) 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 lo que atañe a la excepción de prescripción (fl. 167⁶), 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 de ser la declaración de un estado jurídico, está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción, acogiendo ahora ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

Finalmente, respecto de las costas procesales objeto de apelación por parte de la AFP PORVENIR, téngase en cuenta que el legislador nacional ha acogido el criterio objetivo, en virtud del cual, las costas corren siempre a cargo de la parte vencida en juicio, por así disponerlo el numeral 1º del artículo 392 del C.P.C, ahora artículo 365 C.G.P., el cual contiene el principio general, según el cual “*se condenará en costas a la parte vencida en el proceso (...)*”, sin consideración a su intención, razonabilidad de su discusión en el conflicto jurídico en litigio o su conducta en el trámite procesal, sino el hecho de haber sido vencido en juicio, por manera que al haber sido totalmente desfavorable la sentencia de primer grado a la parte demandada PORVENIR, lo atinente a derecho es que sea condenada en costas, como así lo definió el juez de primera instancia, iterando, la única valoración a tener en cuenta en este aspecto, es las resultas del proceso.

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

SIN COSTAS en esta instancia.

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

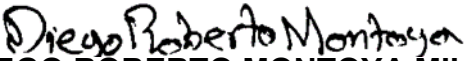
⁶ Por auto del 31 de julio del 2020 se tuvo por contestada la demandada por parte de Colpensiones (fl. 311)

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juez 3° Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las motivaciones precedentemente expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR LUIS EDUARDO CRUZ
BEJARANO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-
COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A. (RAD. 03 2019 00772 01).**

Bogotá D.C. treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia únicamente por COLPENSIONES (folios 162 a 164), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con el fin de resolver el recurso de apelación formulado por COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta, contra la sentencia proferida por el Juez Tercero Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 24 de agosto de 2020 (Audiencia virtual de trámite y juzgamiento, realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, CD folio 160, récord 1:14:59, acta folios 154 a 152), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado del demandante LUIS EDUARDO CRUZ BEJARANO, del régimen de prima media con prestación definida administrado por el entonces Instituto de Seguros Sociales hoy COLPENSIONES, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado, por ese entonces por PROTECCIÓN, realizado el 30 de enero 1996 y con efectividad a partir del 1 de febrero del mismo año, para entender válidamente vinculado al demandante en el régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, todo de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a PROTECCIÓN PENSIONES Y CESANTÍAS S.A, a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES todos los valores que recibió con motivo de la afiliación del demandante LUIS EDUARDO CRUZ BEJARANO, por concepto de cotizaciones obligatorias, bonos pensionales que se encuentren redimidos, con todos los rendimientos financieros que causo y produjo ese dinero mientras estuvo en su poder sin descuento alguno, todo conforme a la parte considerativa.

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, a aceptar el traslado de los aportes provenientes de PROTECCIÓN S.A., para que proceda a activar la afiliación del demandante como si nunca se hubiera trasladado del régimen de prima media con prestación definida, y así mismo, actualice la información de la historia laboral de semanas cotizadas.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADA la excepción de prescripción propuesta por las demandadas.

QUINTO: CONDENAR EN COSTAS junto con las agencias en derecho a PROTECCIÓN S.A., las cuales se tasan en la suma de \$700.000.

SEXTO: En caso de no ser apelada la presente decisión por la demandada COLPENSIONES, CONSÚLTESE con el superior en los términos del artículo 69 del código de procedimiento del trabajo y de la seguridad social.”

Inconforme con la decisión el apoderado de COLPENSIONES interpuso recurso de apelación solicitando se revoque en su integridad la providencia proferida por el *a quo*.

En sustento de ello, refiere, discrepa de la interpretación dada por el juzgador frente a las cargas de la AFP conforme las disposiciones vigentes, precisando, si bien en el formulario de afiliación suscrito por el actor no se evidencia la firma el empleador, lo cierto es que el artículo 12 del Decreto 692 de 1994, no hace referencia a este tipo de convalidaciones.

Considera no debe verificarse solamente la carga de la prueba, sino también debe tenerse en cuenta la buena fe con la que actúo la administradora, advirtiéndolo, en el interrogatorio de parte la representante legal de PROTECCIÓN, bajo la gravedad del juramento, afirmó que los asesores cumplieron con los diferentes deberes o requisitos legales para la época, y en esa medida, dice, lo que probatoriamente debió acreditarse fue un obrar de mala por parte de la AFP a efectos de verificar la inexistencia del traslado.

Por otra parte refiere, no se tuvo en cuenta que el demandante estaba pensionado o en trámites para adquirir el derecho pensional, razón por la cual, y de acuerdo a la postura del Tribunal Superior de Bogotá, vertida entre otras en la sentencia del 30 de julio de 2020 proferida dentro del proceso con radicación 32 2018 00240 01 en la que se distinguen las características entre afiliado y pensionado, no era posible acceder a la ineficacia, aunque en el interrogatorio refiriera que no realizó el trámite pensional, pues dice, eso no es consistente con las demás pruebas del expediente.

Finalmente, indica, si bien en los ordinales segundo y tercero de la providencia se disponen el traslado de todos los dineros, se está causando un perjuicio a Colpensiones por cuanto no se dispone su devolución debidamente indexada¹ (Cd folio 160, récord 1:17:30, acta folios 152 a 154).

¹ “Muchas gracias su señoría, en la oportunidad procesal pertinente, me permito presentar recurso de alzada para efectos de que la providencia efectuada por el honorable despacho, sea estudiada y revocada en su integridad por el cuerpo colegiado del Tribunal Superior de Distrito Judicial Sala Laboral de la ciudad de Bogotá, y sobre ello se tomará o se solicita se tenga en cuenta los cuatro aspectos esenciales que este apoderado ha de hacer mención.

Si bien es cierto, el despacho dentro de sus consideraciones hace alusiones sobre las diferentes cargas impositivas o imperativas que tengan las diferentes AFP desde el momento de la construcción de la misma, esto es, desde la ley 100 del 93, se hace alusión al mismo decreto 692 de año 94 y sobre ello, las diferentes características para efectos de realizar su traslado. Sobre el criterio que el despacho en primera instancia ha hecho uso, este apoderado discrepa por la interpretación que el mismo hace de la normatividad, ello por cuanto si bien es cierto, dentro del formulario de afiliación suscrito por el señor Luis no se observa la firma del empleador, lo mismo es que dentro de esta normatividad en cita, esto es dentro de su articulado número 12, no hace mención sobre las convalidaciones que se puedan efectuar en momentos de sus afiliaciones o su traslado, sobre ello justamente la misma normatividad hace una alusión que en 1 mes tuvo que haberse efectuado una comunicación por parte de la AFP y en contrario sensu que no existiera tal comunicación, se encontraría o se entendería por se efectivamente, que se cumplieron con todos los presupuestos mínimos para efectos de la validez del negocio y esto es, el traslado efectuado por el demandante en este caso el señor Luis. No obstante, al existir tal característica el despacho mantiene su postura en la cual efectivamente, al no existir tal circunstancia como es no tener la firma del empleador, debemos hacer una carga pero no solo una carga sobre el dinamismo de la prueba sino es una carga de un principio constitucional y ello es el principio de la buena fe. Sobre este principio de la buena fe, debe justamente acreditarse y sobre esto la misma jurisprudencia, las sentencias hito que ha hecho el juzgador en primera instancia no nos hace mención, y es justamente una carga dinámica frente a qué, efectivamente acreditar que las AFP conllevaron a todos sus característica o efectivamente llevaron al demandante por medio de X, Y o Z circunstancia para efecto de su traslado.

Acá lo que se está viendo es un caso particularísimo, es por el hecho que existe una normatividad que el despacho hace alusión, existe validación que la misma norma nos hace alusión, circunstancias por las cuales efectivamente la carga tiene que demostrarse efectivamente acreditar qué, una mala fe por parte de la AFP no obstante, dentro del interrogatorio que se le brindó por parte del CIES a la representante de PROTECCIÓN, esta manifestó bajo la gravedad de juramento, que efectivamente los asesores cumplieron con los diferentes deberes o requisitos legales para la época, por lo que efectivamente, aquí lo que tenía que haberse demostrado de forma argumentativa, de manera probatoria, era efectivamente cuál fue ese actuar malo por parte de la AFP y de los cualesuviésemos acudir para efectos de efectivamente acreditar que existiera o no existiera una ineficacia del traslado, no obstante, al no tener esta característica y es el primer punto que este apoderado no comparte, el despacho aun así considera que efectivamente la carga se invirtió y que efectivamente se acreditaron todos los presupuesto legales o más aun, jurisprudenciales para efectos del traslado, circunstancia que este apoderado comparte y reitera, no son los que hay de lugar para el caso. En segunda medida, si bien cierto el despacho nos hace alusión sobre los diferentes medios probatorios y de hecho, de las diferentes documentales que se aportaron, lo cierto es que no se tuvo en cuenta la que este apoderado hizo alusión dentro de sus alegaciones conclusivas y es que efectivamente, dentro de las diferentes actividades de las administradoras pensionales se demostró por parte de COLPENSIONES, esto es por medio

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 EDUARDO CRUZ BEJARANO, en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en la

del expediente administrativo, que efectivamente se allegó una documental y esta documental efectivamente acreditaba que el señor LUIS o estaba pensionado o estaba en trámites de un trámite pensional. Sobre ello, si bien es cierto debe tenerse en consideración por parte de este apoderado y entiende la postura que ha mantenido la jurisdicción, y ello solamente, mantener como un precedente vertical lo que emana la Corte Suprema de Justicia no obstante, dentro de las diferentes de los operadores judiciales, el Tribunal Superior de Distrito Judicial también es un ente llamado a imponer una serie de implicaciones a los diferentes operadores, y sobre ello simplemente haré una alusión de formas muy sucinta, ni siquiera sucinta, simplemente enunciar la sentencia 110019105320180024001, providencia del 30 de julio del año 2020, sobre ello, el magistrado ponente Diego Frenando Guerrero Osejo nos hace manifestación sobre las diferentes características pensionado-afiliado y qué pasa cuando una persona ya está solicitando un trámite pensional ante una administradora, y sobre esta misma circunstancia que nos señala en la ponencia, debemos entender específicamente para el caso, es imposible llevar o tener en consideraciones ¿qué? Que efectivamente el demandante pueda trasladarse a un fondo pensional, se entiende y este apoderado es consciente que el despacho dentro de la manera oficiosa, le hizo el interrogatorio al señor LUIS, en esta le preguntó si efectivamente había realizado un trámite pensional, contestó vehementemente no.

No obstante la documental, el mismo demandante hizo alusión, conoce la documental, conoce su respuesta y más aún, si puede existir el criterio en que efectivamente el señor LUIS es una persona que no tiene ningún en el término jurídico, no obstante debemos verificar es que la petición y solicitó esta que revise el Tribunal, dentro de la documental y esta es la petición del 11 de octubre del año 2019, la petición no la impuso como tal el señor LUIS, esta fue por medio del apoderado que acá se puede observar y podrá observar el tribunal, fue suscrita por el señor Alcides Cortés Torres, por lo que debemos entender que cuando COLPENSIONES dio sus respuesta, tenían todo el término legal para efectivamente negar o acreditar que efectivamente no existía ningún tipo de trámite pensional, no obstante se dejó pasar el tiempo ¿qué nos hace entender? Que primero, el auto está ejecutoriado y segundo, que lo que se ha dicho dentro de ese documento efectivamente es la realidad, para hoy día simplemente desconocer o no hacer manifestaciones al respecto, de lo que considera este apoderado, queda una gran incógnita ¿efectivamente qué está pasando acá? Porque no puede aludirse entonces, que COLPENSIONES saca documental y no se sabe y nadie aparte de todo, hace alusión contraria de esta. Sobre esa característica, debo hacer alusión justamente del acervo probatorio de los cuales considero el despacho, reitero y con todo el respeto que merece el despacho en primera instancia, no es el adecuado y de los cuales este apoderado ha de distar bajo las mismas características.

Si bien es cierto había dicho en pretérita oportunidad que iba a hacer cuatro pilares fundamentales para efectos del recurso, lo cierto es que van a ser tres, y ¿por qué? En vista de la necesidad de lo que se está observando acá y lo que está haciendo este apoderado, debo considerar un último de los cuales hace referencia el despacho en primera instancia y esto es; en el ordinal segundo y ordinal tercero de la providencia, nos señala primero que se condena a la AFP a trasladar todos los dineros desde el año 96 todos los diferentes rendimientos económicos no obstante, este despacho de primera instancia ya conoce la postura y seguramente el tribunal podrá conocerla, este apoderado siempre ha hecho mención y es en que las diferentes características en que efectivamente se está ocasionando un daño es a COLPENSIONES ¿por qué? Porque es que en la providencia se ordena la devolución de los diferentes valores o rendimientos económicos, pero es que es muy diferente un rendimiento económico a una indexación de la moneda, y es que el valor de la moneda del año 96 es muy distinto al valor de la moneda que va a ser del año 2020 al año 2021, dependiendo de la jurisdicción dependiendo de lo que vaya a acontecer de aquí a futuro, no se puede entender que simplemente PROTECCIÓN devuelva el dinero, pues este dinero tiene que venir debidamente indexado, es diferente un valor económico o una ganancia que se obtenga por invertir un dinero a simplemente, no permitir que la moneda pida su valor.

Sobre estas características, considero que efectivamente se ocasionó un daño y de las cuales, como se dijo en anteriores puntos, son las características de las cuales este apoderado no comparte la posición del despacho por las razones que se han dado. Bajo estos criterios su señoría de presente mi recurso de alzada. Muchísimas gracias."

demanda visibles a folios 34 y 35, las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos expuestos a folios 35 a 37, aspirando principalmente se declare la nulidad o ineficacia de su traslado efectuado del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS) administrada en este caso por PROTECCIÓN S.A., efectuado el 30 de enero de 1996, por existir engaño y asalto en su buena fe, induciéndole al error y viciando su consentimiento para que se trasladara. En consecuencia, se ordena a PROTECCIÓN retornarlo a COLPENSIONES junto con todos los valores recibidos como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses y rendimientos causados, disponiendo además a COLPENSIONES recibirlo y tenerlo como afiliado sin solución de continuidad desde el 21 de mayo de 1979. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró la ineficacia el traslado de régimen pensional realizado por el actor a PROTECCIÓN el 30 de enero de 1996, efectiva a partir del 1 de febrero siguiente, y se ordenó a esa AFP trasladar todos los valores recibidos como consecuencia del traslado del demandante como cotizaciones obligatorias, voluntarias, bonos pensionales de haberse redimido, junto con los rendimientos financieros e intereses causados. Además, le ordenó a COLPENSIONES activar la afiliación del actor como si nunca se hubiese trasladado de régimen y actualizar la historia laboral teniendo en cuenta los tiempos cotizados. Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada PROTECCIÓN no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía con el demandante al momento del traslado, en los términos esbozados por la Corte Suprema de Justicia en su línea jurisprudencial, particularmente en razón a que no se encontró evidencia que apuntara a demostrar que se le informó sobre los beneficios del régimen de transición del que era beneficiario por contar en esa data con más de 15 años de servicios.

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

antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002².

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía del demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 14 de mayo de 1957 (folio 33), por lo que la edad de 62 años, los cumplió el mismo día y mes del año 2019, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 11 de octubre de 2019 (folio 4) y a PROTECCIÓN el 22 de octubre siguiente (folio 12), esto es, cuando contaba con la edad requerida para adquirir el derecho pensional; sin embargo, contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994³-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba con 774.29 semanas de cotización (folios 88 y vto. y 145 a 147) equivalentes a 15,05 años, por lo que 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 aceptándose su traslado por parte de Colpensiones con fundamento en que *“la información consultada indica que ya se encuentra pensionado o en trámite de pensión, en el régimen de Ahorro Individual con Solidaridad”* (folio 11).

Conforme lo anterior, y aun cuando atendiendo sus circunstancias particulares el actor hubiese podido retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier momento, conservando el beneficio transicional previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, lo cierto es que ello no fue así pedido por en el libelo y aunque tal hecho fue puesto en conocimiento por la demandada PROTECCIÓN al contestar la demanda (folios 76 a 85), no se fijó el litigio entorno a esta temática, situación frente a la cual las partes no presentaron inconformidad alguna, por lo que resulta procedente el estudio del traslado de régimen pensional y la conservación del beneficio transicional con base en la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen, desde luego si hay lugar a declararla.

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

³ Era trabajadora del sector privado.

En tal sentido, 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 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 30 de enero de 1996 (folios 30, 86 y 87) específicamente, conforme a la información registrada en el formulario de afiliación a PROTECCIÓN S.A. y el reporte SIAFP expedido por ASOFONDOS

Así las cosas, frente a la ineficacia del traslado ya se ha pronunciado en múltiples ocasiones la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, reiterando que para el estudio de la procedencia de la misma, según sea el caso, 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, la vigilancia, y el deber de información, último que

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

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011⁴, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y más

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“(…) Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen

“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.

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 promotor del litigio recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información al actor en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiera informado sobre sus condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional, además de esto, en el interrogatorio de parte la representante legal de PROTECCIÓN (Audiencia realizada el 24 de agosto de 2020, récord 11:42), solo indicó que brindaron información completa al afiliado, sin hacer más precisiones al respecto.

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por el demandante⁵, no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado al momento de la suscripción del formulario de

⁵ Audiencia realizada el 24 de agosto de 2020, récord 20:26

afiliación, en tanto se limitó a indicar que el asesor le dijo que se acabaría el Seguro Social.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (folio 30), plasmado en el formulario de afiliación a PROTECCIÓN, este no constituye en manera alguna medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada. (Sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019).

Además, en cuanto al comunicado de prensa visto a folios 112 a 114, es de anotarse, la transcripción de normas legales allí consignadas no supele el deber de información idónea referido a lo largo de este proveído, pues lo que allí se lee es la cita de normas relacionadas con la posibilidad de traslado, siendo el tema aquí en discusión absolutamente distinto a la oportunidad del traslado entre regímenes.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión, la demandada COLFONDOS omitió en el momento del traslado de régimen (30 de enero de 1996, folio 30), el deber de información para con el promotor del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es, omitiendo 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 SL 12136 de 2014, ello deriva en la 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, si bien al demandante mediante comunicación del 28 de septiembre de 2019 (folio 52 y 53) se le informó sobre el reconocimiento de una pensión de vejez por Garantía de Pensión Mínima a partir del 1 de octubre de 2019, lo cierto es que el 22 siguiente es cuando eleva la solicitud de traslado de régimen (folio 12) respecto a la cual, el 25 de octubre de ese mismo año, PROTECCIÓN manifestó (folios 107 y 108):

“(…)

De acuerdo con lo anterior, usted se encuentra dentro de la limitante de que trata el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificada por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, toda vez que a la fecha cuenta con 62 años, y la edad de pensión para los hombres establecida por ley es 62 años, situación que impide retornar al Régimen de Prima Media- RPM con Prestación Definida en los términos de la citada norma.

Sin embargo, por otro lado; aparentemente reúne los presupuestos establecidos en la sentencia SU 062-10, de acuerdo con la información que reposa en la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y en la página SIAFP (Sistema de Información de los Afiliados a las Administradoras de Fondos de Pensiones), por el pago de reserva comprendida entre octubre de 1979 hasta marzo de 1984, dado que para la entrada en vigor del Sistema General de Pensiones usted había cotizado más de 15 años.

De acuerdo a la anterior, es procedente efectuar el traslado de salida de Protección a Colpensiones, ya que cumple con los presupuestos legales y jurisprudenciales.

Para efectuarse el traslado es necesario que, radique la solicitud de traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida en la Vicepresidencia de Servicio al Ciudadano de la respectiva seccional de Colpensiones, anexando fotocopia de la cedula una carta dirigida al Departamento Nacional de Afiliación y Registro donde informe que se acoge a la sentencia SU062 de 2010 y solicite que dicho traslado sea reportado a nuestra AFP Y validadas las emanadas ante la OBP y SIAFP.

Será Colpensiones quien se encargue de contactarnos para dar inicio al proceso, esto de acuerdo con los lineamientos de la circular 019 de 1998 y la Ley 797 de 2003 (...)” (Negrilla y Subrayas de la Sala).

Nótese en dicha comunicación, pese a ser posterior al referido reconocimiento pensional, ninguna mención hace sobre la misma. Adicionalmente, pese al otorgamiento de la prestación, el demandante continuó efectuando aportes al sistema según se advierte de la historia laboral expedida por PROTECCIÓN (folios 96 a 106) generada el 9 de marzo de 2020⁶, en la que aparecen cotizaciones hasta el periodo enero de 2020 (folio 106 vto.) y según lo aseveró el actor al absolver el interrogatorio de parte, no recibe pensión porque no la solicitó, ni firmó ningún documento para recibir la misma.

Además, pidió su traslado a COLPENSIONES el 11 de octubre de 2019 (folio 4), esto es, también de forma posterior al documento de reconocimiento pensional, la cual le fue resuelta de manera desfavorable en esa misma fecha (folio 11).

⁶ Mes en el que se da contestación a la demanda por parte de PROTECCIÓN.

De tal recuento, para la Sala, puede evidenciarse la intención del actor de no ostentar la calidad de pensionado, aunado a que las mesadas pensionales no han sido cobradas por este, o por lo menos al plenario no se allegó constancia de ello, anotándose además, la demandada PROTECCIÓN a lo largo de su escrito de contestación ni siquiera se refiere a pensión alguna reconocida al convocante del litigio.

Bajo tales derroteros, a juicio de esta Sala de decisión, en la realidad el demandante nunca perdió su calidad de afiliado, siendo la comunicación de 28 de septiembre de 2019 un documento meramente formal que no surtió ningún efecto pues tácitamente no fue aceptada por el actor, tanto así que siguió realizando aportes al sistema, por lo que esa situación, en manera alguna impide acceder a la ineficacia del traslado de régimen, pues aunado a que el demandante cuenta con más de 15 años de servicio a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, es beneficiario del régimen de transición y los saldos se encuentran en la cuenta de la AFP, es claro que no era su intención pensionarse en el régimen de ahorro individual.

En ese orden, la ineficacia del traslado de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado del saldo existente en la cuenta de ahorro individual del actor, actualmente administrada por PROTECCIÓN, junto con sus rendimientos, así como la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, debiendo confirmar la sentencia de primer grado en este aspecto.

Aquí conviene precisar, en autos no tiene incidencia alguna la financiación del sistema, o que el demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues basta con señalar en este punto, que no se está avalando el tránsito de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva que 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.

Frente a lo manifestado por el apoderado de COLPENSIONES, respecto a la necesidad de ordenar la devolución de los recursos debidamente indexados, ya que no fue de esta manera dispuesta por el *a quo*, valga señalar, tal solicitud no luce procedente por cuanto la indexación no hizo parte de las aspiraciones del libelo introductorio, ni fue un concepto respecto del cual la entidad hiciera manifestación alguna dentro de su contestación, por tanto, su procedencia fue un aspecto excluido del objeto del litigio.

En lo que atañe a la excepción de prescripción (folio 136⁷), 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 de ser la declaración de un estado jurídico, está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción, acogiendo ahora esta 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, conforme las motivaciones que preceden, se confirmará la decisión de primer grado.

SIN COSTAS en esta instancia.

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

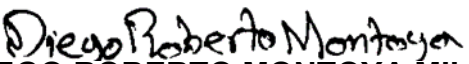
R E S U E L V E

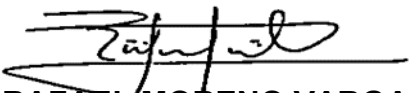
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

⁷ Por auto del 14 de agosto de 2020 (folio 150) se tuvo por contestada la demanda por parte de Colpensiones.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR BLANCA YOLANDA
SUAREZ PAEZ vs COLPENSIONES, AFP PORVENIR S.A. y AFP
PROTECCIÓN S.A. (RAD. 03 2019 00891 01).**

Bogotá D.C., treinta (30) de octubre dos mil veinte (2020)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por parte de Colpensiones, Porvenir y la demandante (fls. 159, 160, 168 a 172 y 174), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con el fin de resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de la AFP PORVENIR y de COLPENSIONES y el grado jurisdiccional de consulta en su favor, contra la sentencia proferida por el Juez Tercero Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 10 de septiembre de 2020 (Cd a folio 154, record: 1:35:30, acta a folios 195 y 197), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de la demandante BLANCA YOLANDA SUÁREZ PÁEZ, del régimen de prima media con prestación definida administrado por el otrora Instituto de Seguros Sociales hoy COLPENSIONES, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado, en su momento por COLMENA S.A., hoy PROTECCIÓN S.A., realizado el 31 de mayo de 1995 con efectividad a partir del 1 de junio del mismo año, así como el traslado horizontal que se realizó posteriormente a PORVENIR el 22 de octubre de 1999, para entender válidamente vinculada a la demandante en el régimen de prima media con prestación definida administrado por hoy en día por COLPENSIONES.

SEGUNDO: CONDENAR a PORVENIR PENSIONES Y CESANTÍAS S.A, a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que recibió con motivo de la afiliación de la demandante, por concepto de cotizaciones obligatorias, bonos pensionales en el caso de que ya se encuentren redimidos y todos los rendimientos financieros que produjo ese dinero mientras estuvo en su poder sin descuento alguno. Todo conforme a la parte considerativa de esta providencia.

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, que acepte y reciba el traslado el traslado de esos dineros provenientes de PORVENIR S.A para que proceda a activar la afiliación de la demandante como si nunca se hubiera trasladado del régimen de prima media con prestación definida, y así mismo, actualice la historia laboral de semanas cotizadas.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADA la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, conforme a la parte considerativa de esta providencia.

QUINTO: CONDENAR en **COSTAS** junto con las agencias en derecho a las demandadas PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., las cuales se tasan en la suma de \$1.500.000 para cada una de ellas.

SEXTO: En caso de no ser apelada la presente decisión por la demandada COLPENSIONES, **CONSÚLTESE** con el superior en los términos del artículo 69 del código de procedimiento del trabajo y de la seguridad social.”

Inconforme con la decisión la AFP PORVENIR interpuso recurso de apelación, aduciendo, la línea jurisprudencial frente a aspectos fácticos, no puede aplicarse al caso de la demandante toda vez que toda la misma hasta el momento se ha referido a personas que incluso por su edad, son beneficiarias del régimen de transición, por lo que en su sentir ello conlleva a que no se esté hablando de una doctrina legal probable al respecto para el caso concreto de la demandante, y que sí va a adoptarse o considerarse el caso en particular para el momento del traslado de régimen. por la densidad de semana que tenía la demandante, un poco más de 240 y su edad, no puede indicarse que le haya sido perjudicial ese traslado de régimen, pues no se encontraba bajo ninguna prohibición legal, estaba en la total libertad que la ley 100 de 1993 le otorgaba para trasladarse de régimen, y así lo hizo, suscribiendo un formulario de afiliación y un anexo que no puede verse como un escrito adicional, teniendo en cuenta que al ser un documento adicional, es un medio probatorio que da consentimiento o que da credibilidad que recibió información al momento de trasladarse de régimen.

Razones por las cuales expresa no debió declararse la ineficacia del traslado porque se cumplió con los requisitos legales que en su momento exigía la ley para acreditar, ya sea en su momento documental o voluntad por escrito del afiliado, ese traslado de régimen. (Cd. fl. 154, record: 1:37:49)¹

¹ “Gracias su señoría, de manera respetuosa interpongo recurso de apelación en contra de la decisión emitida por el despacho teniendo en cuenta las siguientes consideraciones.

El fallador de primera instancia, si bien realiza un análisis exhaustivo respecto de la línea jurisprudencial de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia para el caso en concreto, el cual acontece frente a la pretensión de ineficacia del traslado de régimen, si bien es claro que dentro del mismo, evidentemente, considerando la falta de información al momento del traslado de parte de COLMENA posteriormente con PORVENIR, el que

COLPENSIONES por su parte recurre la decisión expresando que nunca se pudo observar en primera instancia que se hubiese supeditado a la voluntad de la accionante específicamente que a ella se le hubiese informado en qué calidad se pudiese haber trasladado, en que época pudiera obtener una mesada pensional, cuáles iban a ser las diferentes categorías, solicitando la decisión de primer grado

los medios probatorios allegados no satisfacen ese deber de información conlleva a declarar esa consecuencia de la ineficacia en el traslado.

Considerablemente, frente a las argumentaciones realizadas por el fallador de primera instancia, propio es que, si bien existe una línea jurisprudencial que en ningún momento se desconoce, también, respecto de criterios expuestos incluso de sentencias de tutela que últimamente ha fallado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, para adoptar una línea jurisprudencial es propio que no solamente se esté hablando de la misma pretensión, esto es, nulidad e ineficacia del traslado, sino que adopte los mismos supuestos fácticos y, como en su momento se pronunció en los alegatos de conclusión, claro es que esa línea jurisprudencial frente a aspectos fácticos, no puede aplicarse al caso de la demandante toda vez que toda la línea jurisprudencial en materia de casación que se ha referido hasta el momento, han sido de personas que incluso por su edad, son beneficiarias del régimen de transición.

Ello conlleva de que no estemos hablando de una doctrina legal probable al respecto para el caso concreto de la demandante, y que sí va a adoptarse o considerarse el caso en particular para el momento del traslado de régimen. Considerando también, que al momento de traslado de régimen por la densidad de semana que tenía la demandante, un poco más de 240 y su edad, no puede considerarse al momento que le haya sido perjudicial ese traslado de régimen, no se encontraba bajo ninguna prohibición legal, estaba en la total libertad que la ley 100 de 1993 le otorgaba para trasladarse de régimen, así lo hizo, suscribió un formulario de afiliación y no solamente eso, suscribió un anexo que, a criterio de este apoderado, no puede verse como un escrito adicional como se menciona en las consideraciones del fallo teniendo en cuenta que al ser un documento adicional, es un medio probatorio que da consentimiento o que da credibilidad o que de que recibió información al momento de trasladarse de régimen, en su momento, con la AFP colmena y si propio es que se está adoptando un criterio de buena fe conforme al artículo 83 de la Constitución Nacional, respecto a lo que menciona la parte demandante en su interrogatorio de parte, en el escrito de demanda, propio es que también debe aplicarse para las administradoras de pensiones y, si se va a ajustar propiamente a criterios como el artículo 61 de Código Procesal de Trabajo frente al análisis de los medios probatorios, al referirnos a los mismos vemos que, con el formulario de afiliación, el escrito adicional respecto a ese anexo del formulario de afiliación que reposa folio 96, es evidente que se cumple con ese deber de información al momento del traslado de régimen, evidentemente, considerando el deber de información que le asistía en su momento a COLMENA y posteriormente a PORVENIR.

En ese sentido, no debió declararse la ineficacia del traslado porque se cumplió con los requisitos legales que en su momento exigía la ley para acreditar, ya sea en su momento documental o voluntad por escrito del afiliado, ese traslado de régimen. Más aun cuando considerando criterios legales como el artículo 271 de la ley 100, donde incluso advierte a las administradoras de pensiones que no pueden negarse a la vinculación de ningún afiliado a la seguridad social propiamente. En ese sentido, sí existen una serie de criterios que ponen en consideración a mi representada al momento de traslado, ya sea de régimen horizontal frente a la demandante.

En ese sentido, considerando que se adopta de manera principal la línea de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, por los anteriores argumentos considerados, no es propio al caso concreto considerarse que deba aplicarse de manera unánime, teniendo en cuenta que los aspectos fácticos son diferentes y ese criterio importante para el momento de considerar si le era o no perjudicial ese régimen. Vemos en sentencias como la 31989 del 2008, estamos hablando de un contexto muy diferente cuando el demandante incluso contaba con la edad de pensión o incluso un derecho adquirido como las semanas cuando realizó el traslado de régimen, propiamente sí puede hablarse de una afectación directa a su situación pensional, en el caso de la demandante esto no ocurre y frente a adoptar las sentencias de tutela, si bien es respetable la decisión adoptada por el fallador de primera instancia, hay que recordar que la aplicación de la acción de tutela o las sentencias de acciones de tutela es inter partes, no frente a un criterio de que tengan que asumirlo de efecto erga omnes frente a los demás falladores.

En ese sentido, su señoría, propio es que considero que se conceda el recurso de apelación argumentado y le solicito a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, se revoque en su integridad la decisión emitida. Gracias.”

por cuanto por favorecer a un demandante se está causando un daño antijurídico es a una administradora pensional, en este caso COLPENSIONES, pues el fin de procesos de ineficacia no es obtener un traslado, acá lo que se pretende es el reconocimiento prestacional a futuro y si bien es cierto, se puede dar una restitución del dinero, hasta qué punto va a tener que sufragar COLPENSIONES entonces con su propio patrimonio y con las cotizaciones de las demás personas que sí han estado cotizando siempre al régimen de prima media, tendrán que establecerse para efectos de sufragar los gastos de una persona que a la fecha y después de 24 años no le gusta lo que ve en su situación pensional. (Cd. fl. 154, record: 1:44:31)²

² “Muchas gracias su señoría, con todo el respeto me permito impetrar en la oportunidad procesal pertinente, el recurso de alzada para efectos que sea estudiado y revocado por la Sala del Tribunal Superior del Distrito Judicial en Bogotá, el fallo proferido por el juez de primera instancia bajo los siguientes argumentos.

En primera parte, dentro de las consideraciones emitidas por el juez en primera instancia, las cuales se encuentran acordes con los lineamientos jurisprudenciales, este apoderado se aparta de las que fueron tenidas en cuenta por el despacho en la toma de su decisión, en primera medida, como hice mención en los alegatos conclusivos, se puede afirmar dentro de las diferentes categorías en primera medida, sobre lo que el despacho hizo mención de la categoría del testimonio rendido por la señora YOLANDA SUÁREZ. Si bien es cierto, el despacho hace mención conforme a los diferentes lineamientos esto es, lo que nos ha señalado la normatividad objetiva en lo que refiere a los interrogatorios de parte y los testimonios rendidos por las partes, la función o la finalidad de los interrogatorios no es que una persona acredite lo que le favorece, eso no es un interrogatorio, y circunstancias en las cuales este apoderado dista dentro de las conclusiones emitidas por el juez de primera instancia por cuanto la gracia del interrogatorio es justamente acreditar qué circunstancias pueden encontrarse a favor de las partes, si no fuese así, estaríamos ante un sistema arcaico en el que simplemente haríamos la manifestación de un escrito y bajo esas circunstancias se tomarían unas diferentes decisiones, sistema que se ha implementado bajo el sistema de la oralidad y ha sido totalmente modificado, primera de las circunstancias por las cuales se solicita se revise el fallo en primera instancia.

En segunda medida, en lo que refiere el despacho justamente frente a la buena fe, que se debe propender por parte de la señora YOLANDA SUÁREZ, lo mismo no se tuvo en cuenta de las alegaciones conclusivas por parte de este apoderado, ya que someramente se hizo manifestaciones sobre la buena fe de las personas, eso por rango constitucional, no obstante esta buena fe no solamente se predica de un lado, se tiene que aplicar para todas las parte más aun para todos los intervinientes dentro del territorio nacional, todos aquellos que nos cobijamos dentro de la Constitución Política del 91, circunstancias por las cuales efectivamente, y como se trató de decir por parte de este apoderado a lo largo de sus alegaciones y la parte del escrito, no es acreditar efectivamente que existan unas categorías que ya son, como este apoderado ha determinado, de carácter parroquial, por cuantos los tres elementos constitutivos por los cuales la demandante hizo manifestaciones en primera instancia para efectos de su traslado no se encuentran en el caso concreto, porque de ello nunca se pudo observar en primera instancia que se hubiese supeditado a la voluntad de la señora YOLANDA específicamente que a ella se le hubiese informado en qué calidad se pudiese haber trasladado, en que época pudiera obtener una mesada pensional, cuáles iban a ser las diferentes categorías.

Circunstancias las cuales el despacho en primera instancia deja de lado, simplemente se tiene la categoría de que estamos ante una persona que no poder o ningún conocimiento frente a unas calidades específicas o especiales en esta clase de tramites pensionales, es que ninguna parte de la normatividad está exigiendo ello, se exige es un comportamiento mínimo de una persona, una persona dentro de un rango constitucional y social debe comportarse conforme a las diferentes categorías u obligaciones imperativas que se nos ha impuesto a todos dentro del marco social dentro de lo que hoy se erige esta comunidad, circunstancias por las cuales el segundo elemento dentro del despacho y dentro de las valoraciones objetivas que hizo de la prueba, este apoderado dista.

Dentro de las categorías dogmáticas, justamente dentro de las consecuencias que se han generado o se generarían conforme al fallo de primera instancia, se solicita se revoque por cuando lo siguiente: el despacho ha ordenado a las AFP restitución del dinero, no obstante esta restitución única y exclusivamente se basa dentro de unos rendimientos económicos o que deba tener estos rendimientos económicos no obstante, desde el año 95 la demandante se encuentra trasladada, la cotización o la moneda del año 95 es muy distinta a la

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante, señora BLANCA YOLANDA SUAREZ PAEZ, en éste proceso ordinario, las pretensiones relacionadas a folio 4, las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos expuestos a folios 4 y 5, aspirando de manera principal se declare la ineficacia del traslado efectuado a mediados del año 1995 con la sociedad Protección S.A., en consecuencia se tenga como afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida administrado por Colpensiones como si nunca se hubiera trasladado en virtud del regreso automático, con la totalidad de los aportes realizados, rendimientos financieros actualizados, al igual que el bono pensional y lo que hubiere obtenido, 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 realizado al RAIS, tras considerar que Protección antes Colmena no cumplió con la carga probatoria de demostrar que al momento de la afiliación suministró la información suficiente, veraz y oportuna a la accionante por lo que declarada la ineficacia condenó a la AFP PORVENIR (fondo actual en el que se encuentra la actora) a retornar a Colpensiones los saldos de la cuenta de ahorro individual de la demandante, precisando que los traslados horizontales que se dieron entre diferentes AFP no convalidan ese deber de información que se debía dar a la actora.

moneda del año 2020 o 2021, estos valores dónde se encuentran, en esta clase de procesos o en esta clase de fallos que el despacho emite en esta circunstancia, en primera instancia solicito se revoque puesto que específicamente por favorecer a un demandante se está causando un daño antijurídico es a una administradora pensional, en este caso COLPENSIONES, ya que bien es cierto tienen las otras administradoras no tiene que hacer restitución, ellas no tiene ninguna responsabilidad, pero como se dijo en los alegatos y se insta, en este caso a este cuerpo colegiado, es que el fin de procesos de ineficacia no es obtener un traslado, de ser caso así sería simplemente una circunstancia muerta, acá lo que se pretende el reconocimiento prestacional a futuro y si bien es cierto, se puede dar una restitución del dinero, hasta qué punto va a llegar eso y hasta qué punto va a tener que sufragar COLPENSIONES entonces con su propio patrimonio con las cotizaciones de las demás personas que sí han estado cotizando siempre al régimen de prima media, tendrán que establecerse para efectos de sufragar los gastos de una persona que a la fecha, y esa es la parte que no se entendió, que a la fecha, después de 24 años realmente se preocupa más aun, no le gusta lo que ve en su situación pensional.

Es bajo estos términos que se solicita que se revoque el fallo, o que se haga un estudio más juicioso en el punto o dentro del caso, elementos materiales probatorios que ya sin pruebas y así mismo, las consecuencias que se perciben por parte del fallo judicial. Bajo estas características, su señoría, sustento el recurso de alzada. Muchas gracias.”

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

Así las cosas, a folio 12 milita copia de la cedula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 1° de febrero de 1961, por lo que la edad de 57 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2018, procediendo a solicitar su traslado mediante petición elevada ante Colpensiones el 2 de diciembre del 2019 (fl. 14), esto es, cuando ya había cumplido la edad para adquirir la edad de pensión y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1° de abril de 1994, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos contaba con 58.42 semanas de cotización (fl. 68) equivalentes a 1 año, 1 mes y 19 días, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante lo anterior, con fundamento en la ausencia del suministro de información, pretende la actora a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad al RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 31 de mayo de 1995 (fls. 96 y 128), específicamente, conforme la información registrada el reporte SIAFP expedido por ASOFONDOS y lo aceptado por PROTECCIÓN en cuanto a la suscripción del formulario de afiliación a

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

COLMENA hoy PROTECCIÓN (*acepta hecho No. 1 fls. 4 y 82*) y en esa medida, resulta procedente su estudio.

Así las cosas, debe precisarse, frente al tema en particular ya se ha pronunciado en múltiples ocasiones la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de justicia, reiterando que para el estudio de la procedencia de la ineficacia o nulidad del traslado, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando esta 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 afiliado, 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 y de igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

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

Señalando la Corte, de acuerdo a la doctrina se le han adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen

pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba de la actora al fondo accionado PROTECCIÓN.

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011⁴, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y más

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

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

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

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

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

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

“Aquí falta la administradora a su deber de proporcionar una información completa, pues se incumple de manera grave si se plantea el valor de una eventual pensión a los sesenta años, sin advertir, que se trataba

de una persona que ya tenía el derecho causado a los 55 años de edad, y que de todas maneras la posibilidad de tener una pensión en el fondo privado a los 60 años debía ser descartada de entrada para quien como el actor, en su posición de potencial vinculado al Régimen de Ahorro Individual, su capital para gozar la pensión, era el de un bono pensional causado por sus servicios y cotizaciones por veinte o más años de trabajo, redimible a los sesenta y dos años, y el cual era el capital principalísimo, frente al que podía acumular mediante cotizaciones y rendimientos en los tres años que le faltaban para llegar a esa edad.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el

recientemente en las sentencias SL 1421 de 2019, SL 1452 de 3 de abril de 2019 y 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

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.

lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión.

(...).

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

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

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen la actora recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante, en los términos aquí referidos al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiera informado sobre las sus condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional, advirtiendo que ello no deviene probado del interrogatorio de parte de la demandante (Cd fl. 154, record: 21:44) en razón a que no se obtuvo confesión alguna en ese sentido, pues únicamente se limitó a señalar que Colmena les dijo que el ISS se iba acabar, que iba a obtener una mejor pensión en el RAIS y en una menor edad, no obstante no dio detalles de tales afirmaciones.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (fl. 90), plasmado en el formulario de afiliación a Colmena hoy Protección, éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por esta demandada. (Sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689

de 2019), precisándose el documento de folio 96 al que hace referencia Porvenir en su apelación no indica nada frente a la información suministrada a la actora al momento de su traslado a COLMENA simplemente la demandante le está expresando a su empleador la selección de régimen efectuada, pues allí de manera literal únicamente se indica:

“Respetados señores:

Me permito informarle que de acuerdo con lo estipulado en el segundo párrafo del artículo 11 contenido en el decreto No. 692 de 1994, he seleccionado de manera libre y voluntaria el régimen de ahorro individual con Solidaridad establecido en la ley 100 de 1993 (art. 12).

Para el manejo de mis aportes he seleccionado a CESANTÍAS Y PENSIONES COLMENA S.A. por lo que le solicito realizar ante dicha administradora mi vinculación tal como lo contempla el párrafo cuarto del mismo archivo y se empiecen a realizar las cotizaciones a que haya lugar.”

Además, en cuanto al comunicado de prensa visto a folios 97 y 98, es de anotarse, la transcripción de normas legales allí consignadas no supe el deber de información idónea referido a lo largo de este proveído, pues lo que allí se lee es la cita de normas relacionadas con la posibilidad de traslado, siendo el tema aquí en discusión absolutamente distinto a la oportunidad del traslado entre regímenes.

De igual forma, y para resolver las inconformidades expuestas en la alzada por COLPENSIONES, conviene precisar, en autos no tiene incidencia alguna la financiación del sistema, 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 que retornar al régimen de prima medica con prestación definida, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual del demandante, aunado a ello tal aspecto no es objeto de debate en el caso de marras y escapa de la órbita de la competencia de la jurisdicción laboral.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PROTECCIÓN omitió en el momento del traslado de régimen (31 de mayo de 1995, fl. 128), 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, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL12136 del 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 alguna con la información que se le debía suministrar a la promotora del juicio 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.

De igual forma, es menester precisar, el hecho de que la demandante hubiese efectuado varios traslados entre AFP 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 (Historial de Vinculaciones fl. 128), situación que por demás no es ni fue objeto de litigio. Frente al de traslado a diversas AFP memórese el pronunciamiento de la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia de radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011⁵.

En ese orden, la ineficacia del traslado de régimen es procedente y en consecuencia el traslado del saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la actora, junto con sus rendimientos y la activación de la afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida, tal y como lo indicó el a quo, de tal manera se prohijara la decisión de primer grado en este punto.

En lo que atañe a la excepción de prescripción (fl. 63⁶), 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 de ser la declaración de un estado jurídico, está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente

⁵ “(...) 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 (...)”.

⁶ Por auto del 31 de agosto del 2020 se tuvo por contestada la demandada por parte de Colpensiones (fl. 150)

para declarar no probada la excepción de prescripción, acogiendo ahora 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 decisión de primer grado.

SIN COSTAS en esta instancia.

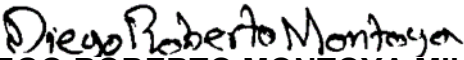
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

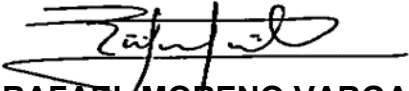
R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juez 3° Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las motivaciones precedentemente expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR FLOR ALBA ROJAS CAMELO CONTRA COLPENSIONES y la AFP PORVENIR (RAD. 04 2018 00529 01).

Bogotá D.C. treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020)

AUTO

Se reconoce personería adjetiva para actuar a la abogada MARYI TATIANA PARRA BARACALDO, como apoderada sustituta de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por DANNIA VANESSA YUSSELY NAVARRO ROSAS, como representante legal de la sociedad NAVARRO ROSAS ABOGADOS ASOCIADOS S.A.S. (folio 213).


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por PORVENIR y COLPENSIONES (fls. 209, 211 y 212), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con el fin de resolver los recursos de apelación interpuestos por COLPENSIONES y la AFP PORVENIR, así como también el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, contra la sentencia proferida por la Juez Cuarta Laboral del

Circuito de Bogotá D.C., el 15 de julio de 2020 (Cd a folio 201, record: 37:15, acta a folios 202 a 204), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA de la afiliación que hiciere la demandante FLOR ALBA ROJAS CAMELO al régimen de ahorro individual, que en su caso administra PORVENIR S.A., para tenerla como válidamente afiliada a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.

SEGUNDO: CONDENAR a PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de a demandante con todos sus frutos e intereses, rendimientos, bonos pensionales y gastos de administración.

TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES a aceptar el traslado de la demandante.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

QUINTO: ENVÍESE al Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral esta decisión en consulta en favor de COLPENSIONES.”

Inconforme con la decisión las apoderadas de las demandadas recurrieron la decisión, inicialmente la representante de la AFP PORVENIR, aduciendo que no se debió fijar el litigio en cuanto al estudio de la declaratoria de una nulidad, porque se resolvió fue sobre la ineficacia del traslado, precisando frente a dicha declaratoria el fallo de primer grado no guarda relación con las pruebas que se encuentran dentro del proceso, pues existen varios formularios de afiliación de distintas épocas que dan a entender que sí se brindó información al momento de las respectivas afiliaciones, señalando se debe tener en cuenta que la demandante realizó aportes voluntarios a la AFP, los cuales no solamente tienen el fin de incrementar una mesada pensional.

Expresando las pruebas no demuestran que no haya habido ningún tipo de información, pues la demandante conocía lo que estaba haciendo y cuales eran esas consecuencias, reiterando la actora realizó aportes, aunado a que le fueron enviados informes o cartas en relación con su afiliación tal como la del 26 de enero de 2017 donde se le habla del proceso con el bono pensional y también de la información que tenía de esos aportes o esa omisión de aportes que habían hecho sus anteriores empleadores antes del año 1994, situaciones que aseguran dan a entender que ella conocía que estaba vinculada al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Por otro lado, manifiesta que en caso de no revocarse la sentencia de primer grado no se condene a la devolución de los gastos de administración porque no

existe o no hay una manera de demostrar cuál es ese detrimento, advirtiéndolo la jurisprudencia no permite ver con exactitud el fundamento de dicha condena, pues es la misma ley la que trae sujetos esos aportes¹ (Cd. fl. 201, record: 38:12)

¹ “Gracias señora juez, una vez proferida la decisión, manifiesto al despacho que interpongo recurso de apelación solicitándole que me lo conceda y a los honorables magistrados de la Sala Laboral del Tribunal Superior de este distrito, revoquen la decisión proferida considerando varios aspectos, los cuales me gustaría que me gustaría que a sala hiciera un estudio para revocar esta decisión.

El primero de ellos se basa en que la jurisprudencia ha dicho y ha marcado la importancia que tiene la fijación del litigio, en este caso, pues, se fijó el litigio en determinar si era procedente declarar la nulidad, sin embargo, cuando observamos en la parte resolutive de la misma decisión, se está declarando la ineficacia. Entonces, en ese sentido la fijación del litigio no corresponde a lo que se ha resuelto ¿por qué? Pues porque en las circunstancias hablan de la ineficacia son distintas de cuando se examina una nulidad, y como ustedes pueden observar.

Sin embargo, y si esta razón de entrada tampoco fuera procedente para estudiar el recurso de apelación, le solicito a la sala que revoquen la decisión ¿por qué? Si bien es cierto, en la decisión se consideró que debía accederse a decretar la ineficacia del traslado efectuado por la actora, sustentándose el mismo en unas decisiones que se pueden escuchar en el audio y que básicamente lo que han hecho es hablar acerca del deber de información, que no puede escaparse al momento del traslado y que, en el mismo sentido, los fondos tienen la carga probatoria de demostrar cuál fue la información que se le dio. Pues hay una cosa, honorables magistrados, que es lo que precisamente pues, me llama la atención ¿por qué? Porque todas estas sentencias de las que se ha hecho alusión han hablado y han acogido lo que se ha venido diciendo en estos casos que es qué: primero, que se traslada la carga de la prueba a los fondos de pensiones y segundo, que la información, como muchas veces se ha dicho, desde el inicio de la resolución de los casos de ineficacia, de que estamos hablando de una información pre-contractual contractual y post-contractual.

En este caso, ¿qué vale la pena mencionar? Si dentro de un proceso que está regido por el principio o por el postulado constitucional del debido proceso y se decretan unas pruebas, se allegan documentos, como ha sucedido en este evento, pero finalmente una decisión no se toma considerando o haciendo una evaluación de estos mismos, significa que en el fondo lo que se está haciendo es que la pruebas, o se reciben como puede ser un interrogatorio, o se allegan como son las documentales pero en realidad, se está aplicando la jurisprudencia solo en las partes que conciernen a una decisión, que no es otra más que declarar una ineficacia ¿por qué? Pues porque si la jurisprudencia muchas veces ha dicho que tiene que el fondo demostrar que tiene que haber un acompañamiento, que la información tiene que ser aun después de que la persona firma el formulario, pero que cuando se profiere esta decisión y se dice que se observa que hubo un descuido por parte del fondo, que hubo un descuido por parte de los asesores y que en efecto, lo que manifestó la actora en su interrogatorio fue precisamente ese desconocimiento absoluto, pues, honorables magistrados, esto no guarda relación con las pruebas que se encuentran dentro del proceso ¿por qué? Porque existen tres formularios. Entonces, si bien se ataca el formulario inicial con el cual pues, el acto jurídico nace a la vida jurídica, que es trasladarse en este caso, la demandante del Seguro Social cuando se afilió en 1994 a HORIZONTE, porque no hay que confundir que es que en este asunto, cuando firma un formulario de HORIZONTE y firma un formulario de PORVENIR, los dos no eran el mismo fondo, eran fondos distintos.

Entonces, si tenemos un formulario, que puede observarse en el folio 88 original o 96 de expediente digitalizado, donde ella pues, manifestó que no recibió ningún tipo de asesoría, simplemente lo firmó, si ese es el formulario primigenio para atacar el acto mismo de la afiliación y que se hizo con HORIZONTE, ¿entonces en qué sentido se va a aplicar cuando la misma jurisprudencia dice que tiene que haber esa información inicial, pero que también tiene que haber una información después de que se vincula? Entonces, señores magistrados, en realidad no se está mirando lo que dice la jurisprudencia si se basara o si esta decisión, proferida en primera instancia, hubiese sido tomada como la misma jurisprudencia lo dice. ¿Entonces eso nos enmarca en qué punto? En que cuando tenemos un formulario firmado en un tiempo, es decir, en junio del año 2000 pero después tenemos otro formulario, el de PORVENIR, que también se puede observar en el folio 89 y 97 del expediente digitalizado 6 meses después, es imposible primero decir, que haya dos formularios de dos fondos distintos pero que los dos se hayan dado con la misma situación.

Entonces, no es solamente mencionar, así como se puede leer del escrito introductorio o se puede escuchar del interrogatorio, que no hubo ningún tipo de asesoría y que nada al respecto se dijo porque las mismas pruebas demuestran que, no que se esté hablando de que se da la misma información y de que las circunstancias fueron iguales, no, es que es imposible firmar un formulario con otros fondos en las circunstancias que fueron anotadas. Entonces, si el acto primigenio se ataca, si estamos considerando lo mismo que habla la Corte Suprema de Justicia, pues entonces esos actos posteriores que hacen del mismo fondo ¿por qué? Porque siguen perteneciendo al régimen de ahorro individual con solidaridad, por lo tanto, en las circunstancias en las

que una persona llega a solicitar una pensión de vejez o a estudiarse la pensión de vejez, son lo mismo, básicamente son lo mismo ¿qué va a cambiar? La rentabilidad que pueda ofrecer según la inversión de cada uno de los fondos.

Ahora, en esas mismas pruebas, si miramos, se mira al tema que ha tratado la corte y que vuelvo y lo reitero, donde en la misma sentencia, la del año pasado, en la 1452 de 2019 proferida honorable magistrada Clara Cecilia Dueñas que dice que recoge lo que se ha tratado del tema del deber de información, de la obligación de los fondos y entonces, con esa misma sentencia, que como lo indiqué en los alegatos, también lo habla, porque es que la sentencia también dice: cada caso tiene que ser analizado en concreto.

Entonces, honorables magistrados, en qué sentido cómo sería aplicar la parte donde la corte dice la inversión de la carga de la prueba está a favor de los fondos cuando dentro de un proceso como el que aquí se está analizando, pues, se entregan documentales que no se están creando para una defensa, son documentales que existen, en qué sentido y en qué sentido apoya esto ¿por qué? Porque la demandante nos manifestó en el interrogatorio que ella únicamente conoció que se había trasladado de régimen en el año 2005 ¿cierto? Pero si ustedes observan detenidamente el formulario de aportes voluntarios con fecha del 17 de noviembre del año 2006, visto a folio 100 del expediente y a folio 108 del expediente digitalizado, pues hay una circunstancia, ese formulario ¿de qué no nos habla? No nos habla del traslado inicial, ¿pero qué situaciones se está evidenciando? Esa información posterior. Entonces si la corte, y sigo siendo reiterativa, si la corte me habla de un deber post-contractual, pues entonces un formulario o documentos o información que se le pasa a un afiliado después, ¿entonces qué demuestra? O se aplica lo que dice la jurisprudencia o no se aplica o se aplica por pedazos para decretar una ineficacia y pues en ese sentido, no habría o no serviría la interpretación jurisprudencial.

Entonces, un formulario de estos, honorables magistrados, donde hay unos aportes o hay una manifestación de unos aportes voluntarios, si somos concordantes con lo que nos indica la actora en el interrogatorio, entonces, donde nos dice que en ningún momento ha recibido ningún tipo de asesoría, que nadie le ha dicho nada, ningún asesor, ningún asesor de HORIZONTE, ningún asesor de PORVENIR, pero nosotros vemos que un documento, un documento que además necesita unos soportes, un documento de aportes voluntarios en lo que ustedes también pueden ver, donde se indican aspectos tan privados como son una cuenta, la cuenta de ahorros donde podemos ver la firma de la demandante, donde podemos ver también un documento o un formulario que igualmente está denominado y visto folio 104 del expediente “Formulario Único de vinculación -traslado” formulario de pensiones voluntarias de PORVENIR, pero también vemos en el mismo folio 103 que hay unos documentos que firma la demandante, documentos que básicamente ¿qué es lo que señalan? Señalan cuántos son los ingresos, está pidiendo una información concreta que nadie más puede conocer más que la actora, y además de ello, en el mismo folio 102 existe un documento igualmente fechado de noviembre del 2006 donde habla precisamente de la situación laboral que tenía la actora, razón por la cual tenía unas vinculaciones anteriores a que se trasladara al Instituto de Seguros Sociales en 1994 ¿cuál es este? Este es un documento que le está hablando, donde dice por qué se está vinculando de manera libre y voluntaria al fondo de pensiones voluntarias PORVENIR, y está hablando también y dice “del pago de mis acreencias laborales como consecuencia del proceso de liquidación por el que atraviesa la extinta fundación San Juan de Dios (Hospital San Juan de Dios e instituto Materno Infantil respectivamente) (en la cuenta, que para el efecto abrirá PORVENIR a mi nombre)”

Entonces, estos documentos no prueban, contrario como se ha indicado en la decisión de primera instancia, pues que no haya habido ninguna información, honorables magistrados, yo quisiera llamar la atención de la sala ¿por qué? Pues porque los formularios de vinculaciones, aportes voluntarios, no son formularios que se encuentran en cualquier momento, en cualquier lugar, son formularios que tienen que necesitar o necesitan el asesoramiento alguien ¿por qué? Pues por su misma importancia, dense cuenta como también se puede evidenciar en el folio 101 del expediente, 109 del expediente digitalizado el formulario denominado “Formulario de Creación, modificación de Distribución Fondo de Pensiones Voluntarias” allí hay una aclaración en un recuadro donde dice que los aportes, esa intención de hacer esos aportes voluntarios por parte actora, obedecen a la inversión y se marca en un 100%, es decir, los aportes voluntarios no solamente tienen el fin de incrementar una mesada pensional, eso es básicamente como si la persona pudiera hacer unos aportes sujetos a una inversión y en cualquier momento de la vinculación los puede retirar, por eso son cuentas aparte.

Entonces, yo sigo insistiendo, honorables magistrados, que la aplicación de la jurisprudencia es muy importante, es muy importante para mirar los casos, pero también es importante, igualmente, hacer una observación de las pruebas y en este asunto, pues, las pruebas no demuestran, como se ha indicado en las consideraciones del fallo de primera instancia, que no haya habido ningún tipo de información. Se evidencia que sí ha habido información, ¿información que qué conlleva? Que le de conocimiento a la demandante de qué era lo que estaba haciendo, de cuál eran esas consecuencias, por ejemplo, tener que hacer unos aportes, como se puede leer, también en informes o cartas que se le han enviado, contrario a lo que ella ha manifestado, que jamás el fondo le ha enviado ninguna respuesta, pues ahí también reposa dentro de la documental, la

carta que PORVENIR le envía el 26 de enero de 2017 hablándole precisamente de ese proceso que estaba con el bono pensional y también de la información que tenía de esos aportes o esa omisión de aportes que habían hecho sus anteriores empleadores antes del año 1994.

Entonces, con ello honorables magistrados, pues, sí vale la pena mirar que en estos asuntos la jurisprudencia ha hecho unas manifestaciones, en efecto, tenemos casos donde sí, había una acertada decisión, pero tampoco la jurisprudencia puede sufrir de una aplicación inmediata ¿por qué? Pues porque como lo he indicado, nuestro procedimiento laboral se rige también, no solo por estos principios sino además, las pruebas, y entonces, si tenemos un proceso dentro del cual podemos evidenciar pruebas que son aportadas por el fondo y que si aplicáramos la jurisprudencia, si yo estoy aportando como demandada unos documentos que dan cuanta que a parte actora ha conocido precisamente qué es estar vinculada al régimen de ahorro individual con solidaridad, entonces cómo se va a aplicar la jurisprudencia si no está la inversión de la prueba para tomar la decisión de primera instancia, pues estos elementos no han sido tenidos en cuenta.

De ahí, honorables magistrado, que acogiéndome también a lo que dice la jurisprudencia, pues hago la solicitud de mirar este asunto precisamente en eso que he hablado, que cada caso concreto tiene unas particularidades, que cada caso tiene que ser mirado desde el mismo contexto ¿por qué? Pues porque las pruebas aún siguen siendo válidas en nuestro proceso laboral y no solamente existe una aplicación inmediata de la jurisprudencia, como es lo que ha acontecido con estos asuntos, donde hemos podido ver que inclusive personas o abogados trabajan en la misma jurisdicción laboral, personas que han tenido o que han trabajado, incluso, en el Instituto de Seguros Sociales o en algún fondo, manifiestan que no tienen ningún conocimiento sobre las consecuencias de un traslado y que por ende, tiene que haber una aplicación inmediata de la jurisprudencia y decretarse la ineficacia.

En esa medida, honorables magistrados, dejo mi recurso de apelación solicitándole nuevamente que se revoque la decisión. A pesar de esto, también le solicito a la sala, en caso de no revocar la decisión que accede a la ineficacia de la afiliación, se revoque lo ordenado en el numeral segundo que ordena a mi representada a hacer la devolución junto con los gastos de administración ¿por qué? La jurisprudencia dice en la sentencia que les he señalado por el a quo y con la cual procedió a hacer esta condena de la devolución de los gastos de administración, porque la jurisprudencia ha indicado que tiene que trasladarse junto con los aportes y los rendimientos causados, porque este se tiene como un detrimento de lo administrado.

Solicito que se revoque esta orden respecto a los gastos de administración en dos sentidos: el primero, a pesar de que la jurisprudencia nos ha indicado que tiene que devolverse por el detrimento al bien administrado, como lo ha sustentado en la sentencia de primera instancia, lo cierto es que no existe o no hay una manera de demostrar cuál es ese detrimento, entonces cómo se puede proferir una sentencia a pesar de tener un sustento en lo que ha dicho la corte si no existe un cálculo, no existe una manera de decir precisamente cuál es ese detrimento, no hay, entonces cómo se puede condenar un detrimento, cuando no se ha mencionado cuál es el detrimento que se ha causado concretamente en el caso de la actora. Entonces eso, a pesar de ser un postulado que ha marcado las cortes, no nos permite decir con certeza. Entonces cómo se puede condenar a pagar un detrimento cuando ni siquiera se tasa, ¿entonces cómo se puede cumplir?

Y en segundo sentido, porque los gastos de administración, contrario a lo que se ha creído, también figuran o también están ordenados por el régimen de prima media con prestación definida, eso lo podemos ver en la ley 100 y en la ley 797 de 2003, concretamente en el artículo 10 de ley 100 donde nos habla de las características de cada uno de estos regímenes. Si estos gastos de administración son obligados, conforme a la condena proferida, a devolverse a COLPENSIONES, entonces honorables magistrados, lo que sucede con este punto concreto es que si se confirma una decisión de ineficacia y todas las cosas vuelven al lugar conforme a la ley, en que debieron estar y, como si la persona, en este caso el demandante, nunca se hubiese trasladado al régimen de prima media, significa que si ese acto jurídico del traslado al RAIS nunca sucedió, como consecuencia de la ineficacia, entonces esos gastos de administración, si el fondo los devuelve, tienen que ser asumidos o tienen que ser descontados por COLPENSIONES. COLPENSIONES a pesar de ser la entidad que administra el régimen de prima media, no quiere decir que entonces el destino, como lo ha exigido la ley, porque es que eso está en la ley, COLPENSIONES también tiene que hacer pago de sus seguros para pagar las pensiones de invalidez y de sobrevivencia y también tiene que sacar los aportes para los gastos de su administración, eso no solamente ocurre en los fondos del régimen de ahorro individual con solidaridad.

Entonces, cuando una ineficacia se decreta, en el mismo sentido, una sentencia, si condena, debería permitirle a COLPENSIONES que se quedara con los gastos de administración, como precisamente sale o se profiere el fallo, como si la persona nunca se hubiese trasladado al régimen de ahorro individual, entonces, lo que se está haciendo es que se está trasladando y se ordena se haga esta devolución sustentándose en la jurisprudencia, pero es una jurisprudencia que no nos permite ver con exactitud el fundamento en sí mismo de cara a la ley, cómo se puede o cómo se puede o ¿cómo procede esto? Porque como se los he mencionado, es la misma ley la que trae sujetos esos aportes. Entonces, en ese sentido, solicito que se revoque y que mi representada, en caso de confirmarse esta decisión, únicamente traslade a COLPENSIONES y los rendimientos que se han

COLPENSIONES por su parte apela la decisión, manifestando la afiliación que se surtió entre la demandante y la AFP, no fue un acto unilateral, pues conforme al artículo 1495 del código civil, ello genera unas obligaciones para ambas partes y no solamente para la AFP, asegurando si bien es cierto, a través de la normatividad se ha establecido o se exige una carga probatoria a la AFP para demostrar la asesoría, también a jurisprudencia ha establecido que no solo existe afiliación tácita cuando se guarda silencio frente a las deficiencias de la afiliación, sino que también no exonera al potencial afiliado a concurrir suficientemente ilustrado a la escogencia del régimen como en el caso sucedió, pues no hubo asesoría sino una directriz o una orden de la directora de la clínica donde trabajaba la demandante.

Respecto de la sostenibilidad financiera refiere que aceptar este tipo de condenas conduce a una descapitalización del fondo común y atenta contra las posibles pensiones de los afiliados que ya desde hace varios años se encuentran contribuyendo al régimen común, considerando en el presente asunto se denota una falta de diligencia y falta a los deberes que tenía como consumidor financiero la actora, pues si bien en 20 años elevó algunas peticiones a PORVENIR, tenía la posibilidad en el 2005 de volver a solicitar el traslado a COLPENSIONES, sin embargo, dicha solicitud no fue recibida sino hasta marzo de 2018 cuando ya se encontraba incurso en la prohibición del artículo 2 de la ley 797 de 2003, razón por la cual indica con las pruebas aportadas solamente se evidencia la intención por parte de la demandante de permanecer en el RAIS por no ejercer ninguna actividad para obtener información o alguna asesoría respecto a su régimen pensional². (Cd. fl. 201, record: 58:35)

generado, dado que el bono pensional de la demandante se encuentra aún en liquidación provisional, y por lo tanto, no solo no procedería sino que no existe ningún bono en la cuenta para que pudiese hablarse de un traslado en ese sentido.

Muchas gracias señora juez y a los honorables magistrados, de nuevo les solicito que revoquen la decisión.

² “Gracias señora juez, me permito interponer recurso de apelación contra la decisión de primera instancia que se acaba de adoptar por su despacho, el que procedo a sustentar De la siguiente manera. Lo primero, solicitándole a los honorables magistrados de Tribunal Superior de Bogotá se revoque la decisión de primera instancia en atención a los siguientes puntos.

El primero de ellos es que la afiliación que se surtió entre la señora demandante y la AFP, no fue un acto o no es un acto unilateral, ello de acuerdo al artículo 1495 del código civil, genera unas obligaciones para ambas partes y no solamente para la AFP. Si bien es cierto, a través de la normatividad se ha establecido o se exige una carga probatoria a la AFP para demostrar la asesoría, también a jurisprudencia ha establecido que no solo existe afiliación tácita cuando se guarda silencio frente a las deficiencias de la afiliación, en la sentencia SL-2810 de 2019, sino que también no exonera al potencial afiliado concurrir suficientemente ilustrado a la escogencia del régimen como en el caso sucedió, este argumento está contenido en la sentencia SL-1452 de 2019.

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 FLOR ALBA ROJAS CAMELO, en éste proceso ordinario, las pretensiones relacionadas a folios 5 a 7, las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos expuestos a folios 2 a 5, aspirando de manera principal se declare la nulidad de la vinculación al régimen de ahorro individual con solidaridad y en consecuencia se ordene a Porvenir a enviar al régimen de prima media con prestación definida el valor de los saldos o aportes pensionales que se hayan consignado en su cuenta, como también reembolsar de forma integral los cobros y gastos administrativos descontados de los aportes pensionales, disponiendo que Colpensiones acepte su retorno como si nunca hubiera existido un traslado de régimen y también reciba el traslado de los aportes, rendimientos financieros y devolución de cobros de administración, igualmente solicita se condene a Porvenir a reconocer y pagar la suma de 50 salarios mínimos (art. 13 literal b y 271 Ley 100 de 1993), derechos *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho. **Obteniendo sentencia parcialmente favorable a sus aspiraciones,** por cuanto se declaró la

En ese sentido y teniendo en cuenta que, tal como lo manifesté en os alegatos de conclusión, este es un caso especial, no como los que hemos de estudiar, teniendo en cuenta que es evidente que no hubo asesoría, pues básicamente, como lo indiqué, hubo una directriz, una orden de la directora de la clínica donde trabajaba la demandante, la que aparte, que en mi parecer, incurrió de manera abrupta cuando se encontraba en horario laboral, pues no dio tampoco tiempo para ejercer la asesoría, eso también, si bien es cierto, en las consideraciones de la instancia se manifiesta que hubo un desconocimiento total, o no tener la atención suficiente con la demandante y al recibir los formularios, no asegurarse de dicha información o que se le haya brindado dicha información a la demandante, pues también deja la duda que pudo haber sido también una orden, directrices de la entidad que era imperativo hacerlas.

También debo insistir que en este caso, cuando se ordena el traslado a la entidad que represento, pues se afecta también el principio de la relatividad en los negocios jurídicos y la sostenibilidad financiera, el cual quiero hacer énfasis a los honorables magistrados, teniendo en cuenta que, como lo sostuvo la Corte Constitucional, entre otras en la sentencia 062 de 2010, aceptar este tipo de condenas conduce a una descapitalización del fondo común y atenta contra las posibles pensiones de los afiliados que ya desde hace varios años se encuentran contribuyendo al régimen común.

Debemos indicar que en el caso en concreto, en lo manifestado en los alegatos denota una falta de diligencia y falta a los deberes que tenía como consumidor financiero que tenía la señora demandante que en 20 años, si bien ejerció algunas peticiones a PORVENIR, pues tenía la posibilidad en el 2005 de esta situación, de volver a solicitar el traslado a COLPENSIONES, sin embargo, dicha solicitud no fue recibida sino hasta marzo de 2018 cuando ya se encontraba incurso en la prohibición del artículo 2 de la ley 797 de 2003.

En esa medida, con las pruebas aportadas solamente se evidencia que la intención por parte de la señora demandante de permanecer en el RAIS por no ejercer ninguna actividad por parte suya para obtener información o alguna asesoría respecto a su régimen pensional. Bajo estos argumentos, solicito de manera respetuosa, en primer lugar, sea concedido el recurso de apelación y por parte de los honorables magistrados, se revoque la decisión de primera instancia. Muchas gracias.”

nulidad del traslado realizado al RAIS, tras considerar que la AFP PORVENIR no cumplió con la carga probatoria de demostrar que al momento de la afiliación de la actora suministró la información suficiente y completa de la decisión que estaba tomando, sin pronunciarse la Juez *a quo* sobre la petición de reconocer y pagar 50 salarios mínimos a la demandante.

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

Así las cosas, a folio 23 milita copia de la cedula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 19 de enero 1958, por lo que la edad de 57 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2015, procediendo a solicitar la nulidad de su traslado mediante petición elevada ante Colpensiones el 9 de marzo del 2018 (fls. 21 y 22), es decir, cuando ya había alcanzado la edad para adquirir el derecho y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1° de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos contaba con tan solo 75.29 semanas de cotización (fl. 94) equivalentes a 1 año, 5 meses y 17 días, 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 afirma Colpensiones en su apelación.

No obstante lo anterior, con fundamento en la ausencia del suministro de información, pretende la actora a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado del

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

Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad el 30 de mayo del 2000 (fls. 89 y 90), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a HORIZONTE hoy PORVENIR (ver certificado fl. 59) y en esa medida, resulta procedente su estudio.

Así las cosas, debe precisarse, frente al tema en particular ya se ha pronunciado en múltiples ocasiones la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de justicia, reiterando que para el estudio de la procedencia de la ineficacia o nulidad del traslado, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando esta 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 integra 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 y 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 las AFP de acreditar o probar que dieron 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 a la AFP demandada PORVENIR antes HORIZONTE.

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011⁴, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y más

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

recientemente en las sentencias SL 1421 de 2019, SL 1452 de 3 de abril de 2019 y 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 promotora del litigio recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la señora FLOR ALBA ROJAS CAMELO en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiera informado sobre sus condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional, advirtiendo que ello no deviene probado del interrogatorio de parte de la actora (Cd fl. 201, record: 11:13) en razón a que no se obtuvo confesión alguna en ese sentido, pues de hecho aseguró que quien intervino en la afiliación fue la Directora de la Clínica donde estaba laborando y en ese orden para la Sala los argumentos de la accionante solo reafirman el incumplimiento de la AFP PORVENIR 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 medió en la afiliación a través de sus asesores, igual le dio trámite a la misma.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (fl. 89), plasmado en el formulario de afiliación a HORIZONTE hoy PORVENIR, éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por esta AFP demandada. (Sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019).

Adicionalmente y en relación con los argumentos de apelación de Porvenir relacionados con la afiliación de la actora al fondo de pensiones voluntarias y las cartas relacionadas con el trámite del bono pensional de la accionante (fls. 100 a 105 y 110 a 114, baste con señalar tal documental no prueba de forma alguna una asesoría o suministro de información pues conforme se ha venido señalando a lo largo de esta providencia, **ésta 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 la misiva en comento pues basta con señalar que las mismas datan de los años 2006, 2014, 2017 y 2018 y el traslado de régimen mediante la afiliación a Horizonte hoy Porvenir se dio fue el 30 de mayo del 2000 (fl. 89).

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que PORVENIR antes HORIZONTE omitió en el momento del traslado de régimen (30 de mayo del 2000 fl. 89), 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, y en esa medida, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, precisándose a la apelante Porvenir si bien en la etapa de fijación del litigio se pudo establecer que el estudio se centraría en analizar la nulidad del traslado, lo cierto que las consecuencias de la omisión de información en el momento del traslado de régimen no derivan en la nulidad del mismo sino en un TRASLADO INEFICAZ, al tenor de lo señalado por la Corte suprema de justicia en la sentencia SL. 12136 de 2014, tal y como lo dispuso la Juez de primer grado.

Además, en cuanto al comunicado de prensa visto a folios 130 y 131, es de anotarse, la transcripción de normas legales allí consignadas no supe el deber de información idónea referido a lo largo de este proveído, pues lo que allí se lee es la cita de normas relacionadas con la posibilidad de traslado, siendo el tema aquí en discusión absolutamente distinto a la oportunidad del traslado entre regímenes.

En 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 alguna 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.

De igual forma, es menester precisar, el hecho de que la actora hubiese efectuado varios traslados entre AFP 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 (Historial de Vinculaciones fl. 90), situación que por demás no es ni fue objeto de litigio. Frente al de traslado a diversas AFP memórese el pronunciamiento de la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia de radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011⁵.

Por otro lado y para resolver las inconformidades expuestas en la alzada por COLPENSIONES y PORVENIR, relacionadas con la sostenibilidad del sistema y la devolución de los gastos de administración, conviene precisar, en autos no tiene incidencia alguna la financiación del sistema, 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.

⁵ “(...) 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 (...)”.

Además, es menester precisar, los gastos de administración surgen como consecuencia de la afiliación, y en ese orden al declararse la ineficacia del traslado, resulta claro que dichos gastos quedan sin fundamento, pues lo que ocurre es que la situación de afiliación del actor vuelve a su estado inicial es decir es como si dichos gastos no se hubiesen generado, razón por la cual es procedente la remisión de la totalidad de los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la accionante a Colpensiones, 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.”

Finalmente, en lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por Colpensiones y respecto de quien se surte el grado jurisdiccional de Consulta (fl.

42⁶), 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 de ser la declaración de un estado jurídico, está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción, acogiendo ahora 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 decisión de primer grado.

SIN COSTAS en esta instancia.

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

R E S U E L V E

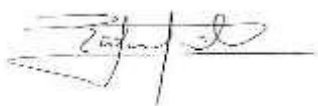
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN



RAFAEL MORENO VARGAS



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

⁶ Por auto del 11 de diciembre del 2019 se tuvo por contestada la demanda por parte de Colpensiones (fl. 132)

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MARIA ALEJANDRA FERNANDEZ VEGA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- y la AFP PORVENIR S.A. (RAD. 04 2018 00769 01).

Bogotá D.C., treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por COLPENSIONES, PORVENIR y la DEMANDANTE (fls. 196 a 200, 202, 203, 216 y 217), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con el fin de resolver los recursos de apelación interpuestos por las apoderadas de la AFP PORVENIR y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de Consulta en favor de ésta, contra la sentencia proferida por la Juez Cuarta Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 10 de agosto del 2020 (Cd a folio 188, record: 57:00, acta a folios 189 a 191), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA de la afiliación que hiciere la demandante MARIA ALEJANDRA FERNANDEZ VEGA al régimen de ahorro individual con solidaridad que en su caso administra Porvenir S.A., para tenerla como válidamente afiliada a la administradora Colombiana de pensiones Colpensiones.

SEGUNDO: CONDENAR a Porvenir a trasladar a Colpensiones el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la actora con todos los rendimientos, bonos pensionales y gastos de administración.

TERCERO: ORDENAR a Colpensiones a aceptar el traslado de la actora.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

QUINTO: ENVIESE al Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral esta decisión en grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.”

Inconforme con la decisión la apoderada de la AFP PORVENIR interpuso recurso de apelación, manifestando no ser procedente declarar de forma automática la ineficacia por cuanto es necesario que se analice cada caso y cada situación particular del afiliado, advirtiendo de acuerdo al artículo 2 del Literal e de la Ley 797 del 2003 existe una prohibición legal de traslado, razón por la cual asegura no es procedente el mismo por encontrarse la actora a menos de dos años de cumplir la edad para pensión.

Expresa dentro del presente asunto no haberse acreditado el dolo de la AFP, asegurando existe claridad en que la demandante firmó un formulario de manera voluntaria y libre. Así mismo indica que de conformidad con el Decreto 2555 del 2010 se establecen los deberes que tienen que tener los consumidores financieros en fondos de pensiones, dentro de los cuales está el relacionado con emplear una adecuada atención y cuidado al momento de generar una toma de decisión como lo es una afiliación o un traslado, considerando no puede la demandante manifestar una falta de conocimiento por no haber recibido una información sabiendo que también es su obligación mantenerse informada y conocedora sobre su derecho pensional.

Frente a los gastos de administración, indica no ser procedente su devolución bajo lo indicado en el concepto 116 del 2020 de la superintendencia financiera, donde se señala que estas sumas no corresponden al afiliado ni están destinadas a incrementar una mesada pensional, sino que por el contrario los mismos pertenecen a gastos operativos causados por la gestión adelantada por la AFP en aras de aumentar los rendimientos financieros a la parte demandante, asegurando ordenar la devolución puede constituir un enriquecimiento sin causa para Colpensiones¹ (Cd a folio 188, record: 58:06).

¹ “Gracias su señoría dando mi oportunidad procesal pertinente me permito a interponer el recurso de Apelación en contra de la sentencia pues proferida en primera medida donde indica que el presente caso opera el fenómeno de la ineficacia por falta de información, en principio quiero manifestarles a los Honorables Magistrados que no es procedente pues declarar de forma automática dicha declaratoria de ineficacia pues siempre es necesario que se analice en cada caso y en cada situación particular en este acaso del afiliado tal como lo advierte salvamento de voto del doctor JORGE LUIS QUIROZ ALEMAN en sentencia de tutela con radicado 5912 del 13 mayo del año en curso en el que respecto indicó: “tampoco considero que pueda accederse de manera indiscriminada a todas las pretensiones de nulidad o ineficacia porque temo que es necesario revisar en cada caso en particular con las singularidades que cada uno tiene tal en este caso como se ha precisado con las sentencias de casación que han tratado el asunto y no se pueden generalizar con el argumento que sin importar si tiene o no un derecho consolidado ,si tiene o no un beneficio transicional o si está próximo o no a pensionarse dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico considerado en sí mismo esto es teniendo en cuenta las particularidades de cada caso entonces hacerlo de una forma masiva sin estudiar cada solicitud se estaría creando un sistema legal que no fue establecido por el ordenamiento jurídico, en tanto el legislador garantizo la libertad de elección de régimen pensional en cabeza de la afiliada del traslado con las consecuencias jurídicas que con eso conllevara”

Por su parte la apoderada de COLPENSIONES indica que la afiliación no es un acto unilateral y por lo contrario conlleva obligaciones para ambas partes contratantes no solo para la AFP que en este acaso es Porvenir sino también para la parte interesada o la demandante, teniendo en cuenta el artículo 1495 del código civil, precisando la demandante nunca tuvo el interés de averiguar respecto a la afiliación que hizo en Provenir en su momento ni tampoco se acercó al instituto de los seguros sociales hoy Colpensiones a preguntar o indagar sobre dicha afiliación.

Expresa que si bien se impone un deber de información suficiente por parte de las administradoras privadas de pensiones, esto no exonera al afiliado del deber concurrir suficientemente ilustrado, a la escogencia de su régimen pensional en el cual dependerán las expectativas económicas y el plazo para acceder a esta prestación de vejez, por lo que en su sentir el consentimiento que la parte demandante otorgo en el año 1999 para realizar el traslado a un fondo de pensiones a su juicio nunca estuvo viciado.

Seguido a ello se tiene que manifestar Honorables Magistrados que de acuerdo al artículo 2 del literal e de la ley 797 del 2003 está consagrado una prohibición legal de traslado razón por la cual pues no es procedente por encontrarse incurso en menos de diez años para proceder al mismo solamente cuando ya va a cumplir casi dos años no es viable que se genere dicho traslado.

Pasando a otro punto respecto al tema de la ineficacia comúnmente se sustenta que el artículo 271 de la ley 100 de 1993 expresa que la declaratoria se tiene que generar cuando existan actos que impidan o atenten contra la afiliación del trabajador, es decir, cuando sin duda alguna se haya realizado algún acto de dolo para que impida o atente contra dicha afiliación, razón por la cual no se acredite el dolo de mi representada y por el contrario se exige una claridad pues que la demandante firmo un formulario de manera voluntaria, de manera libre también como se expresa.

Seguido a ello se quiere resaltar todo lo señalado en el decreto 2555 del 2010 en su artículo 2.6, 2.10.1.4 establece los deberes que tienen que tener los consumidores financieros en fondos de pensiones y pues dentro de ellos esta lo que se debe emplear pues las diferentes y adecuada atención y cuidado que deben tener cada uno de los afiliados al momento de generar una toma de decisión como lo es una afiliación o un traslado, pues no resulta en este caso que emplee la demandante una falta de conocimiento pues por no haber recibido una información sabiendo que también es su obligación mantenerse informada y conocedora sobre su derecho pensional.

Respecto a la condena señores Magistrados que hicieron frente a los gastos de administración, se tiene que señalar que trasladar estos gastos de administración no es procedente esto bajo lo indicado en el concepto 116 del 2020 de la superintendencia financiera donde indica pues que en el tiempo que se le transcurra todo el proceso del afiliado no se tiene que generar esta devolución se debe agregar que estas sumas estos gastos de administración no corresponden al afiliado no están destinadas a incrementar una mesada pensional por el contrario los mismos pertenecen son gastos operativos causados por la gestión adelantada por mi representada en aumentar esta caso rendimientos financieros a la parte demandante y sin duda ordenar una devolución de los mismos lo que puede constituir es un enriquecimiento sin causa para Colpensiones razón por la cual en este caso no es procedente que se genere una condena respecto a estos estos gastos .

Para finalizar le solicito al Honorable Tribunal analizar cada una de las circunstancias y particulares de este proceso las que conducen a concluir con certeza que a la demandante se le brindo y se le suministro una información y como se refleja previamente en los formularios suscritos por la demandante, así las cosas cualquier acto que se haya generado frente a todo el proceso del régimen ahorro individual, están dentro de una previamente sana crítica y pues mi representada cumplió con toda la carga probatoria que pues pudiera acreditar la información que le fue entregada.

Así las cosas pues solicito que se revoque en su integridad toda la condena que se le realizo directamente a Porvenir.”

Indica que la señora MARIA ALEJANDRA FERNANDEZ VEGA suscribió el formulario de afiliación al régimen de ahorro con solidaridad en el mes de abril del año 1999 y por ende la asesoría y la afiliación se efectuó en vigencia del decreto 663 del año 1993, por lo que teniendo en cuenta esta normatividad no es posible jurídicamente imponer a las administradoras unas obligaciones y unos soportes de información diferentes a los que se establecían en su momento en el decreto 663 del año 1993, exigencia que desvirtúa el principio de confianza legítima teniendo en cuenta los principios de legalidad y del debido proceso.

Finalmente señala que actora nació 17 de junio del año 1955 por lo cual al momento de hacer la solicitud a Colpensiones para el traslado de régimen pensional que fue en el año 2018 ya contaba con 53 años de edad, lo que la imposibilita de realizar o de solicitar el traslado alegado². (Cd a folio 188, record: 1:03:52).

² “Gracias señora juez igualmente interpongo recurso de apelación contra la providencia que se acaba de dictar teniendo en cuenta unos puntos que se deben resaltar.

En primer lugar tal como lo dije en los alegatos de conclusión la afiliación no es un acto unilateral y por lo contrario conlleva a generar obligaciones para ambas partes contratantes no solo para la AFP que en este acaso es Porvenir sino también para la parte interesada o la demandante esto teniendo en cuenta el artículo 1495 del código civil. Así mismo se debe acoger el precedente jurisprudencial que está contenido en la sentencia SL 2810 del año 2019 donde se sostuvo que hay una afiliación tácita cuando se guarda silencio frente a las deficiencias de la afiliación en este caso tal como lo vimos en el interrogatorio de parte la demandante nunca tuvo el interés de averiguar respecto a la afiliación que hizo en Provenir en su momento ni tampoco se acercó al instituto de los seguros sociales hoy Colpensiones a preguntar o indagar sobre dicha afiliación.

En cuanto a la sentencia SL1452 del año 2019, se señala que si bien se impone un deber de información suficiente por parte de las administradoras privadas de pensiones, esto no exonera al afiliado del deber concurrir suficientemente ilustrado a la escogencia de su régimen pensional de lo cual dependerán las expectativas económicas y el plazo para acceder a esta prestación de vejez.

Igualmente se debe traer a colación el artículo noveno del Código Civil el cual señala que la ignorancia de las leyes no sirve de excusa. Y así mismo el artículo 1509 de esta misma normatividad en donde se habla del error de derecho el cual no vicia el consentimiento, así las cosas pues el consentimiento que la parte demandada (sic) otorgo en el año 1999 para realizar el traslado a un fondo de pensiones a juicio de esta apoderada nunca estuvo viciado.

Igualmente cabe traer a colación los literales b y e del artículo 2 de la ley 797 del año 2003 que hacen referencia al derecho de elección que tiene cualquier afiliado a vincularse a cualquiera de los dos regímenes, ya sea del régimen privado el cual está en este momento afiliado la demandante o a Colpensiones, y es una escogencia que se hace libre de manera voluntaria y esto se encuentra avalado por la sentencia C-1024 del año 2004 y el literal e también se debe traer a colación, pues este limita el derecho que tiene el afiliado al traslado entre regímenes pensionales cuando le faltaren diez años o menos para alcanzar la edad de pensión, así pues se tiene que la señora MARIA ALEJANDRA FERNANDEZ VEGA suscribió el formulario de afiliación al régimen de ahorro con solidaridad en el mes de abril del año 2009 (sic) y por ende la asesoría y la afiliación se efectuó en vigencia del decreto 663 del año 1993 se considera entonces que teniendo en cuenta esta normatividad no es posible jurídicamente imponer a las administradoras unas obligaciones y unos soportes de información diferentes a los que se establecían en su momento en el decreto 663 del año 1993 y pues esta exigencia desvirtúa el principio de confianza legítima teniendo en cuenta los principios de legalidad y del debido proceso.

También debe tenerse en cuenta que la actora nació 17 de junio del año 1955 por lo cual al momento de hacer la solicitud a Colpensiones para el traslado de régimen pensional que fue en el año 2018 ya contaba con 53 años de edad por lo cual también se encuentra imposibilitada de realizar o de solicitar ese dicho traslado alegado.

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 éste proceso ordinario, las pretensiones relacionadas a folios 4 y 5, las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos expuestos a folios 5 y 6, aspirando de manera principal se declare la nulidad y/o ineficacia de la afiliación realizada en el mes de abril de 1999 al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP PORVENIR S.A. y por ende se establezca que la única afiliación válida al sistema general de pensiones es la efectuada al ISS hoy Colpensiones y en consecuencia se ordene a la AFP PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES el monto total de los aportes acreditados en su cuenta de ahorro individual, costas y agencias en derecho así como condenas *ultra y extra petita*. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por la actora en el año 1999 dada la aceptación del mismo por parte de PORVENIR, condenando a esta AFP a la devolución de los aportes pensionales, con todos los rendimientos, bonos pensionales y gastos de administración y a Colpensiones a aceptar dicho traslado, lo anterior, tras considerar que la demandada Porvenir no demostró haber suministrado la información necesaria e idónea a la demandante en el momento del traslado de régimen pensional, por lo que dicho traslado no era eficaz.**

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

Bajo todos estos argumentos señora juez solicito que se conceda mi recurso de apelación y solicito a los Honorables Magistrados se revoque la sentencia proferida en el presente proceso”

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

Así las cosas, a folio 15 milita copia de la cedula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 17 de junio de 1965, por lo que la edad de 57 años, la cumpliría el mismo día y mes del año 2022, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante Colpensiones el 26 de septiembre del 2018 (fl. 27), es decir, cuando le faltaban menos de diez años para adquirir el derecho de pensión y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos contaba apenas con 146,43 semanas de cotización (fls. 66 y 153), equivalentes a 2 años, 10 meses y 5 días, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante lo anterior, con fundamento en la ausencia del suministro de información, pretende la actora a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de prima media, la declaratoria de ineficacia del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad al RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció en el año 1999, conforme las historias laborales aportadas por Colpensiones y la de Porvenir, en las que se evidencia que en el RPM la última cotización fue para el mes de abril de 1999 (fl. 66) y el primer aporte realizado a PORVENIR lo fue en mayo de 1999 (fl. 25 vto), **precisándose** en este punto en autos el acto de afiliación no fue objeto de debate pues la misma AFP PORVENIR desde la contestación de la demanda aceptó en la respuesta al hecho 4 de la demanda que en efecto el traslado se dio en el año 1999 (fls. 4 y 94), sin que para el tema objeto de debate la presencia del formulario escrito constituya 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; imponiéndose entonces a esta demandada acreditar el consentimiento informado y en esa medida, resulta procedente el estudio de la viabilidad o no de la declaración de ineficacia.

Así las cosas, frente al tema en particular ya se ha pronunciado en múltiples ocasiones la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de justicia, reiterando

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”.

que para el estudio de la procedencia de la ineficacia o nulidad del traslado, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando esta 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 afiliado, 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 y 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 2011⁴, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y más

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

recientemente en las sentencias SL 1421 de 2019, SL 1452 de 3 de abril de 2019 y 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

“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.

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 actora recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existe elemento convicción alguno que permita constatar la información suministrada a la parte actora al momento de su traslado, pues en manera alguna se encontró acreditado, siquiera de manera sumaria, que se le hubiese informado sobre sus condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional. Destacando, que las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la actora (Cd fl. 188, record: 17:32), no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado, en tanto únicamente refirió que la asesoría solo se dirigió a indicarle que el ISS se iba acabar y que tenían que cambiarse.

En la misma dirección, en cuanto al comunicado de prensa visto a folios 118 y 119, es de anotarse la transcripción de normas legales allí consignadas no supe el deber de información idónea referido a lo largo de este proveído, pues lo que allí se lee es la cita de textos legales relacionados con la posibilidad de traslado, siendo el tema aquí en discusión absolutamente distinto a la oportunidad del traslado entre regímenes.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR omitió en el momento del traslado de régimen (año 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 SL 12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

En 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 alguna 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, como ya se dijo la ineficacia del traslado de régimen es procedente y en consecuencia el traslado del saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la actora, junto con sus rendimientos y la activación de la afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida, tal y como lo indicó la *a quo*, de tal manera se prohijara la decisión de primer grado en este punto.

Por otro lado y para resolver las inconformidades expuestas en la alzada por PORVENIR, relacionadas con la sostenibilidad del sistema y la devolución de los gastos de administración, conviene precisar, en autos no tiene incidencia alguna la financiación del sistema, 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.

Además, es menester precisar, los gastos de administración surgen como consecuencia de la afiliación, y en ese orden al declararse la ineficacia del traslado, resulta claro que dichos gastos quedan sin fundamento, pues lo que ocurre es que la situación de afiliación del actor vuelve a su estado inicial es decir es como si dichos gastos no se hubiesen generado, razón por la cual es procedente la remisión de la totalidad de los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la accionante a Colpensiones, 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.”

Finalmente, en lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES⁵ (fl. 52) respecto de quien además se surte el grado jurisdiccional de 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 de ser la declaración de un estado jurídico, está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción, acogiendo ahora 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, conforme las motivaciones que preceden, se confirmará la decisión de primer grado.

SIN COSTAS en esta instancia.

⁵ Se tuvo por contestada la demanda de Colpensiones mediante auto del 3 de agosto del 2020 (fol. 157)

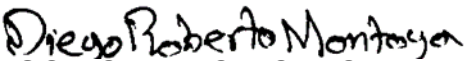
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

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

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MARIA DEL SOCORRO TRUJILLO VALDERRAMA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A. (RAD. 04 2019 00569 01).

Bogotá D.C. treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por la demandante (folios 396 a 398) y COLPENSIONES (folios 399 y 400), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con el fin de resolver el recurso de apelación formulado por COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de Consulta en su favor, contra la sentencia proferida por la Juez Cuarta Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 11 de agosto de 2020 (CD folio 386, audiencia virtual concentrada artículos 77 y 80 del C.P.T, récord: 30:50, acta folios 387 a 389), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación que hiciere la demandante ***MARÍA DEL SOCORRO TRUJILLO VALDERRAMA***, al régimen de ahorro individual con solidaridad que en su caso administra ***COLFONDOS S.A.***, para tenerla como válidamente afiliada a la ***ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES***.

SEGUNDO: CONDENAR a ***COLFONDOS*** a trasladar a ***COLPENSIONES*** el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la actora con todos los rendimientos, bonos pensionales y gastos de administración.

TERCERO: ORDENAR a ***COLPENSIONES*** a aceptar el traslado de la demandante al régimen de prima media.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

QUINTO: ENVÍESE al Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral esta decisión en grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES”

Inconforme con la decisión, la apoderada de COLPENSIONES interpuso recurso de apelación, aduciendo, en síntesis, se aparta de la interpretación vertida por el Juzgado, pues en su sentir, la demandante guardó silencio sobre la información que recibió por más de 20 años, quien de hecho, dice, abandonó su asunto pensional.

De otro lado señala, el traslado de la actora se hizo de manera libre y voluntaria, además, no se acreditó la falta de asesoría o vicios en el consentimiento, anotando, esta tenía obligaciones como consumidora financiera que no cumplió.

Recuerda, el periodo de carencia para permitir el traslado encuentra justificación en el principio de sostenibilidad financiera y evitar la descapitalización del régimen de prima media, adicionalmente, que la demandante no contaba con una expectativa legítima al momento de efectuar el traslado por cuanto no era beneficiaria del régimen de transición.

Finalmente, pide se analice lo atinente a la carga dinámica de la prueba¹ (CD folio 386, audiencia virtual concentrada artículos 77 y 80 del C.P.T, récord: 31:46, acta folios 387 a 389).

¹ “Muchas gracias señoría, me permito interponer recurso de apelación en contra de la providencia acabada de proferir por parte del despacho, para que el Honorable Tribunal Superior de Bogotá revoque la sentencia en su integridad. Igualmente, solicito a la Honorable Sala del Tribunal Superior de Bogotá, estudie el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES respecto de los puntos de condena que afectan a la misma.

El recurso de apelación lo sustentó en el sentido de apartarme de la interpretación otorgada por el despacho, pues en principio debe tenerse en cuenta que la demandante guardó silencio respecto de la información que le fue proporcionada en 1990 por más de 20 años, lo que permite denotar por parte de la misma un abandono de su asunto pensional, tal y como puede verificarse en el interrogatorio de parte absuelto el día de hoy.

Igualmente, es claro que la demandante efectuó traslado de régimen pensional de manera libre y voluntaria, pues nunca se sintió coaccionada para efectuarlo y estuvo conforme con la decisión y respecto del material probatorio allegado a la diligencia, no pudo probarse una falta de asesoría y vicio del consentimiento que permitiera la resolución del presente proceso.

Igualmente, debe tenerse en cuenta que la señora demandante es consumidora financiera y conforme al decreto 2241 de 2010, sobre esta recaían igualmente

responsabilidades y conforme a la pruebas allegadas al presente proceso, se puede vislumbrar un abandono respecto de su tema pensional y una falta al deber de diligencia y cuidado respecto de la misma.

Finalmente, debe tenerse en cuenta lo indicado por la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia en lo que refiere al cumplimiento del principio de la 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

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 DEL SOCORRO TRUJILLO VALDERRAMA, en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas a folio 6, las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos expuestos a folios 2 a 5, aspirando se declare la “anulación” por ineficacia de la afiliación y de su traslado del régimen de ahorro individual con solidaridad ante la omisión de COLFONDOS del deber de información. En consecuencia se ordene su traslado y afiliación a COLPENSIONES como administradora del régimen de prima media con prestación definida como si nunca se hubiera ido de dicho régimen, para lo cual COLFONDOS deberá devolver todos los dineros que recibió con motivo de su afiliación, como cotizaciones y bonos pensionales con todos los rendimientos que se hubieren causado como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, gastos de administración o cualquier otro, debiendo asumir dicho fondo con su propio patrimonio la disminución de capital de financiación de la pensión por el pago de las mesadas o por los gastos de administración o cualquier otro que ese hubiere generado en aplicación del artículo 963 del Código Civil y que, en caso de otorgarse pensión antes de decidirse de fondo la litis, se disponga a COLFONDOS seguir pagando la prestación hasta tanto sean trasladados por el fondo demandado, todos los recursos a Colpensiones para financiar la deuda pensional y sea incluido en nómina de pensionados por este con el propósito de que no quede desprotegido

garantías de los afiliados que sí cotizaron a lo largo de su vida laboral para adquirir un beneficio pensional. Esto último, en virtud del concepto del principio de equidad consagrado en el artículo 95 de la carta política y eficiencia pensional.

Finalmente, se pone de presente que la señora demandante no contaba con una expectativa legítima de pensión al momento de efectuar el traslado de régimen, del régimen de prima media al régimen de ahorro individual, pues a la entrada en vigencia de la ley 100 del 93, la misma contaba con 560 semanas de cotización y 32 años, lo que indica justamente que no es beneficiaria del régimen de transición, por lo que claramente no hubiese perdido ningún beneficio respecto del sistema pensional de régimen de prima media.

Igualmente, y aunado a esta aclaración del régimen de transición, solicitaría a la Honorable Sala del Tribunal Superior de Bogotá, que estudie lo concerniente a la figura de la carga dinámica de la prueba y si en este caso, era o no era procedente la aplicabilidad de esta figura.

En estos términos, dejo planteado mi recurso de apelación con el objeto de que sea tenido en cuenta junto con los indicados en el escrito de contestación de la demanda, para una eventual revocatoria del fallo proferido en el día de hoy. Muchas gracias.”

de su derecho pensional. **Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró la ineficacia el traslado de régimen pensional realizado por la actora a COLFONDOS, ordenando a esa administradora devolver los saldos de la cuenta de ahorro individual al Régimen de prima media con prestación definida junto con los rendimientos financieros, gastos de administración y bonos pensionales, tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada COLFONDOS no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía con la demandante, al momento del traslado.

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

Así las cosas, a folio 66, milita copia de la cédula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 6 de noviembre de 1961, por lo que la edad de 57 años, los cumplió el mismo día y mes de 2018, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante Colpensiones el 27 de marzo de 2019 (folio 62), es decir, cuando ya contaba con la edad requerida para adquirir el derecho pensional –tenía 57 años-. De otra parte, no tenía la demandante 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con 556,56 semanas de cotización (folio 283) equivalentes a 10,67 años, por lo que no se encontraba en la excepción

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”.

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

No obstante lo anterior, con fundamento en la ausencia del suministro de información, pretende la actora a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 6 de agosto de 1999 (folio 61) específicamente, conforme la información consignada en el formulario de afiliación a COLFONDOS S.A.

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

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011³, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y más

³ “Además, debe la Corte destacar que no fue objeto de controversia que el actor estuvo afiliado al régimen pensional que administra el Instituto de Seguros Sociales desde el 12 de marzo de 1969 hasta el 12 de agosto de 2002, fecha ésta en la que se trasladó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.; que nació el 13 de octubre de 1944, por lo que estaba amparado por el régimen de transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que cumplía con los requisitos a que alude la citada normativa.

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

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

Las anteriores condiciones dejan en evidencia el otro yerro del Tribunal, al no tener en cuenta las citadas documentales que conducen a la conclusión indefectible de la forma como se le proporcionó la información al interesado, amén de que cuando el demandante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, contaba 58 años de edad y tenía una densidad de cotizaciones también aproximada de 1286 semanas, según su historia laboral de Folios 15 a 22; luego, es

claro que tenía una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión de vejez a cargo del ISS, por estar próximo a cumplir los requisitos que disponen sus reglamentos.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas,

como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(…)

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

(…).

Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede 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, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la accionante en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues en manera alguna se encontró acreditado, siquiera de manera sumaria, que se le hubiera informado sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la demandante⁴, no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado al momento de la suscripción del formulario de afiliación, en tanto se limitó a indicar que el asesor le dijo que era más seguro el fondo que el ISS, entidad que se podía acabar, que podría pensionarse a cualquier edad y con una pensión más alta.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (folio 61), plasmado en el formulario de afiliación a COLFONDOS, este no constituye en manera alguna medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada. (Sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019).

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada COLFONDOS omitió en el momento del traslado de régimen (6 de agosto de 1999, folio 61) el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL 12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

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 servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no guardan relación con la información que se le debía suministrar cuando se trasladó de régimen, al respecto puede consultarse 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 del saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la

⁴ Cd folio 386, récord 07:21.

actora, actualmente administrada por COLFONDOS, junto con sus rendimientos y gastos de administración, así como la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, debiendo confirmar la sentencia de primer grado en este aspecto.

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

Asimismo, advierte la Sala, los gastos de administración y el porcentaje dirigido a financiar las prestaciones por invalidez y sobrevivencia, surgen como consecuencia de la afiliación, y en ese orden, al declararse la ineficacia del traslado resulta claro que los mismos quedan sin fundamento, pues lo que ocurre es que la situación de vinculación 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, incluyendo, como ya se dijo, las sumas correspondientes a los 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.”

En lo que atañe a la excepción de prescripción⁵ (fl. 279), 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 de ser la declaración de un estado jurídico, está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción, acogiendo esta 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, conforme las motivaciones que preceden, se confirmará la decisión de primer grado.

SIN COSTAS en esta instancia.

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

⁵ Se tuvo por contestada la demanda de Colpensiones mediante auto del 4 de agosto de 2020 (fol. 295).

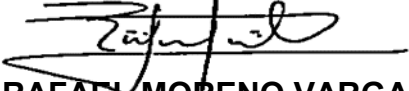
RESUELVE

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

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR ELVIA ELENA CUASPA
HUERTAS CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES- Y PORVENIR S.A. (RAD. 04 2019 00604 01).**

Bogotá D.C. treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por las partes (folios 271 a 272, 277 a 283 y 284 a 295) el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con el fin de resolver los recursos de apelación formulados por las demandadas PORVENIR y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de Consulta en favor de esta última, contra la sentencia proferida por la Juez Cuarta (04) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 14 de julio de 2020 (CD folio 264, audiencia virtual concentrada artículos 77 y 80 del C.P.T, récord: 46:28, acta folios 265 a 267), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación que hiciere la demandante ELVIA ELENA CUASPA HUERTAS al régimen de ahorro individual con solidaridad, que en su caso administra PORVENIR S.A., para tenerla como válidamente afiliada a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.

SEGUNDO: CONDENAR a PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la actora con todos sus rendimientos, bonos pensionales y gastos de administración.

TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES aceptar el traslado de la demandante al régimen de prima media.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

QUINTO: ENVÍESE al Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral la presente decisión en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.”

Inconforme con la decisión, los representantes judiciales de las demandadas PORVENIR y COLPENSIONES interpusieron recurso de apelación, respectivamente.

Inicialmente, la apoderada de PORVENIR refiere, en el caso no se configuran los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, advirtiéndole, la actora en el interrogatorio de parte manifestó que recibió información suficiente por parte de su asesor, en ese momento de HORIZONTE, particularmente, sobre la forma en que podía adquirir el derecho pensional, situación que dice, no puede pasarse por alto.

En ese mismo sentido, resalta, la demandante suscribió formulario de afiliación de manera libre y voluntaria en la que se dejó claro que recibió asesoría y las implicaciones del régimen al que se estaba afiliando. Agrega, la expresión de voluntad plasmada en el mentado formulario debe tener “*unas claras consecuencias*” y no debe ser considerada como un simple requisito formal pues constituye la expresión inequívoca de su voluntad, la cual estima ratificada con su permanencia por más de 25 años en el RAIS, en comparación con el tiempo que duró su afiliación en el ISS.

Por otro lado, señala, a esa administradora se le están imponiendo obligaciones distintas a las existentes en la fecha en que se produjo el traslado de régimen pensional, en la que no se exigía brindar información en los términos analizados por la juez, solo se requería que fuera “*necesaria*”, enfatizando, no existe disposición que prevea la ineficacia del traslado por ausencia de información completa al afiliado.

Menciona, no se tuvo en cuenta que la actora tiene obligaciones como consumidora financiera dentro de las cuales se encuentra actuar con mediana diligencia, que comprendía, entre otras, informarse sobre el acto jurídico que suscribía y particularmente sobre las condiciones del sistema general.

Aduce, la demandante tuvo la oportunidad de retornar y nunca lo hizo, anotando, la razón que motiva la solicitud de nulidad no es la indebida información al

momento de la afiliación, sino implicaciones de naturaleza económica, esto es, que su pensión puede ser superior en el régimen de prima media a aquel que eventualmente le correspondería en el RAIS, circunstancia que destaca, no puede ser un sustento de su traslado.

En lo atinente a la devolución de los gastos de administración, no comparte la conclusión de la juez de primer grado, pues, considera, cumplió con la obligación de administración de los aportes de la actora que dio lugar a la generación de rendimientos, gestión que dice, no puede ser desconocida¹ (CD folio 264,

¹ “Gracias señora juez, estando dentro de la oportunidad procesal pertinente, interpongo recurso de apelación contra la sentencia que acaba de proferir el despacho y procedo a sustentar el recurso en los siguientes términos.

No comparto mi representada la decisión adoptada en esta oportunidad por parte del juzgado en la medida que considera que en este caso no se configuran los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad. En este caso, de acuerdo con lo manifestado por la demandante en el interrogatorio de parte, la demandante recibió información suficiente por parte del asesor en su momento de HORIZONTE al momento de su traslado, señaló ella en el interrogatorio que el asesor en el lugar de trabajo se le informó sobre la forma en la que podía adquirir el derecho pensional en este caso.

Entonces, no podemos pasar por alto la información que se brindó en su momento por parte del asesor de PORVENIR, así mismo, obra en el plenario el formulario de afiliación debidamente suscrito por la demandante de manera libre y voluntaria como lo aceptó en el interrogatorio de parte, en el cual, ella afirma y deja claro que recibió asesoría sobre las implicaciones del régimen al cual se estaba afiliando, entonces, en esa medida, existe prueba adicional respecto de dicha situación que a juicio de esta apoderada, no fue valorada por el despacho.

Aunado a ello, la expresión de voluntad que plasmó la demandante en el formulario de afiliación debe tener unas claras consecuencias y no debe ser considerada como un mero requisito formal, como fue valorado, sino que es una expresión inequívoca de la voluntad de la demandante, tan es así, que ha permanecido afiliada al RAIS durante más 25 años, en comparación a la afiliación al Instituto de Seguros Sociales, en su momento, solo tuvo 100 semanas de cotización, alrededor de 2 años. Entonces, es claro que además la permanencia en el RAIS permite evidenciar su voluntad de estar en este régimen y, de igual forma, debe tenerse en cuenta, además, que en el presente caso se está creando a mi representada una obligación diferente a la que existía en el momento en que la demandante hace el traslado de régimen pensional.

Es claro, que para el momento en el año 2002, cuando la demandante cambia de régimen pensional, no existía la obligación de brindar información en los términos en que lo determinó el despacho no había lugar a brindar una asesoría, un buen consejo, tratar de desincentivar la eventual afiliación, pues es claro que las obligaciones que tenían las administradoras reposaban en el decreto 663 del 93 e incluso, en la ley 100, donde solo se hablaba en el decreto 663 de 1993 de brindar una información necesaria, pero no habían unas especificaciones en relación con la información detallada que debía suministrarse a los afiliados que viene a ser exigida con posterioridad a la misma norma y en desarrollo de la jurisprudencia, pero como señalo, sin que exista norma legal que así lo obligue, es más, el artículo 13 de la ley 100 de 1993 no fija en cabeza de las administradoras ninguna obligación en materia de información, se está imponiendo en cabeza de mi representada, una obligación que no existía para dicha época.

Aunado a lo anterior, debe tenerse en cuenta que la demandante era una persona plenamente capaz que de igual forma tenía formación profesional, situación que se pasó por alto al momento de analizar esta situación y que no puede considerarse que hubo un engaño por parte de mi representada. Aunado a ello, la demandante, esta es una situación que se pasa por alto en la sentencia, tenía también el deber de informarse en virtud de su condición de consumidor financiero y debía actuar con mediana diligencia, lo cual suponía incluso, obtener información suficiente sobre el acto jurídico que estaba adoptando, más aun, cuando no se ejerció ninguna coacción respecto de su afiliación sino que fue una decisión libre por parte de esta y es que debe tenerse en cuenta que ella, como consumidora financiera, debió informarse sobre las condiciones del sistema general, sobre los mecanismos de divulgación, sobre implicaciones de su decisión, empleando al menos adecuada atención y cuidado, circunstancias que no fueron valoradas por el despacho al momento de emitir la sentencia.

Así mismo, la demandante durante toda la vigencia de la relación o de la afiliación en el RAIS, tuvo la oportunidad de retornar y nunca tomó la decisión, pues su voluntad era permanecer en este régimen, situación que, además, no se tuvo en cuenta. Aunado a ello, es claro de acuerdo con el interrogatorio de

audiencia virtual concentrada artículos 77 y 80 del C.P.T, récord: 47:20, acta folios 265 a 267).

A su turno COLPENSIONES, censura la conclusión de la juez respecto a la insuficiencia de la información suministrada a la demandante, deber de información que refiere, debió ser valorada conforme la normatividad vigente para la fecha en que se suscribió el formulario o se hizo efectivo el traslado, ya que, en su sentir, no resulta válido ni razonable imponer a las administradores obligaciones no previstas en el ordenamiento jurídico teniendo en cuenta el principio de legalidad y debido proceso. Asegura, esa entidad termina siendo la perjudicada, que, sin haber participado en la afiliación, debe afrontar la carga pensional de la convocante en un futuro.

Pide se tenga en cuenta que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición y está inmersa en la prohibición legal prevista en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, que permitió a los afiliados trasladarse de régimen una vez cada 5 años a partir de la selección inicial, limitando tal posibilidad a cuando le faltaren 10

parte, que lo que motiva el retorno de la demandante al régimen de prima media, no es una indebida información al momento de la afiliación, sino que claramente se trata de unas implicaciones de naturaleza netamente económicas, como lo expuso en el interrogatorio de parte en la medida en que su pensión puede ser superior, el valor superior a lo que sería reconocido en el régimen de ahorro individual con solidaridad, y tal circunstancia por sí sola, no puede motivar de ninguna manera ni ser sustento para regresar al régimen de prima media, más aun, como lo indiqué en su momento, teniendo en cuenta el tiempo de permanencia de ella en el RAIS.

Aunado a ello, pasa por alto el despacho que no existe norma legal que establezca la ineficacia del traslado de régimen por ausencia de información completa al afiliado y en esa medida, sin existencia de norma que disponga tal situación, no había lugar a entender de manera alguna que una eventual deficiencia en la información equivale a impedir el derecho de afiliación o de selección del régimen de prima media, pues es una indebida interpretación en este caso, por esa razón, considera mi representada que ante la falta de norma legal que disponga la ineficacia, no hay lugar a declarar la misma.

Aunado a ello, mi representada se aparta de las consideraciones del despacho según las cuales existe una debilidad entre el afiliado y la administradora, en este caso, mi representada si bien la administradora tiene unas obligaciones derivadas de la relación que surge entre las partes, de ninguna manera puede considerarse que recaiga en mi representada todas las obligaciones y menos aun, que esta tenga como una posición superior respecto del afiliado, no estamos hablando de un contrato sino estamos hablando de un acto jurídico de carácter administrativo y en esa manera, no hay lugar a establecer una diferencia en esos términos frente a la afiliada.

Por último, en lo que tiene que ver con la condena en gastos de administración, pues mi representada no comparte la condena impuesta por el despacho, en la medida en que mi representada cumplió con las obligaciones de la administración de los aportes obligatorios de la demandante, los cuales incluso, le generaron unos rendimientos que se está ordenando en este caso, entregar a COLPENSIONES, entonces mi representada no comprende ni comparte cómo, si se cumplió con la final establecida de garantizar el encargo en cuanto a la seguridad y la rentabilidad de los recursos y se dispone la entrega de dichos dineros a COLPENSIONES, se desconoce la gestión de administración que realizó mi mandante y se ordene el pago de dicho concepto. Debe tenerse en cuenta que incluso, si la demandante hubiese permanecido en el régimen de prima media, una parte de sus aportes también se hubiese ido a gastos de administración, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 20 de la ley 100 de 1993 y en esa medida, mi representada no comparte de ninguna manera, la decisión del despacho de ordenar la entrega de los gastos de administración, pues se reitera que mi representada cumplió con tal gestión.

Por esta razón, le solicito al Honorable Tribunal revocar la sentencia emitida en primera instancia y la condena en costas a cargo de la parte actora. Muchas gracias."

años o menos para alcanzar la edad de pensión, a menos que se trate de personas con más de 15 años cotizados a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones quienes pueden retornar en cualquier momento, pues de lo contrario se quebranta la sostenibilidad financiera del sistema² (CD folio 264, audiencia virtual concentrada artículos 77 y 80 del C.P.T, récord: 56:45, acta folios 265 a 267).

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

² “Gracias su señoría, de manera respetuosa me permito interponer recurso de apelación ante el Honorable Tribunal Superior de Distrito judicial en su Sala Laboral, con el fin de que revoque en su integridad la sentencia proferida por el juzgador de primera instancia, teniendo en cuenta las siguientes consideraciones. Ha de tenerse en cuenta, que se censura dentro de las consideraciones del juzgador de primera instancia que la administradora del régimen de ahorro individual con solidaridad, no proporcionó al afiliado una suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna información sobre las implicaciones del traslado reconociendo que el deber de información que tienen las administradoras de pensiones ha tenido diferentes etapas, una primera etapa con la expedición del decreto 663 del 93, la segunda etapa con la ley 1328 de 2009, el decreto 2241 de 2010, la tercera etapa con la ley 1748 del 2014 y el decreto 2071 del 2015 y la circular externa 016 del 2016 de la Superintendencia Financiera.

Así las cosas, el análisis de la información suministrada por la AFP y el alcance de la asesoría que debió brindar al momento de la afiliación, deberían ser valoradas bajo la normatividad vigente para la fecha de suscripción del formulario o, de la materialización efectiva del traslado. 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 del régimen, pues tal exigencia desvirtuaría el principio de confianza legítima, teniendo en cuenta que el principio de legalidad y el debido proceso no consisten solamente las posibilidades de defensa o en la oportunidad de interponer recurso, sino que exige además, como o expresa el artículo 29 de la Constitución Política, el ajuste de las normas preexistentes al acto que se juzga.

El juzgamiento de los fondos con base en la conducta y normas inexistentes no tiene justificación jurídicamente alguna y viola gravemente el debido proceso de COLPENSIONES, quien, sin haber participado en el trámite, es quien netamente tiene que afrontar la carga de la pensión, que es lo que pretende la demandante en un futuro, al momento de declararse la ineficacia del traslado. Adicionalmente, le ruego al Honorable Tribunal tener en cuenta, tal como lo mencioné en los alegatos de conclusión, que la demandante se encuentra inmersa dentro de la prohibición legal contemplada en el artículo 2 de la ley 797 de 2003, la cual determinó la posibilidad que el afiliado se traslade de régimen una vez cada 5 años a partir de la selección inicial. Sin embargo, por razones financieras y de estabilidad del sistema pensional, esta norma limitó este derecho cuando al afiliado le faltaren 10 años o menos para alcanzar la edad de pensión, salvo los afiliados que tuvieran 15 años cotizados a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, para quienes se conservó el derecho de regresar al régimen de prima media en cualquier momento, es decir, para aquellas personas que eran beneficiarias del régimen de transición.

Por consiguiente, como se evidencia del reporte de semanas cotizadas en pensión y tanto de la cedula de ciudadanía de la demandante, ella no es beneficiaria de este régimen de transición ni por edad, ni por número de semanas tampoco está inmersa dentro de las condiciones que la Corte Constitucional para poder retornar en cualquier tiempo en la sentencia de unificación 062 y por consiguiente, no sería procedente retornar al régimen de prima media administrado por mi representada. En ese orden de ideas, el principio de sostenibilidad económica del sistema financiero representa una garantía del derecho fundamental a la pensión de los colombianos de manera sostenida y conceder la ineficacia del traslado entre regímenes quebranta la sostenibilidad financiera, en tanto genera una situación caótica que desvertebra la debida planeación en la asignación y distribución de los recursos del sistema pensional, al desconocer la irreductible necesidad de que dichas condenas se cumplan previo a la ordenada gestión de los recursos que en la mayoría de los casos, no están presupuestados en la medida que surgen de manera de las contingencias o de la declaración judicial.

Adicionalmente, es importante tener en cuenta que la demandante al momento de suscribir el formulario de vinculación acepta todas las consecuencias e implicaciones que conlleva el traslado de régimen, tal como lo dispone el artículo 11 del decreto 692 de 1994, por lo tanto, no sería procedente declarar la ineficacia del traslado dentro del presente proceso. De esta forma dejo sustentado mi recurso de apelación solicitándole al Honorable Tribunal, revocar en su integridad la sentencia proferida. Muchas gracias.”

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante ELVIA ELENA CUASPA HUERTA, en este proceso ordinario las pretensiones relacionadas a folios 7 y 8, las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos expuestos a folios 4 a 7, aspirando, se declare la nulidad de su afiliación a la administradora de fondos de pensiones y cesantías PORVENIR S.A., realizada el 3 de julio de 2002, por la cual se trasladó del régimen de prima media con prestación definida administrado por el Instituto de Seguros Social (hoy Colpensiones) al régimen de ahorro individual. En consecuencia, se condena a COLPENSIONES recibir su afiliación en ese régimen, a PORVENIR librarla de sus bases de datos y devolver todos los valores que haya recibido con motivo de su vinculación, tales como cotizaciones, bonos pensionales y sumas adicionales con sus frutos e intereses, en los términos del artículo 1746 del C.C. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró la ineficacia el traslado de régimen pensional realizado por la actora a PORVENIR, antes HORIZONTE ordenando a esta, como actual administradora de la demandante, la devolución de saldos de la cuenta de ahorro individual al Régimen de prima media con prestación definida junto rendimientos, bonos pensionales y gastos de administración, tras considerar que la demandada PORVENIR (antes HORIZONTE) no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía con la demandante al momento del traslado, en los términos ilustrados por la Corte Suprema de Justicia.**

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

³ En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2°, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: “Después de un (1) año

Así las cosas, a folios 32 y 33 milita copia de la cédula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 8 de marzo de 1960, por lo que la edad de 57 años, los cumplió el mismo día y mes del año 2017, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante Colpensiones (folios 34 a 35) el 17 de julio de 2019, es decir, cuando ya contaba con la edad requerida para adquirir el derecho pensional –tenía 59 años-. De otra parte, no tenía la demandante 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994⁴⁴-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con 37,29 semanas de cotización (folios 163 y 200) equivalentes a 0.72 años, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

Conforme lo anterior, y previo a continuar con el estudio correspondiente, teniendo en cuenta que se encontró acreditada la calidad de empleada pública de la demandante (folios 119 a 162 y lo referido por la actora al absolver el interrogatorio de parte en el que manifestó que está vinculada a la Rama Judicial como escribiente de un Juzgado Penal de Soacha⁵), es menester precisar, en atención a que lo pretendido en autos es la nulidad y/o ineficacia de un acto jurídico, como es el traslado de Régimen pensional al RAIS mediante la afiliación a una AFP de carácter privado, esta jurisdicción es competente para resolver la controversia, empero, ante una eventual reclamación de reconocimiento del derecho pensional, la demandante, de así considerarlo, deberá acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Ahora, con fundamento en la ausencia del suministro de información, pretende la promotora del litigio 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 6 de marzo de 2002 (folios 53, 116 y 166) específicamente, conforme la información consignada en el formulario de afiliación

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”.

⁴⁴ Era trabajadora del sector privado según la historia laboral expedida por Colpensiones (folios 200 y 201).

⁵ Cd folio 264, récord. 08:18.

a HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS (hoy PORVENIR), el reporte SIAFP expedido por ASOFONDOS y la historia laboral válida para Bono pensional expedida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Así las cosas, frente a la ineficacia del traslado ya se ha pronunciado en múltiples ocasiones la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, reiterando que para el estudio de la procedencia de la misma, según sea el caso, 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, la vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata

de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba de la actora al fondo accionado PORVENIR S.A. (antes HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS)

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011⁶, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y más

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

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

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

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

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

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

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

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

“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, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la accionante en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues en manera alguna se encontró acreditado, siquiera de manera sumaria, que se le hubiera informado sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la demandante⁷, contrario a lo aseverado por la apoderada de PORVENIR, no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado al momento de la suscripción del formulario de afiliación, en tanto aseguró que su motivación para trasladarse fue porque el asesor del fondo de pensiones le manifestó que el ISS se iba a acabar, que su pensión sería de un monto superior y que los dineros ahorrados en el fondo podrían ser heredados a sus hijos.

⁷ Cd folio 261, récord 08:18 Audiencia virtual.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (folio 53), plasmado en el formulario de afiliación a HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS (hoy PORVENIR), este no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada. (Sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019).

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR S.A. (antes HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS), omitió en el momento del traslado de régimen (6 de marzo de 2002, folio 53) el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL 12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

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 guardan relación con la información que se le debía suministrar cuando se trasladó de régimen, al respecto puede consultarse 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 del saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la actora administrada por PORVENIR S.A., junto con sus rendimientos y gastos de administración, así como la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, debiendo confirmar la sentencia de primer grado en este aspecto.

Conviene precisar, en autos no tiene relevancia la financiación del sistema, o que la convocante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues basta con señalar,

no se está avalando el tránsito de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva a retornar al régimen de prima media con prestación definida, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual de la demandante.

Asimismo, advierte la Sala, los gastos de administración, surgen como consecuencia de la afiliación, y en ese orden, al declararse la ineficacia del traslado resulta claro que los mismos quedan sin fundamento, pues lo que ocurre es que la situación de vinculación 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 actora, a Colpensiones, incluyendo, como ya se dijo, las sumas correspondientes a los gastos de administración.

En lo que atañe a la excepción de prescripción⁸ (fl. 193), 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 de ser la declaración de un estado jurídico, está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción, acogiendo esta 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, conforme las motivaciones que preceden, se confirmará la decisión de primer grado.

SIN COSTAS en esta instancia.

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

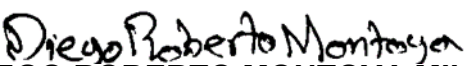
⁸ Se tuvo por contestada la demanda de Colpensiones mediante auto del 6 de marzo de 2020 (folio 204)

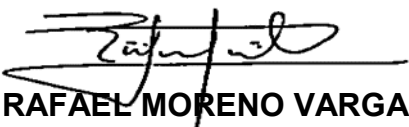
RESUELVE

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

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

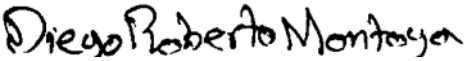
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR HÉCTOR JULIO ROJAS ZARATE Y WILLIAM ESCOBAR MARTÍNEZ CONTRA ASFALTOS LA HERRERA S.A.S. como integrante del CONSORCIO LUZ y LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL -UAERMV- (RAD 07 2014 00686 01), trámite al que se vinculó como llamada en garantía a LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS.

Bogotá D.C. treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020)

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la sociedad ASTURIAS ABOGADOS S.A.S., representada legalmente por DOUGLAS HARVEY RAMIREZ TIBABUSO, como apoderada sustituta de la parte actora, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución (folio 549), quien en los términos del artículo 75 del C.G.P., podrá actuar en el proceso a través de cualquier profesional del derecho inscrito en su certificado de existencia y representación legal.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia únicamente por la parte actora (folios 552 a 565) y la llamada en garantía LA PREVISORA S.A. (folios 567 a 569), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la parte actora, contra la sentencia proferida por el Juez Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 18 de febrero de 2020 (Cd. folio 521 récord 50:17, acta folio 522), en la que, al decidir sobre varios procesos, entre estos el que ocupa la atención de esta Corporación, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR que entre los demandantes ARISTÓBULO GONZÁLEZ GARZÓN, HERNÁN GARZÓN GIL, ISMAEL RODRIGUEZ MONTOYA, JOSE EIDER MONTOYA, MISAEEL RIAÑO MORENO, HÉCTOR JULIO ROJAS ZARATE y WILLIAM ESCOBAR MARTINEZ y las empresas CORTÁZAR Y GUTIERREZ LTDA Y ASFALTOS LA HERRERA S.A.S como integrantes del CONSORCIO LUZ, existieron contratos de trabajo por obra o labor por los siguientes periodos:

- ARISTÓBULO GONZALEZ GARZÓN del 22 de marzo de 2011 hasta el 17 de mayo de 2012
- HERNÁN GARZÓN GIL del 22 de agosto de 2012 a l 21 de septiembre de 2012
- ISMAEL RODRIGUEZ MORENO del 7 de marzo de 2011 al 15 de mayo de 2012
- JOSE EIDER MONTOYA del 22 de marzo del 2011 hasta el 21 de agosto de 2012
- MISAEEL RIAÑO MORENO del 21 de junio 2011 de al 21 de agosto de 2012
- JULIO ROJAS ZARATE del 22 de agosto del 2102 al 21 de septiembre 2012
- WILLIAM ESCOBAR MARTINEZ del 1 de noviembre de 2011 al 15 de mayo de 2012

SEGUNDO: CONDENAR a las sociedades CORTÁZAR Y GUTIERREZ LTDA y ASFALTOS LA HERRERA S.A.S como integrantes del CONSORCIO LUZ y solidariamente a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE MANTENIMIENTO VIAL DE BOGOTÁ a pagar al señor MISAEEL RIAÑO MORENO la moratoria en la modalidad de intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superfinanciera causados sobre el monto de la liquidación final desde el 21 de agosto del 2012 y hasta el 31 de mayo del 2013, suma que asciende a la cifra de un millón dos mil treinta pesos con noventa y un centavos(\$1,002,030. 91).

TERCERO: ABSOLVER a las demandadas UNIDAD ADMINISTRATIVA DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL DE BOGOTÁ, CORTAZAR Y GUTIÉRREZ LTDA y ASFALTOS LA HERRERA S.A.S como integrantes del CONSORCIO LUZ de las pretensiones incoadas por los demandantes ARISTÓBULO GONZALEZ GARZON, HERNÁN GARZÓN GIL, ISMAEL RODRIGUEZ MOREJO, JOSE EIDER MONTOYA, **HECTOR JULIO ROJAS ZARATE y WILLIAM ESCOBAR MARTINEZ** conforme se expuso en la parte motiva de este fallo.

CUARTO: DECLARAR PROBADAS las excepciones propuestas por los demandados dentro de los procesos donde no salieron avantes las pretensiones de los demandantes.

QUINTO: Se **CONDENA** en costas a los demandantes ARISTÓBULO GONZALEZ GARZÓN, HERNAN GARZON GIL, ISMAEL RODRIGUEZ MORENO, JOSE EIDER MONTOYA, HECTOR JULIO ROJAS ZARATE y WILLIAM ESCOBAR MARTINEZ. Las agencias derecho se tasan en seiscientos mil pesos (\$600.000) a cargo de cada uno y a favor de las demandadas a prorrata, igualmente, se **CONDENA** a las demandadas a pagar costas a favor del señor MISAEL RIAÑO MORENO, las agencias en derecho se tazan en un 20% de la condena impuesta y liquidada en esta sentencia.

SEXTO: ORDÉNESE la consulta de esta sentencia ante el superior, a favor de los demandantes a los cuales no les salieron avantes sus pretensiones ARISTÓBULO GONZALEZ GARZON, HERNÁN GARZÓN GIL, ISMAEL RODRIGUEZ MORENO, JOSE EIDER MONTOYA, HECTOR JULIO ROJAS ZARATE Y WILLIAM ESCOBAR MARTINEZ.”

Inconforme con la decisión el apoderado de los demandantes, específicamente frente a la resolución adoptada dentro del proceso con radicación 07 2014 00686 01 promovido por HECTOR JULIO ROJAS ZARATE y WILLIAM ESCOBAR MARTINEZ, interpuso recurso de apelación, aduciendo, el Juez de primera instancia no debió declarar la existencia de la relación laboral entre los demandantes y CORTAZAR & GUTIERREZ LTDA y ASFALTOS LA HERRERA S.A.S., pues el verdadero empleador es el CONSORCIO LUZ al que solo podía llamar al litigio a través de sus integrantes, advirtiendo, en el asunto no se presenta la figura del litisconsorcio necesario pues este supone que no puede proferirse un fallo si no están integrados todos; por el contrario, debió entenderse que los integrantes del consorcio son litisconsortes facultativos dada la responsabilidad solidaria que les incumbe respecto del CONSORCIO con quien insiste, existió la relación laboral, y de esta manera proceder al estudio de las pretensiones formuladas frente a ASFALTOS LA HERRERA S.A.S.

Por otra parte, con relación a la prescripción, aduce, presentó una reclamación ante la Unidad Administrativa y las empresas integrantes del Consorcio Luz por las acreencias objeto de demanda, con lo cual entiende se interrumpió este fenómeno. En este punto, además, refiere, debe tenerse en cuenta la actitud contumaz de ASFALTOS para concurrir a notificarse del proceso.

De otro lado, indica, no es válido considerar que los demandantes no se hicieron parte del proceso de liquidación pues este trámite es para obtener el cobro y no la declaratoria de derechos.

Con relación a la sanción moratoria, advierte, debe tenerse en cuenta la mala fe del CONSORCIO LUZ dado el incumplimiento del contrato que medió con la Unidad de Mantenimiento Vial y la ausencia de pago de los emolumentos a favor de los trabajadores, sin que sea viable alegar su propia culpa; adicionalmente, que los demandantes devengaban el salario mínimo por lo que este concepto debe ser liquidado en los términos del párrafo segundo del artículo 65 del C.S.T, debiendo considerarse también algunos pagos que están probados.

Menciona, la suerte de la UNIDAD DE MANTENIMIENTO VIAL debe ser la del Consorcio porque así lo ha desarrollado la jurisprudencia.

En otro giro, aduce, si esta Corporación decide *“cambiar de posición porque consideran que el verdadero empleador, como muchas veces lo han hecho en esta instancia (...) a la UNIDAD DE MANTENIMIENTO VIAL”* ello implicaría que se están trasgrediendo las normas que prohíben la tercerización de la actividad laboral por contratar empresas que aprovisionan empleados, lo que se puede hacer pero atendiendo lo previsto en el artículo 34 del C.S.T. que exige que la actividad del trabajador beneficie a la unidad.

Aduce, aunque se ha señalado el pago de ciertos aportes a seguridad social, ello no es más que una mención sin soporte que realiza la Unidad de Mantenimiento Vial¹ (Cd. folio 521 récord 54:30, acta folio 522).

¹ *“Gracias su señoría (...) Ahora voy a compactar todos los recursos de apelación de la siguiente manera. En primera instancia considero respetuosamente que el juzgado comete un yerro al declarar que la relación laboral fue con Cortázar y con Asfaltos. El CONSORCIO LUZ se desarrolló con ocasión de lo dispuesto en el artículo séptimo de la ley 80 de 1993 que permite que varias personas se asocien para presentar una propuesta, ellos tienen capacidad de contratar, lo hicieron con el Estado, lo hicieron con la Alcaldía, también pueden contratar trabajadores, diferente es quienes los integran, en este caso yo tengo dos, OPAIN tiene siete integrantes, quienes los integran responden, entonces yo no puedo demandar al consorcio LUZ sino a quienes lo integran.*

Hay un supuesto lógico indefectible para entrar a proferir condenas y es una declaración, que el CONSORCIO LUZ como se dijo a lo largo de toda la argumentación del despacho es el verdadero empleador. Hay una confusión sobre este sentido que hay que zanjar y es que el CONSORCIO LUZ como lo dice la carta de terminación, carta de vinculación, aportes a seguridad social y los contratos de trabajo es el verdadero empleador. Pero las condenas respecto de quienes los integran, artículo séptimo ley 80 de 1993 quienes son socios, artículo 35 del código sustantivo del trabajo o artículo 34, quienes son los beneficiarios. El despacho debió haber declarado que la relación laboral se dio respecto del CONSORCIO LUZ, es un supuesto fáctico necesario para proferir condenas, es una decisión muy específica, pero así funciona.

Entonces, establecido que fue el CONSORCIO LUZ el que debió haber sido declarado como el verdadero empleador, tenemos que hablar que aquí no existe la figura del Litisconsorcio necesario, el litisconsorcio necesario supone que yo no puedo proferir fallo sin que estén todos, como cuando hay un proceso de

pertenencia en el que yo debo demandar a todas las personas que aparecen como titulares del derecho real de dominio respecto de un inmueble. Pero hay litisconsorcio facultativos, yo miro cuantos beneficiarios meto, puede que no meta ninguno, yo miro cuantos socios, no metí aquí a ninguno, yo miro si meto a los que hacen parte del consorcio, pero esto jamás integra un contradictorio, jamás puede considerarse que aquí hay un litisconsorcio necesario, eso es una situación que ha sido concebida por el despacho, aquí solamente necesito que se haga una declaración, que es un soporte lógico apenas indispensable para entrar a desarrollar el proceso y es que el CONSORCIO LUZ fue el verdadero empleador, sabiendo que es el verdadero empleador miremos quienes responden, los integrantes ASFALTOS está vinculado, los temas de prescripción son una cuestión independiente, desistí de CORTAZAR para ahorrarnos el trámite de los emplazamientos, puede hacerse la declaración que el CONSORCIO LUZ es el verdadero empleador pero eso no es óbice para que se hagan declaraciones respecto de quien responde, solidariamente, cada una de las empresas conformantes del CONSORCIO LUZ deben ser llamadas, los socios, los beneficiarios.

Es preciso tocar el tema de la prescripción para adelantarle el estudio a los señores magistrados en el sentido que el artículo 151 del código procesal laboral habla de la figura de la interrupción, entonces yo coloco de presente, formulo una reclamación a la unidad o a las empresas integrantes del CONSORCIO LUZ respecto de las acreencias que estamos reclamando en este proceso. Se interrumpe el fenómeno de la prescripción, entonces a partir de ese momento se cuentan otros tres años porque así lo dispone el artículo 488 del código sustantivo del trabajo y el 151 del código procesal del trabajo. También es necesario hablar de la contumacia porque le mandó a ASFALTOS el 291, es decir, la invitación a que haga parte dentro del proceso, le envió el aviso, hace caso omiso, de dicta por parte de este despacho una situación conforme a la cual se llama a un curador, yo después desisto, el caso es que ellos no pueden venir cuando a bien tengan a contestar una demanda por supuesto que esa demanda se tiene por no contestada porque aquí lo que opera es la figura de la contumacia, usted recibe el proceso en la etapa que se encuentra.

Tampoco pueden considerar que mis clientes debieron haberse hecho partes dentro del proceso de liquidación para estas empresas porque el proceso de liquidación es para cobrar, no par que se declaren derechos. Los extremos temporales están completamente definidos, como son tantos procesos tengo que decirlo: Certificaciones laborales, cartas de terminación, demostración por parte de la EPS que en efecto estuvieron vinculados al CONSORCIO LUZ, que yo diga que una persona es empleadora de las empresas que hacen parte de una entidad pues no es de recibo pues quien les contrató fue esa entidad jurídica, los salarios están plenamente demostrados, es importante tener en cuenta que de acuerdo con el artículo 65 del código sustantivo del trabajo si se gana el salario mínimo de acuerdo con el segundo párrafo de esa misma norma, se aplica la norma que venía en precedencia es decir no para la indemnización moratoria en 24 meses, también es necesario considerar que en ninguno de los casos que se han presentado con estos cuatro fallos el pago que se hizo, y no todos están probados, ellos aducen pago pero no se ha establecido de manera certera en la mitad de los casos, ya lo precisaré en la ampliación, pero dejo sentado que lo planteé para precisarle al magistrado en cuales casos fue demostrado y en cuales no, de cualquier manera, si no se hace el pago total la indemnización de las personas que ganan más del salario mínimo, va hasta los 24 meses, lo que ganan el salario mínimo hasta que se haga el pago de la totalidad de estos emolumentos.

Ahora es necesario explicar por qué la actitud del CONSORCIO LUZ no fue de buena fe, sucede que a mí me entregan un contrato por catorce mil millones de pesos, evidentemente para realizar el pago de salarios, prestaciones y aportes a seguridad social en el expediente aparece acreditado, ya que lo han concretado porque en dos expedientes aparece 5000 millones de pesos fueron entregados a la empresa Capital Factor casualmente yo también estoy ejerciendo acciones en contra de estas entidades y esos 5000 millones de pesos no procuro la entrega de los recursos para efectos que se pudieran pagar los aportes a seguridad social como no se pagaron los aportes a seguridad social se incumplió el contrato que medió entre el CONSORCIO LUZ y LA UNIDAD entonces eso implicó que se desembocara el tema de la caducidad del contrato, caducidad que implicó que no le pagaran a todos mis clientes, acaso uno puede argumentar su propia culpa en su favor? “Es que cogí la plata para otra cosa, entonces no puede cumplir” y la suerte del empleador, que en este caso es el CONSORCIO LUZ inexorablemente es la suerte de la UNIDAD DE MANTENIMIENTO VIAL porque así lo ha desarrollado la jurisprudencia.

Ahora, si los magistrados decidieran cambiar de posición porque consideran que el verdadero empleado como muchas veces lo han hecho en esta instancia frente a estas corporaciones se considerara como empleador a la UNIDAD DE MANTENIMIENTO VIAL, acaso eso no implicaría inmediatamente que se están transgrediendo todas las normas que prohíben la tercerización de la actividad laboral, la violación del decreto 586 de 2016 y es que claramente los están contratando una empresas para que les aprovisionen de empleados, y uno lo puede hacer, pero sucede que existe una situación y es que el artículo 34 que es una norma dirigida con el propósito de evitar que esas persona que en principio deberían estar pagando salarios y prestaciones eviten estos pagos, se escuden a través de la contratación de terceros y solamente exigen dos requisitos que la actividad del trabajador beneficie a la unidad y eso es evidente porque lo que ellos están

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de los demandantes en este ordinario, las pretensiones relacionadas en la demanda, la subsanación y el escrito de la demanda y la reforma a la misma a folios 6 a 7, 41 a 42 y 374 a 378, las cuales encuentran fundamento en los hechos consignados a folios 2 a 4 y 369 a 374, aspirando principalmente se declare que la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL- UMV fue su empleador, del 23 de agosto al 21 de septiembre de 2012, para el caso de HECTOR JULIO ROJAS ZÁRATE, y del 1 de noviembre de 2011 al 15 de mayo de 2012 en el de WILLIAM ESCOBAR MARTÍNEZ; en subsidio, se declare que su empleador fue el CONSORCIO LUZ y la beneficiaria de la actividad laborada prestada por los actores fue la UNIDAD DE MANTIMIENTO VIAL. En consecuencia, se condene a la UMV y solidariamente a ASFALTOS LA HERRERA S.A.S., a pagar a favor de estos los salarios, cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios y vacaciones causadas y no pagadas durante el tiempo que duró la relación laboral de cada uno, junto con la sanción moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T. WILLIAM ESCOBAR MARTÍNEZ pidió además el pago de la sanción por no consignación de las cesantías a que se refiere el artículo 99 de la Ley 50 de 1990. **Obteniendo los demandantes sentencia de primera instancia**

haciendo es precisamente el re parcheo, el mantenimiento de la malla vial de Bogotá, y cuál es el propósito según el acuerdo 216 del consejo de Bogotá del año 2016. ¿Para qué crear la UNIDAD DE MANTENIMIENTO VIAL? Para mantener las vías públicas, entonces se benefician, claro, ellos tiene una obligación legal y es desarrollar esa suerte de actividades, entonces se benefician y el giro ordinario de las actividades que pertenecen al beneficiario por supuesto que coinciden, de manera exacta y precisa con la actividad e estos trabajadores que en ningún caso debían esperar a que les hicieren un abono a los dos años de sus prestaciones sociales.

Por esa razón considero que debe revocarse el fallo, no sin antes colocar de presente que se han aducido el pago de ciertos aportes a seguridad social que no es más que una mención por parte de la UNIDAD DE MANTENIMIENTO VIAL porque estos pagos efectivamente jamás se realizaron, además de ello quiero colocar de presente que la posición del despacho es tanto como asumir que para que se profiera condena en contra de un empleador es necesario haber demandado a todos los socios y a todos los beneficiarios que ello no es requisito sine qua non para el efecto se han suministrado al despacho todos los elementos de juicio para que se formule una declaración que es el supuesto fáctico indefectible para la formulación de condenas y es que el consorcio es el verdadero empleador, entre a mirar quien es el que responde por cada una de las obligaciones que les correspondían. En esos términos dejo fijada la apelación. Su señoría muchas gracias.”

desfavorable a sus aspiraciones, pues aunque se declaró la existencia con las empresas CORTAZAR GUTIERREZ LTDA y ASFALTOS LA HERRERA S.A.S., como integrantes del CONSORCIO LUZ en los periodos por anotados en el libelo introductorio por cada uno de los demandantes, se absolvió a las demandadas de todas las pretensiones incoadas en su contra. Lo anterior, tras considerar el juez de primer grado que conforme las pruebas allegadas y practicadas el verdadero y único empleador fue el CONSORCIO LUZ integrado por las empresas CORTAZAR & GUTIERREZ LTDA y ASFALTOS LA HERRERA S.A.S., siendo efectivamente la beneficiaria de las labores de los demandantes como trabajadores la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL DE BOGOTÁ por lo que conforme lo establecido en el artículo 34 del C.S.T sería esta última responsable de las condenas o derechos que se reconocieran a favor de los demandantes. No obstante, sostuvo no poder resolver de mérito en razón a que se desintegró el litisconsorcio necesario cuando la parte actora decidió desistir de la demanda contra la empresa CORTAZAR & GUTIERREZ LTDA, señalando *“para el trámite y decisión de este proceso, , para responder por las obligaciones que se llegaran a derivar de los contratos de trabajo celebrados con este, deben estar forzosamente vinculadas las dos empresas que lo conformar sin poderse proferir condena contra una de ellas”*, insistiendo, el juzgado no podía pronunciarse sobre las condenas pedidas contra el CONSORCIO LUZ porque CORTAZAR Y GUTIERREZ LTDA ya no es parte del proceso y no era posible proferir sentencia contra esa sociedad integrante del consorcio.

Pese a lo asentado, consideró igualmente, en el otrosí al acta de liquidación se dejó consignado que la Unidad pagaría las acreencias a cada beneficiario, indicando los valores que fueron efectivamente cancelados a los demandantes según confesaron en el interrogatorio, sumas de dinero que, a su juicio, y conforme las liquidaciones que efectuó esa sede judicial, correspondían a la totalidad de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones y salarios que reclaman los actores en sus pretensiones, concluyendo, la demandada no debía suma alguna por estos conceptos.

Establecido lo anterior se abordará el estudio del recurso de apelación interpuesto por el extremo actor, en los puntos concreto objeto de censura, atendiendo el principio de consonancia (artículo 66A del C.P.T. y de la S.S.), pues recuérdese

que es el apelante quien delimita el ámbito sobre el cual ha de recaer la decisión de segunda instancia (*tantum devolutum quantum appellatum*).

En primer lugar, sea del caso advertir, en el asunto no es objeto de controversia que el CONSORCIO LUZ está integrado por las sociedades CORTAZAR & GUTIERREZ LTDA y ASFALTOS LA HERRERA S.A.S., situación determinada por el juez de primer grado, no controvertida en esta instancia y que, en todo caso, deviene acreditada con la documental de folios 23 vto. y 24.

Así mismo, tampoco se discute en esta instancia que los demandantes, en uso de la facultad conferida por el artículo 314 del C.G.P. -antes 342 del C.G.P.- desistieron de la demanda respecto de la sociedad CORTAZAR & GUTIERREZ LTDA, el cual fue aceptado mediante auto del 27 de septiembre de 2018 (folio 415), aclarado en proveído del 29 de octubre de ese mismo año (folio 458).

Ahora bien, 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.

De esta manera, en lo que corresponde a la existencia del contrato de trabajo, vale la pena señalar, aunque el recurrente alude que el mismo debió ser declarado con el CONSORCIO LUZ, lo cierto es que en esos términos fue dispuesto por el juez de primer grado, al aducir en la parte considerativa: *“el Despacho concluye que el verdadero y único empleador fue el CONSORCIO LUZ integrado por las empresas CORTAZAR & GUTIERREZ LTDA y ASFALTOS LA HERRERA S.A.”*², y no con las personas jurídicas que lo componen, individualmente consideradas. Lo anterior encuentra justificación en el hecho de que el CONSORCIO carece de personería jurídica, como bien lo señaló el apelante, por lo que la capacidad sigue estando en cabeza de quienes lo conforman. Sin embargo, como quiera que no resulta muy afortunada la redacción de la parte resolutive de la sentencia objeto de reproche, se modificará el numeral primero para precisar que la existencia del contrato de trabajo se declara con el CONSORCIO LUZ, integrado por

² Cd folio 521, récord 39:28.

CORTAZAR & GUTIERREZ LTDA y ASFALTOS LA HERRERA S.A., por acompasarse ello a lo considerado por el *a quo*.

Bajo tal entendido, a juicio de la Sala, no hay lugar a analizar la concurrencia de los elementos del contrato de trabajo de los actores con el mentado consorcio, pues en realidad este es un aspecto no controvertido, quedando claro que la vinculación laboral de los demandantes fue con el CONSORCIO LUZ, así: para el caso de HECTOR JULIO ROJAS ZÁRATE entre el 23 de agosto y el 21 de septiembre de 2012 y de WILLIAM ESCOBAR MARTÍNEZ del 1 de noviembre de 2011 al 15 de mayo de 2012.

En esa medida, el problema que realmente debe desatar la Sala se circunscribe en determinar si los integrantes de un consorcio se consideran litisconsortes necesarios, y en esa medida, si se requería que el contradictorio estuviera integrado también por la empresa CORTAZAR & GUTIERREZ LTDA para proceder a estudiar de mérito las pretensiones del libelo genitor, o si, por el contrario, su intervención es facultativa. Así, de resultar positivo esto último esta Corporación descenderá al análisis las peticiones contenidas en la demanda.

Es pertinente memorar que, en el caso bajo análisis, el *a quo* aunque dijo que no resolvería de mérito, lo cierto es que profirió un fallo absolutorio, para lo cual se soportó, en síntesis, en que la demanda fue instaurada contra el consorcio denominado CONSORCIO LUZ el cual carece de personería jurídica para comparecer en juicio, ya que la misma reside en sus miembros y al trámite judicial solo se convocó a una de sus integrantes, esto es, ASFALTOS LA HERRERA S.A.S.

De esta manera, resulta preciso indicar, frente a la naturaleza jurídica de un Consorcio, este corresponde a una agrupación de sujetos que no dan origen a una persona nueva, por lo que la capacidad sigue estando en cabeza de quienes lo conforman y no cuenta con personería jurídica propia, situación que imposibilita su comparecencia como parte dentro un proceso judicial. Así lo ha determinado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia al señalar:

“El artículo 7° de la Ley 80 de 1993, o Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, definió el consorcio en los siguientes términos: «Cuando

dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente de todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato. En consecuencia, las actuaciones, hechos y omisiones que se presenten en desarrollo de la propuesta y del contrato, afectarán a todos los miembros que lo conforman»; de acuerdo con esa disposición legal, el consorcio no forma una persona jurídica independiente de las personas que lo integran, lo cual se predica igualmente de las uniones temporales.

(...)

Por ello, la Sala sostuvo en diversas oportunidades que si un consorcio, lo cual es igualmente válido para la unión temporal, comparecía a un proceso como demandante o demandado, cada uno de los integrantes debía hacerlo de manera individual integrando un litisconsorcio necesario, es decir que la parte solo se conformaría con la vinculación de todos sus miembros al proceso»³ (Negrilla y Subrayas de la Sala)

De igual forma, con relación a la capacidad de los consorcios para comparecer en juicio, el órgano de cierre de esta jurisdicción en sentencia con radicación 18783 2 dic. 2008, precisó:

*“De otro lado y, al margen, la misma expresión “contra una persona que no tenía capacidad para ser parte”, comporta un gran desacierto en lo concerniente a la figura de los presupuestos procesales (capacidad para ser parte, capacidad para comparecer al proceso, demanda en forma y competencia) ya que, **toda persona** (natural o jurídica, menor o mayor de edad, normal o demente, etc.), puede ser parte en un proceso, por tratarse de un sujeto de derechos, que puede ejercer éstos o contraer obligaciones. Cosa distinta es que pueda comparecer por sí misma o a través de representante, supuesto correspondiente a la capacidad para comparecer al proceso. Al respecto, es el propio artículo 44 del CPC, que, paradójicamente, cita el ad quem, el que en forma clara consagra que “**Toda persona** natural o jurídica puede ser parte en un proceso”.*

*Es decir, el presupuesto procesal de “capacidad para ser parte” se refiere a que al proceso solo pueden comparecer **personas**, naturales o jurídicas, con las excepciones que el citado artículo 44 del C.P.C. señala.*

(...)

*El yerro del ad quem es en verdad ostensible. Si partió del postulado de haberse demandado a un consorcio que, conforme a su análisis, no tenía capacidad para ser parte, y profiere sentencia inhibitoria respecto del mismo, no le era dable, entonces, declarar, nada menos, que entre tal consorcio y el trabajador había existido un contrato de trabajo, pues, la existencia de éste nexo solo era dable atribuirle, como fuente de derechos y obligaciones, **entre personas**, y, refulge que, de antemano, ya el fallador le había negado tal calidad a aquel consorcio; de otro lado, insólita,*

³ STL4470-2014, Radicación No. 35906. M.P. Gustavo Hernando López Algarra.

incongruente y contradictoria, en grado sumo, resulta dicha declaración de inhibición con la simultánea de existencia de contrato de trabajo con el mismo consorcio, pues implicaba vincularlo obligacionalmente, lo que resulta contrapuesto a la consecuencia de tal inhibición. Esto significa que, el ad quem, pregona, al mismo tiempo, que al proceso no había concurrido el empleador del demandante (las sociedades integrantes del consorcio), pero que el contrato de trabajo había existido con el consorcio demandado que sí había concurrido y que no tenía capacidad para ser parte: un verdadero contrasentido.

Y, el dislate siguiente fue mayor: Si la relación sustancial entre trabajador y empleador, de donde se derivaba toda condena solicitada en el libelo, no era posible determinarla porque se había demandado a un consorcio que no tenía capacidad para ser parte, y que, por ende, no podía ser ni absuelto ni condenado, lo que generó inhibición, entonces, mal podía el ad quem proceder a imponer condena o absolución alguna, en forma independiente, a quien, con base en el artículo 34 del CST, se le había hecho comparecer, al mismo juicio, para que respondiera, solidariamente, por las condenas que se impusieran al empleador.

Es decir, ante la inexistencia de condenas respecto del empleador obligado, al beneficiario solidario no podía afectársele con ninguna que previamente no se hubiese impuesto a aquél, ya que su obligación no tiene carácter independiente sino derivado, porque no formó parte de la relación laboral de la que la prestación se origina, y, por ende, cualquier prestación que deba solucionar está condicionada a que se genere, con anticipación, en la persona del empleador.

Y, como en el sub lite, se ha hecho comparecer al mismo juicio a los presuntos empleador y beneficiario, la condena a éste resulta condicionada a que sea derivada de la impuesta a aquél. (negrillas en el original)

Por lo anterior, es claro que los Consorcios no pueden acudir directamente al proceso como demandantes o, para el caso en particular, como demandados, sino que deben hacerlo a través de las personas naturales o jurídicas que lo integran de manera individual, según corresponda, pues, se reitera el consorcio no tiene capacidad para ser parte.

Ahora, en orden a determinar en el *sub judice* si la demanda debía ser dirigida contra todos los integrantes (litisconsorcio necesario⁴) o si podía ser sólo respecto

⁴ Artículo 61 del C.G.P. “LITISCONSORCIO NECESARIO E INTEGRACIÓN DEL CONTRADICTORIO. Cuando el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales, por su naturaleza o por disposición legal, haya de resolverse de manera uniforme y no sea posible decidir de mérito sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos, la demanda deberá formularse por todas o dirigirse contra todas; si no se hiciere así, el juez, en el auto que admite la demanda, ordenará notificar y dar traslado de esta a quienes faltan para integrar el contradictorio, en la forma y con el término de comparecencia dispuestos para el demandado.

En caso de no haberse ordenado el traslado al admitirse la demanda, el juez dispondrá la citación de las mencionadas personas, de oficio o a petición de parte, mientras no se haya dictado sentencia de primera instancia, y concederá a los citados el mismo término para que comparezcan. El proceso se suspenderá durante dicho término.

de uno o algunos (litisconsorte facultativo⁵), oportuno resulta traer a colación lo preceptuado en el numeral 1° del artículo 7 de la Ley 80 de 1993, el cual señala:

“ARTÍCULO 7o. DE LOS CONSORCIOS Y UNIONES TEMPORALES. Para los efectos de esta ley se entiende por:

1o. Consorcio:

*Cuando dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, **respondiendo solidariamente de todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato.** En consecuencia, las actuaciones, hechos y omisiones que se presenten en desarrollo de la propuesta y del contrato, afectarán a todos los miembros que lo conforman.”* (Negrillas y Subrayas de la Sala)

El texto anterior, permite determinar que las personas que integran el consorcio tienen una responsabilidad solidaria, lo que da cabida a que se convoque al litigio a uno solo de los miembros del consorcio, en los términos del artículo 1571 del Código Civil⁶.

Así lo advirtió la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 3672 del 28 de agosto de 2019, reiterada recientemente en sentencia SL 282 del 4 de febrero de 2020, al considerar:

*“Tal y como lo señala el censor, del precepto antes mencionado -artículo 7° Ley 80 de 1993-, se desprende que la responsabilidad entre los miembros que componen el consorcio es solidaria en lo concerniente a: «todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato», **por ende, bien podía convocarse al juicio a uno solo de los miembros del consorcio o a los dos**”.*⁷

Si alguno de los convocados solicita pruebas en el escrito de intervención, el juez resolverá sobre ellas y si las decreta fijará audiencia para practicarlas.

Los recursos y en general las actuaciones de cada litisconsorte favorecerán a los demás. Sin embargo, los actos que impliquen disposición del derecho en litigio solo tendrán eficacia si emanan de todos.

Cuando alguno de los litisconsortes necesarios del demandante no figure en la demanda, podrá pedirse su vinculación acompañando la prueba de dicho litisconsorcio.”

⁵ ARTÍCULO 60 C.G.P: “LITISCONSORTES FACULTATIVOS. Salvo disposición en contrario, los litisconsortes facultativos serán considerados en sus relaciones con la contraparte, como litigantes separados. Los actos de cada uno de ellos no redundarán en provecho ni en perjuicio de los otros, sin que por ello se afecte la unidad del proceso.”

⁶ “ARTICULO 1571. <SOLIDARIDAD PASIVA>. El acreedor podrá dirigirse contra todos los deudores solidarios conjuntamente, o contra cualquiera de ellos a su arbitrio, sin que por éste pueda oponérsele el beneficio de división.”

⁷ Negrilla y subraya del Despacho.

En efecto, el artículo 1568 del CC., establece que la solidaridad puede provenir de la «convención, del testamento o de la ley», como ocurren en este evento, en el que es por mandato legal, lo que implica según este mandato que «puede exigirse cada uno de los deudores o por cada uno de los acreedores el total de la deuda»

En armonía con lo anterior, el 1571 del CC., al regular la solidaridad pasiva, dice que en virtud de la misma «El acreedor podrá dirigirse contra todos los deudores solidarios conjuntamente, o contra cualquiera de ellos a su arbitrio, sin que por éste pueda oponérsele el beneficio de división», tal y como ocurre en el presente evento, que como se explicó, de acuerdo con el mandato del numeral 1, del artículo 7 de la Ley 80 de 1993, responden los integrantes del consorcio de manera solidaria, por tanto, no estaba obligado el libelista a convocar a las dos personas naturales al litigio, sino que bien podía escoger a alguno de ellos, sin que ese fuera motivo para absolver, y mucho menos para el fallo inhibitorio que profirió el juzgador.”
(Negrilla y Subrayas de la Sala)

En ese orden, los consorciados de manera individual asumen en forma total y absoluta las obligaciones derivadas de la ejecución del contrato, respondiendo entre estos de manera solidaria, en tanto la figura del consorcio existe frente a la administración y los socios, más no frente a terceros, por cuanto la autonomía de la voluntad está expresada por las actuaciones de sus miembros, quien en últimas deben reconocer las acciones u omisiones que se presentan con ocasión del nexo contractual.

Bajo tal estructura, resulta forzoso concluir, los integrantes del consorcio no constituyen un litisconsorcio necesario sino uno facultativo, y en ese sentido, le asiste razón a la parte actora al indicar que si bien desistió de la demanda respecto de uno de los miembros del CONSORCIO LUZ (Cortázar & Gutiérrez Ltda.) tal circunstancia no impedía la continuación del trámite con una sola de las integrantes del mentado Consorcio, tal como acaeció, y menos aún, constituía una irregularidad procesal a partir de la cual el juzgado pudiera inhibirse de resolver de fondo sobre cada una de las peticiones del libelo, como en efecto lo hizo.

En consecuencia, no es de recibo para la Sala el argumento vertido por el a quo respecto a la imposibilidad de fallar de mérito por una falta de integración en debida forma del contradictorio, pues como se anunció, los acreedores de la obligación pueden exigir el pago de las obligaciones ya sea contra todos los deudores solidarios o contra cualquiera de ellos, encontrándose demandada en este trámite la sociedad ASFALTOS LA HERRERA S.A.S, la cual, como se dijo desde el inicio, es integrante del CONSORCIO LUZ, y quien fuera vinculada al

proceso atendiendo precisamente su calidad de integrante del mismo, por lo que se revocará la sentencia de primer grado en este punto.

Es importante anotar, lo anterior no obsta para que por virtud de la responsabilidad solidaria que caracteriza a los consorciados y en atención a las obligaciones contractuales entre estos, eventualmente el aquí convocado -ASFALTOS LA HERRERA S.A.- adelante acciones frente a la otra integrante del CONSORCIO LUZ, que no fue vinculada al presente trámite.

En consonancia con lo que viene de decirse, determinada la existencia de la relación laboral en los extremos anunciados, abordaremos el estudio de la procedencia de las pretensiones de la demanda, siendo preciso en este punto y con antelación a definir las condenas respectivas, estudiar la excepción de prescripción formulada oportunamente por la demandada ASFALTOS LA HERRERA S.A.⁸ (folio 334 y 454).

Para dilucidar ello, memora la Sala que los derechos adquiridos por un trabajador, como consecuencia de la existencia de una relación laboral, no perduran de manera indefinida en el tiempo, sino que prescriben tres años después de haberse causado -salvo algunas excepciones-, así lo dispuso el artículo 488 del C.S.T al preceptuar:

*“Las acciones correspondientes a los derechos regulados en este código prescriben en tres (3) años, que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, salvo en los casos de prescripciones especiales establecidas en el Código Procesal del Trabajo o en el presente estatuto.”*²

En iguales términos se refiere el artículo 151 del C.P.T y la S.S., el que en su tenor literal dispone:

“ARTICULO 151. PRESCRIPCION. Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el {empleador}, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero sólo por un lapso igual.”

Ahora bien, según el artículo 489 del C.S.T, la prescripción se interrumpe como consecuencia del reclamo que por escrito realice el trabajador a su empleador, la

⁸ Se tuvo por contestada la demanda y su reforma mediante auto del 19 de noviembre de 2018 (folio 478)

que se puede dar por una sola vez, restableciendo los términos para que opere dicho fenómeno, es decir, empiezan a contar de nuevo los tres años.

Bajo tal perspectiva, valga señalar, en el caso del demandante WILLIAM ESCOBAR MARTÍNEZ no obra prueba dentro de las diligencias de reclamación alguna presentada al ex empleador, advirtiéndose, este no figura en la relación de trabajadores que elevaron petición ante el Consorcio Luz solicitando el pago de acreencias laborales (folios 391 a 403), por lo que, si se tiene en cuenta que su vínculo laboral feneció el 15 de mayo de 2012 y la demanda se incoó el 6 de agosto de 2018, según deviene del escrito de reforma de demanda en la cual se integra como extremo actor (folio 368), es claro que operó la prescripción para los salarios, las cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, prima de servicios, sanción moratoria y sanción por no consignación de las cesantías que pudieran haberse causado durante la ejecución o a la terminación de su vinculación laboral, debiendo por tanto, en su caso particular, declarar probado el medio exceptivo y en consecuencia absolver a las demandadas de las aspiraciones formuladas en su contra por este actor, pero atendiendo estas razones

En lo que atañe al demandante HÉCTOR JULIO ROJAS ZARATE, se tiene que la relación laboral estuvo vigente entre el 22 de agosto y el 21 de septiembre de 2012, siendo interpuesta la demanda el 15 de agosto de 2014 tal como consta del acta de reparto visible a folio 39, por lo que, en lo que a este demandante respecta, no operó el fenómeno prescriptivo. Valga anotar, pese a que la demanda se notificó a ASFALTOS LA HERRERA S.A. solo hasta el 7 de mayo de 2018 (folio 327) a través de curadora *ad litem*, esto es, luego de haberse superado un año desde la admisión de la demanda (2 de septiembre de 2014, folio 46), lo cierto es que ello no obedeció a causas imputables a la parte actora, debido a que intentó, de manera diligente lograr la notificación personal de esa demandada a todas las direcciones de las que se tenía conocimiento, gestiones que promovió entre otras razones, en cumplimiento de las providencias emitidas por el juzgado que así lo ordenaban, por lo que la demanda sí tuvo la virtualidad de interrumpir la prescripción, por lo que la excepción se declarará no probada frente a este demandante. Al punto vale la pena memorar lo expuesto por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en su sala de Casación Laboral, entre otras, en la SL 1533 del 2 de mayo del 2018, radicación No. 60514 en la cual se señaló:

“(...) se recuerda que esta Corporación, frente al tema propuesto en los cargos, ha sostenido que, entre la presentación de una demanda y su notificación, pueden presentarse ciertas circunstancias que no son imputables al demandante y, en

consecuencia, no pueden perjudicarlo. De allí, que se admitan excepciones a lo dispuesto en el artículo 90 del CPC, -hoy artículo 94 del C.G.P- y se ha aceptado que la sola presentación de la demanda interrumpe la prescripción, no obstante que la notificación del auto admisorio de la demanda no se efectuó oportunamente, ya sea, por negligencia del juzgado o por la elusión de la demandada.

(...)

Además, se precisa, que aun cuando es cierto que todo proceso se debe adelantar de manera diligente y oportuna, para realizar la finalidad de pronta y cumplida justicia, ejerciendo el Juez los poderes de dirección, así como el de velar por su rápida solución, adoptar las medidas para impedir su paralización, a través de lo que se ha llamado «oficiosidad laboral», teniendo además por presente, que es regla del derecho laboral la gratuidad de los actos procedimentales, tal como lo dispone el artículo 39 del CPTSS, no lo es menos, que a las partes les compete asumir ciertas cargas procesales, en atención a que sus resultados pueden beneficiarlos, o su olvido, los pueden perjudicar.

Entre esas cargas, se encuentra la relativa al tramamiento de la relación jurídico procesal, que se constituye como el acto procesal necesario para garantizar el derecho de defensa y contradicción, de quien es llamado al proceso. De allí, que el beneficio dispuesto en el artículo 90 del CPC, estuviera supeditado a la notificación del auto admisorio de la demanda, dentro del año siguiente a la notificación al demandante del mismo. Así, si no ocurre esa situación, esa prerrogativa se perdería, generando, como consecuencia, la prescripción de la acción.”

Determinado lo anterior, pretende HECTOR JULIO ROJAS ZARATE el pago de 28 días de salario, así como cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios y vacaciones causadas en el periodo comprendido entre el 23 de agosto y el 21 de septiembre de la misma anualidad, estimando el juez que los extremos de la relación laboral fueron entre el 22 de agosto y 21 de septiembre de 2012, conceptos respecto de los cuales no obra prueba alguna dentro del plenario que dé cuenta de su pago por parte del CONSORCIO LUZ en vigencia de la relación laboral y en esa medida procede la condena de las mismas, las que deberán ser liquidadas sobre la base de un salario mínimo legal mensual vigente para el año 2012 -\$566.700-, pues aunque en el libelo introductor el señor ROJAS ZARATE adujo que devengó la suma de \$759.000 (folio 3, hecho 20), lo cierto es que tal aseveración no trascendió al plano probatorio.

Así las cosas, efectuados los cálculos aritméticos de rigor se tiene que el CONSORCIO LUZ, como empleador, adeuda al actor la suma de **\$699.416⁹**, que corresponde a los siguientes valores y conceptos:

Concepto	Días laborados	Valor
Salarios	30	\$ 566.700
Cesantías	30	\$ 52.875
Prima de Servicios	30	\$ 52.875
Intereses a las Cesantías	30	\$ 529
Vacaciones	30	\$ 26.438
TOTAL		\$ 699.416

Frente a los aportes a seguridad social a que se refiere el recurrente, baste con mencionar que el anhelo propuesto en la alzada no fue solicitado en el libelo inicial y por tanto constituye una nueva pretensión no susceptible de ser examinada en esta instancia en atención al principio de congruencia, aunado a que las facultades ultra y extra petita se encuentran reservadas al Juzgador de primer grado, señalando además, la pasiva no tuvo oportunidad de ejercer su derecho de contradicción y acceder a su estudio atentaría contra su derecho a la defensa.

En lo que corresponde a la indemnización del artículo 65 del C.S.T., por falta de pago oportuno de prestaciones sociales, 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 empleador¹⁰, examinando la situación

9

Inicio	22/08/2012		
fin	21/09/2012		
Total días laborados	30		
Salario	\$ 566.700		
Salario diario	\$ 18.890		
Auxilio de transporte	\$ 67.800		
Salario base liquidación prestaciones (salario +aux transporte)	\$ 634.500		
Concepto	Días laborados	Salario base	Valor
Salarios (salario diario x días laborados)	30	\$ 566.700	\$ 566.700
Cesantías (salario base x días laborados/360)	30	\$ 634.500	\$ 52.875
Prima de Servicios (salario base x días laborados/360)	30	\$ 634.500	\$ 52.875
Intereses a las Cesantías (cesantías x días laborados* 0,12/360)	30	\$ 634.500	\$ 529
Vacaciones (salario base x días laborados/720)	30	\$ 634.500	\$ 26.438
TOTAL			\$ 699.416

¹⁰ "...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

específica del mismo en cada caso; de tal manera, en el sub judice, la demandada debió pagar las acreencias laborales del actor el 21 de septiembre de 2012, fecha en la cual se terminó el contrato de trabajo, sin que se advierta su pago dentro de las diligencias por parte de quien fuera su empleador, razón por la cual debe señalarse la procedencia de la condena por este concepto pues no se aludió a una justificación atendible para la omisión del pago oportuno de las mismas, las cuales derivan de la existencia del vínculo laboral.

Así las cosas, en los términos del artículo precedente, ASFALTOS LA HERRERA S.A.S, como integrante del CONSORCIO LUZ. deberá pagar a favor del señor HECTOR JULIO ROJAS ZÁRATE la suma de **\$18.890**, por cada día de retardo, a partir del 22 de septiembre de 2012 -día siguiente a la terminación del vínculo- y hasta que se verifique el pago de la obligación.

En lo atinente a la procedencia o no de la declaración de la responsabilidad solidaria de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL respecto de las condenas impuestas a cargo del CONSORCIO LUZ, pertinente sea señalar, esta figura jurídica se encuentra prevista en nuestro ordenamiento sustantivo laboral en el artículo 34, 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***

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 1.959, G. J. T. XC, p. 423, reproducida, entre muchas otras, en las del 20 de mayo de 1.963 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).

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)

Con relación a la hermenéutica de dicha disposición ha sostenido la Corte Suprema de Justicia, la misma contiene dos requisitos para la procedencia de la solidaridad del contratante frente a su contratista, 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 afines¹¹.

Conforme lo anterior, para que opere la solidaridad contemplada en la disposición en cita, las actividades contratadas deben ser afines con las labores propias y ordinarias de la parte contratante, tal como lo adocrinó el órgano de cierre de esta jurisdicción en sentencia de radicación No. 28438 de 20 de febrero de 2007¹²,

¹¹ Sentencia CSJ SL5053-2019, reiterada en SL1863 de 2020.

¹² “...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 2° 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 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 tuvieran la solvencia económica para responder por las acreencias laborales causadas, de tal manera que

donde concluyó que el dueño de la obra debe responder 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 y SL11655 del 2 de septiembre de 2015.

Sobre el particular, puntualmente 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 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 CST. 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, los

pudiera acudir 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.

testigos PEDRO ANTONIO BARRETO AGUILERA¹³, WILLIAM ALBERTO NOVOA¹⁴, ISIDRO FAUSTO BELTRÁN¹⁵ y HUMBERTO OTALORA TORRES¹⁶, quienes fueron compañeros de trabajo del demandante ROJAS ZÁRATE, fueron consistentes en señalar que el actor estuvo vinculado al CONSORCIO LUZ, desempeñando el cargo de conductor de volqueta al servicio de la Unidad de Mantenimiento Vial, por lo que es claro que esta última 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.

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 que integran el CONSORCIO LUZ, inicialmente CORTAZAR y GUTIERREZ LTDA., el cual se encuentra dirigido entre otras a lo siguiente (folio 16 vuelto):

“Construcción de obras ingeniería, arquitectura de cualquier tipo, sean propias o de terceros, prestación de servicios de consultoría, interventoría, diseños estudios, etc, para cualquier actividad relacionada con la arquitectura o ingeniería (...) celebrar y desarrollar todo tipo de actos, negocios, contratos o actividades relacionadas con la estructuración, planeación, gestión, diseño, construcción, operación o mantenimiento de proyectos de concesión de obras de infraestructura vial, de transporte o inmobiliarias, en general cualquier tipo de concesión relacionada con proyectos de infraestructura (...)”.

Por su parte el objeto social de ASFALTOS LA HERRERA S.A.S. (folio 18 vto) se basa en la *“protección, exploración, explotación, beneficio y transformación, transporte y comercialización de materiales de construcción, materiales de arrastres, minerales afines y asociados, construcción de obras civiles de ingeniería o arquitectura de cualquier tipo, sean propias o terceros, la prestación de servicios de consultoría, interventoría, diseño y estudios, para cualquier actividad relacionada con la arquitectura o la ingeniería (...)”*.

Adicionalmente, conforme el documento de *“conformación de consorcio”* del CONSORCIO LUZ, este tiene por objeto (folio 23 vto.):

¹³ Cd folio 506, récord 1:10.

¹⁴ Cd folio 506, récord 19:59.

¹⁵ Cd folio 506, récord 31:15.

¹⁶ Cd folio 506, récord 43:40

“PRIMERA.- OBJETO: El consorcio que se constituye mediante el presente documento tiene por objeto presentar una propuesta en el marco del proceso de la LICITACIÓN PÚBLICA No. UMV-LP-001 DE 2011 cuyo objeto es “EJECUCIÓN DE ACTIVIDADES OPERATIVAS Y ADMINISTRATIVAS COMPLEMENTARIAS PARA EL MANTENIMIENTO DE LA MALLA VIAL DE LA CIUDAD A CARGO DE LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL Y ACTIVIDADES REQUERIDAS EN LAS SEDES OPERATIVAS DE LA UMV”, establecido en el Pliego de Condiciones y sus anexos, en la Propuesta del Contratista y en el contrato, y en el caso en que la propuesta sea adjudicada, suscribir, ejecutar y liquidar el contrato de obra correspondiente”

De otra parte, el objeto social de la demandada UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL -UAERMV- conforme al Acuerdo 257 del 2006, artículo 109 corresponde a:

“(…) programar y ejecutar las obras necesarias para garantizar rehabilitación y el mantenimiento periódico de la malla vial local; así como la atención inmediata de todo el subsistema de la malla vial cuando se presenten situaciones imprevistas que dificulten la movilidad en el Distrito Capital. La Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial tiene las siguientes funciones básicas:

- a. Programar y ejecutar los planes y proyectos de rehabilitación y mantenimiento de la malla vial local.*
- b. Suministrar la información para mantener actualizado el Sistema de Gestión de la Malla Vial del Distrito Capital, con toda la información de las acciones que se ejecuten.*
- c. Programar y ejecutar las acciones de mantenimiento y aquellas que sean necesarias para atender las situaciones imprevistas que dificulten la movilidad en la red vial de la ciudad.*
- d. Atender la construcción y desarrollo de obras específicas que se requieran para complementar la acción de otros organismos y entidades como la Secretaría de Ambiente y el Fondo de Prevención y Atención de Emergencias - FOPAE o quienes hagan sus veces.”*

Así mismo en el CONTRATO No. 113 del 10 de marzo del 2011 suscrito entre el CONSORCIO LUZ y LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL (folios. 31 a 35 y 123 a 147), se indicó en que el objeto de tal acuerdo sería:

“Realizar la ejecución de actividades operativas y administrativas complementarias para el mantenimiento de la malla vial de la ciudad a cargo de la Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial y actividades requeridas en las sedes operativas de la UMV, de acuerdo con la descripción, especificaciones y demás condiciones establecidas en el pliego de condiciones, apéndices y la propuesta presentada”

Ahora, frente a las labores desempeñadas por el demandante, se recaudó el interrogatorio de parte del señor HÉCTOR JULIO ROJAS ZARATE¹⁷, quien expresó que era Conductor del CONSORCIO LUZ, pero por orden la UMV, se encargaba de repartir los materiales en la ciudad de Bogotá con la “Volqueta”. De igual forma, obra a folio 22 una comunicación de referencia “CONTRATO” expedida por el representante legal del Consorcio Luz, donde se señala *“Siguiendo órdenes impartidas por la Dirección General de la Unidad de Mantenimiento Vial, se le informa que ha quedado vinculado nuevamente al CONSORCIO LUZ a partir del día 23 de Agosto del año en curso, nuevamente contrato de trabajo de duración de obra o labor contratada, en el cargo de CONDUCTOR”*, lo cual resulta consistente con lo dicho por los testigos PEDRO ANTONIO BARRETO AGUILERA¹⁸, WILLIAM ALBERTO NOVOA¹⁹, ISIDRO FAUSTO BELTRÁN²⁰ y HUMBERTO OTALORA TORRES²¹, a los que se hizo alusión anteriormente.

En tal sentido, en los términos del artículo 34 del C.S.T. ya citado, la paridad de actividades se exige respecto del contratista y del beneficiario de la obra, así las cosas, conforme a los objetos sociales atrás descritos de cada una de las demandadas los mismos están relacionados o conexos con la construcción de obras civiles de ingeniería o arquitectura de cualquier tipo, razón por la cual resulta claro para esta Sala que las actividades realizadas por las el CONSORCIO LUZ, no son extrañas entre sí, aunado a ello, el señor ROJAS ZARATE fue contratado a efectos de realizar actividades propias para el cumplimiento del contrato suscrito entre el CONSORCIO LUZ y la UMV, en el cargo de CONDUCTOR, para el proyecto relacionado con llevar a cabo *“la ejecución de actividades operativas y administrativas complementarias para el mantenimiento de la malla vial de la ciudad”* (Contrato No. 113 de 2011), evidenciándose con claridad el nexo de causalidad entre las funciones desarrolladas por el actor como conductor y el objeto del contrato a desarrollar por el CONSORCIO LUZ a favor de la UMV, por lo que esta última deberá responder solidariamente por las condenas impuestas a cargo del empleador.

¹⁷ Cd. folio 506 récord, 54:10

¹⁸ Cd folio 506, récord 1:10.

¹⁹ Cd folio 506, récord 19:59.

²⁰ Cd folio 506, récord 31:15.

²¹ Cd folio 506, récord 43:40

Ahora, téngase en cuenta que la Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial, propuso como medio exceptivo el pago de la obligación, tanto en el escrito de contestación de la demanda inicial (folio 113) como a su reforma (folios 443 y 444), indicando, el 9 de enero de 2014 realizó los pagos a favor del demandante HECTOR JULIO ROJAS ZARATE, a través de la tesorera de esa entidad por valor de \$1.626.513 correspondientes a los salarios y prestaciones sociales adeudados por el CONSORCIO LUZ al trabajador en comento.

De las pruebas acopiadas al proceso, encuentra esta Sala de decisión que en acta de liquidación del contrato de obra suscrito entre la UMV y el CONSORCIO LUZ (folio 133 a 151) y en el otrosí a la misma (folios 159 a 165) se advirtió que debido al incumplimiento del consorcio en el pago de prestaciones sociales, aportes a seguridad social y otros emolumentos a favor de sus trabajadores, esa entidad giraría directamente el valor de las liquidaciones de los empleados tomando en cuenta el saldo a favor de la contratista para la satisfacción de tales acreencias e indemnizaciones, en virtud de lo cual el CONSORCIO LUZ hizo una cesión de todos los derechos de pago provenientes de la liquidación del contrato de obra No. 113 de marzo de 2011 a favor, entre otros, del señor HECTOR JULIO ROJAS ZÁRATE (folios 152 vto. a 158).

En ese sentido, se dejó consignada en el acta de liquidación (folio 133 a 151) *“A continuación se anexa el cuadro que contiene el resumen de las personas certificadas por el Representante Legal del Consorcio Luz, ingeniero CAMILO GUTIERREZ PRIETO, a las cuales se les debe pagar por concepto de liquidación de salarios prestaciones sociales y seguridad social”*, dentro de las cuales se relaciona a HÉCTOR JULIO ROJAS ZARATE (folio 163).

A folios 167 a 173 de las diligencias se evidencia la dispersión de pagos efectuada por la Unidad de Mantenimiento Vial a diferentes cuentas bancarias, realizadas a través del Banco Davivienda, en cuantía total de \$250.440.341, con anotación *“pago exitoso”* los cuales se discriminan en el cuadro de folios 174 a 176, en los que se detalla el valor girado al demandante ROJAS ZÁRATE por la suma equivalente a \$1.626.513.

Sumado a ello, en el interrogatorio de parte absuelto, ROJAS ZÁRATE confesó haber recibido un “abono” el 9 de enero de 2014 a su cuenta bancaria (Cd. folio 506 récord 54:10), por lo que resulta claro para esta Corporación que con la suma cancelada se satisface la obligación correspondiente a salarios, cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios y vacaciones que fuera dispuesta por esta Corporación, pues la suma cancelada por la UNIDAD DE MANTENIMIENTO VIAL resulta ser incluso superior a la liquidada por esta Sala de Decisión.

En ese orden de ideas, habrá de declararse parcialmente probada la excepción de pago propuesta por la UMV como responsable solidaria, en tanto queda pendiente por cancelarse la sanción moratoria aquí impuesta, la que en todo caso, atendiendo el pago efectuado deberá liquidarse únicamente hasta el 9 de enero de 2014, por ser la data que quedó satisfecha la obligación por las acreencias laborales debidas al actor (folio 167), la que calculada arroja la suma de **\$8.953.860²²**.

Con relación a la llamada en garantía LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS, se advierte a folio 191 y CD folio 248, póliza de seguros No. 3000996 expedida por esa aseguradora el 11 de marzo de 2011, en la que figura como asegurado la UNIDAD ADMINSTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN MANTENIMIENTO VIAL, la cual tiene por objeto amparar *“los perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones asumidas por el contratista/ afianzado en virtud de contrato (sic) No. 113 de 2011 celebrado entre las partes, relacionado con la ejecución de actividades operativas administrativas complementarias para el mantenimiento de la malla vial de la ciudad a cargo de la unidad administrativa especial de rehabilitación y mantenimiento vial y actividades requeridas en las entidades operativas de la UMV.”* y en la cual se garantiza, entre otros, el pago de salarios y prestaciones sociales por un valor asegurado de \$719.625.000, con vigencia entre el 10 de marzo de 2011 y el 10 de marzo de 2015,

22

SANCIÓN MORATORIA	
Inicio	22/09/2012
Fin	9/01/2014
Total días de mora	474
Días de mora x Salario diario (18.890)	\$ 8.953.860

En las condiciones generales del contrato de seguro (folio 248) puede leerse, frente al amparo de pagos de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales, lo siguiente:

“Este amparo cubre a la entidad estatal, los perjuicios ocasionados por el incumplimiento de las obligaciones laborales del contratista derivadas de la contratación del personal utilizado en el territorio nacional para la ejecución del contrato garantizado.

Este amparo, no cubre los contratos que se ejecuten fuera del territorio nacional con personal contratado bajo un régimen jurídico distinto al colombiano”

Las anteriores condiciones se encuentran satisfechas en el caso de autos, pues como quedó visto, en virtud de la solidaridad declarada la UMV se ve obligada a efectuar el pago de la indemnización moratoria debida al trabajador demandante, quien desempeñó sus funciones en virtud, precisamente del contrato 113 de 2011, suscrito entre el Consorcio Luz y la Unidad de Mantenimiento Vial, razón por la cual se condenará a LA PREVISORA S.A., como llamada en garantía S.A. a garantizar en favor de su llamante -UMV- el pago de la suma ordenada en su contra, afectando con ello la póliza que garantizó el cumplimiento del contrato estatal por haber ocurrido el siniestro -incumplimiento- en vigencia del contrato de seguro.

Frente a la excepción de prescripción propuesta por la aseguradora (folio 241 y 242), se tiene que el artículo 1081 establece:

“ARTÍCULO 1081. <PRESCRIPCIÓN DE ACCIONES>. La prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen podrá ser ordinaria o extraordinaria.

La prescripción ordinaria será de dos años y empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción.

La prescripción extraordinaria será de cinco años, correrá contra toda clase de personas y empezará a contarse desde el momento en que nace el respectivo derecho.

Estos términos no pueden ser modificados por las partes.”

Conforme lo anterior, el medio exceptivo no está llamado a prosperar por cuanto solo a través de esta sentencia se declara no solo la obligación del pago de la

indemnización moratoria, sino que, además, se determina la obligación en cabeza de la asegurada UNIDAD DE MANTENIMIENTO VIAL de asumir el pago de la misma en virtud de la solidaridad prevista en el artículo 34 del C.S.T, por lo que solo hasta este momento nace el derecho a efectuar el cobro de la misma en virtud de la póliza constituida a su favor.

Agotada como se encuentra esta instancia por el estudio de los puntos objeto de apelación y habiéndose arribado a conclusiones distintas a las expuestas por el juzgador de primer grado, lo que se sigue es la modificación del numeral primero de la providencia para establecer que el contrato de trabajo de los demandantes existió con el CONSORCIO LUZ; además resulta procedente su revocatoria parcial, únicamente frente al proceso con radicado 01 2014 00686 01, para en su lugar declarar que la UMV es responsable solidaria de las obligaciones a cargo del CONSORCIO LUZ en los términos del artículo 34 del C.S.T., además, declarar probadas parcialmente las excepciones de prescripción propuesta por ASFALTOS LA HERRERA S.A.S como integrante del CONSORCIO LUZ y la de pago formulada por la UNIDAD DE MANTENIMIENTO VIAL y condenar solidariamente a estas sociedades al pago de la sanción moratoria a favor del demandante HECTOR JULIO ROJAS ZARATE. Así mismo, condenar a LA PREVISORA COMPAÑÍA DE SEGUROS como llamada en garantía de la UMV a garantizar el pago que efectúe la Unidad de Mantenimiento Vial por las sumas condenadas en su contra.

SIN COSTAS en esta instancia, las de primera se revocan y correrán a cargo de las demandadas.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: MODIFICAR el numeral PRIMERO de la sentencia proferida por el Juez Séptimo (7°) Laboral del Circuito de Bogotá, únicamente en el sentido de DECLARAR que entre los demandantes HECTOR JULIO ROJAS ZARATE y

WILLIAM ESCOBAR MARTINEZ, respectivamente, y el CONSORCIO LUZ, integrado por ASFALTOS LA HERRERA S.A.S y CORTAZAR & GUTIERREZ LTDA., existió un contrato de trabajo por duración de la obra o labor contratada.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral CUARTO la sentencia proferida por el Juez Séptimo (7°) Laboral del Circuito de Bogotá y en su lugar **DECLARAR PARCIALMENTE PROBADA** la excepción de pago propuesta por la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE MANTENIMIENTO VIAL DE BOGOTÁ, y **PROBADA** la de prescripción formulada por la sociedad ASFALTOS LA HERRERA S.A.S., únicamente respecto del demandante WILLIAM ESCOBAR MARTÍNEZ conforme la parte motiva de la presente providencia.

TERCERO: REVOCAR parcialmente el numeral TERCERO la sentencia proferida por el Juez Séptimo (7°) Laboral del Circuito de Bogotá en cuanto absolvió a las demandadas de las pretensiones incoadas por HECTOR JULIO ROJAS ZÁRATE, y en su lugar se dispone **CONDENAR** a la sociedad ASFALTOS LA HERRERA S.A.S., como integrante del CONSORCIO LUZ y solidariamente a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE MANTENIMIENTO VIAL DE BOGOTÁ a pagar a favor del demandante HÉCTOR JULIO ROJAS ZARATE la suma de **\$8.953.860**, por concepto de indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T.

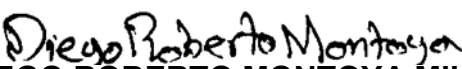
CUARTO: ADICIONAR el ordinal SÉPTIMO a la sentencia proferida por el Juez Séptimo (7°) Laboral del Circuito de Bogotá, para **CONDENAR** a LA PREVISORA S.A., como llamada en garantía de la UNIDAD ADMINSITRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENVO VIAL -UMV- a garantizar el pago de las cantidades ordenada por concepto de indemnización moratoria, en virtud de la póliza No. 3000996, que llegare a sufragar la entidad asegurada como consecuencia de la condena aquí impuesta.

CUARTO: ADICIONAR el ordinal OCTAVO a la sentencia proferida por el Juez Séptimo (7°) Laboral del Circuito de Bogotá, para **DECLARAR NO PROBADA** la excepción de prescripción propuesta por LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS, conforme lo expuesto en la parte motiva.

QUINTO: CONFIRMAR la sentencia apelada en todo lo demás.

SEXTO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera se revocan ÚNICAMENTE las impuestas a cargo del demandante HECTOR JULIO ROJAS ZÁRATE, y en su lugar se condena al pago de estas a las demandadas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR FABIO ANDRÉS
CONTRERAS MONTOYA CONTRA HC TRANSPORTES S.A.S (RAD. 07 2018
00108 01).**

Bogotá D.C., treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020)

Vencido el término de traslado otorgado, sin que se hubieren presentado los alegatos de instancia por las partes, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, en virtud del grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte actora, contra la sentencia proferida por el Juez Séptimo Laboral del Circuito de esta ciudad, el pasado 21 de agosto de 2020, en la que se resolvió (Audencia virtual de trámite y Juzgamiento, récord 27:25, realizada a través de la plataforma Microsoft Teams):

“PRIMERO: DECLARAR PROBADAS las excepciones de fondo propuestas por el curador ad litem de la sociedad demandada en su contestación, de inexistencia del derecho y cobro de lo no debido.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, se ABSUELVE a la sociedad demandada HC TRANSPORTES de todas las pretensiones incoadas en su contra por el señor demandante FABIO ANDRÉS CONTRERAS MONTOYA.

TERCERO: Las COSTAS son a cargo del demandante. No hay lugar a fijar agencias en derecho, porque no fueron causadas, a favor de la sociedad demandada. Por secretaría se incluirá, solo como costas, los gastos de la curaduría que el despacho fija en 1 salario mínimo legal mensual vigente, a favor del curador ad litem de la sociedad demandada, las cuales deben incluirse en la liquidación de costas.

CUARTO: ORDÉNESE la consulta de esta sentencia ante el superior por haber sido totalmente adversa al demandante y a fin de que el superior, revise la legalidad de lo decidido.”

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 en favor del demandante, a lo cual se procede, previa la constatación de que no existe causal de nulidad que invalide lo actuado y conforme las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante señor FABIO ANDRES CONTRERAS MONTOYA en este proceso ordinario las pretensiones relacionadas en las páginas 17 a 23 (expediente electrónico) del respectivo acápite, las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos relatados a folios 12 a 17 (expediente digital), encaminadas a que se declare que entre las partes existe un contrato de trabajo a término indefinido desde el 1 de enero de 2016 desempeñando el cargo de Auxiliar Logístico devengando un salario de \$1.347.291. Así mismo, que su empleador no lo afilió a una caja de compensación y que se encuentra incapacitado de forma continua desde el accidente laboral ocurrido el 6 de mayo de 2016. En consecuencia, se condene a la demandada a pagar a su favor el 50% de las incapacidades causadas entre el 6 de mayo de 2016 y el 31 de enero de 2018, al igual que el bono integrante del salario, en esas mismas fechas. Pide, se ordene el pago de 55 “*días trabajados estando incapacitado*” más el recargo, así como de las primas de servicios, el subsidio familiar y “*combos escolares*” por sus dos hijos menores, de las anualidades 2016 y 2017, junto con los derechos ultra y extra petita, los daños y perjuicios, la indexación y las costas. **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 y se impusieron costas a cargo del actor. Lo anterior tras considerar, aunque existió contrato de trabajo a término fijo entre las partes, del 1 de enero de 2016 al 30 de diciembre de 2018, el cual finalizó por vencimiento del plazo, el demandante no probó remuneración distinta al salario mínimo y advirtió el pago de los conceptos solicitado. Así, con relación a las incapacidades dijo, estas fueron pagadas por la EPS y el fondo de pensiones, respectivamente, hasta marzo de 2017 sin que con posterioridad a esa fecha se encontraran acreditadas dentro del expediente incapacidades expedidas a su favor.

Frente a las primas de servicios señaló estar pagadas según la liquidación final que fue aportada al expediente y con relación a los días laborados no halló prueba de su causación. No emitió pronunciamiento alguno frente a las demás peticiones de la demanda.

Así pues, 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 tal sentido, lo primero que debe advertir la Sala es que no es motivo de controversia en esta instancia la vinculación laboral del demandante con la encartada mediante contrato de trabajo a término fijo, entre el 1 de enero de 2016 y el 30 de diciembre de 2018, el cual finalizó por vencimiento del plazo, pues dicho aspecto además de haber sido así establecido por el *a quo* en las consideraciones de su decisión sin que fuere objeto de reparo por las partes, se constata con la documental visible a folios 164 a 166, 167 y 168, del expediente digital.

En ese orden de ideas y atendiendo el grado jurisdiccional de consulta a favor del convocante del litigio, le corresponde a la Sala verificar la procedencia de las peticiones del libelo genitor.

Pretende el demandante se declare que su salario para el año 2018 ascendía a \$1.347.291, cifra que según lo advirtió en los hechos de la demanda correspondía a la suma de \$689.000 que recibía en efectivo, más un bono de \$500.000 que le era cancelado mensualmente, los cuales, asegura, debieron ser incrementados en un 7% en el 2017 y en un 5,9% para el 2018 (hechos octavo a décimo, página 13), pero ello no se hizo así.

Bajo tal entendido, advierte la Sala, revisado el elenco probatorio no se encuentra medio de convicción que soporte las aseveraciones hechas por el libelista y, por el contrario, se observa, en el contrato individual de trabajo a término fijo suscrito entre las partes se pactó que su salario sería de \$689.455 (folios 164 a 166), cifra que corresponde al salario mínimo legal mensual vigente para el año 2016, anualidad en la cual se celebró la relación laboral, debiendo resaltar, en ninguna cláusula de dicho instrumento contractual se acordó o se estableció la obligación del empleador de cancelar a favor del trabajador la bonificación a la cual se refiere

el actor, y no existe prueba alguna en las diligencias que dé cuenta que al demandante le fuera cancelado este concepto o una remuneración superior a la determinada en el contrato. Adicionalmente, en la liquidación final de prestaciones sociales (folio 168), realizada el 30 de diciembre de 2018, se tuvo como salario la suma de \$781.242, que era el salario mínimo legal mensual vigente de esa época.

En consonancia con ello, se insiste, no hay elementos para declarar que el salario devengado por el actor en virtud del vínculo laboral existente con la llamada a juicio, era superior al salario mínimo legal mensual vigente, tal como lo determinó el *a quo*, debiendo confirmarse la sentencia en este aspecto.

En ese mismo sentido, y con relación a la petición que procura el pago del “*bono mensual*” del 6 de mayo de 2016 al 31 de enero de 2018 (pretensión segunda, folio 21), el cual según el actor era constitutivo de salario, desde ya se establece su improcedencia por cuanto como quedó explicado, no hay pruebas en el expediente que den cuenta de que dicho concepto era devengado por el convocante o que la suma indicada en el escrito genitor fuera reconocida a su favor por mera liberalidad del empleador, su habitualidad u otras condiciones particulares que dieran lugar a imponer su pago y de las que se verificara su incidencia salarial.

De otro lado, procura el demandante el pago de las incapacidades causadas entre el 6 de mayo de 2016 y el 31 de enero de 2018 en un 50% de su remuneración (pretensión primera, folio 21).

Al tema, valga memorar, el subsidio por incapacidad laboral, contenido en el artículo 206 de la Ley 100 de 1993¹, constituye una prestación propia del sistema de seguridad social que busca amparar las contingencias surgidas con ocasión de perturbaciones en la salud de los trabajadores dependientes o independientes, lo cual está en consonancia con los fines proteccionistas del derecho a la seguridad social, previsto en el artículo 48 de la Constitución Política

¹ “**ARTÍCULO 206. INCAPACIDADES.** Para los afiliados de que trata el literal a) del artículo 157, el régimen contributivo reconocerá las incapacidades generadas en enfermedad general, de conformidad con las disposiciones legales vigentes. Para el cubrimiento de estos riesgos las Empresas Promotoras de Salud podrán subcontratar con compañías aseguradoras. Las incapacidades originadas en enfermedad profesional<6> y accidente de trabajo serán reconocidas por las Entidades Promotoras de Salud y se financiarán con cargo a los recursos destinados para el pago de dichas contingencias en el respectivo régimen, de acuerdo con la reglamentación que se expida para el efecto.”

A voces de las Cortes Constitucional y Suprema de Justicia, las sumas de dinero reconocidas como subsidio por incapacidad vienen a sustituir el salario durante el lapso en el cual el trabajador se encuentra al margen de sus labores, constituyendo la garantía necesaria para que su recuperación transcurra de manera tranquila al no tener que preocuparse por la procura de los ingresos necesarios para el sostenimiento personal o de su grupo familiar, garantizando su subsistencia en condiciones dignas (artículo 53 de la Carta Política)².

Teniendo en cuenta el desarrollo normativo surgido con posterioridad al mencionado artículo 206 de la Ley 100 de 1993, el responsable del reconocimiento y pago de la referida incapacidad dependerá del origen de la contingencia (común o laboral) y la duración de la misma, ello siempre y cuando se subrogue el riesgo, esto es, que medie la afiliación al sistema general de seguridad social, pues de no ser ello así esta prestación correrá a cargo del empleador. En ese sentido, de existir afiliación, la incapacidad se pagará así:

- Si la incapacidad es menor o igual a 2 días, será asumido por el empleador (artículo 1° del Decreto 2943 de 2013³)
- Si la incapacidad es mayor a 3 días y hasta el día 180⁴, debe ser asumida por la EPS a la que se encuentre afiliado el trabajador siempre y cuando sea prórroga de otra, advirtiéndose, las incapacidades se entienden prorrogadas cuando entre una y otra no existe un lapso mayor a 30 días y corresponden a la misma enfermedad⁵.

² Sentencias CC T-490-2015, reiterada en la CC T-140-2016 y citada en proveído CSJ STL16504-2016, reiteradas en la SL1243 de 2020.

³ Artículo compilado en el Artículo 3.2.1.10 del Decreto 780 de 2016 “**ARTÍCULO 1.** Modificar el párrafo 1° del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999, el cual quedará así:

PARÁGRAFO 1°. En el Sistema General de Seguridad Social en Salud serán a cargo de los respectivos empleadores las prestaciones económicas correspondientes a los dos (2) primeros días de incapacidad originada por enfermedad general y de las Entidades Promotoras de Salud a partir del tercer (3) día y de conformidad con la normatividad vigente.

En el Sistema General de Riesgos Laborales las Administradoras de Riesgos Laborales reconocerán las incapacidades temporales desde el día siguiente de ocurrido el accidente de trabajo o la enfermedad diagnosticada como laboral.

Lo anterior tanto en el sector público como en el privado.”

⁴ Ello en los términos del párrafo 1° del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999, reglamentario de la Ley 100 de 1993, modificado por el Decreto Reglamentario 2943 de 2013 y el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012 “Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública”.

⁵ Artículo 13 de la Resolución 2266 del 6 de agosto de 1998, “Por la cual se reglamenta el proceso de expedición, reconocimiento, liquidación y pago de las prestaciones económicas por incapacidades y Licencias de Maternidad en el Instituto de los Seguros Sociales.”: “Se entiende por prórroga de incapacidad, la que se expide con posterioridad a la inicial, por la misma enfermedad o lesión, o por otra que tenga relación directa con ésta, así se trate de código diferente y siempre y cuando entre una y otra no haya una interrupción mayor a treinta (30) días calendario.”

- A partir del día 181 de incapacidad ininterrumpida y durante 360 días más, es decir hasta el día 540, estarán a cargo del fondo de pensiones al que se encuentre afiliado el trabajador, si existe concepto favorable de rehabilitación por parte de la EPS, periodo durante el cual se deberá tramitar la calificación de invalidez, sin que el concepto desfavorable de rehabilitación emitido por la EPS implique la suspensión de los pagos, pues este se suspende únicamente por la reincorporación a la vida laboral o por la calificación de invalidez (sentencia T-008 de 2018 y artículo 142 del Decreto-Ley 19 de 2012).
- Con relación a las incapacidades causadas después del día 540, si esta fue expedida antes del 27 de julio de 2018 (fecha de entrada en vigencia del Decreto 1333 de 2018), correrá por cuenta del empleador, con posterioridad a esa fecha, en virtud de lo establecido en el artículo 2.2.3.3.1 del Decreto 1333 de 2018, esta será cancelada por la EPS.

Frente al valor del auxilio, en los términos del artículo 227 del C.S.T., corresponderá a las 2/3 partes (66,66%) del salario del trabajador durante los primeros noventa días y la mitad (50%) del salario por el tiempo restante.

Respecto a las incapacidades de origen laboral, estas se pagarán en un 100% de la retribución mensual del trabajador y estarán a cargo de la Aseguradora de Riesgos Laborales desde el día 1 (artículo 3 Ley 776 de 2002).

Pues bien, precisado ello, se tiene, el actor en su demanda manifiesta *“el contrato de trabajo laboral (sic) no ha terminado pero el empleador no quiere pagar el 50% del salario por incapacidad laboral, la cual se origina el día 6 de mayo de 2016, por el motivo que el empleador no reportó el accidente laboral a la Administradora de Riesgos Profesionales Suramericana”*⁶ (hecho décimo octavo, folio 14).

Seguidamente, dijo: *“A partir del 6 de mayo de 2016, fecha del accidente laboral, hasta la fecha actual (...) ha recibido el 50% del valor de las incapacidades las cuales ha pagado la E.P.S. SANITAS, tal como se demuestra con el reporte de pago de incapacidades.”* (hecho décimo noveno, folio 14).

⁶ Negrilla del texto original.

De lo anterior, y aunque la demanda no resulta ser un dechado de virtudes, para la Sala es claro que en realidad el demandante no busca el pago de las incapacidades pues las mismas fueron cubiertas por el sistema, tal como él lo confesó en el libelo introductorio, sino que procura el reajuste de dicho auxilio disponiendo a la encartada el pago de la diferencia, esto es, el “50%” que no fue cancelado por la EPS, como si se tratara de una incapacidad generada por un accidente de origen laboral, y que se causó debido a la falta del reporte de su ocurrencia ante la ARL.

No obstante lo anterior, en el *examine*, el origen de los padecimientos del actor, a partir de los cuales se expidieron las incapacidades laborales a su favor, no fue materia del litigio, y en todo caso, aunque se procediera al análisis de dicha circunstancia, lo cierto es que al plenario no se allegó medio de convicción alguno del que se puedan extraer las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que acaeció el accidente para determinar el nexo de causalidad de tal suceso con los factores de riesgo ocupacional o la labor desempeñada, precisando, en los términos del artículo 12 del Decreto 1295 de 1994 “*Toda enfermedad o patología, accidente o muerte, que no hayan sido clasificados o calificados como de origen profesional, se consideran de origen común*”.

Adicional a lo ya enunciado, debe tenerse en cuenta el salario del demandante correspondía al mínimo legal mensual vigente para cada anualidad, por lo que le fue pagada la incapacidad en dicho monto (folio 34) que constituye el 100% de su retribución mensual, lo cual se justifica en la prohibición legal que impide el pago de esta prestación en suma inferior.

De lo que viene de decirse, y ante la ausencia de prueba de incapacidades expedidas y no pagadas a su favor, habrá de despacharse desfavorablemente esta súplica de la demanda y, por ende, se confirma la sentencia de primer grado en este punto.

Por otra parte, aspira el promotor del juicio, se disponga el pago de 55 días que alude haber laborado pese a encontrarse en periodo de incapacidad, a saber: 13, 14, 15, 20, 21, 22, 27, 28 y 29 de mayo; 2, 3, 4, 5, 23, 24, 25 y 26 de junio; 1, 2, 3, 4, 22, 23, 24, 30 y 31 de julio; 12, 13, 14, 15, 26, 27 y 28 de agosto; 16, 17, 18, 29 y 30 de septiembre; 7, 8, 9, 16 y 17 de octubre y 5, 6, 7, 10, 11, 12, 13, 14, 25, 26

y 27 de noviembre de 2016 (pretensión tercera, folio 22), los cuales refiere haber trabajado en horario diurno por lo que debe pagarse con el respectivo recargo.

Para solventar tal cuestión baste con indicar, aunque de acuerdo con la certificación expedida por la EPS SANITAS (folio 34) en los días reseñados en la pretensión efectivamente el demandante se encontraba en periodo de incapacidad laboral⁷, de lo que no existe certeza en autos es sobre la prestación efectiva del servicio a favor del empleador en las fechas anotadas por el convocante en la pretensión, pues ni un solo medio de convicción se incorporó al expediente en aras de demostrar dicha circunstancia, advirtiéndose, las solas afirmaciones contenidas en la demanda resultan insuficientes para acceder a lo pretendido por cuanto es principio general de derecho probatorio y de profundo contenido lógico, que la parte no puede crearse a su favor su propia prueba. Quien afirma un hecho en un proceso tiene la carga procesal de demostrarlo según lo preceptuado en el artículo 167 del C.G.P. Como ello no acaeció, imposible resulta imponer condena alguna a cargo de la demandada por estos conceptos máxime cuando precisamente la incapacidad médica se otorga ante la imposibilidad del trabajador de llevar a cabo sus labores, y en esa medida, será confirmada la decisión del *a quo* en este aspecto.

En lo que toca a las primas de servicios de los años 2016 y 2017 (pretensión 4, folio 22), contrario a lo asentado por el juez de primera instancia, en el plenario no hay constancia de su pago al demandante, precisando, aunque el demandante presentara incapacidad laboral, ello no suspende el contrato de trabajo y por ende, permanece en cabeza del empleador la obligación de pagar a su empleado las prestaciones sociales causadas a su favor, por lo que se revocará en este punto la sentencia para ordenar el pago de este concepto en suma de **\$1.427.172**, los cuales se discriminan así:

PRIMA DE SERVICIOS			
AÑO	DIAS LABORADOS	SALARIO	TOTAL
2016	360	\$ 689.455	\$ 689.455
2017	360	\$ 737.717	\$ 737.717
TOTAL			\$ 1.427.172

⁷ Tuvo incapacidades continuas en ininterrumpidas, según la certificación, entre el 6 de mayo de 2016 y el 14 de diciembre de 2016.

De otro lado, respecto del subsidio familiar y los “*combos escolares*”, debe recordarse el empleador está obligado a vincularse a una caja de compensación familiar a partir del momento en el cual emplea de manera permanente a uno o más trabajadores a su servicio, de conformidad con las previsiones de la Ley 21 de 1982, en su artículo 7º y la Ley 789 de 2002 en su Capítulo II, trabajadores que para poder acceder al beneficio en dinero otorgado por estas Cajas, deberán devengar una suma fija o variable mensual que no exceda de cuatro (4) salarios mínimos mensuales legales vigentes, haber laborado cuando menos 96 horas dentro del mes respectivo (Art.18, L.21/82 y Art. 3º, L.789/02) y adicionalmente, tener personas bajo su cargo, es decir, personas que dependan económicamente de ellos (Art. 27, L.21/82 y Parágrafo 1º, Art. 3º, L.789/02); es así, como en el presente caso, la empresa accionada, estaba obligada a afiliarse a una Caja de Compensación Familiar, y realizar los aportes respectivos en el monto y dentro de la oportunidad destinados para ello (Arts.9º y 10º, L. 21/82).

Se verificó en autos que la demandante ostentaba la calidad de trabajadora permanente al servicio de la sociedad accionada, que su último salario fue de un mínimo y tenía personas a cargo, en este caso, sus hijos JUAN ANDRES CONTRERAS VELANDIA y VALERIA CONTRERAS SERNA, según se acredita con la copia de los registros civil de nacimiento de los menores, obrantes a folios 65 y 66 del plenario. Sin embargo, para la procedencia del pago del subsidio familiar en dinero, era indispensable que la empresa demandada hubiere sido notificada de la existencia de aquellos, tal como lo dispone el artículo 37 de la Ley 21 de 1982, lo que en autos no se demostró, por lo que tampoco hay lugar a proferir condena en este aspecto.

Con relación a los perjuicios, debe advertirse que, en principio, su reconocimiento por parte del juez se encuentra condicionado a la prueba de su causación, la cual debe obrar dentro del proceso, carga que se encuentra en cabeza del demandante al tenor de lo preceptuado en el artículo 167 del C.G.P. no existiendo en el expediente motivación del daño acaecido ni despliegue probatorio alguno que permita su tasación, lo que impone despachar desfavorablemente esta pretensión.

Finalmente, frente a la condena de indexación, la Sala se permite recordar que dicha institución jurídica persigue una actualización de la obligación en cuanto al poder adquisitivo que tenía en la fecha en que debió de haberse solucionado y aquella en que efectivamente se pague, esto es, que el inexorable paso del

tiempo, sin otro condicionamiento, distinto al impago del deudor, justifica el reajuste o corrección monetaria, siendo los índices de devaluación un hecho notorio, lo que evita demostrar esa situación.

La indexación no busca resarcir un perjuicio económico en estricto sentido, como ya quedó dicho, sino adaptar a la realidad económica del país un fenómeno particular de igual naturaleza, con ello no se recibe una ventaja económica ni se indemniza por el retardo en el pago, como tampoco se percibe un rendimiento del capital adeudado, solo se recauda el monto obligacional con capacidad adquisitiva, igual a la que tenía a la fecha en que se debió pagar.

En consecuencia, resulta procedente el pago indexado de las sumas adeudadas por prima de servicios, como quiera que entre la fecha en que se debieron reconocer y la calenda en la que se realice su pago, habrá transcurrido un tiempo considerable durante el cual dichos valores habrán perdido poder adquisitivo, por lo que se dispondrá que los valores ordenados a favor del actor se cancelen debidamente indexados.

De esta manera se agota la competencia de la Sala, por el estudio del grado jurisdiccional de consulta a favor del demandante y conforme las motivaciones precedentes, se revocará parcialmente la sentencia de primera instancia, únicamente para condenar a la demandada a pagar a favor del actor las primas de servicios causadas en los años 2016 y 2017 debidamente indexadas, confirmando en lo demás.

SIN COSTAS en esta instancia, las de primera se revocarán y correrán a cargo de la demandada.

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

RESUELVE

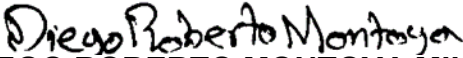
PRIMERO: REVOCAR parcialmente el numeral SEGUNDO de la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, únicamente para **CONDENAR** a HC TRANSPORTES S.A.S a pagar a favor de FABIO ANDRÉS

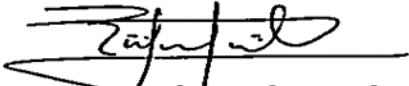
CONTRERAS MONTOYA la suma de \$1.427.172 por concepto de prima de servicios de las anualidades 2016 y 2017, debidamente indexado al momento de su pago, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

TERCERO: SIN COSTAS en el grado jurisdiccional de consulta. Las de primera se revocan y correrán a cargo de la demandada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR CARMEN ELISA RAMIREZ RENDÓN CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN S.A. Y OLD MUTUAL S.A. (RAD. 07 2018 00655 01).

Bogotá D.C. treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020)

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la abogada LINDA VANESSA BARRETO SANTA MARÍA como apoderada judicial de la demandada COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por CLAUDIA LILIANA VELA en su calidad de representante legal de la sociedad CAL & NAF ABOGADOS S.A.S., remitido por correo electrónico del 29 de septiembre de 2020.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por la demandante y las demandadas COLPENSIONES, SKANDIA, remitidos mediante correo electrónico del 28 y 29 de septiembre de los corrientes, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con el fin de resolver los recursos de apelación formulados por las demandadas PROTECCIÓN, OLD

MUTUAL, COLFONDOS PORVENIR y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, contra la sentencia proferida por el Juez Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 22 de julio de 2020 (Audiencia virtual de trámite y juzgamiento, realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 49:50), en la que se resolvió:

“PRIMERO: *DECLARAR* ineficaz la vinculación señora demandante CARMEN ELISA RAMÍREZ RENDON a la AFP COLFONDOS el 22 de diciembre de 1995 y consecuentemente, la afiliación de la demandante a la AFP SANTANDER, hoy PROTECCIÓN de fecha 3 de septiembre de 2001, contenida en el formulario No. 0550594 a COLFONDOS de fecha 20 de octubre de 2002, a SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS de fecha 17 de agosto de 2006 contenida en el formulario No. 344443 y a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR de fecha 30 de agosto de 2007 contenida en el formulario No. 12163067.

SEGUNDO: Se **ORDENA** a COLPENSIONES a mantener la afiliación de la demandante como si nunca hubiese realizado traslado alguno en el régimen de ahorro individual con solidaridad respetando todos los beneficios que había adquirido, en especial, el régimen de transición establecido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993.

TERCERO: Se **ORDENA** a PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la que es titular la señora demandante CARMEN ELISA RAMÍREZ RENDON, dineros que deben incluir la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, estos últimos, debidamente indexados y hasta que se haga efectivo al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, con la precisión que los demás fondos demandados, COLFONDOS, OLD MUTUAL y PROTECCIÓN deben devolver los gastos de administración y comisiones que hubiesen descontado de los aportes pensionales de la demandante debidamente indexados mientras estuvo afiliada en cada uno de los fondos demandados.

CUARTO: Se **ORDENA** a COLPENSIONES a recibir sin solución de continuidad como su afiliada al régimen de prima media con prestación definida a la señora demandante, dese su vinculación inicial al Instituto de Seguros Sociales el 1 de octubre de 1981.

QUINTO: Dadas las resultas del proceso, se **DECLARAN NO PROBADAS** las excepciones propuestas por los fondos demandados.

SEXTO: **LAS COSTAS** son a cargo de los fondos demandados, y las agencias en derecho se tasan en favor de la demandante en 2 salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento del pago a cargo de cada uno de los fondos vencidos en juicio.

SEPTIMO: **ORDÉNESE** la consulta de esta sentencia a favor de COLPENSIONES como entidad garantizada por la nación, por contener una condena en su contra y a fin, se revise la legalidad de lo decidido por parte del superior.”

Inconforme con la decisión los apoderados de las demandadas COLPENSIONES, PORVENIR, COLFONDOS, OLD MUTUAL y PROTECCIÓN, respectivamente, interpusieron recurso de apelación.

Inicialmente COLPENSIONES, refiere no encontrarse acreditado en el plenario ningún vicio del consentimiento, precisando, el error de derecho no tiene la virtualidad de afectar la validez del acto jurídico y esta no fue alegada dentro del término de 4 años a que se refiere la Ley.

Por otro lado, dice, existió ratificación en los términos del artículo 1754 del C.C., que saneó cualquier nulidad.

Frente a la financiación del sistema, advierte, nadie puede beneficiarse de los recursos ahorrados por otros afiliados en el esquema de prima media pues ello conllevaría a su descapitalización, indicando además, la declaración de la ineficacia del traslado al RAIS afecta la sostenibilidad financiera y pone en peligro el derecho a la seguridad social de los demás afiliados al RPM¹ (Audiencia virtual

¹ “Gracias su señoría, me permito interponer y sustentar el recurso de apelación dentro del proceso de la referencia instaurado contra mi representada, con el fin de que el Honorable Tribunal Superior de Bogotá revoque la decisión tomada por este despacho y en su lugar, absuelva a mi representada.

En primera medida, tenemos que, si bien es cierto, dentro del expediente no obra prueba alguna que demuestre que hay una presencia de un vicio del consentimiento consagrado en el artículo 240 del código civil, esto es, el error, la fuerza o el dolo. Ahora bien, nos encontramos ante un error sobre puntos de derecho que no tiene una fuerza legal para repercutir sobre la eficacia del acto jurídico celebrado entre le demandante y el fondo privado, por no tratarse de un error dirimente o error de nulidad, que es aquel que por esencia afecta la validez del acto y la condena de su anulación y rescisión judicial.

No obstante, la nulidad no se alegó dentro de los términos que se refiere el artículo 1750 del código civil, norma que señala que el plazo para pedir la rescisión dura durante los 4 años, los cuales se contarán en el caso del error o el dolo desde el día de la celebración del contrato, del actos si el traslados se hizo desde el año 1995, según como se desprende de los documentos acompañados con la demanda, y la nulidad se debió alegar antes, de 1999. Debe igualmente el Tribunal Superior, tener en cuenta que existió una ratificación expresa, tácita en sanear el presunto vicio el contrato, en el presente asunto, la demandante saneó la nulidad por la ratificación tácita que autoriza el artículo 1754 del código civil, que autoriza el traslado de régimen en su momento.

De otra manera, es importante dar aclaración frente al principio de la descapitalización del sistema pensional, en las sentencias C-1024 de 2004 y la SU-062 del 2010 y la SU-130 de 2013, la Corte Constitucional en materia de traslado, manifiesta que nadie puede resultar subsidiado a costa de los recursos ahorrados de manera obligatoria de otros afilados en este esquema, dado que el régimen solidario de prima media con prestación definida se descapitalizaría. La declaración injustificada de la ineficacia del traslado de un afiliado del RPM al RAIS, afecta la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones y pone en peligro el derecho fundamental de la seguridad social de los demás afiliados. De esta manera su señoría, dejo sustentado mi recurso de apelación para que el Honorable Tribunal Superior de Bogotá revoque la decisión tomada por este despacho frente a todas las condenas impuestas a mi representada, muchas gracias.”

de trámite y juzgamiento, realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 52:40).

Por su parte PORVENIR, pide se revoquen todas las condenas impuestas en su contra. Con ese propósito menciona, en primer lugar, para la fecha en que se efectuó el traslado de régimen de la demandante no existía un deber de información establecido, es decir, no se había indicado con claridad cuál era la información que se debía suministrar para darle efectos a la afiliación, lo que si se ha desarrollado desde el 2010.

Asevera, por su formación académica, la demandante tuvo conocimiento de las características del régimen de ahorro individual y esa decisión le permitía un futuro pensional. Adicionalmente, menciona, no existe prueba de que la actora fuera constreñida para firmar los traslados realizados en el RAIS, las que de hecho, indica, dan cuenta de su deseo irrestricto de permanecer vinculada a este régimen.

Alude, recibió el traslado de la demandante de buena fe pues para la fecha en que la afilió ella ya contaba con 47 años de edad.

Con relación a los gastos de administración y las primas de seguro previsional, apunta, esos recursos son descontados por ministerio de la Ley y cumplen la función de remunerar la gestión cumplida por esa administradora de fondos de pensiones, con la cual se generan rendimientos financieros, además, se cubrieron los riesgos de invalidez y muerte, por lo que, afirma, la restitución de dichos valores sería desconocer esas circunstancias.

De otro lado, sostiene, la ausencia de reclamación administrativa habría relevado del conocimiento del presente asunto al Despacho, dada la falta de competencia que no puede ser convalidada, aunque no se hubiere propuesto en el momento procesal oportuno.

Finalmente sostiene, como no se encuentra probado acto alguno que diera lugar a la ineficacia no hay lugar a trasladar los saldos de la cuenta de ahorro individual y

por ende tampoco procede la condena en costas² (Audiencia virtual de trámite y juzgamiento, realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 56:29).

² “Muchas gracias su señoría, encontrándome dentro de la oportunidad procesal para el efecto, me permito presentar recurso de apelación contra el fallo que ha sido proferido en primera instancia, con el propósito de que se revoquen todas y cada una de las condenas incoadas en contra de mi representada. En tal medida su señoría, me referiré a tres puntos, lo que corresponde pues a la ineficacia del traslado de régimen pensional declarada. Segundo, lo que corresponde a la devolución de los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la demandante y tercero, lo que corresponde a la condena en costas.

Lo primero sea decir su señoría, que para la fecha en que se realizó el traslado de régimen pensional, no existía un deber de información establecido sobre cuál era la información que se tenía que decir y saber exactamente lo que se tenía que decir para generar, que estos actos de traslado de régimen generaran un efecto o generaran efecto, con lo cual, es de manifestar que, pues este apoderado se aparta de la manifestación realizada en lo concerniente a la forma en que se realizó o se ha venido consolidando el derecho de información al que tienen derecho los potenciales afiliados al momento de hacer su traslado de régimen pensional, toda vez que el deber de información que era reputable desde el principio de los 90 hasta el año 2010, no es el mismo que se reputa posteriormente a esa época o posterior al 2014 toda vez que creó en cabeza de las AFP deberes diferentes.

En principio, y con los establecido en el numeral primero del artículo 97 del decreto 663 del 93, lo que tenía como finalidad era entregarle información clara y oportuna que le permitiera al potencial afiliado conocer o, siquiera, pues tomar una decisión que le permitiera fundamentarla en elementos de juicio claros y sobre el particular, se puede asegurar que, la demandante por su conocimiento o su formación académica, tuvo conocimiento también de las características del régimen de ahorro individual y para ella, en su momento fue una decisión que le permitiría de manera posible un futuro pensional. Así mismo, es de manifestar su señoría que no se encuentra dentro del plenario, elemento de prueba o no hay una circunstancia que permita acreditar que la demandante fue siquiera constreñida para firmar los traslados de régimen pensional que realizó en vigencia de su vinculación al régimen de ahorro individual, así mismo es de indicar que estas ratificaciones sucesivas que se generan con las suscripción de los formularios de vinculación con varias AFP, lo que da cuenta es de su deseo irrestricto, como quiera que no, de su deseo de permanecer vinculada al régimen de ahorro individual, como quiera que de manera posterior a su vinculación con COLFONDOS, suscribió varios formularios de vinculación, situación que ha sido reconocida por la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL-52704 del año 2018 como una forma de relacionamiento, un acto de relacionamiento con el régimen al cual se encuentra vinculada.

Así mismo, es de manifestar que en lo que corresponde de manera específica a mi representada, PORVENIR recibe este traslado de régimen pensional como un tercero de buena fe, en la medida en que la señora demandante para el momento en que se vinculó con mi representada, ya tenía más de 47 años, con lo cual y por no encontrarse en ninguna prohibición legal para vincularse a mi representada, toda vez que no estaba ni excluida del régimen de ahorro individual por ministerio de la ley, ni tampoco venía procedente o quería realizar algún traslado de régimen pensional era deber de mi representada en cumplimiento de sus deberes, recibir esta afiliación con apariencia de buen derecho y que tampoco ha sido demostrado en este proceso, que hubiere estado viciada en algún momento. En ese sentido, su señoría, debería considerarse que no corresponde y que no debería declararse la ineficacia del traslado de régimen pensional.

En segunda medida, y en lo que corresponde al traslado de los fondos que se encuentran dentro de la cuenta de ahorro individual de la demandante, es de manifestar que no corresponde hacer una devolución de los saldos que se descuentan por concepto de gastos de administración y de las primas de seguro previsional, toda vez que estos gastos se descuentan por ministerio de la ley primero, y segundo, cumplen la función de remunerar esa gestión que cumplió mi representada durante una parte de la afiliación de la demandante, toda vez que permite mantener los rendimientos financieros en la cuenta de ahorro individual de la demandante y cubrir los riesgos, tanto de invalidez como de muerte. Con lo cual, la restitución de estos gastos sería tanto como reconocer, primero, que no se generaron unos rendimientos financieros en su cuenta y segundo, que estos riesgos no estuvieron cubiertos, situación que ha sido reconocida y sobre la cual se ha pronunciado la Superintendencia Financiera de Colombia en concepto del 17 de enero del año 2020, en la que al ser cuestionada sobre cuál era el efecto de la nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional, manifiesta que no es necesario o no se debería hacer que las AFP devuelvan estos recursos, toda vez que ya han sido consumidos.

Así mismo su señoría, me permito manifestar que aun cuando al principio de la presente diligencia, no se consideró que hubiere lugar a declarar, a surtir o retrotraer los efectos de las actuaciones hasta ahora

A su turno OLD MUTUAL presentó inconformidad únicamente frente a la orden de devolver los gastos de administración dada la imposibilidad, dice, de proceder a ello, en tanto esos dineros, bajo los principios de buena fe y confianza legítima, fueron destinados a cubrir las eventualidades de invalidez y muerte, y generaron rendimientos que ahora pretenden ser trasladados al régimen de prima media³ (Audiencia virtual de trámite y juzgamiento, realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 1:07:11).

PROTECCIÓN, por su parte, solicita se revoque el numeral tercero de la sentencia apelada, respecto de la devolución de los gastos de administración por cuanto fueron destinados al cubrimiento de las actividades administrativas y a cobijar los riesgos de invalidez, vejez y muerte durante la vigencia de la afiliación, coadyuvando de esta forma la petición que en este sentido han elevado las demás administradoras⁴ (Audiencia virtual de trámite y juzgamiento, realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 1:09:11).

relacionadas, sí es menester manifestar que la no interposición de la reclamación administrativa habría relevado de conocer sobre el presente proceso al despacho toda vez que la falta de competencia no permitiría que tuviera un cierto conocimiento, y lo que establece el artículo 6 del código procesal del trabajo y la seguridad y la jurisprudencia, que ha tenido la oportunidad de manifestarse sobre el particular, es que la falta de competencia no puede ser convalidada así no se hubiese propuesto en el momento procesal oportuno.

Por último, me permito manifestar que, desatendida o sin encontrarse probado que hubiere algún acto que hubiere dado lugar a la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional y siendo tampoco procedente el traslado de los saldos de la cuenta de ahorro individual e la demandante, tampoco debe proceder la condena en costas. Muchas gracias.”

³ *“Muchas gracias su señoría, siendo esta la oportunidad procesal pertinente, me permito presentar recurso de apelación en contra de la providencia previamente dictada, específicamente en contra del numeral tercero donde se ordena a mi representada a devolver los gastos de administración ocasionados por la afiliación de la señora CARMEN ELISA RENDON para que el honorable tribunal de la ciudad de Bogotá revoque lo allí manifestado.*

El numeral se apela, específicamente, debido a la imposibilidad de devolver dichos gastos teniendo en cuenta SKANDIA, durante la vigencia del contrato de la señora CARMEN ELISA RENDON, efectivamente utilizó esos dineros de acuerdo con lo establecido en el artículo 20 de la ley 100 de 1993. Por una parte, se destinaron esos dineros a cubrir las eventualidades tales como la invalidez y la muerte de la señora CARMEN ELISA RENDON y, por otro lado, dichos gastos generaron unos rendimientos que ahora pretenden ser trasladados al régimen de prima media con prestación definida. Como consecuencia de lo anterior, es claro que SKANDIA, ante la apariencia de un negocio o de un acto jurídico permeado bajo los principios de la buena fe y la confianza legítima, utilizó dichos dineros de acuerdo con las disposiciones legales, motivo por el cual, no debería entrar a asumir los gastos con su propio patrimonio teniendo en cuenta que es un tercero de buena fe, que como ya lo mencioné, ante un negocio cuya apariencia se ve permeada bajo la buena fe, es claro que no debería entrar a responder.

Por lo anterior, solicito al Honorable Tribunal de la ciudad de Bogotá que revoque la sentencia previamente dictada. Muchas gracias.”

⁴ *“Gracias su señoría, estando dentro de la oportunidad procesal pertinente, me permito interponer recurso de apelación contra la sentencia emanada de su despacho, solicitándole muy respetuosamente a los honorables magistrados del Tribunal Superior de Bogotá Sala laboral, se permita revocar de manera parcial la sentencia del juzgador de primera instancia, en especial, lo que respecta al numeral tercero de la*

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante CARMEN ELISA RAMIREZ RENDON, en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en la demanda visibles a folios 12 y 13, las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos expuestos a folios 4 a 7, aspirando principalmente se declare la nulidad de su afiliación realizada al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP COLFONDOS, por existir un vicio en el consentimiento y no cumplirse los requisitos establecidos en la Ley 100 de 1993, que PORVENIR incurrió igualmente en la omisión de su deber de información y por ende se restablezca su situación jurídica. En consecuencia, se condene a COLFONDOS a anular la afiliación realizada a ese fondo el “1 de enero de 1995” (sic) y se disponga a PORVENIR, administradora a la que se encuentra afiliada, y a COLPENSIONES tramitar su regreso automático al régimen de prima media con prestación definida, ordenando igualmente a PORVENIR trasladar a COLPENSIONES los dineros de su cuenta de ahorro individual junto con los valores que hubiere recibido por motivo de su afiliación como cotizaciones, bonos pensionales, rentabilidad, sumas adicionales del asegurados, todos los frutos, rendimientos e intereses. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró la ineficacia el traslado de régimen pensional realizado por la actora a COLFONDOS, ordenando a PORVENIR, actual**

sentencia, de acuerdo a la imposición a mi representada PROTECCIÓN de generar la devolución de los gastos de administración de la vigencia que tuvo la afiliación de la demandante con mi representada, esto ya sumado y fundado respecto de las demás apreciaciones y consideraciones de tipo legal y jurídico, y también de acuerdo a las amplias consideraciones que ha tenido la línea jurisprudencial de la Corte en lo que respecta al reconocimiento en este caso y a la validez, del cobro de los gastos de administración por parte de los fondos privados e inclusive, de parte del régimen público, y la destinación de estos recursos en cuanto al cubrimiento, en primera instancia, de las actividades administrativas generadas por cada una de estas administradores y en segundo lugar también, al cubrimiento en este caso de los valores que se pagan para la protección o el cobijamiento que tiene en este caso la demandante a los riesgos de invalidez, vejez y muerte durante la afiliación o vigencia de cada uno de los contratos con estas administradores.

Por lo que no entraré a redundar o a repetir ya las consideraciones ya esbozadas por la codemandadas, administradoras de pensiones privadas que apelaron en este sentido, sino que sencillamente me limitaré a hacer la manifestación y a coadyuvar a esta solicitud de estas AFP a las que se les hizo la imposición de generar la devolución de las contribuciones de estos gastos de administración, cuando hoy por hoy, ya no se tiene ningún tipo de vínculo contractual con la accionante y ya se adelantaron las gestiones administrativas tendientes a efectuar el traslado de estos aportes con destino a la administradora siguiente que deseó la accionante afiliarse, de acuerdo al certificado SIAFP aportado en su momento con el escrito de la contestación de la demanda. Muchas gracias”

administradora de la demandante, a devolver los saldos de la cuenta de ahorro individual al Régimen de prima media con prestación definida junto con los valores que hubiere recibido por motivo de la afiliación del demandante, tales como rendimientos, gastos de administración y comisiones debidamente indexados, precisando, PROTECCIÓN, COLFONDOS y SKANDIA (OLD MUTUAL) debían igualmente retornar los gastos de administración debidamente indexados. Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada COLFONDOS no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía con la demandante, al momento del traslado, particularmente en razón a que no se encontró evidencia que apuntara a demostrar que se le informó sobre los beneficios del régimen de transición.

Preliminarmente se pronuncia la Sala sobre la manifestación hecha por el representante judicial de PORVENIR frente a la falta de reclamación administrativa a que se refiere el artículo 6 del C.P.T y la S.S., pues, contrario a lo advertido por ese extremo procesal, la ausencia de esta en el proceso es un factor de competencia susceptible de ser saneado, ante la omisión de la pasiva de formular la excepción previa correspondiente.

Al respecto, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha enseñado:

“Ahora, si la entidad demandada no utiliza en tiempo procesal oportuno las excepciones atrás indicadas para corregir o enmendar el vicio de procedimiento de la falta de competencia del Juez Laboral, surgido como consecuencia de haberse admitido por este funcionario judicial la demanda sin avistar el incumplimiento del requerimiento consagrado en el art. 6° del Estatuto Procesal Laboral, lo que, como ya se vio, constituye no sólo una carga procesal para aquélla sino un deber y una obligación en virtud del principio de lealtad procesal, la anomalía procedimental proveniente de tal falta de competencia quedará saneada a la luz de lo preceptuado en el numeral 5., del artículo 144 del C. de P.C., modificado por el D.E. 2282 de 1989, art. 1°, num. 84, norma que dispone que “La nulidad se considerara saneada... Cuando la falta de competencia distinta de la funcional no se haya alegado como excepción previa. Saneada esta nulidad, el Juez seguirá conociendo del proceso.” (Sentencia del 13 de octubre de 1999, radicación 12221)

Así las cosas, y ante tal inadvertencia de la demandada Colpensiones, se entiende prorrogada la competencia del fallador para decidir el conflicto avocado.

Aclarado ello, para resolver la controversia, es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002⁵.

En ese orden, conforme la copia de la cédula de ciudadanía obrante en el plenario (folio 17), la actora nació el 22 de febrero de 1958, por lo que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es a 1 de abril de 1994⁶, contaba con 35 años de edad, quedando claro, que en principio es beneficiaria del régimen de transición; sin embargo, teniendo en cuenta el traslado de régimen efectuado por la demandante el 22 de diciembre de 1995 (fls. 130 y 247) y que para el 1 de abril de 1994 la actora contaba con 608,57 semanas (fls. 63 y 140) equivalentes a 11,67 años de servicio, es decir, no cumplía con el requisito para mantener el beneficio transicional pese a su traslado, esto es 15 años de servicio antes del 1 de abril de 1994, de conformidad con lo señalado en la sentencia C-789 de 2002⁷,

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”.

⁶ Era trabajadora del sector privado (folio 63)

⁷ “Como se desprende de la lectura del inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el legislador previó el régimen de transición en favor de tres categorías de trabajadores que, al momento de entrar en vigor dicha ley, cumplieran con determinados requisitos. En primer lugar, los hombres que tuvieran más de cuarenta años; en segundo lugar, las mujeres mayores de treinta y cinco y; en tercer lugar, los hombres y mujeres que, independientemente de su edad, tuvieran más de quince años de servicios cotizados; requisitos que debían cumplir al momento de entrar en vigencia el sistema de pensiones, conforme lo establece el artículo 151 de dicha ley.

A su vez, como se desprende del texto del inciso 4º, este requisito para mantenerse dentro del régimen de transición se les aplica a las dos primeras categorías de personas; es decir, a las mujeres mayores de treinta y cinco y a los hombres mayores de cuarenta. Por el contrario, ni el inciso 4º, ni el inciso 5º se refieren a la tercera categoría de trabajadores, es decir, quienes contaban para la fecha (1º de abril de 1994) con quince años de servicios cotizados. Estas personas no quedan expresamente excluidos del régimen de transición al trasladarse al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme al inciso 4º, y por supuesto, tampoco quedan excluidos quienes se trasladaron al régimen de prima media, y posteriormente regresan al de ahorro individual, conforme al inciso 5º.

por lo que resulta procedente el estudio del traslado de régimen pensional y la conservación del beneficio transicional con base en la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen, desde luego si hay lugar a declararla.

Así las cosas, con fundamento en la ausencia del suministro de información, pretende la actora a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 22 de diciembre de 1995 (folios 130 y 247) específicamente, conforme el reporte SIAFP expedido por ASOFONDOS,

El intérprete podría llegar a concluir, que como las personas con más de quince años cotizados se encuentran dentro del régimen de transición, a ellos también se les aplican las mismas reglas que a los demás, y su renuncia al régimen de prima media daría lugar a la pérdida automática de todos los beneficios que otorga el régimen de transición, así después regresen a dicho régimen. Sin embargo, esta interpretación resulta contraria al principio de proporcionalidad.

Conforme al principio de proporcionalidad, el legislador no puede transformar de manera arbitraria las expectativas legítimas que tienen los trabajadores respecto de las condiciones en las cuales aspiran a recibir su pensión, como resultado de su trabajo.[19] Se estaría desconociendo la protección que recibe el trabajo, como valor fundamental del Estado (C.N. preámbulo, art. 1º), y como derecho-deber (C.N. art. 25). Por lo tanto, resultaría contrario a este principio de proporcionalidad, y violatorio del reconocimiento constitucional del trabajo, que quienes han cumplido con el 75% o más del tiempo de trabajo necesario para acceder a la pensión a la entrada en vigencia del sistema de pensiones, conforme al artículo 151 de la Ley 100 de 1993 (abril 1º de 1994),[20] terminen perdiendo las condiciones en las que aspiraban a recibir su pensión.

En tal medida, la Corte establecerá que los incisos 4º y 5º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 resultan exequibles en cuanto se entienda que los incisos no se aplican a las personas que tenían 15 años o más de trabajo cotizados para el momento de entrada en vigor del sistema de pensiones consagrado en la Ley 100 de 1993, conforme a lo dispuesto en el artículo 151 del mismo estatuto.

Por supuesto, esto no significa que las personas con más de 15 años cotizados, y que se encuentran en el sistema de ahorro individual con solidaridad, se les calcule su pensión conforme al régimen de prima media, pues estos dos regímenes son excluyentes. Como es lógico, el monto de la pensión se calculará conforme al sistema en el que se encuentre la persona.

Adicionalmente, resulta indispensable armonizar el interés en proteger la expectativa legítima de las personas que habían cumplido quince años o más cuando entró en vigencia el sistema, con el interés en que el régimen de prima media tenga los recursos suficientes para garantizar su viabilidad financiera. También resultaría contrario al principio de proporcionalidad, que quienes se trasladaron de este régimen al de ahorro individual, y después lo hicieron nuevamente al de prima media, reciban su pensión en las condiciones del régimen anterior, sin consideración del monto que hubieran cotizado.

Por lo tanto, las personas que hubieran cotizado durante 15 años o más al entrar en vigencia el sistema de pensiones, y se encuentren en el régimen de prima media con prestación definida, tendrán derecho a que se les apliquen las condiciones de tiempo de servicios, edad y monto de la pensión, consagradas en el régimen anterior, siempre y cuando:

- a) Al cambiarse nuevamente al régimen de prima media, se traslade a él todo el ahorro que habían efectuado al régimen de ahorro individual con solidaridad, y*
 - b) Dicho ahorro no sea inferior al monto total del aporte legal correspondiente en caso que hubieren permanecido en el régimen de prima media.*
- En tal evento, el tiempo trabajado en el régimen de ahorro individual les será computado al del régimen de prima media con prestación definida.”*

específicamente, conforme la información registrada en la impresión de la consulta realizada al SIAFP, **precisando** en este punto que en autos el acto de afiliación no fue objeto de debate pues la misma demandada COLFONDOS desde la contestación de la demanda aceptó que la actora se trasladó mediante afiliación realizada en diciembre de 1995 (al pronunciarse sobre el hecho 11, folio 270) sin que para el tema objeto de debate la presencia del formulario escrito constituya 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; imponiéndose entonces a esta demandada acreditar el consentimiento informado y en esa medida, resulta procedente el estudio de la viabilidad o no de la declaración de ineficacia conforme los argumentos expuestos en la alzada.

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

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011⁸, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y más

⁸ “Además, debe la Corte destacar que no fue objeto de controversia que el actor estuvo afiliado al régimen pensional que administra el Instituto de Seguros Sociales desde el 12 de marzo de 1969 hasta el 12 de agosto de 2002, fecha ésta en la que se trasladó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.; que nació el 13 de octubre de 1944, por lo que estaba amparado por el régimen de transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que cumplía con los requisitos a que alude la citada normativa.

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

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

“RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL”, es de \$1.580.465, cálculos que efectuó el Fondo accionado, el 13 de agosto de 2002.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“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

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

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

(…)

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

(…).

Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede 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 promotora del litigio recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la actora en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues en manera alguna se encontró

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.

acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiera informado sobre sus condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional, además de esto, en el interrogatorio de parte la representante legal de COLFONDOS (Audiencia realizada el 17 de julio de 2020, récord 33:30), confesó que no existen documentos que permitan constatar la información suministrada al momento de la afiliación, pues todo se realizó de manera verbal.

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la demandante⁹, no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado al momento de la suscripción del formulario de afiliación, en tanto se limitó a indicar que el asesor le dijo que su podría pensionarse a cualquier edad y con una pensión muy superior, siendo ello lo que motivó su traslado.

El deber de información tampoco deviene probado con el testimonio rendido por la señora GLORIA MALDONADO GARCÍA¹⁰, quien ni siquiera estuvo presente en el momento de la afiliación de la demandante a COLFONDOS, pues solo se conocieron en el año 1999, esto es, en fecha posterior al traslado ocurrido en 1995 y lo que conoce, es por las conversaciones sostenidas con la promotora del juicio.

Además, en cuanto al comunicado de prensa visto a folios 141 a 143, es de anotarse, la transcripción de normas legales allí consignadas no supe el deber de información idónea referido a lo largo de este proveído, pues lo que allí se lee es la cita de normas relacionadas con la posibilidad de traslado, siendo el tema aquí en discusión absolutamente distinto a la oportunidad del traslado entre regímenes.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión, la demandada COLFONDOS omitió en el momento del traslado de régimen (22 de diciembre de 1995, folio 130), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es, omitiendo 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 SL 12136 de 2014, ello deriva

⁹ Audiencia realizada el 17 de julio de 2020, récord 12:09.

¹⁰ Audiencia realizada el 17 de julio de 2020, récord 58:57.

en la 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, el hecho que la demandante hubiese efectuado varios traslados entre AFP (folio 130) 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 a folios 205, 244 y 247, situación que por demás no es ni fue objeto de litigio. Frente al de traslado a diversas AFP memórese el pronunciamiento de la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia de radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011.

En ese orden, la ineficacia del traslado de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado del saldo existente en la cuenta de ahorro individual del actor, actualmente administrada por PORVENIR (folio 129), junto con sus rendimientos, gastos de administración y porcentajes correspondientes a invalidez y sobrevivientes (comisiones), así como la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, debiendo confirmar la sentencia de primer grado en este aspecto.

Aquí conviene precisar, en autos no tiene incidencia alguna 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 basta con señalar en este punto, que no se está avalando el tránsito de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva que retornar al régimen de prima media con prestación definida, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual de la demandante.

Asimismo, advierte la Sala, los gastos de administración y el porcentaje dirigido a financiar las prestaciones por invalidez y sobrevivencia, surgen como consecuencia de la afiliación, y en ese orden, al declararse la ineficacia del traslado resulta claro que los mismos quedan sin fundamento, pues lo que ocurre es que la situación de vinculación 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 actora, a Colpensiones, incluyendo, como ya se dijo, las sumas correspondientes a los gastos de administración, cuyo retorno también resulta procedente respecto de las otras administradoras de régimen de ahorro individual en la que la demandante presentó afiliación. . 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.”

En lo que atañe a la excepción de prescripción (folio 52¹¹), 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

¹¹ Por auto del 1 de noviembre de 2019 (folio 289) se tuvo por contestada la demanda por parte de Colpensiones.

declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además de ser la declaración de un estado jurídico, está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción, acogiendo ahora esta 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, conforme las motivaciones que preceden, se confirmará la decisión de primer grado.

SIN COSTAS en esta instancia.

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

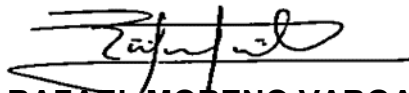
R E S U E L V E

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

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

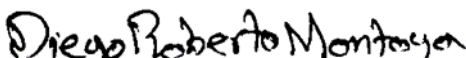
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR NELLY MIRANDA ROBAYO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES-, COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN S.A. y como vinculada OLD MUTUAL PENSIONES y CESANTIAS¹ (RAD. 08 2019 00474 01).

Bogotá D.C. treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020)

AUTO

Se reconoce personería para actuar a la abogada OLGA BIBIANA HERNANDEZ TELLEZ como apoderada de la demandada PROTECCIÓN S.A., de conformidad con el poder otorgado en Escritura Pública No. 1185 del 8 de noviembre del 2018, conferida en la Notaría 14 del Círculo de Medellín (folio 275).


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por Skandia, la Demandante y Protección (fls.265, 266, 268, 269 y 271 a 274), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con el fin de resolver los recursos de apelación formulados por las demandadas PROTECCIÓN y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de Consulta en favor de esta

¹ Por auto del 17 de julio del 2019 (fl. 211), la juez de primer grado dispuso vincularla como litisconsorte necesaria por pasiva en virtud del traslado que hizo la actora a dicha AFP.

última, contra la sentencia proferida por la Juez Octava (08) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 23 de junio de 2020 (CD folio 252, récord: 1:25:58, acta folios 259 y 260), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de la señora NELLY MIRANDA ROBAYO, realizado del régimen de prima media al RAIS acaecido el 28 de septiembre del 94 mediante su afiliación a COLFONDOS por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR a COLPENSIONES admitir el traslado de régimen pensional de la señora NELLY MIRANDA ROBAYO.

TERCERO: CONDENAR a la demandada PROTECCIÓN, como AFP actual, a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido por motivo de la afiliación de la señora NELLY MIRANDA ROBAYO tales como cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados por administración y sumas adicionales con los respectivos intereses de conformidad con las previsiones de que trata el artículo 1746, aplicable por remisión analógica en materia laboral, esto es, junto con los rendimientos que se hubieren causado.

CUARTO: CONDENAR a COLPENSIONES aceptar todos los valores que devuelva PROTECCIÓN y reposaban en la cuenta de ahorro individual de la demandante, efectuando lo reajustes en la historia pensional de la actora.

QUINTO: SIN CONDENA EN COSTAS ante su no causación.

SEXTO: Como quiera que la presente decisión resulta adversa a los intereses de COLPENSIONES, se remitirán las diligencias al Honorable Superior de Bogotá Sala Laboral, para que se surta el Grado Jurisdiccional de **CONSULTA** en favor de dicha entidad.”

Inconforme con la decisión, los representantes judiciales de las demandadas PROTECCIÓN y COLPENSIONES interpusieron recurso de apelación, respectivamente.

Inicialmente, el apoderado de PROTECCIÓN refiere su inconformidad únicamente frente a la devolución de los gastos de administración, aduciendo estos se efectuaron por una disposición legal, existente y valida en la cual, la administradora cumplió con la obligación de generar unos rendimientos y cobrar una cuota de administración por ese direccionamiento que se le dio a los dineros de la demandante, considerando no habría a devolver unos gastos de administración o unos rendimientos, toda vez que estos se produjeron mientras la demandante estuvo afiliada con su representada.² (CD folio 252, record: 1:27:35).

² “Sí su señoría, estando dentro de la oportunidad procesal pertinente, me permito presentar recurso de apelación para que el Honorable Tribunal de la Sala Laboral revoque parcialmente la sentencia dictada en primera instancia, en cuanto se refiere a la devolución de gastos de administración, toda vez que estos se efectuaron por una disposición legal, existente y valida en la cual, mi administradora cumplió con la obligación de generar unos rendimientos y cobrar una cuota de administración por ese direccionamiento que se le dio a los dineros de la demandante. En ese sentido, mi representada cumplió a cabalidad con la

A su turno COLPENSIONES, considera, no fue acertado el análisis probatorio en cuanto concluye que no se aportaron elementos de convicción que acreditaran el cumplimiento del deber de información y buen consejo al momento del traslado de régimen pensional, pues es claro que para esa época solo existía la obligación de suscribir el formulario de afiliación sin que sea posible que se exija a las administradoras otro tipo de medio probatorio pues este resulta imposible.

Por otra parte destaca, la inconformidad del actor con su permanencia en el RAIS se circunscribe en la diferencia de la mesada pensional que eventualmente recibiría como afiliado de ese régimen comparada con aquella que hubiera podido corresponderle en prima media, situación que, dice, además de no ser imputable al fondo de pensiones, no está establecida como una causal para pretender la nulidad o ineficacia del traslado.

Añade, que lo que debe analizarse en cada caso relacionado con pretensiones de nulidad o ineficacia, es si realmente se realizó un perjuicio claro, cierto y determinado al potencial afiliado, el cual no está relacionado únicamente con el tema económico, precisando un ejemplo de un perjuicio claro es la pérdida del régimen de transición, caso que no es el de la demandante que no es beneficiaria de dicho régimen, ni por edad ni por requisitos³ (CD folio 252, récord: 1:29:41).

obligación de generar unos rendimientos a los dineros aportados y, en cuanto a eso, esos gastos ya fueron dineros pagados que no están dentro de la cuenta de ahorro individual de la demandante, y en el caso de que se indicara devolver a COLPENSIONES todos los dineros por producto de la ineficacia, esto quiere decir, volver las cosas a su estado original, y en ese sentido, no habría por qué devolver unos gastos de administración o unos rendimientos, toda vez que estos se produjeron mientras la demandante estuvo afiliada con mi representada.

En ese sentido, dejo sentado el recurso de apelación en cuanto a que no hay lugar a una devolución de gastos de administración, y en ese sentido, tampoco de rendimientos, se trasladaría únicamente los aportes que la demandante realizó a mi representada. Muchas gracias.”

³ “Gracias señoría, interpongo recurso de apelación contra la sentencia proferida por su despacho, para que lo resuelva la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá con base en lo siguiente.

(...) análisis probatorio que realizó el despacho, en cuanto a las documentales y al interrogatorio de parte que rindió la demandante que la llevaron a concluir que efectivamente había lugar a declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional. Lo anterior, porque tal como se manifestó en los alegatos, para el momento en que la demandante efectuó el traslado de régimen pensional, no existía ninguna exigencia normativa en cuanto a documentar la asesoría o efectuar ningún tipo de proyección, simulaciones pensionales o escenarios comparativos de uno u otro régimen pensional. Dado que no existía la obligación de documentar la asesoría, pretender que en este tipo proceso o exigir en este tipo de procesos, que las administradoras de pensiones alleguen algún tipo de medio probatorio, que pues, como lo dice la señora juez, no es necesariamente documental, sino cualquier otro tipo de prueba del cual se pueda deducir que se cumplieron dichas obligaciones en cuanto al deber de información y de buen consejo, resulta una carga imposible de acreditar.

En primer lugar, porque como lo manifesté, no se documentaba la asesoría. En segundo lugar, porque la gran mayoría de casos son traslados que se efectuaron hace más 15 o 20 años en algunos casos, es imposible

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 NELLY MIRANDA ROBAYO, en este proceso ordinario las pretensiones relacionadas a folios 5 y 6, las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos expuestos a folios 6 a 9, aspirando, se declare la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, en consecuencia se condene a Protección el traslado de los aportes cotizados en el régimen de ahorro individual a Colpensiones y a

allegar algún tipo de prueba testimonial del cual se pueda deducir efectivamente ese cumplimiento de obligación, y más aún, como cuando lo manifestó la demandante, en algunos casos las asesorías (...) razón por la cual, teniendo en cuenta la exigencia normativa de la época y, dado que en este proceso está muy claro que la demandante suscribió el formulario de vinculación a la AFP COLFONDOS libre, debió haberse concluido que la suscripción de dicho formulario estuvo precedida de la respectiva información y asesoría por parte de la AFP COLFONDOS, lo que finalmente conllevó a la decisión de la demandante de trasladarse de régimen pensional. Si bien es cierto, el despacho de forma somera hace alusión a lo manifestado por la AFP COLFONDOS en cuanto al desistimiento del interrogatorio y la no presentación de medios probatorios, yo solicito a la sala Laboral que al momento de revisar esta sentencia, tenga en cuenta que en detrimento de COLPENSIONES no puede ir la negligencia y la mala fe de la AFP COLFONDOS de allanarse a las pretensiones de la demanda, además de actuar de mala fe, como lo he reiterado, debe tenerse en cuenta pues que las AFP que son perjudicadas por la actuación desleal de la AFP COLFONDOS, es la AFP PROTECCIÓN y la AFP COLPENSIONES.

La AFP PROTECCIÓN, porque eventualmente al trasladar los saldos, tendría que trasladarlos incluso sin descontar costas de administración, cuando la AFP COLFONDOS al momento de la afiliación de la demandante, usufructuó la cuenta de la demandante que también cobró y se benefició de los gastos de administración de dicha demandante y COLPENSIONES, porque eventualmente COLPENSIONES tendría que asumir el pago de las prestaciones económicas y pensionales en favor de la demandante, por lo cual solicito a Sala Laboral valore la conducta desleal de la AFP en este tipo de procesos.

En cuanto a otro argumento de apelación señoría, como lo manifesté en los alegatos, se evidencia que la única motivación de la demandante para efectuar el traslado de régimen pensional, es la diferencia en la mesada pensional que le puede corresponder como afiliada del régimen de ahorro individual en comparación con la que le hubiese podido corresponder de haber permanecido de prima media y sobre el particular, pues, en ningún momento los precedentes de la Corte Suprema han dicho que esa mesada pensional que pueda tener un afiliado, es una causal suficiente para pretender que se anule o se declare la ineficaz de un acto de traslado de régimen pensional, toda vez que el monto de una mesada pensional en otro régimen tiene que ver, básicamente, con la forma de administración de cada uno de ellos y en forma alguna puede ser una situación imputable o tenerse en cuenta dicha situación en contra de las administradoras de pensiones e incluso, en contra de COLPENSIONES.

Finalmente, señoría, considera este apoderado que lo que debe analizarse en cada caso relacionado con pretensiones de nulidad o ineficacia, es si realmente se realizó un perjuicio claro, cierto y determinado al potencial afiliado, perjuicio que como lo manifesté previamente, no está relacionado únicamente con el tema económico, en la sentencia SL1452 de 2019, en los salvamentos de voto el magistrado Echeverri dice que un ejemplo de un perjuicio claro es la pérdida del régimen de transición, caso que no es el de la demandante que no es beneficiaria de dicho régimen, ni por edad ni por requisitos (...) sobre la base que al momento que la demandante tiene requisitos cumplidos para acceder a pensión en el régimen de prima media, considera que no está conforme (...) COLPENSIONES se vería afectado al asumir dicho valor de esa mesada pensional.

En ese orden de ideas señoría, yo solicito a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá revoque íntegramente la sentencia proferida por este despacho y en su lugar, absuelva a COLPENSIONES de las condenas impuestas. Gracias.”

Colpensiones a que sean aceptados dichos aportes y a registrarla como su afiliada sin solución de continuidad desde el 8 de octubre de 1987, costas y agencias en derecho. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró la ineficacia el traslado de régimen pensional realizado por la actora a COLFONDOS, ordenando a PROTECCIÓN, actual administradora de la demandante, la devolución de saldos de la cuenta de ahorro individual al Régimen de prima media con prestación definida junto con los valores que hubiere recibido por motivo de la afiliación, tales como cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados por administración y sumas adicionales con sus intereses, tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada COLFONDOS no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía con la demandante, al momento del traslado.

Para resolver la controversia, es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002⁴.

Así las cosas, a folio 21 milita copia de la cédula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 4 de enero de 1962, por lo que la edad de 57 años, los cumplió el mismo día y mes del año 2019, procediendo a solicitar su traslado mediante petición elevada ante Colpensiones a través de un formulario de afiliación el 12 de junio del 2018 (folios 97 y 98) y ante COLFONDOS (folios 99 a 101) el 15 de junio de 2018, es decir, cuando le faltaban menos de diez años para cumplir la edad requerida para adquirir el derecho pensional –tenía

⁴ En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2°, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: “Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez”, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002”.

56 años-. De otra parte, no tenía la demandante 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con 318.71 semanas de cotización (folio 155) equivalentes a 6 años, 2 meses y 11 días, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante lo anterior, con fundamento en la ausencia del suministro de información, pretende la actora a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 28 de septiembre de 1994 (folios 156 y 198) específicamente, conforme la información consignada en el formulario de afiliación a COLFONDOS y el reporte SIAFP expedido por ASOFONDOS.

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

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

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

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

No obstante, como lo señala la censura, la información que le suministró a SANZ GUTIÉRREZ no tuvo tales características, como que a Folio 106 aparece la “ASESORÍA PENSIONAL PROTECCIÓN – PROYECCIÓN DE LA PENSIÓN EN EL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA”, en donde se señala una mesada

pensional de \$900.000, a los 60 años, mientras que a Folio 107 figura que a esa misma edad la pensión en el “RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL”, es de \$1.580.465, cálculos que efectuó el Fondo accionado, el 13 de agosto de 2002.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a 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.

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

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

(…)

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

(…).

Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede 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, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la accionante en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues en manera alguna se encontró acreditado, siquiera de manera sumaria, que se le hubiera informado

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.

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 promotora del litigio⁶, no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado al momento de la suscripción del formulario de afiliación a Colfondos, en tanto aseguró que su motivación para trasladarse fue porque el asesor del fondo de pensiones le manifestó que el ISS se iba a acabar y que se podía pensionar a una edad inferior a la exigida por la ley, sin recibir explicación que ello dependía del capital ahorrado.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (folio 198), plasmado en el formulario de afiliación a COLFONDOS, este no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada COLFONDOS. (Sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019).

Además, en cuanto al comunicado de prensa visto a folios 162 y 163, es de anotar, la transcripción de normas legales allí consignadas no supe el deber de información idónea referido a lo largo de este proveído, pues lo que en el mismo se lee es la cita de normas relacionadas con la posibilidad de traslado, siendo el tema aquí en discusión absolutamente distinto a la oportunidad del traslado entre regímenes.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada COLFONDOS, omitió en el momento del traslado de régimen (28 de septiembre de 1994, folio 198) el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL 12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO**

⁶ Cd folio 252, récord 24:53. Audiencia virtual.

del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

Es menester precisar, el hecho que la demandante hubiese efectuado traslados entre AFP (Historial Vinculaciones folio 200) 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, situación que por demás no es ni fue objeto de litigio. Frente al de traslado a diversas AFP memórese el pronunciamiento de la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia de radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011.

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 guardan relación con la información que se le debía suministrar cuando se trasladó de régimen, al respecto puede consultarse 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 del saldo existente en la cuenta de ahorro individual del actor, actualmente administrada por PROTECCIÓN S.A. (folio 156), junto con sus rendimientos y gastos de administración, así como la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, debiendo confirmar la sentencia de primer grado en este aspecto.

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

Asimismo, advierte la Sala, los gastos de administración apelados por Protección, surgen como consecuencia de la afiliación, y en ese orden, al declararse la ineficacia del traslado resulta claro que los mismos quedan sin fundamento, pues lo que ocurre es que la situación de vinculación 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, incluyendo, como ya se dijo, las sumas correspondientes a los gastos de administración.

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por Colpensiones, respecto de quien además se estudia la decisión en el grado jurisdiccional de Consulta⁷ (fl. 132), 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 de ser la declaración de un estado jurídico, está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción, acogiendo esta 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, conforme las motivaciones que preceden, se confirmará la decisión de primer grado.

SIN COSTAS en esta instancia.

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

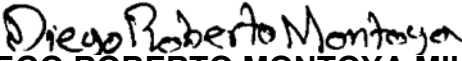
⁷ Se tuvo por contestada la demanda de Colpensiones mediante auto del 20 de marzo de 2019 (fol. 202)

RESUELVE

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

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR NESTOR FERNEY MASMELA ZARABANDA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES-, COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. (RAD. 08 2019 00568 01).

Bogotá D.C. treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020)

AUTO

Se reconoce personería para actuar al abogado ALEJANDRO MIGUEL CASTELLANOS LÓPEZ como apoderado de la demandada PORVENIR S.A., de conformidad con el poder otorgado en Escritura Pública No. 0275 del 25 de febrero de 2020, conferida en la Notaría 65 del Círculo de Bogotá (folio 259 vto).

Del mismo modo, se reconoce personería adjetiva para actuar a la abogada ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES, como apoderada sustituta de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por JOHANNA ANDREA SANDOVAL, como representante legal de la sociedad ARANGO GARCIA ABOGADOS ASOCIADOS (folio 282 vto).


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por el demandante, Porvenir y Colpensiones (fls. 271, 273 a 277 y 279 a 282), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con el fin de resolver los recursos de apelación formulados por las demandadas PORVENIR y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de Consulta en favor de esta última, contra la sentencia proferida por la Juez Octava (08) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 23 de junio de 2020 (CD folio 257, récord: 46:47, acta folio 263), en la que se resolvió:

“PRIMERO: Declarar la ineficacia del traslado del régimen pensional realizado por el señor NESTOR FERNEY MASMELA ZAMBRANO corrige el despacho ZARABANDA, realizado en el régimen de prima media al RAIS acaecido el 16 de julio de 1998, mediante su afiliación a Porvenir por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: Condenar a Colpensiones a admitir el traslado del régimen pensional del señor NESTOR FERNEY MASMELA.

TERCERO: Condenar a la demandada Colfondos como AFP actual del demandante a devolver a Colpensiones todos los valores que hubieran recibido por motivo de la afiliación del señor NESTOR FERNEY MASMELA, tales como cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados por administración y sumas adicionales con los respectivos intereses de conformidad con las previsiones de que trata el artículo 1746 del código civil aplicable por remisión analógica en materia laboral, esto es junto con los rendimientos que se hubieren causado.

CUARTO: Condenar a Colpensiones aceptar todos los valores que devuelva Colfondos y que reposaban en la cuenta de ahorro individual del demandante y efectuar los ajustes en la historia pensional del actor.

QUINTO: Sin condena en costas en esta instancia ante su no causación.

SEXTO: Como quiera que la presente decisión resulta adversa a los intereses de Colpensiones se remitirán 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 representantes judiciales de las demandadas PORVENIR y COLPENSIONES interpusieron recurso de apelación, respectivamente.

Inicialmente, el apoderado de PORVENIR refiere su inconformidad radica en que el demandante realizó un cambio de régimen pensional en el año 1998 de forma libre y voluntaria, en la cual se le brindó una información oportuna y completa, resaltando que éste efectivamente no es beneficiario del régimen de transición y nunca hizo ningún trámite para retornar al régimen de prima media, precisando Porvenir siempre ha obrado de buena fe y ha cumplido con las disposiciones

legales, aduciendo que en caso de haber existido algún tipo de error este fue saneado por ratificación.

Asegura, su representada allegó al expediente todos los documentos que tenía como prueba para manifestar que efectivamente se le brindó una asesoría completa al demandante, recordando que, el formulario de afiliación es un documento jurídico que se presumió autentico y no fue tachado de falso, ni se puede considerar únicamente como una pro forma. Expresa que para la época en que se generó el traslado, la ley no indicó exactamente que esa asesoría debía darse de una forma u otra o que debería quedar plasmada en un documento, como tampoco existía el deber de realizar algún tipo de proyección por tanto, también resalta que el demandante estaba incurso en la prohibición legal que establece el artículo la Ley 797 del 2003.

Por otro lado, comenta el demandante hizo un traslado horizontal ratificando su deseo de continuar con el régimen de ahorro individual del cual pudo haber desistido de otra manera retornando a Colpensiones y no lo hizo, garantizándole siempre el derecho de retracto sin que tampoco hiciera uso de este derecho¹ (CD folio 257, record: 47:58).

¹ “Gracias su señoría, siendo la oportunidad procesal pertinente, me permito presentar recurso de apelación en contra de la sentencia proferida por los siguientes motivos, en primer lugar es de resaltar que el demandante realizó un cambio de régimen pensional en el año 1998 de forma libre y voluntaria, en la cual se le brindó una información oportuna y completa, resaltando que el demandante efectivamente no es beneficiario del régimen de transición y nunca hizo ningún trámite para retornar al régimen de prima media, sin tener en cuenta esto, se declara una ineficacia de traslado efectuada por mi representada Porvenir en el año 1998, es necesario reiterar que Porvenir siempre ha obrado de buena fe y ha cumplido con las disposiciones legales que no se presentaron ningún parámetro que indicara el código civil en el artículo 1511 y 1512 y en caso de que haya existido algún tipo de error este fue saneado por ratificación, recordemos que el artículo 1742 y 1743 prevén el saneamiento por el paso de lapso de tiempo o por ratificación, el demandante en este caso ha permanecido durante 20 años en el régimen de ahorro individual sin que hasta la fecha haya manifestado algún tipo de inconformidad, la falladora de primera instancia declara la ineficacia que contempla el artículo 271 de la ley 100 de 1993 que manifiesta que quien impide o atente en la afiliación del trabajador, es decir esto implica que las conductas dolosas que, en este proceso no fueron alegadas ni probadas y que tampoco se negaron por parte del señor Néstor, manifiesta también la falladora de primera instancia que Porvenir no logro generar o demostrar con alguna prueba diferente al formulario de afiliación la asesoría que se brindó en el año de 1998 y esto no se acerca a la realidad necesaria porque mi representada allegó al expediente todos los documentos que tenía como prueba para manifestar que efectivamente se le brindó una asesoría completa al demandante, recordemos que, el formulario de afiliación es un documento jurídico que se presumió autentico y no fue tachado de falso, no es únicamente una pro forma, la ley 100 de 1993 en su artículo 14 indicó que, quien quiera que desee hacer un cambio de régimen lo debe hacer por escrito y debe manifestar que se hace de forma libre y voluntaria, ese era el mandato para el año 1998 y así mismo lo hizo mi representada, entonces no puede ser condenada precisamente por dar cumplimiento a la ley, y aunque la falladora de primera instancia manifiesta que efectivamente se podían allegar pruebas diferentes al formulario de afiliación no existen para la época pues no se generó o la ley no indicó exactamente que esa asesoría debía de una forma u otra o que debería quedar plasmada en un documento y posterior a ello la jurisprudencia lo que hace es resaltar la norma y generar una serie de modificaciones que debe validar esta carga de la prueba para el año que se generó el traslado y no es posible por ejemplo traer al asesor que realizo el traslado en el año 1998 ya que pues desconocemos su paradero en este como en otros casos y otro documento pues no es posible que mi representada fabrique o cree una prueba para allegar al expediente, también debo manifestar que no existía el

A su turno COLPENSIONES, considera, no se aportaron medios de convicción de los cuales se pueda deducir y demostrar que efectivamente se cumplieron las obligaciones legales por parte de las administradoras demandadas al momento del régimen pensional, pues es una carga procesal imposible de acreditar toda vez que para el momento en que el demandante se trasladó de régimen pensional la única exigencia legal para la validez de la solicitud de traslado era la sola suscripción del respectivo formulario de vinculación, expresando los aspectos relacionados con las características de cada uno de los regímenes pensionales los requisitos para acceder a la pensión de vejez en uno y en otro régimen, lo atinente a las cuotas de administración y los demás aspectos que se indican en la demanda, no fueron informados en la asesoría de traslado están plenamente establecidos en la ley 100 de 1993 y de acuerdo a las previsiones de la normatividad civil los errores sobre puntos de derecho no vician el consentimiento y de forma alguna la omisión de dicha información en forma alguna podría llegar a considerarse la generación de un vicio, por esas razones a juicio del recurrente el traslado se efectuó en cumplimiento de la única exigencia legal de la época y por ende debe tenerse por válido.

Adicional a lo anterior indica no puede establecerse dentro del presente caso que el acto de traslado hubiese generado un perjuicio diferente, pues en su sentir la

deber de realizar algún tipo de proyección como se manifestó dentro de los alegatos de conclusión por tanto, no era dable para mi representada allegar al plenario y es importante también resaltar que el demandante estaba incurso en una prohibición legal que establece el artículo 797, la ley 797 del 2003 perdón, y esta norma fue sometida a un control previo constitucional por la sentencia T- 1024 de 2004, fue declarada exequible, teniendo aspectos de intereses general por encima del particular con la no descapitalización del régimen de prima media y sobre todo con el principio de estabilidad financiera en el RAIS, por tanto no es dable que el demandante se escude en una supuesta falta de información únicamente porque su plan no resultó acorde a sus aspiraciones.

También debo manifestar que, el demandante aquí hizo un traslado horizontal ratificando su deseo de continuar con el régimen de ahorro individual que pudo haber desistido de otra manera retornando a Colpensiones y no lo hizo, que siempre se le garantizó el derecho de retracto y un tampoco hizo uso de este derecho, también dentro del interrogatorio de parte el manifestó que estuvieron varios asesores durante 10 o más años en su empresa, y efectivamente la cadena de la prueba en ese tipo de procesos recae sobre las AFP, pero recordemos que el cómo consumidor financiero tiene una serie de deberes como informarse del sistema general de pensiones, aprovechar los mecanismos de divulgación e información que brindan las AFP, y sobre todo leer y verificar los términos y condiciones de los formularios de afiliación, el nunca generó ningún tipo de información o nunca se acercó a una oficina de Porvenir para preguntar cuál era su futuro pensional y preguntarle qué pasaba con esos extractos e indico que si llegaban esos extractos pero que él no los leía que no se detenía a revisarlos porque no los entendía, pero también confesó nunca haberse acercado para que se los explicaran entonces esto es una negligencia de la parte demandante que no puede recaer a mi representada, por los anteriores motivos solicito respetuosamente al tribunal que revoque la sentencia aquí impartida, Muchas gracias.”

única inconformidad que tiene el actor es con el valor de la mesada pensional que va a recibir como afiliado del RAIS². (CD folio 257, récord: 53:56).

² “Gracias señoría Colpensiones interpone recurso de apelación, contra la sentencia proferida por este despacho para que lo resuelva la sala laboral del tribunal superior de Bogotá, teniendo en cuenta lo siguiente, respetuosamente este apoderado no comparte los argumentos de la juez de instancia, en primer lugar en cuanto a que no se aportaron medios de convicción de los cuales se pueda deducir y demostrar que efectivamente se cumplieron las obligaciones legales por parte de las administradoras demandadas al momento del régimen pensional, considera este apoderado que si bien es cierto la señora Juez, hace la salvedad que no se trata de aportar pruebas eminentemente documentales sino que puede ser cualquier tipo de medio probatorio considera este apoderado que igual resulta siendo una carga procesal imposible de acreditar toda vez que como se manifestó en los alegatos para el momento en que el demandante se trasladó de régimen pensional la única exigencia probatoria, perdón la única exigencia legal para la validez de la solicitud de traslado era la sola suscripción del respectivo formulario de vinculación, para ese momento no era obligatorio documentar la asesoría de traslado, y es evidente que por esa razón no solo las administradores de pensiones demandadas no tienen ningún otro soporte sino que tampoco cuentan con otro medio probatorio que presentara este tipo de procesos como hubiese podido ser una prueba testimonial como la declaración del asesor de la época, en el caso del demandante porque el primer traslado que efectuó a la AFP Porvenir fue hace más de 20 años siendo claramente imposible aportar la declaración del asesor para que informara en qué circunstancias se dio la asesoría para el traslado del régimen del autor y por esas razones deberían entenderse a juicio de este apoderado que si el traslado se efectuó en cumplimiento de la única exigencia legal de la época dicho traslado debe tenerse por válido.

Adicionalmente, indica la señora juez que si bien es cierto el interrogatorio de parte del demandante se puede deducir que el si conocía algunas características que el si conocía del régimen de ahorro de prima media, de dicha declaración no se puede evidenciar que realmente se le hubiese dado una asesoría, considera este apoderado que, de lo manifestado por el demandante en el interrogatorio de parte, se evidencia que conoce una característica básica y que lo diferencia del régimen de ahorro individual del régimen de prima media que es la generación de rendimientos y rentabilidad financiera, ese es un aspecto que no está establecido en el régimen de prima media y que claramente fue una de las motivaciones que llevo al actor a efectuar un traslado de régimen pensional y probablemente fue la motivación del traslado horizontal que efectuó a la AFP Colfondos, los demás aspectos que echa de menos la señora Juez que no se brindaron en la asesoría de traslado, consideramos que estos no deben ser cuestionados dentro del llamado deber de información toda vez que los aspectos relacionados con las características de cada uno de los regímenes pensionales los requisitos para acceder a la pensión de vejez en uno y en otro régimen, lo atinente a las cuotas de administración y los demás aspectos que se indican en la demanda, no fueron informados en la asesoría de traslado están plenamente establecidos en la ley 100 de 93 y de acuerdo a las previsiones de la normatividad civil los errores sobre puntos de derecho no vician el consentimiento y de forma alguna la omisión de dicha información en forma alguna podría llegar a considerarse la generación de un vicio.

Sobre ese aspecto quiero hacer una breve mención a lo que se estableció en la sentencia STL 3186 DE 2020 , por la sala laboral de la corte suprema, si bien es cierto fue en sede de tutela y no en sede de casación en la cual abro comillas “ se indica que se debe advertir que no desconoce la obligación de los fondos de pensiones de suministrar a los afiliados la información completa y veraz respecto a las condiciones del régimen de ahorro individual, sin embargo, se considera que tal omisión de esas obligación per se no afecta ni la validez ni la eficacia del acto jurídico de traslado salvo que se constituya en un verdadero engaño, en maniobras o artificios tendientes a obtener el consentimiento de la celebración del acto jurídico de traslado lo que necesariamente debe analizarse en cada caso en concreto.”

En ese sentido de acuerdo a lo que se manifestó en esa providencia reitero si bien es cierto, la tutela es muy claro que aunque a juicio del despacho existiera una omisión en dicho deber de información debió analizarse que igualmente se hubiese causado algún tipo de perjuicio real y determinado al actor con dicha omisión y de forma alguna puede establecerse de conformidad a las circunstancias del presente caso que el acto de traslado hubiese generado un perjuicio diferente simplemente a la inconformidad que tiene el actor con el valor de la mesada pensional que va a recibir como afiliado del RAIS, teniendo en cuenta que en ningún momento se le causo ningún perjuicio relacionado con la pérdida del régimen pensional o con la pérdida de un beneficio pensional ya consolidado toda vez que, al momento que el actor efectúa traslado al régimen pensional contaba con 41 años de edad, es decir que estaba más de 21 años de acreditar por lo menos el requisito de edad para acceder a la pensión de vejez, en el régimen de prima media de forma que, aun era incierto el derecho pensional que eventualmente pudiese tener el actor, por esas razones considera este apoderado que debe tenerse por válido y eficaz el traslado de régimen pensional que efectuó el demandante en consecuencia revocarse íntegramente el fallo proferido por este despacho ,y absolverse a Colpensiones de las condenas impuestas, de esta manera señoría dejo sustentando el recurso de apelación. Gracias.”

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante NESTOR FERNEY MASMELA ZARABANDA, en este proceso ordinario las pretensiones relacionadas a folios 5 y 6, las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos expuestos a folios 6 a 10, aspirando, se declare la nulidad de la afiliación efectuada del régimen de prima media al régimen de ahorro individual, en consecuencia se ordene a Colfondos retornar a Colpensiones, todos los valores que hubiere recibido, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses y con los rendimientos que se hubieren causado, así mismo se ordene a Colpensiones a recibirlo y mantenerlo como afiliado desde el 11 de enero de 1979 sin solución de continuidad, costas y agencias en derecho, *ultra y extra* petita. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró la ineficacia el traslado de régimen pensional realizado por el actor a PORVENIR, ordenando a COLFONDOS, actual administradora del demandante, la devolución de saldos de la cuenta de ahorro individual al Régimen de prima media con prestación definida junto con los valores que hubiere recibido por motivo de la afiliación, tales como cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados por administración y sumas adicionales con sus intereses, tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada PORVENIR no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía con el demandante, al momento del traslado.**

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

vigencia de la Ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002³.

Así las cosas, a folio 29 milita copia de la cédula de ciudadanía del demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 16 de diciembre de 1957, por lo que la edad de 62 años, los cumplió el mismo día y mes del año 2019, procediendo a solicitar su traslado mediante petición elevada ante COLFONDOS y COLPENSIONES el 18 de julio del 2018 (folios 63 a 68 y 71 a 76), es decir, cuando le faltaban menos de diez años para cumplir la edad requerida para adquirir el derecho pensional –tenía 60 años-. De otra parte, no tenía la demandante 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con 659,15 semanas de cotización (folio 267⁴) equivalentes a 12 años, 9 meses y 24 días, 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 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 16 de julio de 1998 (folios 78 y 247) específicamente, conforme la información consignada en el formulario de afiliación a PORVENIR y el reporte SIAFP expedido por ASOFONDOS.

Así las cosas, frente a la ineficacia del traslado ya se ha pronunciado en múltiples ocasiones la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, reiterando que para el estudio de la procedencia de la misma, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando ésta en cabeza de las AFP quienes,

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 laboral impresa para mayor claridad del expediente administrativo aportado por Colpensiones en medio magnético a folio 196.

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

profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un **traslado de la carga de la prueba** del actor al fondo accionado PORVENIR.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

lo esperado llegando incluso a ser temporal, todo esto, frente a un derecho en el régimen de prima media que ya estaba causado, era cierto y de valor vitalicio constante.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar

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

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

(…)

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

(…).

Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en

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.

mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

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

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen, el demandante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información al accionante en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues en manera alguna se encontró acreditado, siquiera de manera sumaria, que se le hubiera informado sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por el promotor del litigio⁶, no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado al momento de la suscripción del formulario de afiliación a Porvenir, en tanto aseguró que su motivación para trasladarse fue porque el asesor del fondo de pensiones le manifestó que el ISS se iba a acabar y que la mejor opción era trasladarse.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (folio 78), plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR, 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 dicha AFP demandada. (Sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019).

⁶ Cd folio 257, récord 6:38. Audiencia virtual.

Además, en cuanto al comunicado de prensa visto a folios 249 y 250, es de anotar, la transcripción de normas legales allí consignadas no supe el deber de información idónea referido a lo largo de este proveído, pues lo que en el mismo se lee es la cita de normas relacionadas con la posibilidad de traslado, siendo el tema aquí en discusión absolutamente distinto a la oportunidad del traslado entre regímenes.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR, omitió en el momento del traslado de régimen (16 de julio de 1998, folio 78) el deber de información para con el promotor del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL 12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

Es menester precisar, el hecho que el demandante hubiese efectuado traslados entre AFP (Historial Vinculaciones folio 247) 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, situación que por demás no es ni fue objeto de litigio. Frente al de traslado a diversas AFP memórese el pronunciamiento de la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia de radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011.

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 guardan relación con la información que se le debía suministrar cuando se trasladó de régimen, al respecto puede consultarse 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 del saldo existente en la cuenta de ahorro individual del actor, actualmente administrada por COLFONDOS S.A. (folio 218), junto con sus

rendimientos y gastos de administración, así como la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, debiendo confirmar la sentencia de primer grado en este aspecto.

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, no se está avalando el tránsito de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva a retornar al régimen de prima media con prestación definida, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual de la demandante.

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por Colpensiones, respecto de quien además se estudia la decisión en el grado jurisdiccional de Consulta⁷ (fl. 167), 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 de ser la declaración de un estado jurídico, está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción, acogiendo esta 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 decisión de primer grado.

SIN COSTAS en esta instancia.

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

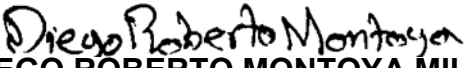
⁷ Se tuvo por contestada la demanda de Colpensiones mediante auto del 12 de noviembre de 2019 (fol. 251)

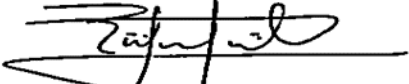
RESUELVE

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

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MARTHA ELVIRA ANA MADRID MALO DE ANDREIS CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A. (RAD. 08 2018 00663 01).

Bogotá D.C. treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por la Demandante, Protección y Colpensiones, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con el fin de resolver los recursos de apelación formulados por las demandadas PROTECCIÓN y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, contra la sentencia proferida por la Juez Octava Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 3 de julio de 2020 (Cd folio 219, récord 1:18:53, audiencia de trámite y juzgamiento acta folio 220 a 222), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de la señora MARTHA ELVIRA ANA MADRID MALO DE ANDREIS, realizado del régimen de prima media al RAIS acaecido el 1 de julio del 2001 mediante su afiliación a PROTECCIÓN, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a COLPENSIONES a admitir el traslado de régimen pensional de la señora MARTHA ELVIRA ANA MADRID MALO DE ANDREIS.

TERCERO: CONDENAR a la demandada PROTECCIÓN, a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido por motivo de la afiliación de la actora, tales como cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados

por administración y sumas adicionales con los respectivos intereses, de conformidad con las previsiones de que trata el artículo 1746 del código civil, aplicable por remisión analógica en materia laboral, esto es, junto con los rendimientos que se hubieren causado.

CUARTO: CONDENAR a COLPENSIONES a aceptar todos los valores que devuelva PROTECCIÓN y reposaban en la cuenta de ahorro individual de la demandante y efectuando los ajustes en la historia laboral pensional de la actora.

QUINTO: Sin condena en **COSTAS** en esta instancia.

SEXTO: Como quiera que la presente decisión resulta adversa a los intereses de COLPENSIONES, se remitirán las diligencias al Honorable Superior de Bogotá Sala Laboral, para que se surta el GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA a favor de dicha entidad.”

Inconforme con la decisión los apoderados de las demandadas PROTECCIÓN y COLPENSIONES, respectivamente interpusieron recurso de apelación.

Inicialmente PROTECCIÓN, se refiere a la devolución de gastos de administración ordenados en el numeral tercero de la providencia, advirtiendo, la deducción por este concepto hecha de la cuenta de ahorro individual de la demandante se hizo como consecuencia de una disposición legal válida, aplicable y vigente, no por un actuar caprichoso de esa AFP, y que fueron causadas como consecuencia de su gestión. De no ser así, dice, no puede ser posible retornar los rendimientos generados mientras estuvo vigente a la afiliación en la entidad.

En ese mismo sentido, recuerda, la consecuencia jurídica de la nulidad o la ineficacia del traslado es que las cosas vuelvan al estado anterior, por lo que solo se deben trasladar los aportes sin rendimientos pues estos son propios del régimen de ahorro individual con solidaridad¹ (Cd folio 219, récord 1:20:21, audiencia de trámite y juzgamiento acta folio 220 a 222).

¹ “Gracias señora juez, señora y Honorables magistrados de la Corte, estando dentro del término procesal, interpongo recurso al numeral tercero, en cuanto a la condena devolución de comisiones de administración de PROTECCIÓN S.A., dentro del presente proceso de la siguiente manera.

Se debe tener en cuenta que la deducción de dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante por este concepto se realizó como consecuencia de una disposición legal, valida, exigible aplicable y vigente, no por capricho de mi representada y se trata de comisiones ya pagadas y causadas durante la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante. En el hipotético caso, que se asuma que PROTECCIÓN no realizó su gestión de administración y se ordene la devolución de estos conceptos a COLPENSIONES, debe proceder entonces a la devolución de todos los rendimientos generados mientras estuvo afiliados a mi representada, pues estos se generaron producto de la gestión y de la buena administración y en ese sentido, solo habría lugar a que se trasladaran los aportes, pero sin los rendimientos generados.

A su turno, COLPENSIONES no comparte la valoración que se hizo del interrogatorio de parte absuelto por la actora, ni de las pruebas documentales obrantes en el expediente, con las cuales, asegura, se evidencia el cumplimiento de las obligaciones legales de información y buen consejo al momento en que la demandante efectuó su traslado de régimen, específicamente, los denominados *“asesoría pensional PROTECCIÓN comparativo de la pensión en el régimen de ahorro individual, régimen de prima media”* de 14 de mayo de 2001.

Al respecto, considera, la AFP realizó la proyección de la mesada pensional aun cuando no era su obligación para ese momento, de lo cual puede concluir que a la demandante se le informó de la existencia de dos regímenes pensionales y el conocimiento que tenía la actora de los mismos, señalando, si no entendió en su momento porqué se hacía la diferenciación debió indagar sobre ese aspecto. Adicionalmente, refiere, es claro que se le indicaron cuáles eran los posibles montos de su mesada pensional en uno u otro régimen, se le dijo de la rentabilidad aunque la actora refiera que no le hablaron respecto de la cuenta de ahorro individual lo que alude desvirtuado con la historia laboral, donde también se le indica la existencia del bono pensional, el valor posible del mismo, la fecha posible de redención, entre otros aspectos.

De otro lado, con relación al documento de folio 174, asegura, no se trata de un formato preimpreso pues hay casillas que fueron diligenciadas si bien no por la demandante, sí conforme la información que ésta suministró, legajo con el cual, sostiene, quedaba claro lo que iba a pasar con los aportes efectuados en el régimen de prima media y la consecuencia de trasladarse y vincularse al RAIS.

Por otra parte, señala, si bien el acto legislativo 01 de 2005 se expidió 5 años después del traslado de régimen de la demandante, la motivación de esta no fue dicho beneficio sino *“el análisis que realizó el asesor de protección de acuerdo a lo*

Además, en caso de declararse la nulidad o ineficacia del traslado, la consecuencia jurídica es que las cosas vuelvan al estado anterior por lo que se deberán trasladar solo los aportes que se encuentran acreditados para el momento de dicha declaración en la cuenta de ahorro individual, sin los rendimientos generados, ya que estos son exclusivamente generados en el régimen de ahorro individual con solidaridad por mandato de la ley, de haber estado todo este tiempo afiliada al régimen de prima media, no hubieran ostentado tales rendimientos.

En los anteriores términos dejo planteado mi recurso de apelación. Gracias señora juez.”

que confesó la demandante, era que muy posiblemente no se iba a poder pensionar en el régimen de prima media de acuerdo a la situación laboral”.

En consonancia, sugiere, PROTECCIÓN si cumplió sus obligaciones legales informando de la existencia de los regímenes pensionales, las características entre uno y otro, siendo la demandante quien de manera libre y voluntaria opta por trasladarse y vincularse al régimen de ahorro individual, siendo su única inconformidad el valor de la mesada que obtendría como afiliada al RAIS, en comparación con la que le correspondería en el RPM.

Recuerda, si bien los afiliados al régimen de ahorro individual pueden obtener la devolución de saldos, ello solo es procedente cuando el capital de la cuenta de ahorro individual resulta insuficiente para financiar una pensión de vejez, por lo que no puede endilgarse responsabilidad alguna a la AFP pues esta situación está condicionada a la Ley la cual es de conocimiento público² (Cd folio 219, récord 1:21:51, audiencia de trámite y juzgamiento acta folio 220 a 222).

² “Gracias su señoría, interpongo recurso de apelación ante su despacho para que lo resuelva la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá en los siguientes términos.

Respetuosamente, este apoderado no comparte las apreciaciones de la señora juez en cuanto a la valoración que se realizó al interrogatorio de parte de la demandante y a las pruebas documentales obrantes en el expediente. Considera este apoderado que, específicamente con las documentales aportadas por la AFP PROTECCIÓN, se evidencia el cumplimiento de las obligaciones legales de información y buen consejo para el momento mismo en que la demandante efectuó traslado de régimen pensional. Junto con el formulario de vinculación a la AFP PROTECCIÓN se anexó un documento denominado “asesoría pensional PROTECCIÓN comparativo de la pensión en el régimen de ahorro individual, régimen de prima media” de fecha 14 de mayo de 2001.

Considera este apoderado que ese documento, además de que no era efectivamente una obligación de las ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES, efectuar simulaciones o proyecciones pensionales para el momento del traslado de régimen pensional, la AFP PROTECCIÓN realizó la misma proyección pensional. De esa proyección pensional se pueden concluir dos cosas; 1) que se le informó a la demandante la existencia de dos regímenes pensionales, no como lo manifestó la demandante en el interrogatorio de parte, que ese conocimiento lo tuvo con posterioridad al acto de traslado, porque si en el documento que se le pone de presente, que dice que es una asesoría entre dos regímenes pensionales, pues (..) la demandante efectivamente entiende que existen los mismos y si no entendió la obligación, pues era obligación de ella preguntar por qué le estaban hablando de prima media y de ahorro individual, y no se puede dar certeza al dicho de la demandante porque nadie puede construir ni darse su propia prueba. Entonces, el entendimiento sobre la información que la AFP PROTECCIÓN haya brindado sobre ese documento denominado asesoría pensional, no tiene ninguna validez probatoria para efectos de este proceso.

Entonces, estableciendo que sí se le hablo sobre la existencia de dos regímenes pensionales, se le hablo igualmente, de cuál eran los posibles montos de la mesada pensional en uno u otro régimen pensional, igualmente, porque lo confesó la demandante, se le habló de rentabilidad en el régimen de ahorro individual, quiere decir que ella sí conocía que el factor determinante como afiliada al régimen de ahorro individual, era la rentabilidad de los aportes. La demandante dice que no le hablaron de cuenta de ahorro individual, una situación que considera este apoderado que igual, está totalmente desvirtuada con la historia laboral que se aporta, incluso por la parte demandante y la AFP PROTECCIÓN, en donde se indica en la parte principal de dicha historia laboral, que la señora tiene un bono pensional, el valor posible del bono, la fecha de redención del bono, las semanas cotizadas en prima media, semanas cotizadas en RAIS e incluso, en la parte de abajo se indica cuál es el saldo consolidado de la cuenta de ahorro individual de la demandante. Entonces señora

juez, está demostrado que sí se brindó una asesoría sobre la existencia de dos regímenes pensionales a la demandante.

Igualmente, existe otro documento que no tiene fecha, folio 174, tiene número de identificación 5705842, en ese documento, aunque el despacho indica que es un formato pre impreso, considera este apoderado que no es un formato pre impreso en la medida en que hay casillas en blanco que fueron diligenciadas si bien es cierto, no por la demandante, según lo que ella dice en su interrogatorio de parte, sí fueron diligenciados con la información que suministró la misma demandante y es información relacionada con los salarios con los cuales venía cotizando, adicionalmente, se le habló de bono pensional, se le indicó que tenía derecho a un bono pensional den CAJANAL, que no tenía derecho a bono pensional en el Seguro Social. Quiere decir, señoría que, y señores magistrados, que también se dio información sobre lo atinente a qué iba a pasar con los aportes que había efectuado en el régimen de prima media y cuál era su consecuencia al trasladarse y vincularse al régimen de ahorro individual a través de la AFP PROTECCIÓN.

Considera igualmente este apoderado, que si bien es cierto lo que dice la señora juez en cuanto a que en el momento del traslado no existía el acto legislativo 01 del 2005 y por ende, no existía limitación temporal al régimen de transición, considera este apoderado que 5 años después de que la demandante efectúa traslado, sí se promulgó dicho acto legislativo 01 de 2005 y únicamente amparaba expectativas legítimas de derechos pensionales a los afiliados beneficiarios del régimen de transición que cumplieran determinadas características. Entonces, la motivación del traslado de régimen pensional de la demandante, en ningún momento estuvo relacionada con el régimen de transición sino el análisis que realizó el asesor de protección de acuerdo a lo que confesó la demandante, era que muy posiblemente no se iba a poder pensionar en el régimen de prima media de acuerdo a la situación laboral, que reitero, tenía a la fecha y la misma demandante confesó que al año 2001, cuando se vinculó a la AFP PROTECCIÓN, llevaba muchos años sin cotizar a pensiones, información que probablemente tuvo en cuenta el asesor de PROTECCIÓN para indicarle que tal vez, no era posible que continuara cotizando para pensionarse en el régimen de prima media, sumado, a que igualmente tampoco para ese momento existían las modificaciones de la ley 737 del 2003, pero la ley 797 de 2003 incluso incrementó los requisitos de edad y de semanas para acceder al derecho a la pensión de vejez de prima media, situaciones que considera este apoderado si bien es cierto, surgieron con posterioridad al traslado de la demandante, en forma alguna influyeron en la decisión de traslado de la (...)

Decía doctora que también por otra parte, la demandante confesó en el interrogatorio de parte que se trasladó y se vinculó a la AFP PROTECCIÓN para legalizar su vinculación contractual con una entidad pública por un contrato que iba a celebrar (...) porque la demandante perfectamente hubiese podido manifestar a la entidad a cual se iba a vincular, que ella ya venía afiliada a pensiones en el régimen de prima media, un tiempo estuvo en CAJANAL y después cuando formalizó su vinculación como afiliada al Instituto de Seguros Sociales.

Entonces sobre esa base señoría, considera sobre esta base este apoderado que sí se cumplieron las obligaciones legales por parte de la AFP PROTECCIÓN, incluso al momento mismo de la vinculación de la demandante, se le dieron a conocer la existencia de dos regímenes pensionales, características de uno u otro y fue la decisión de la demandante, quien de forma libre y voluntaria optó por trasladarse y vincularse al régimen de ahorro individual. Está igualmente, señoría, demostrado, por que así o manifestó la demandante, que la motivación de traslado y la inconformidad que tiene con la permanencia en el régimen de ahorro individual, es simplemente el monto de la mesada pensional que va a tener como afiliada al régimen de ahorro individual en comparación con la que va a tener como afiliada al régimen de prima media.

Hace alusión la señora juez a que la demandante manifestó que ella se acercó a PROTECCIÓN a pedir la devolución de saldos, de eso no existe ninguna prueba más allá del dicho de la demandante, porque no existe ningún documento que dé cuenta de la asistencia de la señora demandante en el 2017 a la AFP PROTECCIÓN a realizar ningún trámite. En gracia de discusión su señoría, la misma ley 100 del 93 establece que un afiliado al régimen de ahorro individual puede pensionarse a la edad que quiera, porque no hay una limitación de edad como sí existe en el régimen de prima media y que incluso, si llega a cumplir la edad de pensión, pero no tiene el capital suficiente para financiar pensión en el RAIS, tendrá derecho a la devolución saldos. La limitación que establece la ley es muy clara en que la persona tiene derecho la devolución de saldos si el saldo de la cuenta no es suficiente para financiar la mesada pensional, en ningún momento en la ley indica que el afiliado a régimen de ahorro individual puede retirar los saldos cuando a bien lo tenga, quiere decir que si a juicio de la AFP PROTECCIÓN, el saldo de la cuenta de ahorro individual de la demandante sirve para financiar la pensión, automáticamente se pierde el derecho a la devolución de saldo y en gracia de discusión, existe la pensión de garantía mínima en el régimen de ahorro individual con 1150 semanas que con el paso del tiempo, igualmente ha tenido desarrollo normativo, estando obligados en la gran mayoría de los casos los fondos privados, a otorgar dicha prestación a los afiliados que cumplan con el requisito de semanas.

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 MARTHA ELVIRA ANA MADRID MALO DE ANDREIS, en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en la demanda visibles a folios 91 a 93, las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos expuestos a folios 93 a 98, aspirando principalmente se declare la ineficacia, y en subsidio la nulidad, del traslado de régimen realizado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual el 11 de mayo de 2001, por la indebida, incompleta y engañosa información suministrada al momento de su afiliación lo cual generó un error de hecho que vició su consentimiento, toda vez que le desconocieron que era beneficiaria del régimen de transición. De igual forma se declare, que nunca ha efectuado un traslado válido al RAIS y que siempre ha pertenecido al RPM al que se encuentra válidamente afiliada. En consecuencia, se ordene a PROTECCIÓN registrar en su sistema de información que no efectuó ninguna afiliación, vinculación y/o traslado válido al Régimen de Ahorro Individual y devolver a COLPENSIONES la totalidad de los aportes, rendimientos, nonos pensionales, comisiones y demás valores existentes en su cuenta de ahorro individual, disponiendo también que esta última registre y active su afiliación en el régimen de prima media y actualice su historia laboral. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró la ineficacia el traslado de régimen pensional realizado por la actora a PROTECCIÓN ordenando a esta la devolución de saldos de la cuenta de ahorro individual al Régimen de prima media con prestación definida junto con los valores que hubiere recibido por motivo de la afiliación del demandante, tales como cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados por administración y sumas adicionales con sus intereses, tras considerar que, con**

Sobre esa base señorita, tampoco es posible endilgarle responsabilidad a la administradora de pensiones porque el otorgamiento o la devolución de saldos está supeditado a un tema legal establecido en la ley 100 del 93 y sobre este aspecto, sobre todos los temas legales regulados íntegramente en la ley 100 de 1993 (...) y más allá que es un lego en la materia porque no es abogada y no maneja el tema de pensiones, pues la ley es de conocimiento público o debería ser de conocimiento público porque esto es general para todos los destinatarios. Sobre esa base no tendría ningún sentido que el fondo de pensiones le explique aspectos que están en la ley ,como lo atinente a los requisitos para acceder a una pensión de vejez en el RAIS o en este caso, la devolución de saldos a la que hizo mención la parte demandante y por esas razones señorita, solicito a la sala laboral del tribunal superior de Bogotá revoque íntegramente el fallo proferido por este despacho y en su lugar, absuelva a COLPENSIONES de las condenas impuestas. Gracias.”

fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada PROTECCIÓN no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía con la demandante, al momento del traslado, particularmente en razón a que no se encontró evidencia que apuntara a demostrar que a la demandante se le informó sobre los beneficios del régimen de transición.

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

En ese orden, conforme la copia de la cédula de ciudadanía obrante en el plenario (folio 28), la actora nació el 17 de octubre de 1955, por lo que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es a 1 de abril de 1994⁴, contaba con 38 años de edad, quedando claro, que en principio es beneficiaria del régimen de transición; sin embargo, teniendo en cuenta el traslado de régimen efectuado por la demandante el 11 de mayo de 2001 (fls. 34, 173, 177, 179) y que para el 1 de abril de 1994 la actora contaba con 350 semanas (fls. 19) equivalentes a 6,8 años de servicio, es decir, no cumplía con el requisito para mantener el beneficio transicional pese a su traslado, esto es 15 años de servicio antes del 1 de abril de 1994, de conformidad con lo señalado en la sentencia C-789 de 2002⁵, por lo que

³ En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 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 Laboraba en el Ministerio de Salud (folio 49)

⁵ “Como se desprende de la lectura del inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el legislador previó el régimen de transición en favor de tres categorías de trabajadores que, al momento de entrar en vigor dicha ley, cumplieran con determinados requisitos. En primer lugar, los hombres que tuvieran más de cuarenta años; en segundo lugar, las mujeres mayores de treinta y cinco y; en tercer lugar, los hombres y

resulta procedente el estudio del traslado de régimen pensional y la conservación del beneficio transicional con base en la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen, desde luego si hay lugar a declararla.

mujeres que, independientemente de su edad, tuvieran más de quince años de servicios cotizados; requisitos que debían cumplir al momento de entrar en vigencia el sistema de pensiones, conforme lo establece el artículo 151 de dicha ley.

A su vez, como se desprende del texto del inciso 4º, este requisito para mantenerse dentro del régimen de transición se les aplica a las dos primeras categorías de personas; es decir, a las mujeres mayores de treinta y cinco y a los hombres mayores de cuarenta. Por el contrario, ni el inciso 4º, ni el inciso 5º se refieren a la tercera categoría de trabajadores, es decir, quienes contaban para la fecha (1º de abril de 1994) con quince años de servicios cotizados. Estas personas no quedan expresamente excluidos del régimen de transición al trasladarse al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme al inciso 4º, y por supuesto, tampoco quedan excluidos quienes se trasladaron al régimen de prima media, y posteriormente regresan al de ahorro individual, conforme al inciso 5º.

El intérprete podría llegar a concluir, que como las personas con más de quince años cotizados se encuentran dentro del régimen de transición, a ellos también se les aplican las mismas reglas que a los demás, y su renuncia al régimen de prima media daría lugar a la pérdida automática de todos los beneficios que otorga el régimen de transición, así después regresen a dicho régimen. Sin embargo, esta interpretación resulta contraria al principio de proporcionalidad.

Conforme al principio de proporcionalidad, el legislador no puede transformar de manera arbitraria las expectativas legítimas que tienen los trabajadores respecto de las condiciones en las cuales aspiran a recibir su pensión, como resultado de su trabajo.[19] Se estaría desconociendo la protección que recibe el trabajo, como valor fundamental del Estado (C.N. preámbulo, art. 1º), y como derecho-deber (C.N. art. 25). Por lo tanto, resultaría contrario a este principio de proporcionalidad, y violatorio del reconocimiento constitucional del trabajo, que quienes han cumplido con el 75% o más del tiempo de trabajo necesario para acceder a la pensión a la entrada en vigencia del sistema de pensiones, conforme al artículo 151 de la Ley 100 de 1993 (abril 1º de 1994),[20] terminen perdiendo las condiciones en las que aspiraban a recibir su pensión.

En tal medida, la Corte establecerá que los incisos 4º y 5º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 resultan exequibles en cuanto se entienda que los incisos no se aplican a las personas que tenían 15 años o más de trabajo cotizados para el momento de entrada en vigor del sistema de pensiones consagrado en la Ley 100 de 1993, conforme a lo dispuesto en el artículo 151 del mismo estatuto.

Por supuesto, esto no significa que las personas con más de 15 años cotizados, y que se encuentran en el sistema de ahorro individual con solidaridad, se les calcule su pensión conforme al régimen de prima media, pues estos dos regímenes son excluyentes. Como es lógico, el monto de la pensión se calculará conforme al sistema en el que se encuentre la persona.

Adicionalmente, resulta indispensable armonizar el interés en proteger la expectativa legítima de las personas que habían cumplido quince años o más cuando entró en vigencia el sistema, con el interés en que el régimen de prima media tenga los recursos suficientes para garantizar su viabilidad financiera. También resultaría contrario al principio de proporcionalidad, que quienes se trasladaron de este régimen al de ahorro individual, y después lo hicieron nuevamente al de prima media, reciban su pensión en las condiciones del régimen anterior, sin consideración del monto que hubieran cotizado.

Por lo tanto, las personas que hubieran cotizado durante 15 años o más al entrar en vigencia el sistema de pensiones, y se encuentren en el régimen de prima media con prestación definida, tendrán derecho a que se les apliquen las condiciones de tiempo de servicios, edad y monto de la pensión, consagradas en el régimen anterior, siempre y cuando:

- a) Al cambiarse nuevamente al régimen de prima media, se traslade a él todo el ahorro que habían efectuado al régimen de ahorro individual con solidaridad, y*
 - b) Dicho ahorro no sea inferior al monto total del aporte legal correspondiente en caso que hubieran permanecido en el régimen de prima media.*
- En tal evento, el tiempo trabajado en el régimen de ahorro individual les será computado al del régimen de prima media con prestación definida.”*

Así las cosas, con fundamento en la ausencia del suministro de información, pretende la actora a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 11 de mayo de 2001 (folios 173 y 177) específicamente, conforme el reporte SIAFP expedido por ASOFONDOS y la información registrada en el formulario de afiliación a PROTECCIÓN.

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

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011⁶, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y más

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

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

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

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

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

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

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

“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 actora recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, los medios probatorios incorporados al expediente son insuficientes para acreditar el suministro de información a la demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional. Al punto es importante anotar, al plenario se arrió documento sin fecha con número de afiliación 5705842 (folio 174), que corresponde a su vez con el plasmado en el formulario de afiliación (folio 173), en el que se evidencia lo siguiente:

“¿Fue usted informado y asesorado por el Ejecutivo Comercial de Protección S.A.? Si

X No .

¿Tiene usted claridad sobre cual es su situación actual? Si X No .

¿Podría señalarnos en cual de las siguientes situaciones se encuentra usted?

- a. Afiliado excluido: En abril de 1994 usted tenía mínimo 50 años si es mujer o 55 si es hombre
- b. Régimen de Transición: En abril de 1994 usted tenía mínimo 35 años si es mujer o 40 si es hombre
- c. Sector público X
- d. Compartir pensión
- e. Garantía de pensión mínima
- f. Devolución de saldos
- g. Vinculación a la vida laboral: Antes del 30/06/1992 x Después de 06/30/1992 (…)"

En ese mismo documento, se marcó la casilla derecho a bono “sí”, años cotizados en el régimen anterior “8”, salario a 30 de junio de 1993 “\$1.500.000”, salario actual “\$700.000” y se proyecta como mesada pensional en el RAIS la suma de \$1.042.209 y en prima media de \$485.578, dejando consignado que: “las proyecciones pensionales son realizadas con base en la información suministrada por usted, bajo los parámetros de cálculo conservadores y con algunos supuestos básicos como los enunciados anteriormente; no obstante lo anterior, estas se encuentran sujetas a las variaciones de la Ley y a los cambios en las condiciones del mercado financiero, por lo tanto dichas proyecciones podrán tener variaciones en el futuro” (folio 174).

Además, según el documento de folio 175, el valor obtenido en el RAIS corresponde a una tasa de reemplazo del 149% y en el Régimen de Prima Media del 69%, tomando como IBL la suma de \$700.000 que fue informado como salario actual.

Al indagársele a la demandante sobre dichos documentos⁷, esta refirió haber signado pero no diligenciado aquel en el que se consigna el cuestionario, sin embargo si recuerda que el asesor en ese momento le indicó que en el ISS no tendría derecho a pensión, debido a la cantidad de tiempo que había dejado de cotizar y que de obtenerla esta sería de “cuatrocientos algo”, mientras que con PROTECCIÓN, su mesada sería de alrededor de millón cuatrocientos mil pesos, siendo esto lo que la motivó a firmar la vinculación, desconoce cómo hizo el cálculo pues el asesor solo contaba con una calculadora. Refirió, no se le indicó

⁷ Interrogatorio de Parte CD folio 219, récord 19:25.

nada respecto al régimen de transición del que era beneficiaria, ni sobre los rendimientos, la cuenta de ahorro individual u otros aspectos.

Del análisis de tales medios de convicción para la Sala, como ya se dijo, no se cumplió con el deber de información pues si bien es cierto en el documento de folio 174 se marca con una “x” la casilla en la que la demandante asegura haber recibido información y asesoría por parte del ejecutivo de la AFP lo cierto es que no se tiene certeza de qué fue lo que se le refirió a la demandante en el momento de traslado, entre otras, se desconoce si se le informó acerca del régimen de transición del que era beneficiaria en ese momento, pues nótese que respecto a la pregunta “*en qué situación se encuentra*” se marcó la de “*sector público*” aun cuando dentro de las opciones del formato estaba lo relativo al régimen de transición.

Llama la atención igualmente que se le hubiera indicado a la demandante que su pensión en el régimen de ahorro individual sería superior al doble de los ingresos que percibía al momento de su afiliación, pues si bien es cierto en el RAIS no existe una tasa de reemplazo determinada para la liquidación de la prestación, se desconocen los cálculos que se efectuaron para proyectar dicho monto o si se le explicó a la actora qué debía realizar durante su vinculación con el RAIS para obtener una mesada tan significativa o si conocía de antemano las condiciones que debían cumplirse para siquiera llegar a pensionarse en ese régimen, teniendo en cuenta que para esa fecha ya contaba con 46 años (estaba a menos de 10 años para adquirir la edad de pensión en el RPM con las condiciones vigentes al momento de la afiliación), advirtiendo, según lo ilustró la demandante el monto de la mesada fue una de sus motivaciones para trasladarse de régimen.

Tampoco se observa que se le hubiera informado sobre la pérdida de la transición con la afiliación a ese régimen o que se explicara sobre las condiciones para pensionarse en el régimen de prima media que era administrado por el ISS.

No debe olvidarse que se falta al deber de información en los silencios que se guarda o al suministrar la misma de manera inexacta o errónea al afiliado.

No sobra agregar, en cuanto a la suscripción del formulario de afiliación, diligenciado a PROTECCIÓN el 11 de mayo de 2011 (folio 173), en el aparte de

voluntad de afiliación en la cual se indica que ésta se hace en forma libre, espontánea y sin presiones, ello 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, en cuanto, conforme se examinó en autos, a MARTHA ELVIRA ANA MADRID MALO DE ANDREIS desde luego le generaba mayores beneficios permanecer en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, con miras a conservar su régimen de transición. Al tema puede consultarse el pronunciamiento realizado por la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 19447 de 2017, citada en la sentencia SL 1689 de 2019⁸.

Además, en cuanto al comunicado de prensa visto a folios 208 a 210, es de anotarse, la transcripción de normas legales allí consignadas no supe el deber de información idónea referido a lo largo de este proveído, pues lo que allí se lee es la cita de normas relacionadas con la posibilidad de traslado, siendo el tema aquí en discusión absolutamente distinto a la oportunidad del traslado entre regímenes.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión, la demandada PROTECCIÓN omitió en el momento del traslado de régimen (11 DE MAYO DE 2001, folio 173), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es, omitiendo 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 SL 12136 de 2014, ello deriva en la 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 del saldo existente en la cuenta de ahorro individual del actor, actualmente administrada por PROTECCIÓN, junto con sus rendimientos, gastos de administración y porcentajes correspondientes a invalidez y sobrevivientes, así como la activación de su afiliación en el régimen de prima

⁸ “(...) (ii) En el campo de la seguridad social, existe un verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), pues dicho procedimiento garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, que el usuario comprende las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen; esto es que, previamente a tal acto, aquel recibió información clara, cierta, comprensible y oportuna. Luego, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información (...)”

media con prestación definida, debiendo confirmar la sentencia de primer grado en este aspecto.

Aquí conviene precisar, en autos no tiene incidencia alguna 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 basta con señalar en este punto, que no se está avalando el tránsito de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva que retornar al régimen de prima media con prestación definida, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual de la demandante.

Asimismo, advierte la Sala, los gastos de administración surgen como consecuencia de la afiliación, y en ese orden, al declararse la ineficacia del traslado resulta claro que los mismos quedan sin fundamento, pues lo que ocurre es que la situación de vinculación 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 actora, a Colpensiones, incluyendo, como ya se dijo, las sumas correspondientes a los gastos de administración.

En lo que atañe a la excepción de prescripción (fls. 136⁹), 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 de ser la declaración de un estado jurídico, está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción, acogiendo ahora 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, conforme las motivaciones que preceden, se confirmará la decisión de primer grado.

⁹ Por auto del 10 de octubre de 2019 (folio 160) se tuvo por contestada la demanda por parte de Colpensiones.

SIN COSTAS en esta instancia.

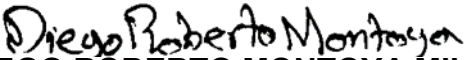
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

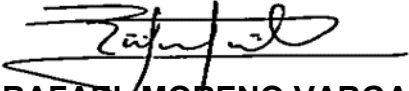
RESUELVE

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

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR ROGELIO
LEGUIZAMON PEDROZA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES -COLPENSIONES-, PROTECCIÓN S.A. Y PORVENIR S.A. (RAD.
08 2019 00031 01).**

Bogotá D.C. treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por el demandante (folios 262 a 265) y la demandada COLPENSIONES (folios 266 a 274), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con el fin de resolver los recursos de apelación formulados por las demandadas PORVENIR y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de Consulta en favor de esta última, contra la sentencia proferida por la Juez Octava (08) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 14 de julio de 2020 (CD folio 251, audiencia virtual concentrada artículos 77 y 80 del C.P.T, récord: 1:16:54, acta folios 257 y 258), en la que se resolvió:

***“PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia del traslado del señor ROGELIO LEGUIZAMON PEDROZA, realizado del régimen de prima media al RAIS acaecido el 14 de abril del 2000 mediante su afiliación a SANTANDER hoy PROTECCIÓN, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.*

***SEGUNDO: CONDENAR** a COLPENSIONES a admitir el traslado de régimen pensional del señor ROGELIO LEGUIZAMON PEDROZA.*

***TERCERO: CONDENAR** a la demandada PORVENIR, como AFP actual del demandante, a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido por motivo de la afiliación del señor ROGELIO LEGUIZAMON PEDROZA tales como cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados*

por administración y sumas adicionales con los respectivos intereses de conformidad con las previsiones de que trata el artículo 1746 del código civil, aplicable por remisión analógica en materia laboral, esto es, junto con los rendimientos que se hubieren causado.

CUARTO: CONDENAR a COLPENSIONES a aceptar todos los valores que devuelva PORVENIR y reposaban en la cuenta de ahorro individual del demandante, efectuando los ajustes en la historia pensional del actor.

QUINTO: SIN CONDENAS EN COSTAS en esta instancia ante su no causación.

SEXTO: Como quiera que la presente decisión resulta adversa a los intereses de COLPENSIONES, se remitirán las diligencias al Honorable Superior de Bogotá Sala Laboral, para que se surta el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** a favor de dicha entidad.”

Inconforme con la decisión, los representantes judiciales de las demandadas PORVENIR y COLPENSIONES interpusieron recurso de apelación, respectivamente.

Inicialmente, el apoderado el de PORVENIR refiere, la información brindada a los potenciales afiliados al RAIS se encuentra ajustada a las disposiciones legales y no son determinadas de manera caprichosa por esa AFP, así como tampoco las condiciones para pensionarse en uno u otro régimen pensional.

Alude, el RAIS impone al afiliado ciertas cargas que este debe cumplir, tal como mantener las cotizaciones, realizar aportes voluntarios, entre otros, pues de ello depende su derecho pensional y el monto de la prestación que recibirá, advirtiendo, la verdadera razón por la que se procura la declaratoria de ineficacia no es otra que la disparidad en las cifras de uno y otro sistema pensional, diferencias que por demás están sustentadas en la ley y las cuales son imprevisibles para el momento en que se perfecciona la afiliación. En ese entendido, precisa, las presuntas falencias en la información no producen “*un efecto cierto*” o por lo menos determinable en el momento mismo del traslado.

Con todo, menciona, el afiliado debe someterse a las condiciones del sistema por el que optó y que puede o no beneficiarlo, así el que la prestación no cumpla con sus expectativas no puede dar lugar a la ineficacia del traslado. En contrasentido, pide, debe considerarse el caso concreto y no establecer reglas automáticas que desconoce principios fundamentales y que van en contravía de la estabilidad del sistema, indicando, además, “*si lo que se persigue es el regreso al régimen de*

prima media por la favorabilidad del monto, es claro que todos los casos deberían declarar ineficaces” con lo que se desconoce la “constitucionalidad” del RAIS.

Frente a la obligación de retornar las cuotas de administración y otros descuentos realizados por seguros previsionales, considera, debe tenerse en cuenta lo previsto en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 7 de la Ley 797 de 2003 y el Concepto del 17 de enero de 2020 de la Superintendencia Financiera en la que se establece que *“el funcionamiento de los recursos pensionales en el régimen de ahorro individual conforme el artículo 60 de la Ley 100, se establece que el conjunto de las cuentas de ahorro individual constituyen un patrimonio autónomo de propiedad de la administradora”*, anotando, esta última debe garantizar una mínima rentabilidad que depende del manejo responsable que haga de los recursos, encontrando justificado el descuento para garantizar la rentabilidad, solvencia y crecimiento de los dineros en beneficio del propio afiliado.

Respecto a los descuentos por seguros, estos se emplearon en el pago de las primas correspondientes para invalidez y *“muerte”* lo cual permite la cobertura durante la vigencia del seguro, es decir, fueron realizados por mandato legal y se generan en uno u otro régimen.

Al punto también señala, el artículo 1746 del C.C. permite las restituciones mutuas cuando el bien administrado presenta algún detrimento, por lo que devolver esos recursos a COLPENSIONES, en su sentir, resultaría desproporcional, injusto y constituiría un enriquecimiento sin causa a favor de esa entidad¹ (CD folio 251,

¹ *“Gracias señora juez, me permito interponer recurso de apelación a la decisión proferida en instancia para que el Honorable Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral se revoque las condenas impuestas a mi representada por los siguientes argumentos.*

En primer lugar, debemos reiterar que la información brindada a los potenciales afiliados del RAIS y a los actuales afiliados del RAIS, se encuentra acorde con las disposiciones determinadas por la Superintendencia Financiera y por los preceptos y disposiciones legales de la ley 100 de 1993, por lo tanto, las reglas y las condiciones a las que se realizan las vinculaciones de los afiliados no son caprichosas ni determinadas por las AFP, como tampoco lo es la forma en la cual se liquidan las prestaciones en uno u otro régimen y el acceso a las mismas. Por lo tanto, dichas disposiciones no son determinadas por las APF, sino que son el resultado de las disposiciones que regulan el RAIS, el sistema estructural de pensiones en Colombia y las instrucciones que al efecto ha impartido la Superintendencia Financiera de Colombia como ente regulador.

Somos enfáticos en indicar, que el RAIS pone en manos del afiliado la decisión respecto a su futuro a través de la planeación y el ahorro, lo cual implica ciertas actuaciones, tales como mantener un nivel de cotizaciones constante, no solo en el tiempo sino en el valor y, efectuar cotizaciones voluntarias al fondo de pensiones, circunstancia que se encuentra consignada por ley y que es uno de los mayores beneficios que permite como posibilidad, aumentar la mesada pensional en el momento en el cual se perfeccionan los requisitos para acceder a la pensión. Es que debemos advertir, que el derecho a la pensión se va construyendo a lo largo de la vida laboral del asegurado teniendo en cuenta su estabilidad de las cotizaciones, su IBC, entre otros aspectos como los cambios legislativos o los cambios en su composición

familiar los cuales son imposibles fácticamente de prever a futuro y con la mera vinculación a determinado régimen pensional, no se garantiza el derecho a una pensión.

Es que queda de por sí manifestado, que la cuestión que se le exige a las AFP no es una circunstancia de falta de información, no, la verdadera razón por la que se quiere decretar la ineficacia del traslado es por la disparidad de las cifras en el sistema entre uno y otro sistema pensional. Y es que debemos tener en cuenta en primer lugar, que estas diferencias se encuentran consignadas por ley, esta no es una causal para la declaratoria de ineficacia y segundo lugar, estas circunstancias eran absolutamente imprevisibles en el momento en el cual se perfecciona la afiliación. Por lo tanto, no se podrá declarar la ineficacia por circunstancias que acaecieron con muchos años con posterioridad después a la afiliación, sino que deben mirarse la información como se brindó en el momento en el que se perfeccionó la misma y es que debemos tener en cuenta, como presupuesto fundamental, que existen eventos en los que no es posible visualizar perjuicios inmediatamente derivados de la decisión del traslado, de manera que las presuntas falencias en la información no producen un efecto cierto, por lo menos determinable en ese momento.

Ante tales supuestos, el afiliado debe someterse a las condiciones del sistema por el que optó y puede verse beneficiado o perjudicado en función de factores como su fluctuación en el mercado del trabajo, la evolución de sus salarios y otras variables que bien le pueden acarrear mayores o menores réditos respecto de las prestaciones que hubiera podido conseguir en otro régimen, en estos casos, deberán quedar abrigados por la decisión del trabajador y su apuesta por la construcción del derecho en determinado régimen, de manera que por sí, no podrán generar la ineficacia del traslado, en otras palabras, los afiliados no deberían estar autorizados para demandar la ineficacia del traslado, simplemente porque pasado el tiempo, su plan no resultó acorde con sus aspiraciones, contrario a ello, se estima prudente que se analicen las condiciones particulares para cada caso y no se establezcan o reivindiquen reglas automáticas que miran la estabilidad del sistema y desconocen principios fundamentales como la autonomía de la voluntad del afiliado y la libertad de escogencia del régimen, y es que es cierto mencionar que esta es la circunstancia que se presenta en este caso, en primer lugar. En segundo lugar, debemos tener en cuenta que si lo que se persigue es el regreso al régimen de prima media por la favorabilidad del monto, es claro que todos los caos se deberían declarar ineficaces y con esto no se estaría reconociendo constitucionalidad del RAIS, ya que todos tienen unas formas y mecanismos diferentes para el reconocimiento de pensiones.

Finalmente, conforme a la condena impuesta por la señora juez de instancia a retornar los valores que se percibieron durante el tiempo de afiliación por parte de PORVENIR, de las cuotas de administración y otros descuentos realizados por seguros previsionales debemos tener en cuenta en primer lugar, lo manifestado en el artículo 20 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 7 de la ley 797 de 2003 y en los recientes pronunciamientos de la superintendencia Financiera de Colombia, en especial, el concepto del 17 de enero de 2020 de la delegatura de pensiones, en las cuales hace una clara manifestación entonces, que el funcionamiento de los recursos pensionales en el régimen de ahorro individual conforme el artículo 60 de la ley 100, se establece que el conjunto de la cuentas de ahorro individual constituyen un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados denominado fondo pensiones el cual es independiente del patrimonio de la administradora, sin embargo, se establece para garantizar la seguridad, rentabilidad de los recursos del sistema, conforme a lo recogido en el decreto 2555 de 2010, la cuentas de los afiliados deberán garantizar por lo menos una mínima rentabilidad gracias al manejo responsable que hacen las administradoras de fondos de pensiones de estos valores, será entonces por lo tanto, que en primer lugar, estos valores se deben descontar para garantizar la rentabilidad, la solvencia y el crecimiento de los dineros conforme al paso del tiempo, de los afiliados en beneficio de ellos. En segundo lugar, con estos valores se descuentan los porcentajes destinados a las primas de seguros de invalidez y muerte que encuentran dichos recursos que son sufragados mensualmente y pagados a las aseguradoras contratadas para este oficio y destinados, como lo ordena la norma, a la aseguradora contratada y permite la cobertura respecto del afiliado en la relación a los riesgos asegurados de invalidez y muerte durante la vigencia del seguro.

Por lo tanto entonces, en este caso, los descuentos, primero que todo, se manifiesta con claridad, que estos descuentos son realizados por mandato de ley no por capricho de las AFP, en segundo, siempre son en beneficio del afiliado, en tercer lugar, hay una conclusión, estos valores, estos dineros destinados para estas cuotas de administración y seguros previsionales no usan para el pago de ningún tipo de prestaciones, estos se deben manejar en cuentas separadas, hay una prohibición legal que establece que en efecto, estos valores no se pueden confundir y que estos se generan tanto en el régimen de prima media como en el régimen de ahorro individual, por lo tanto, si se presenta la ineficacia y las cosas vuelven a sus estado original, no se hubieran causado de todos modos, estos descuentos realizados, ya fuera realizados por el Seguro Social o por COLPENSIONES.

En base en el artículo 1746 del código civil se indica que las restituciones mutuas se autorizan en el evento de que el bien administrado hubiera sufrido algún tipo de detrimento, detrimento que no se encuentra evidenciado en el entendido que las cotizaciones efectuadas por el afiliado, fueron administradas en debida

audiencia virtual concentrada artículos 77 y 80 del C.P.T, récord: 1:18:25, acta folios 257 y 258).

A su turno COLPENSIONES, considera, no fue acertado el análisis probatorio en cuanto concluye que no se aportaron elementos de convicción que acreditaran el cumplimiento del deber de información y buen consejo al momento del traslado de régimen pensional, pues es claro que para esa época se existía la obligación de suscribir el formulario de afiliación sin que sea posible que se exija a las administradoras otro tipo de medio probatorio pues este resulta imposible.

Por otra parte destaca, la inconformidad del actor con su permanencia en el RAIS se circunscribe en la diferencia de la mesada pensional que eventualmente recibiría como afiliado de ese régimen comparada con aquella que hubiera podido corresponderle en prima media, situación que, dice, además de no ser imputable al fondo de pensiones, no está establecida como una causal para pretender la nulidad o ineficacia del traslado.

Añade, tampoco puede calificarse esa circunstancia como un perjuicio, en razón a que la diferencia en uno u otro régimen no resulta significativa y resulta más dispendioso realizar un traslado entre regímenes.

Finalmente, apunta, no es posible que se impongan faltas al deber de información por aspectos regulados en la ley que debe ser de conocimiento general, y no importa si la persona es “*lega o experta*” en materia pensional ya que los errores de derecho no vician el consentimiento² (CD folio 251, audiencia virtual concentrada artículos 77 y 80 del C.P.T, récord: 1:26:51, acta folios 257 y 258).

forma incrementándose notablemente el mismo, como se extrae de la relación histórica de movimientos que reposa en el expediente, estos dineros se dan por la gestión profesional de mi representada, por lo tanto, sería absolutamente desproporcionado, injusto y sería un enriquecimiento sin causa por parte de COLPENSIONES recibir estos valores de dineros que en ningún momento le generó el rendimiento o que por lo menos administró.

Es por ello entonces, que si los rendimientos financieros que ha tenido la cuenta de ahorro individual del demandante, durante la vigencia de la afiliación con mi representada han sido superiores a lo que se descontó por estos conceptos, no habría obligatoriedad de reintegrar valor alguno, toda vez que se encuentran suficientemente compensados y subsumidos con la generación de estos rendimientos financieros que, volviendo las cosas a su estado anterior, no se hubieran generado en ningún momento en el régimen de prima media, dejando así mis argumentos para el presente recurso. Muchísimas gracias.”

² “Gracias su señoría, interpongo recurso de apelación muy breve, únicamente considera este apoderado que el análisis del despacho con relación a las pruebas documentales y al interrogatorio de parte no fue acertado, en la medida en que indica la señora juez que no se aportaron medios de convicción por las demandadas con el fin de acreditar el cumplimiento de las obligaciones en cuanto al deber de información y buen consejo para con el demandante al momento del traslado de régimen pensional. Indica igualmente la

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

CONSIDERACIONES

señora juez, que no necesariamente se requiere una prueba documental, sino que se puede acreditar el cumplimiento de dichas obligaciones con cualquier medio probatorio.

Considera este apoderado que, dado que para el momento en que el demandante efectúa el traslado de régimen pensional, únicamente existía la obligación de suscribir el formulario de vinculación para dar trámite y validez a la solicitud de traslado. No es posible que, en este tipo de procesos, se exija a las administradoras demandadas que adicionalmente al formulario de vinculación, se allegue otro tipo de medio probatorio. Un medio probatorio documental es imposible, en la medida en la que no se documentaba la asesoría y no se dejaba ningún soporte de la misma, y otro tipo de medio probatorio tampoco sería posible de acreditar en la medida en la que una prueba testimonial no sería posible toda vez que en el caso del demandante, por ejemplo, el traslado de régimen pensional se efectuó hace más 15 años y no sería posible ni siquiera contar con la declaración del asesor de la época, y otro tipo de medios probatorios, igualmente las administradoras demandadas estarían en imposibilidad de acreditarlos reiterando para ese momento dado que no existía una regulación tan estricta, no existía una obligación en cuanto a la forma de probar o acreditar la asesoría más allá de la suscripción del formulario y en esa medida, considera este apoderado que debía analizarse el cumplimiento de esa obligación y de acuerdo a las exigencias legales que había para la época.

Por otra parte, considera este apoderado que, igualmente de acuerdo a la declaración de parte del demandante, básicamente su inconformidad con la permanencia en el régimen de ahorro individual se centra y se circunscribe únicamente a la diferencia en la mesada pensional que eventualmente pudiese recibir como afiliado del régimen de ahorro individual en comparación con la que hubiese podido recibir de haber continuado como afiliado en el régimen de prima media. Esa situación, además de no ser un aspecto a considerar, porque no es una situación que sea atribuible ni imputable a las administradoras de pensiones, toda vez que el monto de la mesada pensional depende en cada uno de los regímenes pensionales por las características y el manejo financiero y operativo que tiene cada uno de los mismos, tampoco está establecida como una causal para deprecar la anulación o la ineficacia del traslado en los precedentes de la corte suprema y considera este apoderado, que si bien es cierto, en ningún momento puede tenerse como una causal para analizar la validez del traslado la diferencia de la mesada pensional, si llegado el caso, ese fuese un criterio para determinar un posible perjuicio, en el caso del demandante, ese perjuicio es inexistente toda vez que la diferencia de la mesada pensional entre uno u otro régimen pensional, es una diferencia demasiado corta que no justificaría ni la anulación de bonos pensionales, ni traslado de saldos de cuentas de ahorro individual ni traslados de cuotas de administración, sería mucho más engorroso el traslado administrativo que propiamente el beneficio que eventualmente, aduce el demandante podría tener de permanecer de afiliado en el régimen de prima media.

Y por último, considera este apoderado que dentro del llamado deber de información imputable a las administradoras de pensiones, no puede estar la obligación de informarle a los afiliados situaciones que están plenamente reguladas en la ley, eso en la medida en que lo atinente a los requisitos para acceder a la pensión de vejez en uno u otro régimen pensional está plenamente regulados en la ley 100 del 93 y las demás normas que lo modifiquen y lo mismo sucede con las cuotas de administración y con las características propias de cada uno de los regímenes pensionales, de forma que endilgarle algún grado de responsabilidad de las administradoras de pensiones porque no le informan a un afiliado sobre los aspectos que están en la ley, cuando la ley aplica de forma general para todos los destinatarios, sin importar si la persona es lega o experta en temas pensionales, no tendría ninguna justificación, máxime, cuando de acuerdo al código civil, los errores sobre puntos de derecho no vician el consentimiento. De forma que el desconocimiento que sobre aspectos plenamente regulados en la ley tuviese el demandante, tampoco hubiese sido una situación a considerar para efectos de la validez del traslado de régimen pensional.

Por esas razones señora juez, solicito a la Sala laboral Del Tribunal Superior de Bogotá revocar en su íntegramente el fallo proferido por su despacho y en su lugar, absolver a COLPENSIONES de todas las condenas impuestas. Gracias."

Constituyeron los anhelos del demandante ROGELIO LEGUIZAMON PEDROZA, en este proceso ordinario las pretensiones relacionadas a folio 94, las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos expuestos a folios 95 a 97, aspirando, se declare la nulidad de su afiliación efectuada del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad en el mes de junio de 2000 ante la AFP ING hoy PROTECCIÓN, por existir engaño y asalto a su buena fe induciéndolo en error y viciando su consentimiento, para que se trasladara. Consecuencialmente, se declare la nulidad de la afiliación realizada en mayo de 2003 a PORVENIR S.A. y se disponga su retorno al RPM administrado por COLPENSIONES, junto con los valores que hubiere recibido la AFP como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e interés, con los rendimientos que se hubieren causado. Pide se orden a COLPENSIONES recibir su afiliación sin solución de continuidad. Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró la ineficacia el traslado de régimen pensional realizado por el actor a PROTECCIÓN, antes SANTANDER, ordenando a PORVENIR, actual administradora del demandante, la devolución de saldos de la cuenta de ahorro individual al Régimen de prima media con prestación definida junto con los valores que hubiere recibido por motivo de la afiliación del demandante, tales como cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados por administración y sumas adicionales con sus intereses, tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada PROTECCIÓN (antes SANTANDER) no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía con el demandante, al momento del traslado.

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

³ En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2°, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: “Después de un (1) año

Así las cosas, a folio 23 milita copia de la cédula de ciudadanía del demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 15 de septiembre de 1957, por lo que la edad de 62 años, los cumplió el mismo día y mes del año 2019, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante Colpensiones (folios 50 a 55) y PORVENIR (folios 42 a 47) el 7 de septiembre de 2018, es decir, cuando le faltaban menos de diez años para cumplir la edad requerida para adquirir el derecho pensional –tenía 60 años-. De otra parte, no tenía el demandante 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con 210,28 semanas de cotización (folios 25 a 28 y CD folio 131 -expediente administrativo aportado por COLPENSIONES-) equivalentes a 4,03 años, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante lo anterior, con fundamento en la ausencia del suministro de información, pretende el actor 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 14 de abril de 2000 (folios 202, 176, 203 y 24) específicamente, conforme la información consignada en el formulario de afiliación a PENSIONES Y CESANTÍAS SANTANDER (hoy PROTECCIÓN), el reporte SIAFP expedido por ASOFONDOS y la certificación de traslado expedida por COLPENSIONES.

Así las cosas, frente a la ineficacia del traslado ya se ha pronunciado en múltiples ocasiones la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, reiterando que para el estudio de la procedencia de la misma, según sea el caso, 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

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”.

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

debida se traduce en un **traslado de la carga de la prueba** del actor al fondo accionado PROTECCIÓN S.A. (antes PENSIONES Y CESANTÍAS SANTANDER)

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011⁴, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y más

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(…)

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

(…).

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

“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.

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, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información al accionante en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues en manera alguna se encontró acreditado, siquiera de manera sumaria, que se le hubiera informado sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por el demandante⁵, no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado al momento de la suscripción del formulario de afiliación, en tanto aseguró que su motivación para trasladarse fue porque el asesor del fondo de pensiones le manifestó que el ISS se iba a acabar y que no recibió información adicional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (folio 202), plasmado en el formulario de afiliación a PENSIONES Y CESANTÍAS SANTANDER (hoy PROTECCIÓN), este no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada. (Sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019).

Además, en cuanto al comunicado de prensa visto a folios 186 a 187 y 207 a 208, es de anotar, la transcripción de normas legales allí consignadas no supe el deber de información idónea referido a lo largo de este proveído, pues lo que en el

⁵ Cd folio 251, récord 27:50. Audiencia virtual.

mismo se lee es la cita de normas relacionadas con la posibilidad de traslado, siendo el tema aquí en discusión absolutamente distinto a la oportunidad del traslado entre regímenes.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PROTECCIÓN S.A. (antes PENSIONES Y CESANTÍAS SANTANDER), omitió en el momento del traslado de régimen (14 de febrero de 2000, folio 202) el deber de información para con el promotor del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL 12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

Es menester precisar, el hecho que el demandante hubiese efectuado traslados entre AFP (folios 34 y 58) 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 a folios 59 y 176, situación que por demás no es ni fue objeto de litigio. Frente al de traslado a diversas AFP memórese el pronunciamiento de la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia de radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011.

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 guardan relación con la información que se le debía suministrar cuando se trasladó de régimen, al respecto puede consultarse 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 del saldo existente en la cuenta de ahorro individual del actor, actualmente administrada por PORVENIR S.A. (folio 34), junto con sus rendimientos, gastos de administración y porcentajes correspondientes a invalidez y sobrevivientes, así como la activación de su afiliación en el régimen de prima

media con prestación definida, debiendo confirmar la sentencia de primer grado en este aspecto.

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

Asimismo, advierte la Sala, los gastos de administración y el porcentaje dirigido a financiar las prestaciones por invalidez y sobrevivencia, surgen como consecuencia de la afiliación, y en ese orden, al declararse la ineficacia del traslado resulta claro que los mismos quedan sin fundamento, pues lo que ocurre es que la situación de vinculación del actor vuelve a su estado inicial, es decir es como si dichos gastos no se hubiesen generado, razón por la cual es procedente la remisión de la totalidad de los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual del actor, a Colpensiones, incluyendo, como ya se dijo, las sumas correspondientes a los gastos de administración y las aportes dirigidos a sobrevivientes e invalidez.

En lo que atañe a la excepción de prescripción⁶ (fl. 125), 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 de ser la declaración de un estado jurídico, está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción, acogiendo esta 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, conforme las motivaciones que preceden, se confirmará la decisión de primer grado.

⁶ Se tuvo por contestada la demanda de Colpensiones mediante auto del 26 de junio de 2020 (fol. 250)

SIN COSTAS en esta instancia.

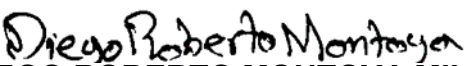
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

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

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR HERIBERTO PUENTES ARAQUE
CONTRA BANCOLOMBIA S.A. (RAD. 08 2019 00385 01).**

Bogotá D.C. treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por ambas partes (fls. 109, 110, 112 y 113), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante, de la sentencia proferida por la Juez Octava Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 26 de agosto del 2020 (Cd fl. 102, record 14:55 acta a fls. 103 y 104) en la que se resolvió:

***“PRIMERO: DECLARAR PROBADA** la excepción de inexistencia de las obligaciones reclamadas, propuesta por la parte demandada en su escrito de contestación y dadas las resultas del proceso el despacho se releva del estudio y pronunciamiento de los demás medios exceptivos propuestos.*

***SEGUNDO: ABSOLVER** a la demandada BANCOLOMBIA S.A. de todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra por el señor HERIBERTO PUENTES ARAQUE, en consideración a la parte motiva de esta providencia.*

***TERCERO: COSTAS** en esta instancia a cargo de la parte demandante, liquídense por secretaría fijando como agencias en derecho la suma de \$200.000.*

***CUARTO:** En caso de no ser apelada la presente decisión y como quiera que resulta adversa a los intereses de la parte actora se remitirán las diligencias al Tribunal Superior de Bogotá – Sala Laboral para que se surta el grado jurisdiccional de Consulta.”*

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

CONSULTA a lo cual se procede, previa la constatación de que no existe causal de nulidad que invalide lo actuado.

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante HERIBERTO PUENTES VELASQUEZ, las pretensiones relacionadas a folio 3, las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos narrados a folios 2 y 3, aspirando se condene a la demandada a reliquidar la mesada pensional, teniendo en cuenta el reajuste del IPC de cada año con el fin de que mantenga su valor constante, junto con el retroactivo que resulte de la actualización de la mesada pensional, derechos *ultra y extra petita*, costas, gastos, expensas y agencias en derecho. Obteniendo sentencia de primera instancia adversa a las pretensiones por cuanto se absolvió a la demandada, tras considerar que no hay lugar a la reliquidación pretendida por cuanto la mesada del actor fue ajustada desde su reconocimiento conforme lo disponía la normativa de cada época, esto es de acuerdo a la Ley 4 de 1976, Ley 71 de 1988 y Ley 100 de 1993, aduciendo no encontrar diferencias a favor del accionante.

Así las cosas, se advierte no es objeto de controversia, la calidad de pensionado ostentada por el actor, conforme se constata con la misiva visible a folio 92 del expediente suscrita el 31 de diciembre de 1977, en la cual se indica que entre el demandante y la demandada se llegó al siguiente Acuerdo: *“EL BANCO DE COLOMBIA se compromete a pagar al señor HERIBERTO PUENTES VELASQUEZ una pensión mensual extralegal voluntaria en cuantía de DIEZ MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y CINCO PESOS M/Cte. (\$10.985.00) y a partir del día primero (1º) de enero de mil novecientos setenta y ocho (1978) sin que esto implique despido injustificado en ningún caso.*

Igualmente obra ACTA DE TRANSACCIÓN calendada 30 de junio de 1992 en la cual las partes aquí en contienda acordaron (fls. 51, 52, 97 y 98):

“...las partes han llegado a un acuerdo en los siguientes términos para suscribir contrato de transacción:

1.- La sociedad compareciente ha efectuado los reajustes año por año hasta el 30 de junio de 1992, tomando como base el reajuste del 58.7% aplicado a las respectivas mesadas a partir del 1º de enero de 1975 y de 15% más \$180.00 a partir de enero de 1976.

A su vez el pensionado beneficiario compareciente acepta que a partir del 1 de julio de 1992 la sociedad reconozca y pague \$130.996,53 como mesada pensional mensual.

2.- Por concepto de mesadas atrasadas que le pueda corresponder hasta el 30 de junio de 1992, la sociedad le reconoce y paga la suma de \$223.00 que cancelará y pagará con la mesada pensional del mes de julio de 1992 en el vale de nómina, suma conocida y aceptada por el pensionado reclamante, quien a su vez declara a la sociedad BANCO DE COLOMBIA a paz y salvo por los reembolsos de retroactivos por toda clase de mesadas atrasadas con anterioridad al 30 de junio de 1992.

(...)

4.-Por virtud del presente acuerdo el pensionado compareciente declara al BANCO DE COLOMBIA a paz y salvo por conceptos de reajustes pensionales relacionados con si (sic) jubilación, declarando no dejar reclamación pendiente alguna ni efectuarla en el futuro por los conceptos aquí conciliados.

Los abajo firmantes otorgamos nuestros consentimientos para la presente transacción por no vulnerar derechos ciertos e indiscutibles del EX TRABAJADOR y se advierte a las partes que ella hace tránsito de cosa juzgada, al tenor de los artículos 20 y 78 del código de procedimiento laboral, y que el EX TRABAJADOR renuncia aquí expresamente a adelantar cualquier reclamación ante la rama jurisdiccional en contra del Banco por los conceptos aquí incluidos”

De tal manera, para resolver, es menester precisar si bien en la citada transacción se acordó el reajuste de la mesada pensional del demandante ello lo fue en virtud de la reclamación por este elevada, en la que pretendió los reajustes “*de que trata la ley 10 de 1972 y su Decreto Reglamentario 1672 de 1973 y los subsiguientes reajustes de la Ley 4 de 1976 y ley 71 de 1988, aplicados esos reajustes a sus respectivas pensiones a partir del 1 de enero de 1975, año por año, hasta el 30 de junio de 1992 y el correspondiente pago de las mesadas atrasadas que a juicio del pensionado se le podrían estar adeudando con anterioridad a esa fecha*” (ver fl. 51), advirtiendo lo pretendido en este ordinario es el reajuste de la mesada pensional conforme al IPC de cada año (pretensión No. 1 fl. 3).

Así las cosas, lo primero que debe señalarse frente a los anhelos del accionante dentro del presente asunto es que el reajuste en los términos solicitados se encuentra establecido en la Ley 100 de 1993 artículo 14, normativa que entró en vigencia el 1° de abril de 1994 por ende a partir de dicha data se acogió tal disposición, por manera que la aplicación del IPC al valor de la mesada pensional solo es viable a partir de tal fecha y no antes, precisándose dichos reajustes fueron efectuados por Bancolombia tal como se corroboró en primera instancia y se verifica con la documental de folio 99 en la que se le informa al promotor del juicio la manera en que su mesada pensional quedaría para el año 1994, así mismo en la respuesta a un derecho de petición elevado por el accionante se le

indicó la forma en que fueron reajustadas sus mesadas desde el año 1978 (fls. 64 a 66).

Por ende resulta claro, que la accionada ha pagado y reajustado la mesada pensional anualmente conforme a la normativa que corresponde, esto es, de 1978 a 1988 con la Ley 4 de 1976, de 1989 a 1993 con la Ley 71 de 1988 y a partir de 1994 en los términos dispuestos por la Ley 100 de 1993, no resultando por ende procedentes los anhelos del actor dirigidos a establecer que su mesada pensional siempre debía ser reajustada con el IPC de cada año, conforme a lo expuesto.

Ahora, teniendo en cuenta lo expresado en los hechos del libelo (fl. 2), de donde se puede extraer que la pretendido es que la mesada pensional se actualice en salarios mínimos, pues señala que para la fecha de reconocimiento pensional (1978) la mesada ascendía a 4.2 salarios y la del 2019 corresponde a 1.61 salarios (hechos Nos. 4 y 8 fl. 2), se advierte que dicho argumento no es de recibo para esta Sala de decisión por cuanto la variación de las mesadas pensionales no siempre corresponde al incremento del salario mínimo legal, toda vez que el aumento del salario mínimo busca un reajuste o aumento en el valor del ingreso mensual que perciben los trabajadores de menores ingresos, para lo cual se lleva a cabo primero una etapa de negociación, que parte de una cifra que se obtiene de tres componentes a saber: el promedio de inflación del año, la inflación proyectada y la productividad del año, razones por las cuales, los valores del IPC de cada año y los del incremento del salario legal son diferentes, por lo tanto no se puede afirmar que entre más tiempo transcurra, la mesada será equivalente a más salarios mínimos y en ese orden de ideas no es posible acceder a la reliquidación pretendida.

Al tema, se puede consultar la Sala de Casación Laboral en sentencia SL1361-2015 con radicación No. 66402 del 11 de febrero de 2015, en la que se señaló:

“Ahora bien, no estaría por demás indicar, respecto a la desmejora en el valor de su primera mesada pensional, en tanto señala que para la fecha de reconocimiento, 12 de febrero de 1968, devengó el equivalente a 11.5 SML de dicha época, al percibido a la fecha de presentación de la demanda ordinaria, en cuantía de 2.9 SML, que dicha variación, obedece a que no siempre coincidirán el aumento que se aplica a las pensiones –IPC-, con el incremento que sufriría el salario mínimo legal, toda vez que éste podría diferir notablemente de aquel, en cuanto que para definirlo confluyen varias circunstancias que lo podrían hacer variable año a año, como lo son: el índice de precio al consumidor, la meta de inflación para el año siguiente, el incremento del producto interno bruto PIB y la productividad de la economía. Y bajo la óptica anterior, no podría entender el recurrente como

desmedro patrimonial la diferencia a la que hace referencia, pues la misma dependería de la fluctuación de la economía”

En los términos expuestos y agotada como se encuentra esta instancia, habiéndose arribado a las mismas conclusiones halladas por la Juez *a quo*, lo que se sigue es la confirmación de la sentencia consultada.

SIN COSTAS en ésta instancia.

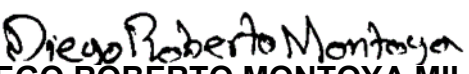
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá de conformidad con las motivaciones precedentes.

SEGUNDO: SIN COSTAS en ésta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR LUIS EDUARDO GARCIA PLATA
CONTRA EL FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES
DE COLOMBIA (RAD. 09 2019 00124 01).**

Bogotá D.C., treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia únicamente por el demandado FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA (fls. 104 y 105), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, 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 la Juez Novena Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 26 de agosto de 2020 (Cd folio 83, récord 20:51 acta a folios 84 a 86) en la que se resolvió:

“PRIMERO: CONDENAR al FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA a indexar la primera mesada de la pensión plena de jubilación reconocida al señor LUIS EDUARDO GARCÍA PLATA, teniendo en cuenta para ello una mesada inicial por valor de 1.124.047.42 a partir del 5 de junio de 2002.

SEGUNDO: CONDENAR al FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA a reconocer y pagar al señor LUIS EDUARDO GARCÍA PLATA, la suma de \$2,876.756 por concepto de las diferencias originadas en la indexación aquí dispuesta del trece de febrero de 2016 al 31 de agosto de 2020 en 14 mensualidades al año, junto con las que se causen en lo sucesivo, debidamente indexadas a la fecha de pago efectivo hasta que se produzca la inclusión en nómina.

TERCERO: DECLARAR PARCIALMENTE PROBADA la excepción de prescripción y se **DECLARA NO PROBADA** las demás excepciones propuestas por la pasiva en su contestación.

CUARTO: COSTAS, lo serán a cargo de la parte demandada. Fíjense como agencias en derecho la suma de \$300.000 de acuerdo con lo dispuesto en parte motiva de este fallo.”

Inconforme con la decisión la apoderada de la entidad accionada recurre el fallo, manifestando, la indexación es un mecanismo para garantizar la actualización del salario base para la liquidación de la primera mesada pensional, la cual fue reconocida al accionante el día siguiente al momento en que se causó el derecho. Advirtiéndolo, desde esa fecha el valor de esa mesada pensional siempre permaneció y ha permanecido actualizado en el tiempo, explicando el aumento del 15% se tomó con base en un salario que ya se encuentra actualizado, precisando estos valores nunca se vieron afectados por el paso del tiempo ni tampoco ha habido una pérdida de valor propio para que proceda la figura de la indexación.¹ (Cd folio 83, récord 13:25 acta a folios 84 a 86).

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 EDUARDO GARCIA PLATA, las pretensiones relacionadas a folio 29, las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos narrados a folios 27 a 29, aspirando se reconozca y

¹ “Su señoría, sí, me permito presentar recurso de apelación frente al fallo de primera instancia. Este lo sustento en lo siguiente:

La Corte Suprema de Justicia ha determinado que la indexación es un mecanismo para garantizar la actualización del salario base para la liquidación de la primera mesada pensional, la cual fue reconocida al accionante el día siguiente al momento en que se causó el derecho. Ahora bien, desde esa fecha el valor de esa mesada pensional siempre permaneció y ha permanecido actualizado en el tiempo, es decir, que no ha habido una depreciación en el valor de esa moneda y el aumento del 15% se toma con base en 1 salario que ya se encuentra actualizado, estos valores nunca se vieron afectados por el paso del tiempo ni tampoco ha habido una pérdida de valor propio para que proceda la figura de la indexación.

Por lo tanto, su señoría, considero que no se aplicó una correcta interpretación del concepto ni de los tiempos para determinar la procedencia de las pretensiones del accionante, reitero, es la primera mesada pensional la que se indexa y ocurrió inmediatamente el reconocimiento pensional al día siguiente a la fecha en que se causó, y el valor siempre ha estado actualizado en el tiempo. Por eso, sustento mi recurso d apelación su señoría.”

pague a su favor la indexación o actualización de la pensión plena de jubilación, con efectividad a partir del 5 de junio del 2002, con los respectivos reajustes anuales pertinentes. En consecuencia, se cancelen las diferencias pensionales causadas en virtud de la 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 parcialmente favorable a sus aspiraciones**, pues se accedió a indexar el salario base con el cual se liquidó la pensión al año 2002, 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 2002 en la suma de \$1.124.047,42, declarando parcialmente probada la excepción de prescripción de las diferencias de mesadas causadas con anterioridad al 13 de febrero del 2016, condenando al pago de \$2.876.756.

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 Consulta².

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. 00098 del 18 de enero de 1992 (fls. 3 y 4) una vez feneció el nexo contractual laboral que lo fue el 15 de noviembre de 1991 (folio 2) en cuantía de \$126.050,27 (fl.11), la cual se reliquidó por Resolución No. 1960 del 7 de octubre de 1993 quedando una mesada de \$147.685,06 (visible en expediente digital aportado en Cd de fl. 52) 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. 1445 del 5 de julio del 2002 (folios 6 y 7) con una mesada de \$1.102.097, todo ello de conformidad con lo previsto en el artículo 5º del Decreto 1590 de 1989³, en

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.

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, tuvieran edad de cincuenta

concordancia con el artículo 7 del Decreto 895 de 1991⁴, modificado por el artículo 3 del Decreto 1651 de 1991⁵, coligiendo la Sala, de acuerdo al texto de tal

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 tuvieran 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 acogiendo 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.
- 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 acogiendo 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.

normatividad y contrario a lo que se consideró en primera instancia, que 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 (fl. 3 y 4) y de acuerdo con las documentales incorporadas al plenario, al demandante le fue reconocido su derecho pensional a partir del retiro de la entidad (15 de noviembre de 1991).

Téngase en cuenta que si bien en Sentencia SL 736-2013 del 16 de octubre de 2013, proferida por la Sala de Casación laboral de la Corte suprema de Justicia, dentro de la Radicación No. 47709, se concluyó la necesidad de reconsiderar su orientación y retomar la jurisprudencia desarrollada con anterioridad a 1999, aceptando que la indexación procede respecto de todo tipo de pensiones, aún las causadas con anterioridad a la vigencia de la Constitución Política de 1991, en relación con la indexación de la pensión plena reconocida al actor, al momento de cumplir la edad de 50 años (folios 6 y 7), 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.

No obstante lo anterior, 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 acogién dose 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).

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.”*

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. 0098 del 18 de enero de 1992 (fls. 3 y 4), ésta lo fue a partir de la fecha del retiro del demandante (efectiva en la misma fecha del acto administrativo, folio 4), 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:

- Último salario promedio \$246.141,77 (fl. 9)
- Pensión de Jubilación especial 60%: \$147.685,06 (Efectiva a partir del 15 de noviembre de 1991).
- Pensión Plena de Jubilación del 75% sin reajustes: $\$246.141,77 \times 75\% = \$184.606,33$
- Valor reconocido: \$1.102.097 (fls. 6 y 7 efectiva a partir del 5 de junio del 2002).

AÑO	% Reajustes Legales	Pensión Jubilación Convencional del 60%	Pensión Plena del 75%	Reconocida
1991		\$ 147.685,06	\$ 184.606,33	
1992	26,04%		\$ 232.600	
1993	25,03%		\$ 290.820	
1994	21,09%		\$ 352.000	
1995	20,50%		\$ 424.199	
1996	19,50%		\$ 506.917	
1997	21,02%		\$ 613.471	
1998	18,50%		\$ 726.963	
1999	16,01%		\$ 843.350	
2000	10,00%		\$ 927.685	
2001	9,96%		\$ 1.020.082	
2002	8,04%		\$ 1.102.097	\$ 1.102.097

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.

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,

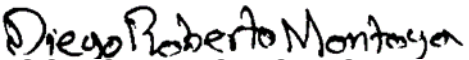
RESUELVE

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 EDUARDO GARCIA PLATA**.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia. Se revocan las de primer grado, las cuales corren a cargo de la parte demandante.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR LUIS CARLOS
CABRERA GORDILLO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES -COLPENSIONES- (RAD. 11 2017 00784 01).**

Bogotá D.C., treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por Colpensiones (fls. 182 y 183), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del grado jurisdiccional de consulta a favor del demandante, de la sentencia proferida por el Juez Once Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 11 de agosto del 2020 (Cd. fl. 175, record 43:24, acta a folios 176 y 177), en la que se resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER a la entidad demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones instauradas en su contra por parte del ciudadano LUIS CARLOS CABRERA GORDILLO de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: DECLARAR PROBADOS los hechos sustento de la excepción de inexistencia del derecho reclamado, de conformidad a los argumentos esbozados en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CORDENAR EN COSTAS de esta instancia a la parte demandante. Líquidense por secretaría, inclúyase en ella la suma de \$100.000 como valor en el que se estiman las agencias en derecho.

CUARTO: CONSULTAR esta providencia con la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en favor del demandante en caso de no ser apelado oportunamente por este sujeto procesal, y de conformidad con los

argumentos de orden normativo procesal esbozados en la parte considerativa de esta providencia. ”

La ausencia de apelación contra la providencia anterior, explica la presencia de las diligencias en esta sede judicial a efectos de que se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA, a lo cual se procede, previa la constatación de que no existe causal de nulidad que invalide lo actuado.

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante LUIS CARLOS CABRERA GORDILLO, las pretensiones relacionadas a folios 7 y 8 las cuales encuentran sustento en los hechos relatados a folios 2 a 7; solicitando se ordene a la demandada adelantar el proceso de recuperación de semanas de los periodos laborados para la empresa COPLAST COLOMBIANA DE PLASTICOS que no fueron cancelados del 12 de agosto de 1991 al 12 de enero de 1995 (176.64 semanas) concediendo al afiliado un término de 30 días para cancelar dichos ciclos, se incluyan 39.25 semanas que aparecen reportadas en la historia laboral pero que no fueron cobradas y las 3 semanas de diferencia que se encuentran en la Resolución que resuelve el recurso de reposición pues no son 907, sino 910, en consecuencia se reconozca y pague la pensión de vejez a partir del 29 de marzo del 2014 fecha en que cumplió 60 años de edad y superó las 1000 semanas requeridas, junto con el retroactivo correspondiente, intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, la indexación de la primera mesada, derechos *ultra y extra petita*, costas y expensas procesales. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus aspiraciones, por cuanto se absolvió a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra, tras considerase que el accionante pese a ser beneficiario del régimen de transición no acreditó el número de semanas requeridas para adquirir la pensión de vejez de conformidad con el Acuerdo 049 de 1990, manifestando igualmente no existir semanas faltantes en su historia laboral.**

De este modo, en primer lugar la Sala se pronunciará frente a la aplicación al accionante del Régimen de Transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el cual de acuerdo con la modificación introducida al artículo 48 de la Constitución Política, por medio del párrafo transitorio 4 del citado Acto

Legislativo¹, 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, 31 de diciembre de 2014, en el evento de acreditar 750 semanas de cotizaciones acumuladas a 29 de julio de 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, para que el beneficio transicional se extendiera hasta el 31 de diciembre de 2014.

En el caso que se examina, a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, el demandante contaba con la edad de 40 años (fl. 17), como quiera que nació el 29 de marzo de 1954, por lo que en principio sería beneficiario del Régimen de transición, ingresando por esa vía a la preceptiva contenida en el Acuerdo 049 de 1990 sobre la cual pide su aplicación (*ver fundamentos de derecho fl. 9*), siendo bajo esa normatividad que se desatará el caso en examen, la cual en su artículo 12 exige la edad de 60 años para el hombre y la acumulación de 500 semanas cotizadas en los 20 años anteriores al cumplimiento de la misma o 1000 semanas en cualquier tiempo, eso sí, como se dijo, antes el 31 de julio de 2010.

En relación con el requisito de edad, encuentra la Sala que el demandante alcanzó los 60 años de edad el 29 de marzo del **2014**, es decir, en fecha posterior al primer límite establecido en el Acto Legislativo 01 de 2005 -31 de julio de 2010-, por lo cual debía acreditar el actor 750 semanas al 29 de julio del 2005 con el fin de que el beneficio de la transición se extendiera hasta el año 2014, lo cual cumplió a cabalidad el señor CABRERA GORDILLO pues para esa fecha (29/07/05) contaba con **772.16** semanas de aportes (*ver fls. 37 vto, 38 y 130²*), hecho que además fue

¹ "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"

² Se incluyen 221.86 semanas de tiempos públicos no cotizados al ISS (Dpto valle del cauca 898 días y Adpostal 655 días) más 550.30 semanas cotizadas al ISS.

aceptado por la encartada en los actos administrativos GNR 339923 del 29 de octubre del 2015 (fl. 38 vto) y VPB 5918 del 5 de febrero del 2016 (fl. 45 vto).

De este modo, el periodo de los 20 años anteriores al cumplimiento de la referida edad, son los comprendidos **entre el 29 de marzo de 1994 y el mismo día y mes del año 2014**, debiendo entonces verificarse el número de semanas cotizadas en dicho lapso.

En ese contexto, se tiene el demandante aduce en los hechos de la demanda que Colpensiones no contabilizó en debida forma los siguientes periodos (hechos 8 y 10 fls. 3 y 4):

Año	Mes	Semanas Reportadas	Semanas Faltantes		Semanas faltantes	
1995	MARZO	3,14	1,15		COOMEVA	185,61 semanas
	JULIO	3,29	1		COLPLAST	12/08/91 A 12/01/95 176,64 semanas
	DICIEMBRE	3,57	0,72			
1996	ABRIL	2,14	2,15			
ENERO 1996 a SEPTIEMBRE 1999		3,29	1			
2000	FEBRERO	2,43	1,86			
2005	MAYO	2,71	1,58			
	NOVIEMBRE	0,43	3,86			
2006	JUNIO	3,71	0,58			
	AGOSTO	3,14	1,15			
2007	MAYO	2,86	1,43			
	AGOSTO	1,43	2,86			
2008	MAYO	2,29	2			
2010	FEBRERO	0	4,29			
	MAYO	2,43	1,86			

De esta manera, advierte en primer lugar la Sala, la documental de folios 33 y 34 del expediente en manera alguna puede ser objeto de estudio ya que no se encuentra suscrita por parte de un funcionario de Colpensiones ni contiene alguna insignia que pruebe su autoría, por lo que ello le resta su mérito probatorio, además de no haber sido reconocida de manera expresa ni tácita por la demandada y tampoco ésta fundó su defensa con apego a ella³, razón por la cual para la verificación de los tiempos aportados al régimen de prima media se tendrá

³Al respecto, pueden consultarse recientes pronunciamiento de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL 14236 Radicación No. 46404 del 30 de septiembre de 2015, SL 6557 Radicación No. 48254 del 11 de mayo del 2016 y SL 12019 Radicación No. 48264 del 10 de agosto de 2016.

en cuenta la historia laboral aportada por COLPENSIONES y actualizada al 23 de marzo del 2018 obrante a folios 130 a 133.

Dilucidado lo anterior, se tiene entonces que revisado al detalle dicho reporte de semanas cotizadas concretamente los folios 131, 131 vto y 132, no se encuentra errada la contabilización de semanas efectuada por la pasiva, pues si bien el actor manifiesta que siempre se reportaron 30 días y que aun así Colpensiones no contabilizó las 4.29 semanas que corresponden a un mes, tal afirmación se encuentra desvirtuada pues para los periodos alegados no se laboraron los 30 días como se puede ver en el siguiente cuadro:

<i>Periodo</i>	<i>Días Reportados</i>	<i>Días Cotizados</i>	<i>No Semanas</i>
mar-95	22	22	3,14
jul-95	23	23	3,29
dic-95	25	25	3,57
ene-96	7	30	4,29
feb-96	5	30	4,29
feb-00	17	17	2,43
may-05	19	19	2,71
nov-05	3	3	0,43
jun-06	26	26	3,71
ago-06	22	22	3,14
may-07	20	20	2,86
ago-07	10	10	1,43
may-08	16	16	2,29
feb-10	22	22	3,14
may-10	17	17	2,43

Tangase en cuenta conforme a esta revisión, COLPENSIONES siempre guardo consonancia entre los días reportados y los días cotizados, incluso para los meses de enero y febrero de 1996 en los cuales se reportaron 7 y 5 días de labores respectivamente, la pasiva contabilizó todo el mes completo otorgándole al actor 4.29 semanas por cada uno de estos meses (ver fl. 130), cuando debió contabilizarle los mismos días que fueron reportados.

En cuanto al periodo de enero de 1996 a septiembre de 1999, frente al cual aduce el actor se deben tener en cuenta 189.08 semanas (hecho 8 fl. 4), resulta que tan solo obran aportes debidamente contabilizados para los meses de enero, febrero y mayo a octubre de 1996, éste último en que se reportó novedad de retiro “R” (fl. 131), no existiendo afiliación por parte de algún empleador y

mucho menos mora de noviembre de 1996 a septiembre de 1999, pues se itera hay novedad de retiro en el mes de octubre de 1996, iniciándose nuevamente aportes hasta el mes de febrero del año 2000.

Frente a las semanas reclamadas con el empleador COOMEVA (185.61 semanas fl. 4 hecho 8), se tiene que conforme a la misiva de folio 99, el accionante laboró para dicha sociedad únicamente del 6 de diciembre de 1995 al 5 de febrero de 1996 obrando correctamente los aportes para dicho lapso y reportándose la novedad de retiro para febrero de 1996, por ende no hay lugar adicionar semanas con posterioridad a tal data pues ni tan siquiera se probó la prestación del servicio por parte del actor ni mucho menos afiliación con posterioridad a febrero de 1996.

Finalmente y en relación con las semanas reclama por las labores prestadas a la empresa COLPLAST, se tiene que si bien a folio 26 obra constancia expedida por dicha sociedad en la que se señala que el promotor del litigio tuvo un vínculo contractual para el periodo del 12 de agosto de 1991 al 12 de enero de 1995, dentro del plenario brilla por su ausencia el registro de afiliación por parte de la empleadora **COLPLAST** al Sistema de Seguridad Social en Pensiones y en esa medida es claro que Colpensiones no podía en manera alguna ejercer acciones de cobro por ese lapso, pues sin existir afiliación no se podía establecer que el actor era un trabajador dependiente, razones por las cuales se advierte dicha falencia no puede entenderse como una omisión de la accionada.

Sobre este punto, recuérdese que los **periodos en que no hubo afiliación NO** pueden ser asimilados a aquellos en que si hay afiliación pero existe mora o pago tardío de los aportes, pues se tratan de situaciones jurídicas diferentes, que por ello conllevan también consecuencias diferentes para el empleador y para la entidad de pensiones.

Cuando se presenta mora patronal, se tiene establecido que es obligación de la administradora tenerlos en cuenta si no ejerció las correspondientes acciones de cobro (artículos 23 y 24 Ley 100 de 1993), pero cuando no hubo afiliación caso que se presenta en autos, la entidad solamente puede tener en cuenta el tiempo siempre y cuando el empleador traslade el valor del cálculo actuarial a satisfacción, (literal d, parágrafo 1º, artículo 33 de la Ley 100 de 1993), situación

que no es la que se está peticionando a través de ésta demanda, pues ni tan siquiera se llamó a juicio a la citada empresa en aras de estudiar el eventual pago del respectivo cálculo actuarial. Al tema, puede consultarse la Sala de Casación Laboral de la CSJ, en sentencia SL 14388 del 20 de octubre de 2015, Rad. 43182⁴.

Igualmente se advierte al actor no resulta procedente acceder al trámite de la “*Recuperación de Semanas*”, pues como se informó por COLPENSIONES en la respuesta visible a folio 72, para que ello pueda realizarse el actor debía estar afiliado por cuenta de la empresa y existir mora en esos ciclos, lo cual como ya se vio no ocurrió, pues se itera COLPLAST no efectuó afiliación al sistema (al punto ver Circular interna No. 03 del 2013 de Colpensiones⁵).

En ese orden, el extremo demandante no logró demostrar que en efecto COLPENSIONES haya omitido la contabilización de las semanas atrás citada y en esa medida, no pueden prosperar los anhelos del actor relacionados con la inclusión de tales periodos.

De tal manera, teniendo en cuenta las semanas reflejadas en la historia laboral aportada por COLPENSIONES (fls. 130 a 132), puede apreciarse, dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad -29/03/1994 a 29/03/2014-, el señor LUIS CARLOS CABRERA GORDILLO no acreditó el requisito de 500 semanas exigido en el Acuerdo 049 de 1990, como bien lo concluyó la Administradora del

⁴ 2. Diferencias entre «mora» en el pago de los aportes y «falta de afiliación» al sistema de pensiones. Consecuencias jurídicas de la omisión en la afiliación.

Es cierto que esta Corporación se ha preocupado por diferenciar los efectos de una «mora» en el pago de los aportes, de los de una «falta de afiliación» al sistema de pensiones, por tener dichos fenómenos causas y consecuencias jurídicas diferentes, como lo dedujo el Tribunal y lo resaltan los opositores.

Frente a la primera situación, de «mora» en el pago de aportes, esta Sala de la Corte ha expresado en su jurisprudencia que la validez de las semanas cotizadas, por la mora del empleador en el pago del aporte, no puede ser cuestionada o desconocida por la respectiva entidad de seguridad social, si antes no acredita el adelantamiento de las acciones tendientes a gestionar su cobro. (...)

Dicho ello, la Sala reitera que, ante hipótesis de omisión en la afiliación del trabajador al sistema de pensiones, es deber de las entidades de seguridad social tener en cuenta el tiempo servido, como tiempo efectivamente cotizado, y obligación del empleador pagar un cálculo actuarial, por los tiempos omitidos, a satisfacción de la respectiva entidad de seguridad social.” (Subrayas fuera de texto)

⁵https://normativa.colpensiones.gov.co/colpens/docs/circular_cnpmd_0003_2013.htm

Régimen de Prima Media en la Resoluciones GNR 339923 del 29 de octubre del 2015 (fl. 38 vto) y VPB 5918 del 5 de febrero de 2016 (fls. 45 vto y 46, pues tan solo cuenta con **257.60** semanas.

De otro lado, se tiene que el accionante tampoco alcanza a reunir un total de 1000 semanas en todo el tiempo de cotizaciones que se acreditan aportadas ante la administradora del régimen de prima media con prestación definida, esto es, del 02/12/1975 al 31/05/2010 (fl. 130), ya que la suma de las mismas tan solo da un total de **912.86** semanas (691 + 221.86) (incluidos los tiempos de carácter público no cotizados al ISS⁶ ver fl. 37 vto y 38).

Ahora bien, como lo solicitado por la parte actora en últimas es el reconocimiento de la pensión de vejez, advirtiendo que no es beneficiario del régimen de transición, 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 para el 29 de marzo de 2016, fecha en la que alcanzó los 62 años no contaba con las 1300 exigidas para quienes no eran beneficiarios del régimen de transición (Artículo 33 L. 100/93 modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003), pues como ya se indicó en toda su vida laboral cuenta con apenas 912.86 semanas de aportes.

Dilucidado lo anterior, es claro que no puede tener éxito el reconocimiento de la pensión de vejez que se reclama en aplicación del Acuerdo 049 de 1990, pues se repite, no cumplió con las semanas requeridas para aplicarle tal normativa.

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.

⁶ Conforme al criterio de la CSJ Sala Laboral en sentencia SL1947 del 1° de julio del 2020 radicado 70918, en la que se considera que para las pensiones de vejez contempladas en el Acuerdo 049 de 1990 aplicable por vía del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, pueden consolidarse semanas cotizadas tanto al ISS como los tiempos laborados a entidades públicas, expresando que si el artículo 36 ibídem señala que los efectos de la norma anterior aplicable solo se da para los aspectos de edad, tiempo y monto, resulta entonces que la forma de computar las semanas para dicho tipo de prestaciones se rige por el literal f) del artículo 13, artículo 33 parágrafo 1° y parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que disponen la posibilidad de sumar tiempos privados y públicos, así estos no hayan sido objeto de aportes a cajas, fondos o entidades de previsión social, postura que desde este momento acoge esta Sala de Decisión, atendiendo lo dispuesto por ese máximo órgano de la jurisdicción ordinaria en su función como unificadora de la jurisprudencia.

SIN COSTAS en esta instancia.

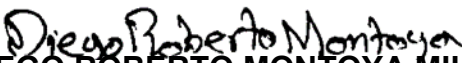
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

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

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MARIA CRISTINA CAICEDO NARVAEZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, COLFONDOS S.A, PORVENIR S.A. Y OLD MUTUAL S.A. (SKANDIA) (RAD. 13 2019 00413 01).

Bogotá D.C. treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020)

AUTO

Se reconoce personería adjetiva para actuar al abogado FELIPE ALBERTO GRANADOS PRECIADO, como apoderado sustituto de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por JOHANNA ANDREA SANDOVAL, como representante legal de la sociedad ARANGO GARCIA ABOGADOS ASOCIADOS (folio 300).

Del mismo modo, se reconoce personería adjetiva a la Dra. JOHANA GISEL BRAVO SÁNCHEZ, como apoderada de la demandada PORVENIR S.A., en los términos y para los efectos del poder conferido mediante Escritura Pública No. 0275 del 25 de febrero de 2020 (folios 283 a 290).

Igualmente, se reconoce personería para actuar a la abogada JEIMMY CAROLINA BUITRAGO PERALTA como apoderada de la demandada COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., de conformidad con el poder otorgado en Escritura Pública No. 832 del 4 de junio de 2020, conferida en la Notaría 16 del Círculo de Bogotá (folios 311 a 320).


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por COLPENSIONES (folios 300 vto. a 302), PORVENIR (folios 306 y 307), COLFONDOS (folios 308 a 310), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con el fin de resolver los recursos de apelación formulados por la demandante, PORVENIR y OLD MUTUAL, así como el grado jurisdiccional de Consulta en favor de COLPENSIONES, contra la sentencia proferida por la Juez Trece Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 18 de agosto de 2020 (CD folio 292, audiencia virtual concentrada artículos 77 y 80 del C.P.T, récord: 2:05:26, acta folios 293 y 294), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado que hiciera la demanda (sic) MARIA CRISTINA NARVAEZ a través de COLFONDOS S.A. el 8 de agosto del 95, y de contera las realizadas ante HORIZONTE hoy PORVENIR y OLD MUTUAL hoy SKANDIA S.A. por las razones antes expuestas.

SEGUNDO: CONDENAR a COLPENSIONES S.A. (sic), SKANDIA S.A. y PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, que cada una en su poder tenga en la actualidad, por lo expuesto precedentemente.

TERCERO: CONDENAR a COLPENSIONES a tener como afiliada a la actora, recibir los dineros referidos en el numeral y actualizar la historia laboral de la demandante conforme a lo antes visto.

CUARTO: ABSOLVER de las demás pretensiones a las demandadas por lo antes expuesto.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas conforme se indicó en la parte considerativa de este fallo.

SEXTO: CONDENAR en costas a la demandada COLFONDOS S.A., incluyéndose como agencias en derecho en esta instancia y en favor de la demandante el equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente.

SÉPTIMO: Por otro lado apélese o no esta decisión, por haber sido condenada COLPENSIONES y fungir la Nación como garante remítase el proceso a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en grado jurisdiccional de consulta en su favor.”

Inconforme con la decisión, los representantes judiciales de la demandante, SKANDIA (OLD MUTUAL) y PORVENIR interpusieron recurso de apelación, respectivamente.

Inicialmente la apoderada de OLD MUTUAL (SKANDIA), solicita se revoque la sentencia en lo relativo, puntualmente, a los gastos de administración, pues en su sentir, el cobro de estos tiene origen en la ley y no corresponden a un capricho de la entidad, además, dice, se presentó una contraprestación de la que se benefició la actora durante su afiliación en esa entidad por cuanto con tales recursos se garantizó el pago de la póliza de invalidez y muerte, y se generaron rendimientos cuya devolución, a su juicio, constituye un enriquecimiento sin causa en cabeza de la demandante, generando correlativamente un detrimento para la compañía.

Con relación a los rendimientos apunta, adicionalmente, se desconoce hasta qué punto estos compensan la pérdida del valor adquisitivo de la moneda y a partir de qué momento son “*ganancias para el afiliado*”, en tanto estos no se producen en la misma forma en el régimen de prima media, por lo que no considera viable se retornen los rendimientos y los gastos de administración de manera conjunta¹ (CD

¹ “Su señoría por encontrarme dentro del término procesal pertinente me permito a continuación formular recurso de apelación en lo que refiere al numeral 2 de la presente sentencia, más específicamente frente a los gastos de administración impuestos para la devolución, teniendo en cuenta que la naturaleza de los gastos de administración, uno es obligatoria de cumplimiento frente a las administradoras, es decir, estos no se cobran por capricho sino porque la norma establecida desde su creación la obliga a cobrar dichos gastos de administración, y la segunda, teniendo en cuenta que dichos gastos de administración se presentó una contraprestación de la cual la demandante en este caso fue beneficiaria durante todo el tiempo de su afiliación, teniendo en cuenta que los gastos de administración se dividen, su naturaleza se divide en dos, la primera la compra de una póliza de riesgos de invalidez y muerte de los cuales, de la cual, la demandante fue beneficiaria durante todo el tiempo de su afiliación y cuyo dinero fue pagado de forma inmediata pues durante el tiempo de la vigencia realizada con SKANDIA pensiones y cesantías por cuanto este dinero ya no se encuentra en las arcas de la AFP, y la segunda, en lo referente a los costos de administración de la cuenta personal de la señora demandante, teniendo en cuenta que también dichos dineros se descontaron durante la vigencia y que ya tampoco se encuentran dentro de las arcas de la AFP por cuanto estaríamos entrando en detrimento propio de la compañía al devolver dichos dineros que pues como dije anteriormente están reglados en la ley 100 del 93 y decretos subsiguientes y los cuales pues uno nos obliga a hacer dicho cumplimiento y a cobrarlos y dos, en lo que refiere también al posible enriquecimiento injustificado por parte de la mandante teniendo en cuenta que también se están obligando a devolver los rendimientos y que dichos rendimientos no se sabe específicamente la tasa hasta que punto se devuelve el rendimiento para mantener la moneda a través del tiempo, y hasta que punto ya son ganancias para el afiliado, teniendo en cuenta que el régimen de prima media dichos rendimientos no se producen, pues no de la misma forma, y pues si se están devolviendo al afiliado y eso puede incluso generar un enriquecimiento injustificado.

En razón de porqué estoy llamando la atención sobre los rendimientos, porque nos están obligando a devolver los gastos de administración buscando retrotraer los efectos iniciales del primer régimen como si nunca hubiera sucedido, pero también se obligan a devolver los rendimientos, pues en razón a que si bien generalmente no se tiene problema al momento de devolver los rendimientos, si es necesario llamar la atención de hasta qué punto cubren los rendimientos el total del dinero enviado a COLPENSIONES que si bien se solicita la devolución de dichos gastos para evitar precisamente que COLPENSIONES entre en un

folio 292, audiencia virtual concentrada artículos 77 y 80 del C.P.T, récord: 2:08:54, acta folios 293 y 294).

A su turno, la apoderada de la demandante solicita se condene en costas a las codemandadas COLPENSIONES, OLD MUTUAL y PORVENIR, pues en los términos del artículo 365 del C.G.P., estas proceden a cargo de las vencidas en juicio, precisando, todas las entidades convocadas a la litis ejercieron su derecho de contradicción, contestaron la demanda, practicaron pruebas y excepcionaron, y al haber sido la sentencia desfavorable al extremo pasivo, es claro que deben ser condenadas al pago de ese concepto² (CD folio 292, audiencia virtual concentrada artículos 77 y 80 del C.P.T, récord: 2:12:34, acta folios 293 y 294).

Por su parte PORVENIR pide se revoque el numeral segundo de la sentencia apelada, por cuanto, estima, en el asunto no era posible la aplicación de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia en razón a que los supuestos fácticos que soportaron las mismas no se ajustan al caso de la demandante, advirtiendo, la postura vertida en las sentencias no puede aplicarse de manera automática y sin hacer un análisis del caso concreto.

detrimento propio pues para poder cubrir la pensión de la señora, en este caso hasta qué punto entonces de verdad existe un detrimento por parte de COLPENSIONES, hasta que punto los rendimientos cubrirían ese posible detrimento que se está buscando pues cubrir con COLPENSIONES y por qué entonces se entra a castigar a las administradoras por cumplir con la normatividad vigente y con las imposiciones del marco regulatorio que nos obligan a cobrar dichos gastos de administración.

Entonces bajo este precepto su señoría solicito señores Magistrados, por favor se entre a revisar el presente numeral y se de una definición en lo que corresponde al presente tema. Mil gracias”

² *“Si señora juez, voy en este momento procesal oportuno me permito interponer recurso de apelación contra la decisión que se acaba de proferir, sólo en lo que tiene que ver con la NO condena en costas para las codemandadas PORVENIR, SKANDIA y COLPENSIONES con base en los argumentos que sintetizo de la siguiente manera.*

Debe tenerse en cuenta que tanto PORVENIR como SKANDIA y COLPENSIONES, fueron igualmente vencidas dentro del presente proceso, las pretensiones del libelo introductorio fueron concedidas y siendo la condena en costas una de las pretensiones de la demanda debidamente controvertida por las demandadas ya que se opusieron de forma activa a la misma y siendo adicionalmente una consecuencia directa de la puesta en movimiento del aparato jurisdiccional y de la controversia surtida en estas instancias, estas deben ser reconocidas así como lo determina el artículo 365 del C.G.P. que textualmente determina “se condenará en costas a la parte vencida en juicio en el proceso”.

Adicionalmente debe recalcar que COLPENSIONES en su calidad de COLPENSIONES, SKANDIA y PORVENIR en su calidad de demandadas se opusieron activamente en la litis a través de las excepciones propuestas en su contestación, formularon interrogatorio de parte y pues se defendieron en el máximo nivel jurídico y argumentaron hasta el final su postura, pues estas son las razones por las cuales considero que el tribunal debe considerar lo que tiene que ver con la condena en costas en este proceso, muchas gracias”.

Resalta, la demandante no efectuó ningún esfuerzo probatorio para demostrar el engaño sufrido por parte de las administradoras y aun así se aplicó de forma automática la jurisprudencia sin observarse una trasgresión de las normas vigentes en la época del traslado, específicamente, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en la que solo se pide dejar constancia escrita de la afiliación.

Alude, el descuento de los gastos de administración se efectuó durante el tiempo de afiliación de la demandante, conforme a los lineamientos dados por la Superintendencia Financiera para cubrir entre otras, las contingencias de invalidez y sobrevivencia, sin que se demostrara que la demandante no tuvo cobertura en el tiempo que ha estado vinculada a esa entidad.

De otro lado, menciona, la devolución de los gastos de administración fue una situación no incluida en la fijación del litigio, la cual tampoco fue objeto de petición en la demanda, anotando, para resolverse sobre los gastos de administración “*debió haberse convocado a la Superintendencia*” por ser la entidad que establece el cobro de los mismos³ (CD folio 292, audiencia virtual concentrada artículos 77 y 80 del C.P.T, récord: 2:14:06, acta folios 293 y 294).

³ “Si señora juez, claro que sí, manifiesto que interpongo recurso de apelación.

Siendo esta la oportunidad pertinente manifiesto que interpongo recurso de apelación contra la sentencia emitida referente al numeral segundo donde se ordena a mi representada devolver la totalidad del capital ahorrado, rendimientos y gastos de administración y en lo que refiere a la totalidad de este numeral, por las siguientes consideraciones.

Me aparto de la decisión de que a mi representada sea condenada a devolver esos gastos de administración teniendo en cuenta que no se estudió el caso específico, ¿por qué?, se están equiparando sentencias como las que se refirieron en las consideraciones de esta sentencia, la sentencia 31989, 31314, sentencia 33083 y las subsiguientes que son sentencias que al fin y al cabo han reiterado lo manifestado por esta sentencia 31989. Si vamos a observar estos casos referentes en detalle, las situaciones fácticas que se dieron en estas sentencias son diferentes al caso de la demandante por qué, son personas que estaba ad portas de obtener un derecho pensional, fueron trasladadas, si vemos esas sentencias que ya referí son personas que ya tenían que se encontraban próximas, no a 20 años de obtener un derecho pensional, se encontraba ad portas de obtener este derecho pensional, estaban a seis meses, un año, eran personas que fueron trasladadas con una prohibición legal ya que se encontraban a menos de 10 años de obtener este derecho pensional contrariando el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, se encontraron documentales de engaño aducido con ocasión a esa nulidad del vicio del consentimiento.

Si vemos el caso de la demandante, acá no se está exigiendo ningún esfuerzo, no hace ningún esfuerzo probatorio, y tal es así, que hasta la abogada demandante llegó al punto de desistir de sus testigos pese a que no tenía esa facultad dado lo manifestado por el Despacho, de decir que el que tenía la carga de la prueba eran las administradoras de pensiones, entonces resulta que parece muy fácil este proceso, porque este es un proceso declarativo, ordinario, donde lo que pretende la parte demandante es demostrar un engaño pero se están aplicando las sentencias de manera automática y acá no se está observando que haya una trasgresión por parte de mi representada de las normas existentes para la época del traslado de la demandante. Si vemos, no hay ninguna trasgresión al artículo principal que nos gobierna que es el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, que es claro en establecer que las vinculaciones son de manera, se hacen de manera escrita, es por escrito, lo dice claramente, el que quiera trasladarse de cualquiera de los regímenes pensionales debe hacer esa manifestación por escrito, con ocasión a ello pues esta la superintendencia financiera quien esta

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 CRISTINA CAICEDO NARVAÉZ, en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas a folios 96 y 97, las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos expuestos a folios 97 y 98, aspirando de manera principal se declare la nulidad o ineficacia, y en subsidio la inexistencia, de su traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, así como los traslados efectuados a PORVENIR, OLD MUTUAL y COLFONDOS. En esa

regulando desde su inicio, a las administradoras de pensiones y ellas son las que otorgan los lineamientos de estos formularios de afiliación, de hecho es la que indica que las administradoras deben hacer un cobro referente a gastos de administración y considero que acá por derecha, se está diciendo que se condena a mi representada que debe devolver gastos de administración pese a que la demandante, no hay prueba alguna que desvirtúe, que mi representada ha cubierto, durante el tiempo que ha estado vinculada la demandante, se cubrieron los riesgos de invalidez y sobrevivencia, eso es un hecho que no se puede desvirtuar.

Entonces considero que acá se está dando por demostrado sin estarlo que PORVENIR no le dio la asesoría y que por eso automáticamente condena a mi representada a devolver gastos de administración aun cuando las manifestaciones de la demandante o lo que refiere en su petitum, no hay un esfuerzo mínimo, probatorio ni exigido en este proceso.

Ahora, debe llamarse la atención que en el presente proceso la fijación del litigio era establecer si había lugar a la devolución de los dineros de la demandante ahorrados, acá no se indicó que diferentes a dineros de gastos de administración, entonces si nos sujetamos a una fijación del litigio debe cumplirse, y no podemos hacer modificaciones en el trascurso, más aún en una sentencia porque eso fue claramente lo que se estableció en el proceso, no fueron devolución de gastos de administración, si había lugar a ello, así tampoco fue discutido en el proceso por la parte demandante esas pretensiones no fueron solicitadas en el presente proceso, así que debe decirse, como acá no hay prueba alguna que se desvirtúe que mi representada no cubrió los gastos de administración durante la vinculación que tuvo con la demandante, debe revocarse este literal porque no es posible castigarse a mi representada de manera tan fuerte aun cuando para haberse decidido sobre los gastos de administración debió entonces haberse convocado a la Superintendencia quien es la entidad competente, quien establece estos gastos de administración.

Así que considero que es improcedente esta solicitud que por derecha y de manera automática se condene a mi representada.

Ahora, como lo decía la abogada de SKANDIA, no es posible ordenarse fuera del caso los rendimientos financieros ya que estos no se prevén como se prevén, no se prevén de la misma manera en el régimen de prima media como en el régimen de ahorro individual, y desde luego, si está incrementando un patrimonio de manera ilegal, se está prohiendo una condena de manera ilegal que no se supedita a lo que dice, se dice, que es dejar volver atrás la situación jurídica, acá no se está haciendo eso, se está traspasando por no estudiarse las condiciones de este proceso por tanto le solicito a los honorables magistrados de manera especial, se estudie este acápite referente, ya que no es posible no se evidenciaron engaños por parte de mi representada, obsérvese en el caso de la demandante que cuando se vinculó se encontraba a más de 20 años de obtener un derecho pensional, se cubrieron los riesgos referentes a la invalidez y sobrevivencia, se pagaron estos seguros a través de mi representada, entonces le solicito de manera especial y reitero, se estudie este acápite ya como lo dije, no es congruente así mismo dentro de la fijación del litigio no se había establecido, por esa razón solicito se revoque la sentencia en ese literal y se absuelva a mi representada de esos gastos de administración, muchas gracias”.

medida se declare para todos los efectos jurídicos que siempre ha permanecido en el régimen de prima media con prestación definida, sin solución de continuidad. En consecuencia, se ordene a PORVENIR, COLFONDOS y OLD MUTUAL, devolver a COLPENSIONES todas las sumas de dinero, bonos, cotizaciones, sumas adicionales recibidas por concepto de aportes obligatorios y rendimientos devengados durante el tiempo en que dichas sumas de dinero estuvieron en poder de las administradoras y se disponga a COLPENSIONES reactivar su afiliación, recibir los dineros remitidos por las administradoras del RAIS y actualizar, corregir y poner a su disposición la historia laboral. Pide se condene a las demandadas a pagar a su favor los perjuicios morales los cuales cuantifica en la suma de 200 SMLMV. **Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró la ineficacia el traslado de régimen pensional realizado por la actora a COLFONDOS, ordenando las demandadas COLFONDOS, OLD MUTUAL y PORVENIR devolver los saldos de la cuenta de ahorro individual al Régimen de prima media con prestación definida junto con los rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones, con cargo a sus propias utilidades, absolviendo a las demandadas de la pretensión que procuraba el pago de los perjuicios, tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada COLFONDOS no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía con la demandante, al momento del traslado. Adicionalmente, no encontró acreditados los perjuicios morales rogados.

Para resolver la controversia, es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002⁴.

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,

Así las cosas, a folio 13, milita copia de la cédula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 23 de junio de 1965, por lo que la edad de 57 años, los cumpliría el mismo día y mes de 2022, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante Colpensiones el 23 de abril de 2019 (folios 36 a 39), es decir, cuando le faltaban menos de diez años para cumplir la edad requerida para adquirir el derecho pensional –tenía 53 años-. De otra parte, no tenía la demandante 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con 114,28 semanas de cotización (folios 190 a 194, Historia Laboral Consolidada emitida por OLD MUTUAL y historia válida para bono pensional expedida por el Ministerio de Hacienda, folios 200) equivalentes a 2,22 años, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante lo anterior, con fundamento en la ausencia del suministro de información, pretende la actora a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 8 de agosto de 1995 (folios 261 y 141 y 259) específicamente, conforme la información consignada en el formulario de afiliación a COLFONDOS S.A. y el reporte SIAFP expedido por ASOFONDOS.

Así las cosas, frente a la ineficacia del traslado ya se ha pronunciado en múltiples ocasiones la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, reiterando que para el estudio de la procedencia de la misma, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando esta 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

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”.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“Resulta aquí trascendente la información que fue parcial para la decisión que llevó al actor a optar por cambio de régimen, y que posteriormente se advierte equivocada, cuando al reclamar su derecho a la edad

de los sesenta años, el camino que le ofrecen es el del retiro programado, con la venta de los bonos pensionales en el mercado secundario, con enorme sacrificio económico, circunstancia que no se le hizo saber por parte de la administradora siendo éste su deber.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(…)

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

(…).

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

“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.

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, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la accionante en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues en manera alguna se encontró acreditado, siquiera de manera sumaria, que se le hubiera informado sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la demandante⁶, no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado al momento de la suscripción del formulario de afiliación, en tanto se limitó a indicar que el asesor le mencionó que el ISS se iba a acabar y su pensión en con la AFP sería mucho más alta, pero sin mencionar los requisitos para acceder a la prestación u otras condiciones del régimen.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (folio 261), plasmado en el formulario de afiliación a COLFONDOS, este no constituye en manera alguna medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada. (Sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019).

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada COLFONDOS omitió en el momento del traslado de régimen (8 de agosto de 1995, folio 261) el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL

⁶ Cd folio 292. Récord 23:07.

12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

Es menester precisar, el hecho que la demandante hubiese efectuado varios traslados entre AFP (folios 259, 15 y 16) 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 a folios 15 y 16, situación que por demás no es ni fue objeto de litigio. Frente al de traslado a diversas AFP memórese el pronunciamiento de la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia de radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011.

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 guardan relación con la información que se le debía suministrar cuando se trasladó de régimen, al respecto puede consultarse 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 del saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la actora, actualmente administrada por OLD MUTUAL (SKANDIA) (folio 190), así como los dineros que puedan estar en cabeza de las administradoras PORVENIR y COLFONDOS durante el lapso que duró la afiliación de la demandante con esas administradoras, junto con sus rendimientos y gastos de administración, así como la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, debiendo confirmar la sentencia de primer grado en este aspecto.

Conviene precisar, en autos no tiene relevancia la financiación del sistema, o que la convocante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues basta con señalar, no se está avalando el tránsito de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva a retornar al régimen de

prima media con prestación definida, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual de la demandante.

Asimismo, advierte la Sala, los gastos de administración y el porcentaje dirigido a financiar las prestaciones por invalidez y sobrevivencia, surgen como consecuencia de la afiliación, y en ese orden, al declararse la ineficacia del traslado resulta claro que los mismos quedan sin fundamento, pues lo que ocurre es que la situación de vinculación 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, incluyendo, como ya se dijo, las sumas correspondientes a los gastos de administración y las aportes dirigidos a sobrevivientes e invalidez.

Es importante precisar, en la fijación del litigio se estableció que correspondería analizar si el traslado de régimen efectuado por la demandante era ineficaz y por ende si había lugar a retornar a COLPENSIONES los valores de su cuenta de ahorro individual, quedando incluido dentro de este último, todo lo que por motivo de la afiliación de la actora al régimen de ahorro individual hayan recibido las administradoras de pensiones, dentro de la cual está la cotización que es en últimas, de donde se descuentan los gastos de administración y los dineros para pagos de póliza para cubrir las contingencias de invalidez y sobrevivencia, por lo que es claro que tal aspecto si fue objeto de discusión y no como lo pretende hacer ver la demandada PORVENIR.

Tampoco resultaba necesaria la vinculación de la Superintendencia Financiera pues su función frente al RAIS es meramente regulatoria, pero no interviene en manera alguna en la afiliación o traslado de la demandante.

En lo que atañe a la excepción de prescripción⁷ (fl. 112), 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 de ser la declaración de un estado jurídico, está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente

⁷ Se tuvo por contestada la demanda de Colpensiones mediante auto del 16 de octubre de 2019 (fol. 213)

para declarar no probada la excepción de prescripción, acogiendo esta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

Finalmente, respecto de las costas procesales objeto de apelación por parte de la parte actora, 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 artículo 365 C.G.P., el cual contiene el principio general, según el cual “*se condenará en costas a la parte vencida en el proceso (...)*”, sin consideración a su intención, razonabilidad de su discusión en el conflicto jurídico en litigio o su conducta en el trámite procesal, sino el hecho de haber sido vencido en juicio, por manera que al haber sido desfavorable la sentencia de primer grado a las administradoras de pensiones COLPENSIONES, OLD MUTUAL y PORVENIR lo atinente a derecho es que sean también condenadas, junto con COLFONDOS, en costas, por lo que se adicionará la sentencia de primer grado en este aspecto.

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

SIN COSTAS en esta instancia, las de primera se adicionan y quedarán a cargo también de las demandadas COLPENSIONES, PORVENIR y OLD MUTUAL conforme lo expuesto.

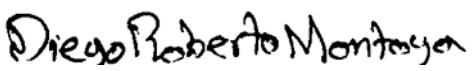
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

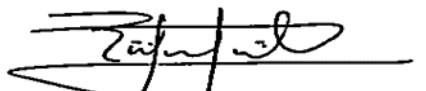
R E S U E L V E

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

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera se adicionan para condenar al pago de las mismas, también, a las demandadas COLPENSIONES, PORVENIR y OLD MUTUAL, conforme se analizó en la parte considerativa de esta sentencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

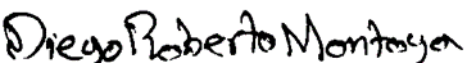
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR JESUS EMILIO LOZANO MENDEZ CONTRA LA INSTITUCIÓN AUXILIAR DEL COOPERATIVISMO ACCIÓN Y PROGRESO – IAC ACCIÓN Y PROGRESO, SOLUCIONES Y ALTERNATIVAS DE MERCADEO EFECTIVA COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO –EFECTIVA CTA-, INSTITUCIÓN AUXILIAR DEL COOPERATIVISMO IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA EN LIQUIDACIÓN, CAFESALUD E.P.S Y SALUDCOOP E.P.S. EN LIQUIDACIÓN (RAD. 16 2017 00184 01).

Bogotá D.C. treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020)

AUTO

Por encontrarse satisfechos los presupuestos de que trata el artículo 76 del C.G.P., se acepta la renuncia presentada por la abogada XIOMARA CLAVIJO GRIMALDO al poder otorgado por SOLUCIONES Y ALTERNATIVAS DE MERCADEO EFECTIVA – COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO-EFECTIVA CTA (folios 1124 y 1125). Por otra parte, se reconoce personería adjetiva a la abogada DANIELA URRUTIA FANDIÑO, como apoderada judicial de SOLUCIONES Y ALTERNATIVAS DE MERCADEO EFECTIVA COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO “EFECTIVA CTA”, en los términos y para los efectos del poder conferido por EDUARD PRIMITIVO MORALES MORALES en su calidad de representante legal, calidad que se constata del certificado de existencia y representación legal incorporado a las diligencias (folios 1118 a 1121).


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por el demandante (folios 1139 a 1142), y las demandadas EFECTIVA CTA (folios 1114 a 1116), la INSTITUCIÓN AUXILIAR DEL COOPERATIVISMO ACCIÓN Y PROGRESO (folios 1126 a 1131) y CAFESALUD EPS (folios 1132 a 1138), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente,

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión de los recursos de apelación interpuestos por el demandante, así como las demandadas SALUDCOOP EPS, EFECTIVA CTA y IAC ACCIÓN Y PROGRESO, contra la sentencia proferida por el Juez Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 6 de noviembre de 2019 (Cd a folio 1108, record: 01:34:47, acta a folios 1109 y 1110), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la unidad de empresa entre la INSTITUCIÓN AUXILIAR DEL COOPERATIVISMO y IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA, EFECTIVA COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO, IAC ACCIÓN Y PROGRESO y SALUDCOOP ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD S.A., en LIQUIDACIÓN, actuando esta última como matriz controlante de las demás compañías de acuerdo con la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR que existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el demandante señor JESÚS EMILIO LOZANO MÉNDEZ, identificado con cédula de ciudadanía número 14.012.491 en calidad de trabajador y SALUDCOOP ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD S.A., organismo cooperativo SALUDCOOP en LIQUIDACIÓN, en condición de empleadora y vigente entre el 1 de octubre de 2009 y el 31 de enero de 2017, el cual terminó de forma unilateral y sin justa causa por parte del empleador conforme a las argumentaciones esbozadas.

TERCERO: CONDENAR a SALUDCOOP ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD S.A., en LIQUIDACIÓN, y en forma solidaria a sus subordinadas INSTITUCIÓN AUXILIAR DEL COOPERATIVISMO, GESTIÓN ADMINISTRATIVA en LIQUIDACIÓN, EFECTIVA COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO y la INSTITUCIÓN AUXILIAR DEL COOPERATIVISMO ACCIÓN Y PROGRESO, reconocer y pagar en favor del demandante las siguientes sumas y conceptos causadas entre el 9 de agosto de 2016 y el 31 de enero de 2017:

- A. Por concepto de salarios: \$20.593.172,16.
- B. Prima de servicios: \$1.706.347,21.
- C. Auxilio de cesantías: \$1.716.097,77.
- D. Intereses sobre las cesantías: \$205.931,73.
- E. Compensación en dinero de las vacaciones: \$858.048,88. Monto debidamente indexado al momento de su pago, de conformidad a lo indicado en la parte motiva.
- F. Por concepto denominado bono bonísimo: \$214.217.
- G. Por el concepto crediexpress: \$546.928.
- H. Por concepto aportes y ahorro permanente: \$351.020.
- I. Por el concepto denominado progresando ordinario: \$105.306.
- J. Por el concepto denominado progresando extraordinario: \$245.714.

CUARTO: CONDENAR a SALUDCOOP ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD S.A., organismo cooperativo, no perdón, se corrige. En vez de numeral cuarto, literal:

- K. El pago de la sanción moratoria del artículo 65 del CST que en lo que concierne a los primeros 24 meses mora, desde el 1 de febrero de 2017 hasta el 31 de enero de 2019, es el monto de \$84.244.795,20. Y la condena a partir del mes 25, esto es, a partir del 1 de febrero de 2019 a los intereses moratorios de que trata el artículo 65 al que se ha hecho referencia sobre el monto de salarios y prestaciones sociales adeudados, esto es excluyendo el monto de vacaciones.
- L. El pago al demandante a través del Fondo de Pensiones PORVENIR, o al que se encuentre afiliado los aportes pensionales causados entre el 9 de agosto de 2016 al 31 de enero de 2017, previa solicitud ante Fondo de Pensiones de la liquidación correspondiente, con base en la presente sentencia, indicando que el salario base de cotización es de \$3.510.200.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.

QUINTO: ABSOLVER a CAFESALUD de todas las pretensiones que fueron incoadas en su contra y a las demás demandadas, se **ABSUELVE** así mismo, de las demás pretensiones que no fueron acogidas.

SEXTO: se **CONDENA** en **COSTAS** de la instancia a las demandadas exceptuando a CAFESALUD E.P.S., y en favor de la parte demandante, practíquese la liquidación por secretaria, incluyendo el monto de 2 SMLMV a cargo de cada una de las demandadas en comento.”.

Inconforme con la decisión los apoderados del demandante, SALUDCOOP EPS, EFECTIVA CTA e IAC ACCIÓN Y PROGRESO, respectivamente interpusieron recurso de apelación.

Inicialmente la parte actora refiere su conformidad con las condenas impuestas, sin embargo, considera, debió accederse a todas las pretensiones de la demanda y en el caso de CAFESALUD, dice, dicha entidad debió ser condenada por cuanto el actor prestó servicios tanto para SALUDCOOP como

para CAFESALUD siendo estas EPS las beneficiarias de sus servicios y en esa medida, debió ser condenada solidariamente.

Insiste, CAFESALUD no puede dejarse por fuera porque lo fundamental “es el tema del contrato realidad, hay que partir de los artículos 23 y 24 del C.S.T.” pues todos los elementos contractuales se usaron para evadir la responsabilidad patronal.

Con todo, señala, había una realidad y era que el demandante trabajó para todas las entidades del grupo demandado incluido CAFESALUD¹ (Cd a folio 1108, récord: 01:40:14, acta a folios 1109 y 1110).

Por su parte, SALUDCOOP E.P.S. manifiesta su inconformidad respecto a la declaratoria de unidad de empresa pues no entiende como se puede partir de la constitución de IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA y la participación accionaria que tenía esa EPS, en tanto ello no significa que con posterioridad fuera SALUDCOOP quien ejerciera el predominio económico sobre IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA, destacando, esta última siempre tuvo independencia económica para asumir directamente las obligaciones con sus empleados.

¹ “Gracias Señor Juez.

Bueno debo expresar que interpongo el recurso de apelación de manera parcial, digamos que estoy conforme con las condenas efectuadas pero se han debido o se ha debido condenar a todas y cada una de las condenas teniendo en cuenta las pretensiones de la demanda y en el caso de CAFESALUD, también ha debido ser condenada, en esto también quiero puntualmente expresar que apelo la decisión de ser absuelta esta entidad por cuanto, mi representado presto servicios tanto para SaludCoop como para CAFESALUD, no, eran las EPS, que se beneficiaban de los servicios que presto el demandante.

Entonces, ha debido de ser también condenada en solidaridad, en cuanto a la unidad de empresa decretada pues si estoy de acuerdo, creo que si se daban los presupuestos como así se planteó en la demanda, en las condiciones de la declaratoria de unidad de empresa.

Pero CAFESALUD, no se puede dejar por fuera, porque lo fundamental en esto Señor Juez y con todo respeto es el tema del contrato realidad, hay que partir de los artículos 23 y 24 del CST, todo las demás normas que se invocan, todos los demás contratos, todos los demás otro sí, todas las demás digamos, todos los demás elementos que en un momento dado se utilizaron para evadir la responsabilidad, para enredar y que en un momento dado los verdaderos empleadores no asumieran su responsabilidad, pues no pueden quedar por fuera.

Había una realidad, el Señor demandante trabajó para todas las entidades del grupo demandado aquí, incluida CAFESALUD también. Por esa razón, respetuosamente interpongo el recurso de apelación frente a todas y cada una de las pretensiones solicitadas que no fueron condenadas y acepto desde luego las condenas que se dieron. Gracias Señor Juez.”

Aduce, la relación laboral entre IAC Gestión Administrativa y el demandante se extendió hasta el 31 de enero de 2017, esto es, un año y dos meses después de que esa EPS entrara en liquidación por parte de la Superintendencia Nacional de Salud, enfatizando, desde esa fecha no ejercía su objeto social y por ende no puede asumir ninguna responsabilidad.

Por otro lado, aunque se asume por el Despacho que hubo una tercerización laboral entre IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA y esa EPS, refiere, entre estas solo existió un contrato de prestación de servicios, pero en ningún momento puede establecerse que haya una tercerización o trabajadores en misión que iban a trabajar a SALUDCOOP.

Con relación a la sanción moratoria, la cual califica de excesiva, menciona, esta no procede de manera automática debiendo verificarse la mala fe, la que, dice, no existió de parte de esa entidad porque el demandante era un trabajador de IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA y era esta quien debía velar por sus intereses y sus derechos laborales.

Insiste SALUDCOOP E.P.S entró en liquidación mediante Resolución 2414 del 24 de noviembre de 2015, por lo que desde esa fecha ya no podía ejercer su objeto social, de allí que no se explica cómo se impone una sanción moratoria por obligaciones causadas entre el 9 de agosto de 2016 y el 31 de enero de 2017 aun cuando para esas calendas la EPS no manejaba ningún empleado, excepto los encargados de liquidar la entidad² (Cd a folio 1108, récord: 1:42:35, acta a folios 1109 y 1110).

² *“Muchas gracias su señoría, me permito manifestar respetuosamente pues el inconformismo que presenta esta defensa frente a la decisión tomada por el a quo.*

Indicando que interpongo el recurso de apelación frente a la decisión tomada y sustento de la siguiente manera:

En primera medida, no comparte esta defensa lo expuesto por el despacho frente a la unidad de empresa, no vislumbro como (...)

JUEZ (01:43:06):

Perdón, regáleme un minuto.

APODERADO DE SALUDCOOP (01:42:30):

(...) De sus controlantes, y no entiende cómo puede el despacho manifestar únicamente haciendo alusión a la participación y constitución IAC Gestión Administrativa, que se pudo evidenciar que era del 70% en el momento de la constitución sin que esa constitución signifique que con posterioridad a ello, sea SaludCoop EPS, hoy en liquidación, quien ejercía el predominio económico sobre la IAC Gestión

A su turno, la apoderada de EFECTIVA CTA, presenta inconformidad únicamente frente a la declaratoria de unidad de empresa, ya que, en su sentir, no se configuran los presupuestos de la ley y la jurisprudencia para su declaratoria en el asunto, particularmente, en lo relativo al predominio económico, el que, a su juicio, no existe ante la simple existencia de un grupo empresarial y aspecto sobre el cual, señala, no existe prueba, no solo por lo que se evidencia del certificado de existencia en la que se observa que esa CTA no fungió como responsable de IAC Gestión Administrativa, sino también en razón a que ni siquiera hacían parte del mismo grupo económico.

Asimismo, indica, las empresas no desarrollaban actividades conexas o complementarias, específicamente con SALUDCOOP pues su objeto es totalmente disímil.

De otro lado, sostiene, debe tenerse en cuenta que, si bien esa CTA hizo parte de la conformación de IAC, el 27 de mayo de 2016 presentó renuncia irrevocable como socio, esto es, en fecha anterior a la finalización del contrato laboral del demandante, por lo que la solidaridad no estaba llamada a prosperar.

Administrativa, que siempre mantuvo una independencia económica para asumir sus obligaciones directamente con sus empleados.

Tanto es así, que si nos damos cuenta de las fechas de los extremos que se pudieron evidenciar dentro de esta relación laboral entre IAC Gestión Administrativa, y su trabajador el demandante, pues estas datan incluso hasta el 31 de enero de 2017, cuando un año y dos meses antes SaludCoop EPS, en liquidación, ya había entrado en liquidación, y ordenada su liquidación por parte de la Superintendencia Nacional de Salud.

No comparte entonces esta defensa como debe asumirse responsabilidad en mi representada cuando esta ni siquiera ya ejercía su objeto social, un año antes de terminarse esa relación laboral.

Ahora bien, frente a la tercerización se indica que en efecto por parte del despacho hubo una tercerización correspondiente entre la IAC Gestión Administrativa, y mi representada, cuando lo único que se ha evidenciado dentro del transcurso del proceso es que existió un contrato de prestación de servicios entre mi representada y la IAC Gestión Administrativa, en ningún momento puede establecerse que haya tercerización o trabajadores en misión que iban a trabajar ni a representar a SaludCoop frente al tema.

Ahora bien, finalizando esta intervención solicito pues a los Honorables Magistrados del Tribunal Superior, que se tenga en cuenta la excesiva tasación e incluso la condena moratoria establecida en el artículo 65 que se realiza en contra de mi representada, teniendo en cuenta, que como bien lo dijo el a quo, pues esta no procede de manera inmediata debe verificarse la mala fe y aquí en ningún momento hubo mala fe por parte de mi representada frente a un trabajador que correspondía o estaba en cabeza de la IAC Gestión Administrativa, velar por sus intereses y por sus derechos laborales.

SaludCoop EPS, en liquidación, vuelvo y reitero, y como bien lo dijo el Juzgador de primera instancia a través de la Resolución 2414 del 24 de noviembre del 2015, se ordenó su liquidación, esto que significaba, que ya no podía ejercer su objeto social, no podía desarrollarlo de ninguna manera, no entiende esta defensa como aparte de esa fecha y con posterioridad se establece una sanción moratoria entre el 9 de agosto de 2016 al 31 de enero de 2017, fechas en las cuales, SaludCoop EPS, en liquidación, no manejaba ningún empleado a excepción de la parte administrativa encargada de liquidar la entidad.

Así las cosas, solicito pues al Honorable Tribunal, tener en cuenta, verificar estas situaciones y proceder a revocar la sentencia en contra de mi representada. Muchas gracias.”

En caso de persistir la condena, dice, debe tenerse en cuenta el límite de la responsabilidad al monto de las acciones de participación en la constitución, esto es un 10%³ (Cd a folio 1108, récord: 01:47:08, acta a folios 1109 y 1110).

³ “Su señoría, respetuosamente interpongo recurso de apelación contra todo lo desfavorable de conformidad al fallo por usted inmediatamente proferido en contra de mi representada Efectiva CTA, el cual, básicamente se funda en la declaratoria de la unidad de empresa entre IAC Gestión Administrativa, entre mi representada, Acción y Progreso y SaludCoop como matriz, en razón de ella la condena solidaria de cada una, en solidaridad de las condenas incoadas por el despacho.

Básicamente me refiero, las razones por las cuales solicito se aparte y se revoque el fallo por las siguientes razones:

Es claramente evidente que no existieron los elementos materiales para que se declare la unidad de empresa por lo señalado por el despacho. Para tal manifestación, traigo a colación la sentencia de la CSJ Sala Laboral, sentencia 43680 del HM. Gerardo Botero Zuluaga, quien en el acápite pertinente señala:

“Tratándose de la existencia de varias personas jurídicas involucradas en la contienda, que es lo que interesa en estricto rigor a este proceso, ambos preceptos legales refieren a una empresa principal, matriz o controlante y a otras subordinadas que son las filiales o subsidiarias. Dicha «subordinación» o «dependencia», a la luz de la norma del Código Sustantivo de Trabajo, únicamente se presenta cuando la matriz derive su control o dirección del denominado predominio económico, elemento que necesariamente debe concurrir para configurar la unidad de empresa; mientras que en lo regulado por el Código de Comercio puede surgir o depender ese control financiero y administrativo incluso sin predominio de capital o mayoría accionaria, pues lo importante para que nazca el grupo empresarial además de la subordinación es la unidad de propósito y dirección. El Consejo de Estado al referirse al requisito de predominio económico en la unidad de empresa, en sentencia de la Sec. Segunda del 8 marzo del 94, rads. 5933 y 5934, señaló:

No siempre que en una unidad de explotación económica tengan injerencia varias subordinadas, hay unidad de empresa con la matriz, pues mientras que la subordinación puede depender de un control financiero o administrativo sin predominio de capital, éste si es el factor determinante en la unidad de empresa. Las subordinadas integrarán unidad empresarial con la matriz únicamente cuando ésta derive su control o dirección de su predominio económico. Para que se configure dicho predominio económico de la sociedad principal sobre la subsidiaria, se requiere que aquella posea más del 50% del capital y ello al tenor del artículo 261, numeral 1 del Código de Comercio puede suceder directamente, o por intermedio o en concurrencia con sus subordinadas, o con las filiales o subsidiarias de éstas.

Así las cosas, en los términos del art. 194 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el art. 32 de la L. 50 de 1990, cuando la declaratoria de unidad de empresa recae sobre personas jurídicas, no basta la existencia de una unidad de explotación económica, y la ejecución de actividades similares, conexas, o complementarias, sino que también se requiere contar con la prueba del predominio económico de la sociedad principal sobre las filiales, para el caso a través de las personas jurídicas y no por medio de sus socios individualmente considerados. En cambio, en materia comercial, conforme al art. 260 del Código de Comercio, y la Ley 222 de 1965 (Sic) arts. 26 y 28, los elementos que obligatoriamente deben concurrir para la existencia del grupo empresarial son la subordinación, dependencia o control societario, y además la unidad de propósito.

En este orden de ideas, no siempre que se esté en presencia de un grupo empresarial conformado por una sociedad principal o matriz y varias subordinadas, necesariamente hay unidad de empresa, ya que se hace indispensable verificar en todos los casos el factor del predominio económico o relación de dependencia económica”.

Con el anterior, estudio queda bastante clarificado que para que exista una unidad de empresa se necesita el predominio económico por parte de la empresa matriz sobre las subsidiarias, es decir, una dependencia económica y para esto se necesita que la matriz tenga el 50% del capital de las subsidiarias, y esto no sucede en el presente caso y las pruebas allegadas por la parte demandante no existe alguna que pueda probar tal predominio.

Y es que pese a lo afirmado por el despacho, pues carece totalmente a la prueba de dominio económico de la sociedad principal no solo por lo que se evidencia del certificado de existencia y representación, donde claramente se puede evidenciar que mi presentada jamás fungió como responsable en cuanto al certificado de existencia y representación, dado que no se extrae respecto de IAC Gestión Administrativa, que esta fungiera como controlante de esta o que se hiciera parte del mismo grupo económico y tanto así que ni siquiera la Superintendencia de Sociedades lo declaró, no obra de alguna manera certificado de existencia

Finalmente, IAC ACCIÓN Y PROGRESO, discrepa de la decisión del a quo frente a la configuración de una presunta unidad de empresa en los términos del artículo 194 del C.S.T, y en similares términos a los expuestos por la representante judicial de EFECTIVA CTA, menciona la ausencia de demostración del un predominio económico, que no concurre en caso de esa sociedad pues la participación porcentual en la constitución de IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA “*distaba mucho de ser suficiente para considerar que exista o que ha existido algún tipo de predominio económico*” en virtud de la cual se

y representación de SaludCoop, donde se declarara que esta ejerciera el control de la actividad de matriz o controlante respecto de mi representada.

Y se evidencia que por el contrario que claramente una cosa es la constitución de mi representada y otra cosa muy diferente es el cumplimiento del requisito de predominio económico, donde claramente lo único que se puede ver respecto de la IAC Gestión Administrativa, es que esta fue constituida con aporte de Efectiva, de Gestión Administrativa, de Gestión y Acción de Progreso y SaludCoop, pero que respecto de específicamente de mi representada tan solo tenía un porcentaje del 10%, por lo que evidentemente carece de la prueba de predominio económico, contrario a lo afirmado por el despacho.

Es claro que tampoco se desarrollaron actividades conexas y complementarias respecto de mi representada específicamente con SaludCoop, en tanto que básicamente el objeto social de la cooperativa esta es completamente ajena a la actividad matriz dado que el objeto de mi representada como se señaló de la organización de trabajo autogestión asociado con el fin de prestar, con destino a tercero y a la comunidad, los servicios de mercadeo, comercialización y cobranza pudiendo realizar la promoción de bienes y productos y planes de seguridad social, se reitera, de manera independiente bajo esta autogestionaria, por ende, pues también carece del requisito de actividades conexas como presuntamente se señala o se infiere de lo señalado en el fallo.

Así las cosas, su señoría pues el ínfimo aporte de a un millón de pesos correspondiente al capital de la conformación de la IAC Gestión Administrativa, hace claramente que el requisito de predominio económico y las características de actividades disímiles no se cumpla con los elementos de la declaratoria de unidad de empresa.

Es importante señalar que si bien como se indicó al momento de contestar la demanda, mi representada hizo parte de la conformación de la IAC, también como quedó demostrado dentro de las pruebas del expediente que el 27 de mayo de 2016, mi representada presentó su renuncia irrevocable como sociedad de la misma, por lo que, la pretendida solidaridad de la parte señalada y la ordenada en el fallo por parte de su despacho, pues no podría estar llamada a prosperar porque realmente esta renuncia incluso se puede vislumbrar que aconteció mucho antes de la terminación del vínculo laboral entre la IAC Gestión Administrativa, y el actor, la cual, pues feneció el 31 de enero de 2017.

Ahora bien, se solicita a los Honorables Magistrados que en caso de persistir la condena efectivamente, se debe tener en cuenta el límite de la responsabilidad de Efectiva, respecto del monto de las acciones de la participación de la misma en la constitución de la responsabilidad hasta el monto de esta, es decir, del 10% en la conformación de la IAC Gestión Administrativa.

Reitero nuevamente su señoría que pues a todos los Honorables Magistrados que pese a lo señalado por este despacho es claro que no se probó que mi representada respecto de SaludCoop, tuviere ningún tipo de responsabilidad pues tal como se observa en el certificado de existencia y representación legal, IAC Gestión Administrativa, si bien aparece SaludCoop, como entidad controlante se reitera no así respecto de mi representada Efectiva CTA, y finalmente pues reitero nuevamente los antecedentes jurisprudenciales señalados al despacho, pero que se reiteran en esta segunda instancia, en donde, ya el Honorable Tribunal Superior se ocupó de casos similares y de las mismas accionadas por lo menos respecto de este mismo caso donde efectivamente o lo que por lo menos tiene que ver con mi representada Efectiva CTA, absolvió de todas y cada una de las suplicas como aconteció en sentencia del pasado 22 de mayo de 2009, Magistrado Ponente Dr., Carlos Andrés Vargas Castro, e incluso en una decisión efectuada el día de hoy 6 de noviembre en el caso de Betzy Castellanos emanado del Juzgado 27 Laboral de este Circuito. Así las cosas, su señoría y a los Honorables Magistrados, solicito se absuelva a mi representada de todas y cada una de las suplicas de la demanda. Muchas gracias.”

pueda considerar que ACCIÓN Y PROGRESO ostenta la condición de matriz frente a IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA, por lo que no está llamada a responder por las acreencias laborales dejadas de cancelar por esta última.

Además, apunta, conforme puede verificarse de los certificados de existencia y representación legal las actividades de cada una de las entidades involucradas no pueden ser consideradas conexas o complementarias con las que cumple IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA, agregando, la Superintendencia de Sociedades mediante Resolución 2011-01-310-813 estableció cuáles eran las entidades que conformaban el denominado grupo económico de Saludcoop, en la que se puede corroborar que IAC ACCIÓN Y PROGRESO no forma parte del mismo.

Subraya, se pasó por alto que esa entidad presentó renuncia a su participación en IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA el 26 de febrero de 2016, rompiendo cualquier vínculo con esa institución descartando con ello la posibilidad de extenderle los efectos adversos de la sentencia originada en la terminación de un vínculo que se produjo tiempo después.

Advierte, confundió el juzgado la condena solidaria derivada de los efectos propios de la unidad de empresa con aquella a que se refiere el artículo 36 del C.S.T. que aplica para sociedades de personas y no para una institución auxiliar de cooperativismo.

Por último, señala, debe tenerse en cuenta el límite de la responsabilidad a la proporción en la cual participó en la conformación de IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA, destacando, en asuntos similares esta Corporación ha considerado que no se configuran los presupuestos para declarar la unidad de empresa o cualquier otra figura de solidaridad prevista en el C.S.T.⁴ (Cd a folio 1108, récord: 1:56:56, acta a folios 1109 y 1110).

⁴ “Si su Señoría, como apoderado de IAC Acción y Progreso, demandado dentro del proceso de la referencia, me permito plantear mi inconformidad con la decisión adoptada por el despacho, para lo cual, acudo al recurso de apelación que procedo a sustentar brevemente su señoría.

En primer lugar, discrepo de la decisión adoptada por el despacho al amparo de la configuración de una presunta unidad de empresa alternativa previsto en el artículo 194 del CST y que ha sido desarrollada

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

ampliamente por la jurisprudencia de la CSJ, fundamentalmente en la sentencia SL 6228 del 2016, con radicación número 43680, ponencia del Magistrado Gerardo Botero Zuluaga del 11 de mayo de 2016, la cual, hiciera referencia la apoderada judicial de Efectiva en precedencia.

A través de dicha jurisprudencia, cuya parte pertinente fue reproducida por la apoderada judicial, se puede establecer sin dubitación alguna que la referida figura se encuentra supeditada a la plena demostración de un predominio económico, de una sociedad denominada que pueda fungir o que funja como matriz, circunstancias que en este caso no concurren respecto de mi representada IAC Acción y Progreso, cuya participación porcentual dentro de la conformación de IAC Gestión Administrativa, dista mucho de ser suficiente para considerar que exista o que ha existido algún tipo de predominio económico en virtud de la cual, se pueda considerar que mi representada ostenta la condición de matriz respecto de IAC Gestión Administrativa, y que de alguna forma está llamada a responder por las acreencias laborales dejadas de cancelar por la entidad en mención.

Se reitera pues, que no concurre este primer elemento que es el denominado predominio económico, pero además, se puede constatar a través del certificado de existencia y representación legal de cada una de las entidades involucradas que mi representada no desarrolla actividades que puedan ser consideradas ni conexas ni complementarias con las que cumple IAC Gestión Administrativa, circunstancia adicional que debe ser valorada para desvirtuar la configuración de la figura de la unidad de empresa.

Pero agréguese a lo anterior que la Superintendencia de Sociedades, previo análisis correspondientes de las circunstancias del caso profirió la Resolución 2011-01-310-813 a través de la cual estableció cuales eran las entidades que formaban el denominado grupo económico SaludCoop, listado que a manera de ejemplo citó el despacho en la parte considerativa de la presente decisión y del cual, se puede corroborar que no forma parte mi representada IAC Acción y Progreso, es decir, quedaría claro que tampoco concurren estas circunstancias que daría lugar eventualmente a que mi representada tuviese que asumir algún tipo de responsabilidad y menos aún de carácter solidario frente a las acreencias que se están reclamando.

Y adicional a lo expuesto, pasa por alto el despacho una circunstancia objetiva incontestable que quedó demostrada dentro del litigio y es que mi representada IAC Acción y Progreso, dentro del ejercicio de la libertad de asociación propio del sector cooperativo, presentó renuncia a su participación en IAC Gestión Administrativa, el 26 de febrero de 2016, rompiendo de manera objetiva e irrefutable cualquier vínculo con la mentada institución que descarta por completo la posibilidad de hacer extensivos los efectos de un fallo adverso originado en la terminación de un vínculo contractual que se produjo tiempo después de la decisión de renunciar a la participación en IAC Gestión Administrativa, de mi representada IAC Gestión y Progreso (Sic), en ultimas confunde pues el despacho al imponer una condena solidaria los efectos propios de la unidad de empresa con la solidaridad a la que se refiere el artículo 36 del CST, y que como se estudiara o como se manifestara a través de los alegatos de conclusión aplica para sociedades de personas y no para institución auxiliar del cooperativismo como lo es mi representada IAC Acción y Progreso.

Y en últimas acogiendo este eventual y remoto escenario el límite de la responsabilidad de mi representada estaría dado por la proporción en la cual participo de la conformación de IAC Gestión Administrativa, pero no podría darse de manera alguna imponerse una obligación de carácter solidario en el que se desconocen de plano los parámetros de dicha participación y se entra a imponer una condena de carácter solidario en contra de mi representada.

Se reitera sin cumplirse los presupuestos legales establecidos para el efecto y desarrollados en la jurisprudencia a la cual se ha hecho referencia. Finalmente, tampoco puede pasar inadvertido como lo manifestara la apoderada judicial de la entidad Efectiva que debates o litigios similares al que nos ocupa en este momento, ya han sido materia de decisión por la Sala Laboral del Tribunal, quien ha considerado que al no configurarse los requisitos para una condena a la luz de la unidad de empresa o de cualquier otra figura de solidaridad prevista en el CST, pues lo procedente ha sido en las anteriores oportunidades la exoneración de mi representada de las obligaciones o de las pretensiones formuladas a través de la demanda correspondiente.

En esos términos dejo planteado mi inconformidad con la decisión adoptada por el despacho solicitando que se revoque y se exonere de las respectivas condenas en la instancia correspondiente. Muchas gracias su señoría”

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante JESUS EMILIO LOZANO MENDEZ, las pretensiones visibles a folios 633 a 642, las cuales se fundan en los hechos relatados a folios 619 a 633 aspirando de manera principal, se declare que entre IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA en liquidación y las empresas CAFESALUD EPS S.A. y SALUDCOOP EPS OC en liquidación, existe situación de unidad de empresa. Así mismo, que el grupo empresarial SALUDCOOP, utilizó la figura de tercerización e intermediación laboral de manera ilegal en el caso del actor, contratando suministro de personal sin estar autorizados por la ley para ello; que existió un contrato realidad entre SALUDCOOP EPS OC, CAFESALUD EPS S.A. y el demandante entre el 1 de octubre de 2009 y el 31 de enero de 2017; que el otrosí suscrito el 1 de abril de 2013 con IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA en el que el actor aceptó la disminución de su salario integral a \$3.318.400 mas dos auxilios de alimentación y rodamiento es nulo; que el salario válidamente pactado con IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA es el mínimo integral de cada año a partir del 1 de diciembre de 2011 y hasta el 31 de enero de 2017; que tanto el grupo empresarial SALUDCOOP integrado entre otras por IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA en liquidación, SALUDCOOP EPS OC en liquidación y CAFESALUD EPS S.A., así como las entidades Cooperativa de Trabajo Asociado EFECTIVA CTA y la IAC ACCIÓN Y PROGRESO, son responsables solidariamente del pago de las acreencias e indemnizaciones causadas a su favor. En consecuencia, se condene a las demandadas a pagar a su favor la reliquidación de las cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios entre 2009 y 2011, la reliquidación de los salarios de 2013, 2014, 2015 2016 y 2017, las vacaciones causadas entre el 1 de octubre de 2013 y la terminación del contrato, los aportes al sistema de seguridad social y su reliquidación, junto con la sanción por despido sin justa cusa, la sanción moratoria, el reintegro del “bono bonísimo”, “crediexpress”, “aportes y ahorro permanente”, “progressando ordinario” y “progressando extraordinario”, descontados por IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA y no girados a la cooperativa PROGRESSA, la indexación y las costas. Pide igualmente se compulsen copias al Ministerio de Trabajo y a la UGPP a efectos de que investiguen la conducta de las demandadas.

Obteniendo sentencia de primer grado parcialmente favorable a sus aspiraciones por cuanto se declaró la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre el demandante y SALUDCOOP EPS entre el 1 de octubre de 2009 y el 31 de enero de 2017 el cual terminó de manera unilateral y sin justa causa por parte del empleador. Además, declaró la unidad de empresa entre IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA, EFECTIVA CTA, IAC GESTIÓN Y PROGRESO y SALUDCOOP ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD S.A. en liquidación, siendo esta última matriz controlante de las demás. En consecuencia, condenó a SALUDCOOP y solidariamente a sus subordinadas, a pagar a favor del demandante las acreencias laborales causadas entre el 9 de agosto de 2016 y el 31 de enero de 2017, así como el reintegro de los dineros descontados con destino a la cooperativa PROGRESSA, la indemnización por despido sin justa causa, la sanción moratoria a razón de un día de salario por día de retardo por los primeros 24 meses más los intereses moratorios causados a partir del mes 25, absolviendo a CAFESALUD de todas las pretensiones incoadas en su contra. Lo anterior, tras considerar el Juez de primer grado, en primer lugar, que se encontraban acreditados los presupuestos de la norma para considerar que entre SALUDCOOP y las empresas IAC GESTIÓN Y PROGRESO, IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA y EFECTIVA CTA, existía unidad de empresa, en la que la controlante o matriz era SALUDCOOP, por cuanto las actividades eran conexas, teniendo SALUDCOOP predominio económico al ser accionaria del más del 70% de IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA y ser quien impartía las directrices.

Con relación a Cafesalud, discurrió, no existía vinculación alguna de esa sociedad con IAC, ni relación alguna con el grupo o el demandante, por lo que la excluyó del grupo empresarial y de cualquier solidaridad.

De otro lado, estimó, en los términos de la Ley 1429 de 2010, está prohibida cualquier vinculación que contraría derechos laborales, encontrando, IAC en realidad enviaba sus trabajadores en misión a SALUDCOOP y no para el cumplimiento de actividades de IAC, los cuales siempre estaban bajo la subordinación de la EPS, por lo que, a partir de tal consideración, declaró la

existencia de un contrato de trabajo entre el actor y la EPS SALUDCOOP entre el 1 de octubre de 2009 y el 31 de enero de 2017, periodo durante el cual duró la vinculación del demandante con IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA.

Con relación al salario, no encontró vicio alguno en la carta que alude el actor le disminuía su remuneración, pues entendió que lo que ocurrió es que en virtud de una cesión de contrato el demandante pasó de ocupar el cargo de Director Médico al de Auditor Médico.

Frente a los auxilios alimenticios y de rodamiento, no encontró prueba alguna de que fueran percibidos por el demandante y, en todo caso, dijo, existió un pacto de exclusión salarial entre las partes plasmado en el contrato de trabajo.

Preliminarmente parte la Sala por indicar, aunque Saludcoop no se refirió de manera expresa a la declaratoria de existencia del contrato de trabajo efectuada por el Juez de primer grado, lo cierto es que en la alzada sí presentó inconformidad con la tercerización a la que se refirió el juzgador, situación que fue, en últimas, lo que soportó su decisión de determinar que entre esa EPS y el actor existió una verdadera relación de trabajo.

Adicional a ello, el demandante en la alzada sostiene que la prestación de sus servicios fue a favor de ambas entidades promotoras de servicios de salud (SALUDCOOP y CAFESALUD), por lo que el contrato también debió declararse con CAFESALUD E.P.S., en tanto se configuran todos los elementos del vínculo laboral.

Bajo tal entendido, para esta Corporación, la existencia del contrato de trabajo entre el demandante y SALUDCOOP, así como con CAFESALUD E.P.S., es un aspecto para analizar en esta instancia y en esa medida, y por razones de método, se iniciará con estos puntos de las apelaciones formuladas por el actor y SALUDCOOP.

Conforme lo anterior, debe recordarse, lo que configura el contrato de trabajo es la forma como se ejecuta la prestación, es decir, debe hacerse primar la realidad

sobre la apariencia formal, de acuerdo con el artículo 53 Constitucional y el entendimiento jurisprudencial y doctrinal entorno al tema.

En ese sentido, y de manera preliminar, es importante anotar que en el asunto se encuentra acreditado que el actor suscribió un contrato de trabajo a partir del 1 de octubre de 2009 con IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA (folio 549 a 552), el cual finalizó por decisión de la misma el 31 de enero de 2017 (folios 562 a 564); no obstante encontrarse probado ello en el sub lite, argumenta la parte actora que en virtud del mismo, prestó sus servicios personales para las Empresas Promotoras de Servicios de Salud CAFESALUD y SALUDCOOP, desempeñando actividades bajo la continuada subordinación y dependencia de esas EPS, por lo que, considera, se desvirtúa la independencia de quien dice ser su empleadora, advirtiendo, esta carece de la capacidad para cubrir los gastos de sus empleados con sus propios medios, no tiene libertad, ni autonomía, ya que las actividades son llevadas a cabo en las instalaciones físicas de las EPS y las instrucciones son impartidas por las beneficiarias de sus servicios. Adicionalmente, supone que las labores por él desempeñadas, son acciones que tienen una causa o razón directa con las actividades previstas en el objeto social principal de las usuarias.

Por todo ello, arguye, su contratante no puede ser considerada como verdadera empleadora, siendo SALUDCOOP EPS y CAFESALUD EPS usuarias ficticias y por lo tanto verdaderas empleadoras.

Lo anterior, fuerza en este punto establecer la existencia de una intermediación o tercerización laboral, bajo la óptica del simple intermediario, como quiera que IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA no tiene la naturaleza de pre cooperativa o cooperativa de trabajo asociado, ni la de una empresa de servicios temporales.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En tales términos, su obligación no consiste en el suministro de personal, sino en lograr, por su cuenta y riesgo y a cambio de un precio, el objeto contractualmente definido con el dueño de la obra. De forma que, en este orden de ideas, su actividad no es la intermediación laboral, sino la realización de actividades especializadas que le permiten construir una determinada obra o prestar un determinado servicio.

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

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

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

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

En claro lo anterior y atendiendo las posibles instituciones que se configuran en la ejecución de las relaciones de trabajo, en el *sub examine*, se tienen las siguientes circunstancias fácticas y probatorias:

Tanto SALUDCOOP como CAFESALUD negaron que hubiesen contratado directa o indirectamente a través de intermediarios al demandante para que le prestara servicios personales, además, fueron enfáticas en sostener que nunca ha existido relación o vínculo laboral bajo ninguna modalidad, y que, su empleador es una persona jurídica independiente.

En ese orden, procede la Sala con el análisis del acervo probatorio, encontrando que al plenario se aportaron las siguientes pruebas documentales:

- Copia de los desprendibles de nómina expedidos por IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA de septiembre de 2012 a abril de 2013 (folios 531 a 538)
- Petición del 3 de junio de 2016 dirigida a IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA en la que el demandante solicita revisión de “*su caso laboral*” en la que relata (folios 539 y 540):

“(...) inicié a laborar en octubre de 2009 como médico general 8 horas, por cooperativa de trabajo asociado Talentum, periodo de prueba 3 meses, luego fui contratado por IAC gestión Administrativa como médico general 8 horas en diciembre de 2009, luego llegó otro si, donde me nombraron como auditor médico; para Diciembre de 2011, me hicieron cesión de contrato a Corporación IPS SaludCoop, para desempeñarme como Director Médico, con salario integral, luego fui llamado a la regional a continuar funciones de la EPS, me llegó otro si, donde se hacia cesión de la Corporación IPS SaludCoop a IAC gestión Administrativa a partir del 1 de enero de 2013, con el mismo cargo y salario. Para el año 2013, el Gerente Regional que estaba en ese momento, Dr. Romero, envió a la Directora administrativa de la época para que yo realizara una carta, dirigida a IAC Gestión Administrativa donde solicitaba que me contrataran como Auditor Médico, en teoría por la intervención, porque debían contratar al Director Médico de la Clínica, sin embargo yo ya no estaba por la Nómina de la Corporación IPS SaludCoop, en fin me sentí coartado y finalmente cambio de nómina se hizo a partir de mayo de 2013 (...)”

- Comunicación dirigida a IAC Gestión Administrativa calendada 31 de enero de 2013 (folio 541) en la que se solicita el cambio de cargo en la nómina, de director médico a auditor médico.
- Respuesta del 12 de enero de 2017 al derecho de petición realizado por el actor, en el que, entre otras cosas, se indica (folio 545 a 547):

“En cuanto a su solicitud de que se le informe su situación laboral y la desmejora salarial me permito indicarle:

- 1. Usted inicialmente fue contratado por IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA el 01 de octubre de 2009 como médico CTC (se adjunta contrato).*
- 2. El 01 de agosto de 2011 le realizaron por parte de IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA un ajuste de salario por el valor de \$2.849.760 y un auxilio de alimentación y rodamiento de \$712.440.*
- 3. El día 01 de diciembre de 2011 le realizaron cesión de contrato a la CORPORACIÓN IPS SALUDCOOP en iguales condiciones y su nuevo empleador le realizó otrosí con cambio de cargo y salario (...)*
- 4. El 01 de enero de 2013 le realizaron nuevamente cesión de contrato a IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA en representación de CAFESALUD EPS en virtud el contrato de mandato y de esta forma se le cambio nuevamente cargo y salario (...) donde se evidencia que tenía conocimiento y aceptaba las condiciones laborales de la cesión como lo son salario y cargo.*
- 5. De igual forma se expide certificación de vínculo”*

- Copia del contrato de trabajo a término indefinido para labores administrativas suscrito entre IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA y JESÚS EMILIO LOZANO MENDEZ el 1 de octubre de 2009 (folios 549 a 552), para prestar servicios en la ciudad de Ibagué, sin que se especifiquen si por virtud del mismo se prestarían servicios a un tercero.
- Otrosí de modificación al contrato de trabajo de fecha 1 de agosto de 2011 signado por el demandante e IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA, en el que se acuerda que el salario básico a partir de esa fecha sería de \$2.849.760, además, el auxilio de rodamiento y alimentación sería de \$712.440 (folio 553).

- Copia de la cesión de contrato de trabajo entre IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA Y COPORACIÓN IPS SALUDCOOP (folios 554 y 555) la cual tiene por objeto:

“PRIMERO: OBJETO: IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA cede a CORPORACIÓN IPS SALUDCOOP a partir del Primero 01 de Diciembre de 2011, la totalidad de las relaciones derivadas de un contrato de trabajo con la persona que relaciono a continuación:

<i>NOMBRES</i>	<i>APELLIDOS</i>	<i>DOCUMENTO DE IDENTIFICACIÓN</i>	<i>FECHA INICIO RELACION LABORAL</i>
<i>JESUS EMILIO</i>	<i>LOZANO MENDEZ</i>	<i>14012491</i>	<i>01 de Octubre de 2009</i>

(...)”

- Otrosí al contrato de trabajo entre CORPORACIÓN IPS SALUDCOOP Y JESÚS EMILIO LOZANO MENDEZ modalidad salario integral (folios 556 a 558), firmada el 1 de enero de 2013
- Otrosí al contrato de trabajo suscrito entre Jesús Emilio Lozano Méndez e IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA (folio 559) calendado 1 de abril de 2013, en el que se acuerda que el cargo a desempeñar es el de auditor médico, el salario y una bonificación por alimentación y rodamiento.
- Certificación expedida por IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA el 12 de enero de 2017 (folio 561) en la que hace constar:

“Que de acuerdo a nuestros registros, en virtud del Contrato de Mandato celebrado entre CAFESALUD EPS en calidad de mandante e IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA EN LIQUIDACIÓN en calidad de Mandataria, por requerimiento expreso de un representante del mandante se vinculó el (la) señor (a) JESUS EMILIO LOZANO MENDEZ identificado (a) con la cédula de ciudadanía número 14012491 con contrato de trabajo a término INDEFINIDO desde el día 01 de Octubre de 2009 desempeñando el cargo AUDITOR MÉDICO para la E.SP.S quien fuera destinataria de los servicios prestados por el (la) trabajador (a), con una asignación salarial mensual Tres Millones Quinientos Diez Mil Doscientos Pesos MCTE (\$3.510.200) y una asignación mensual no salarial como Auxilio de Alimentación y Rodamiento de Ochocientos Setenta y

Siete Mil seiscientos Pesos MCTE (\$877.600) remuneración definida por la entidad Mandante.

*El (la) señor (a) **JESUS EMILIO LOZANO MENDEZ**, prestaba sus servicios de manera personal en las instalaciones de la CAFESALUD EPS y bajo la subordinación directa de esta. Su remuneración estaba a cargo de CAFESALUD EPS y por tanto sujeta a los recursos económicos trasladados por ésta a la Mandataria IAC **GESTIÓN ADMINISTRATIVA EN LIQUIDACIÓN** (Contrato de realidad, arts. 53 Constitución Política <Primacía de la realidad sobre las formalidades> y artículo 23 del C.S.T” (Negrillas del texto original)*

- Comunicación del 31 de enero de 2017, por medio de la cual se da por terminado el contrato de trabajo del demandante (folio 562 y 563) por parte del Agente Especial Liquidador de IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA EN LIQUIDACIÓN. En ella se dejó consignado entre otras cosas, lo siguiente:

*“Con fundamento en todo lo anterior y en virtud del CONTRATO DE MANDATO CON REPRESENTACIÓN celebrado entre CAFESALUD EPS S.A., en calidad de MANDANTE e IAC **GESTIÓN ADMINISTRATIVA EN LIQUIDACIÓN** en calidad de MANDATARIA CON REPRESENTACIÓN y actuando conforme dicho contrato, mediante la presente, le comunico la decisión de dar por terminado su contrato de trabajo unilateralmente Sin Justa Causa, por consecuencia se deberá dar aplicación al artículo 64 del Código Sustantivo de Trabajo; esta decisión se hace efectiva a partir del 31 de enero del presente año.*

El contrato de mandato anteriormente mencionado finalizó el 8 de agosto de 2016, por decisión unilateral de la parte mandante (CAFESALUD EPS S.A.); fruto de lo anterior, Usted dejó de prestar sus servicios desde tal fecha.

Si bien dentro del contrato de mandato celebrado entre IAC Gestión Administrativa y CAFESALUD EPS S.A. se indica que formalmente el empleador de Usted era la mandataria, lo cierto es que de los hechos que se desprenden de la realidad se deduce sin lugar a dudas que su vínculo laboral fue en realidad con CAFESALUD EPS S.A.; debido a que era esta sociedad la que tenía todas las potestades que surgen del poder de subordinación; recibía el servicio personal que usted prestaba y a su vez era la que garantizaba el pago de su remuneración, prestaciones sociales y parafiscales. En consecuencia el no reconocimiento a partir del 9 de agosto de parte de la mandante de ningún valor producto de su relación laboral y del no reconocimiento de la realidad de su vínculo como verdadera empleadora, se le informa que dichos pagos estarán sujetos a que CAFESALUD EPS S.A. realice el giro de los dineros respectivos” (Negrilla y Subrayas del texto original)

- Relación de pago de aportes en salud a SALUDCOOP EPS, en el que figura como empleador IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA desde noviembre de 2009 a noviembre de 2015, con excepción de los periodos comprendidos entre enero de 2012 y enero de 2013 que fueron realizados por CORPORACIÓN IPS SALUDCOOP (folios 567 a 572)
- Copia del contrato de mandato suscrito entre CAFESALUD EPS S.A. e IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA el 1 de junio de 2008 con el fin de que esta última realizara procesos administrativos de esa EPS (folios 465 a 471)
- Contrato DNC-CF-0383 -2014 de mandato suscrito entre CAFESALUD EPS e IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA el 13 de abril de 2015 (folios 472 a 475) y otrosí al mismo (folio 476)
- Copia de la terminación unilateral del contrato de mandato celebrado entre CAFESALUD e IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA (folio 483), el 30 de junio de 2016.
- Copia del contrato de mandato suscrito entre SALUDCOOP EPS e IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA (folios 498 a 510) del 1 de junio de 2008, en el que la mandataria se comprometió a llevar a cabo procesos administrativos como revisión y auditoría de cuentas médicas, gestión documental, mensajería captura y validación de datos.
- Contrato DNC-SC-0380-2014 de mandato suscrito entre Saludcoop EPS OC en intervención e IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA del 15 de agosto de 2014 (folios 511 a 528), con idénticas obligaciones a las del anterior.

Pues bien, de entrada debe señalarse, con la documental reseñada, a juicio de esta Sala de decisión, no se logró demostrar que en virtud del contrato de trabajo suscrito por el actor con IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA, el primero prestó sus servicios personales en favor de la entidad a la que se condenó en primer grado -EPS SALUDCOOP- y en ese orden ante la ausencia de prueba de este elemento, en los términos señalados en la demanda, no es dable dar aplicación a la presunción contenida en el artículo 24 del C.S.T., ni entender, respecto de esta EPS, que para el periodo del 1 de octubre de 2009 al 31 de enero de 2017 fungió como “*verdadera empleadora*” y correlativamente IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA como simple intermediaria, pues para ello, como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia, era necesario que la parte actora cumpliera con su carga probatoria demostrando la prestación personal del servicio en favor de la EPS SALUDCOOP como se pide desde el libelo introductor.

La anterior conclusión no se desvirtúa ni siquiera con los interrogatorios de parte absueltos por los representantes legales de EFECTIVA CTA⁵, IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA⁶ e IAC ACCIÓN Y PROGRESO⁷, pues las preguntas y respuestas estuvieron encaminadas a obtener confesión respecto a la unidad de empresa pretendida, sin que se efectuara cuestionamiento alguno frente a la situación particular del demandante, pese a que en sus declaraciones reconocieron la existencia de los contratos comerciales entre la IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA y la EPS SALUDCOOP y la presencia de personal vinculado a esta última que prestaba servicios a la EPS SALUDCOOP y otras empresas del grupo SALUDCOOP.

Del mismo modo, la prestación personal del servicio a favor de SALUDCOOP EPS OC tampoco deviene demostrada del testimonio rendido por JENNY PAOLA ACOSTA⁸ quien refirió conocer al demandante solo en relación con el proceso, por lo que no le consta directamente la situación particular de este, ni quien lo contrató, quien le pagaba su remuneración y otros aspectos propios de

⁵ Cd folio 1095, récord 1:15:43

⁶ Cd folio 1095, récord 1:58:12

⁷ Cd folio 1095, récord 2:11:26.

⁸ Cd folio 1095, récord 2:37:39.

su vinculación, refiriéndose de manera genérica que “*todos los trabajadores*” de IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA estaban en la misma situación, prestaban sus servicios para empresas del grupo Saludcoop, pues esta “*proveía personal a las empresas*”.

Es pertinente indicar además, aun cuando en la audiencia de conciliación se tuvo por cierto el hecho 71 que alude que las funciones del actor se desarrollaban en beneficio “*de las dos EPS aquí demandadas: CAFESALUD (regímenes contributivo y subsidiado) y SALUDCOOP*” (folio 626), tal situación, derivada de una presunción legal puede ser susceptible de ser desvirtuada o verificada a través de otros medios de prueba, y en todo caso, no resulta consistente con otros hechos de la demanda en los que el mismo demandante refiere que “*la jefe inmediata de mi poderdante era la señora Erika Prada, quien para esa época ostentaba la calidad de Directora Médica Regional Tolima de CAFESALUD EPS S.A.*” (hecho 60, folio 624); “*fue enviado por IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA a laborar al Edificio CAFESALUD EPS de la ciudad de Ibagué, carrea 5 No 28 -85 Barrio Hipódromo*” (folio 623, hecho 52) y “*el 8 de agosto de 2016, CAFESALUD EPS S.A., dio la orden a todas sus dependencias a nivel nacional, de no permitir el ingreso a dichas instalaciones del personal que laboraba en misión para ellos, que tenían vinculo laboral con IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA*” (folio 628, hecho 94), razón por la cual desde esa última fecha “*no pudo continuar laborando en las instalaciones de CAFESALUD EPS como lo venía haciendo hasta ahora, por la decisión de ésta EPS de no dejarlo entrar a sus instalaciones*” (folio 629, hecho 95).

Adicionalmente aunque también señaló que trabajó en la CLÍNICA SALUDCOOP (folio 625, hecho 629), eso fue para el periodo que duró la cesión del contrato a la CORPORACIÓN IPS SALUDCOOP, entidad que no corresponde a la EPS SALUDCOOP demandada.

Así las cosas, se insiste, contrario a lo manifestado por el *a quo*, en el caso de marras no se encuentra demostrado que el actor prestó sus servicios para la EPS SALUDCOOP EN LIQUIDACIÓN en las fechas mencionadas en la demanda, por remisión de personal que hiciera IAC GESTIÓN

ADMINISTRATIVA, entre el 1 de octubre de 2009 y el 31 de enero de 2017 en virtud del contrato de trabajo que sostuvo con esta última y como consecuencia del mandato suscrito entre IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA y SALUDCOOP EPS, a partir de lo cual pudiera deducirse o analizarse una violación de las normas que prohíben la intermediación laboral y los efectos de una posible tercerización, por lo que se revocará la sentencia de primer grado en tanto declaró la existencia del contrato de trabajo con esa sociedad e impuso a su cargo el pago de salarios, prestaciones sociales, compensación en dinero de vacaciones, sanción moratoria, devolución de conceptos descontados y aportes a seguridad social.

Con todo, el análisis íntegro de la demanda y las contestaciones, así como los elementos de convicción detallados de manera precedente, lo que insinúan es la prestación personal del servicio del trabajador, pero en favor de CAFESALUD E.P.S., entidad con la cual, si bien en criterio del juez de primer grado no existió relación alguna, para la Sala todos ellos apuntan precisamente a determinar que quien se benefició de los servicios prestados por el convocante, en virtud del mandato suscrito entre IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA y CAFESALUD EPS, fue esta última.

Nótese, en la certificación expedida por IAC Gestión Administrativa (folio 561) se dejó claramente señalado que los servicios del demandante fueron prestados a favor de CAFESALUD E.P.S desde el 1 de octubre de 2009, en virtud del mandato suscrito entre ambas sociedades, situación que resulta consistente con lo referido por el actor en los hechos 52, 60, 94 y 95 de la demanda, mencionados anteriormente, que dan cuenta que su jefe directo estaba vinculado a la EPS CAFESALUD, que laboraba en las instalaciones de esa entidad y que fue esta quien restringió el acceso a la sede que conllevó a la cesación de la prestación del servicio, supuestos fácticos que fueron declarados confesos respecto de CAFESALUD E.P.S por su inasistencia a la audiencia de conciliación y a absolver el interrogatorio de parte.

Sumado a lo anterior, en misiva del 31 de enero de 2017 (folio 562) IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA, invocando la calidad de mandataria con

representación de CAFESALUD E.P.S. da por terminado sin justa causa el contrato del actor, a partir de esa fecha.

La revisión conjunta de los elementos de convicción y los escritos aportados por las partes en las oportunidades procesales respectivas, permiten establecer que la forma en que se ejecutó la contratación del actor, y en virtud de la cual prestó sus servicios personales a CAFESALUD, se ajustan a la situación prevista en el literal b) del artículo 35 del C.S.T., citado anteriormente, porque en la realidad, IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA agrupó trabajadores para que prestaran sus servicios a favor de otra persona para desarrollar actividades propias o conexas al giro ordinario de la EPS CAFESALUD -si se tiene en cuenta que el actor se desempeñó como auditor médico-, pero bajo la subordinación de la última.

A más de ello, no se acreditó en autos que en el contrato de servicios suscrito entre CAFESALUD EPS e IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA, esta última ejecutó la actividad asumiendo los riesgos, con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica, a partir de lo cual se pudiera concluir fue un contratista independiente. De hecho, las diferentes comunicaciones cruzadas entre esas dos sociedades (folios 477, 478-479, 480 a 482, 484, 484A, 485, 486, 487, 488 a 492, 493 a 497) permiten establecer que GESTION ADMINISTRATIVA dependía de las instrucciones que sobre los empleados impartiera CAFESALUD, incluso, para proceder a la terminación de los contratos de trabajo en la que IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA solicitó el plazo suficiente para solicitar las autorizaciones respectivas ante el Ministerio de Trabajo para proceder a poner fin a los vínculos laborales de aquellos trabajadores que prestaban servicios en esa EPS en virtud del mandato que la EPS terminó de manera unilateral con el ánimo, entre otros, de “*normalizar su planta de personal*”. Adicionalmente, en la cláusula segunda del contrato No. DNC-CF-0383-2014 se acordó entre las instituciones que “*el mandato que por este contrato se celebra es con representación, por lo que EL MANDATARIO actúa por cuenta y nombre de CAFESALUD E.P.S*”⁹

⁹ Negrilla y subrayas de la Sala.

Lo señalado permite establecer, que existió un contrato de trabajo entre el demandante y CAFESALUD E.P.S. y que IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA fungió como simple intermediaria, advirtiéndose, no existe ningún medio de prueba dentro del informativo con la cual se desvanezca la subordinación, por lo que se declarará, para todos los efectos que el verdadero empleador del convocante del juicio fue CAFESALUD E.P.S.

Con relación a los extremos, y en consideración a lo expuesto, no existe duda que la vinculación tuvo su génesis el 1 de octubre de 2009 y que feneció el 31 de enero de 2017, fecha en la que IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA le informa formalmente sobre la terminación de su contrato de trabajo al demandante en los siguientes términos (folio 563):

“Con fundamento en todo lo anterior y en virtud del CONTRATO DE MANDATO CON REPRESENTACIÓN celebrado entre CAFESALUD EPS S.A. en calidad de MANDANTE e IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA EN LIQUIDACIÓN en calidad de MANDATARIA CON REPRESENTACIÓN y actuando conforme a dicho contrato, mediante la presente, le comunico la decisión de dar por terminado su contrato de trabajo unilateralmente Sin Justa Causa, por consecuencia se deberá dar aplicación al artículo 64 del Código Sustantivo de Trabajo: esta decisión se hace efectiva a partir del 31 de enero del presente año.

El contrato de mandato anteriormente mencionado finalizó el 8 de agosto de 2016, por decisión unilateral de la parte mandante (CAFESALUD EPS S.A.); fruto de lo anterior, Usted dejó de prestar sus servicios desde tal fecha” (Negrilla y Subrayas de la Sala)

En el asunto, importante resulta precisar, si bien según dicha comunicación el actor dejó de prestar sus servicios a CAFESALUD el 8 de agosto de 2016, lo que haría pensar que la relación laboral finalizó en esa fecha, lo cierto es que ello no obedeció a razones imputables al trabajador, en tanto de acuerdo a lo relatado por el actor¹⁰ y la certificación de folio 561, en la anotada calenda CAFESALUD E.P.S “no permitió el ingreso del o (la) trabajador (a) JESÚS EMILIO LOZANO MENDEZ a su lugar habitual de trabajo”, empero, a pesar de ello el demandante “estuvo pendiente y dispuesto a cumplir las indicaciones u órdenes que le hicieran IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA o CAFESALUD EPS

¹⁰ “CAFESALUD EPS S.A., dio la orden a todas sus dependencias a nivel nacional, de no permitir el ingreso a dichas instalaciones del personal que laboraba en misión para ellos, que tenían vínculo laboral con IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA” (hecho 94, folio 628).

S.A.” (hecho 96, folio 629), debiendo recordar, en los términos del artículo 140 del C.S.T el trabajador tiene derecho a percibir el salario aun cuando no preste el servicio cuando ello ocurra por disposición o culpa del patrono, y eso es lo que aquí acontece. Por ende, aun cuando no se prestó el servicio por el empleado desde el 8 de agosto de 2016, el contrato solo puede entenderse finalizado el 31 de enero de 2017 cuando se comunica el despido por parte de IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA, pues el demandante siguió en disposición de cumplir las órdenes de su empleador y si no laboró, se itera, fue por causa de este último.

Debe aclararse además, pese a que tal como quedó plasmado en la misiva de despido, el mandato de IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA había finalizado el 8 de agosto de 2016, no debe perderse de vista que GESTIÓN ADMINISTRATIVA, en la contratación del trabajador fue una simple intermediaria de CAFESALUD, y en ese entendido, aunque formalmente se terminó el mandato, la decisión de terminar el contrato de trabajo del actor de manera unilateral resulta vinculante para esta última por ser quien dio lugar a la relación laboral.

Frente a las condenas impuestas por el Juez de primer grado, las cuales estaban en principio, y principalmente, a cargo de SALUDCOOP E.P.S. en virtud de la relación laboral declarada con esta, la cual es ahora objeto de revocatoria, claro resulta que habiéndose concluido que su empleador fue en realidad CAFESALUD E.P.S. no pueden trasladarse automáticamente las mismas a su cargo, sino que debe analizarse su procedencia respecto de esta entidad, a lo que procederá la Sala.

Bajo las premisas anteriores a continuación se estudian las pretensiones de la demanda que tienen relación directa con la relación laboral declarada, previo examen de la excepción de prescripción oportunamente propuesta por la encartada CAFESALUD E.P.S. (folio 906)¹¹, verificándose en esta instancia el demandante no elevó reclamación alguna y acudió a la jurisdicción el 23 de marzo de 2017 (fl. 608), por lo que solo logró interrumpir el término de

¹¹ Por auto del 17 de mayo de 2019 se tuvo por contestada la demanda (fl. 1041)

prescripción previsto en los artículos 488 del C.S.T y 151 del C.P.T respecto de los derechos que se hicieron exigibles en los 3 años anteriores a la interposición de la acción, operando tal fenómeno respecto de aquellos exigibles con anterioridad al **23 de marzo de 2014**, advirtiéndose debe excluirse de tal fenómeno la compensación de vacaciones y la indemnización moratoria por cuanto éstas se hacen exigibles a la terminación del contrato, así como los aportes a seguridad social que no se afectan por este fenómeno.

En consecuencia de lo anterior, las pretensiones condenatorias relacionadas en los numerales primero y segundo (folios 636 a 638), en las cuales procura el actor la reliquidación de las cesantías, intereses a las cesantías y primas de servicios causadas en las anualidades 2009, 2010, 2011, teniendo en cuenta como factor salarial del auxilio de rodamiento y alimentación están afectados por el fenómeno prescriptivo, relevándose la Sala del estudio de la incidencia salarial de estos conceptos.

Ahora, procura el demandante se declare la nulidad del otrosí suscrito el 1 de abril de 2013 (folio 559) por cuanto con este se disminuyó su salario, esto es, se desmejoraron sus condiciones laborales, y en consecuencia, se establezca que su salario debió ser el mínimo integral vigente para la época. Para resolver lo pertinente, sea del caso anotar, si bien en la cláusula segunda de dicho instrumento contractual se estableció que *“la remuneración del TRABAJADOR pasa de Salario Integral a Salario Nominal a partir del 1° de Febrero de 2013”*, esa sola circunstancia no tiene la virtualidad de invalidar tal acuerdo, como quiera que lo que verdaderamente ocurrió a partir de la suscripción del otrosí (folio 559) fue un cambio de cargo de Director Médico (folio 556 a 558) al de Auditor Médico (folio 559).

Bajo tal supuesto, siendo la remuneración pactada (\$3.318.400) la correspondiente a la labor desempeñada, no encuentra la Sala razones para invalidar tal acuerdo, advirtiéndose, ningún medio de prueba fue incorporado al plenario tendiente a acreditar algún vicio en el consentimiento que diera lugar a la nulidad de dicho acto, ni tampoco con el fin de determinar que su salario, en realidad, fue el mínimo integral vigente para cada anualidad; de hecho, solo

existe constancia de la remuneración percibida en 2013 (folio 559) y 2017 (folio 561), no así de las demás anualidades.

En ese orden, no resulta posible reliquidar los salarios con el mínimo integral para las anualidades 2013, 2014 y 2015, como se peticiona en el libelo introductorio.

De otro lado, aspira el actor el pago de los salarios causados y no pagados entre el 9 de agosto de 2016 y el 31 de enero de 2017. Como quiera que no existe prueba de su pago dentro de las diligencias, se condenará a CAFESALUD a cubrir el valor de los mismos, anotando, dado que no se probó el valor del salario para el año 2016 se tomará el mínimo legal mensual vigente para esa anualidad, y para el 2017, se tendrá en cuenta el certificado por IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA (folio 561), esto es, la suma de \$3.510.200. Así, hechos los cálculos correspondientes se obtiene que CAFESALUD deberá pagar a favor del actor la suma de \$6.773.620,33¹², por este concepto.

Del mismo modo, en lo que respecta a los aportes a seguridad social en pensión por ese mismo periodo (9 de agosto de 2016 a 31 de enero de 2017), no encontrándose pago los mismos, se dispondrá su cancelación previo cálculo que para el efecto realice el fondo de pensiones al que se encuentra afiliado el demandante.

Frente a los aportes al sistema de salud, debe tenerse en cuenta que para que proceda pago alguno por estos conceptos, es necesario acreditar que, debido a la falta de afiliación, el demandante tuvo que incurrir en algún costo o gasto que debiera ser sufragado con su propio peculio, situación que por demás no está

Periodo	Días	Salario	Subtotal
ago-16	22	\$ 689.455,00	\$ 505.600,33
sep-16	30	\$ 689.455,00	\$ 689.455,00
oct-16	30	\$ 689.455,00	\$ 689.455,00
nov-16	30	\$ 689.455,00	\$ 689.455,00
dic-16	30	\$ 689.455,00	\$ 689.455,00
ene-17	30	\$ 3.510.200,00	\$ 3.510.200,00
TOTAL SALARIOS			\$ 6.773.620,33

¹²

acreditada en el *sub lite*, por lo que no se dispensará condena por este concepto.

Respecto a las **vacaciones** pretendidas de los años 2014, 2015, 2016 y 2017, entiende la Sala lo perseguido es la compensación en dinero de las mismas dada la ocurrencia de la finalización del vínculo. Así, lo primero que debe advertirse es que no obra prueba de su pago ni del disfrute, por lo que como ya se dijo su exigibilidad nace a la terminación del contrato (Ver sentencia SL 11271 rad. 49888 del 2 de agosto de 2017) y en ese orden deben ser compensadas a la finalización del vínculo laboral como así lo determinó la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL7915 radicación No. 43894 del 10 de junio del 2015, precisando éstas no se encuentran afectadas por el fenómeno prescriptivo como quiera que el contrato de trabajo objeto de análisis terminó el 31 de enero de 2017 (fl. 562 a 564) y la demanda fue presentada el 23 de marzo siguiente (folio 608).

Bajo dicha precisión se procede entonces con el cálculo aritmético, en los términos del artículo 189 del C.S.T., tomando como base salarial la última remuneración devengada por el actor (\$3.510.200), lo cual arroja la suma de **\$4.095.233,33**, a favor del demandante y a cargo de CAFESALUD E.P.S.

Inician	Finalizan	Último Salario	Salario Diario	Días	Subtotal
01/10/2014	30/09/2015	\$ 3.510.200,00	\$ 117.006,67	360	\$ 1.755.100,00
01/10/2015	30/09/2016	\$ 3.510.200,00	\$ 117.006,67	360	\$ 1.755.100,00
01/10/2016	31/01/2017	\$ 3.510.200,00	\$ 117.006,67	120	\$ 585.033,33
TOTAL					\$ 4.095.233,33

Ahora, asegura el demandante que en la nómina del mes de mayo de 2016 le fueron descontadas sumas de dinero por concepto de “*bono boníssimo*”, “*crediexpress*”, “*aportes y ahorro permanente*”, “*progressando ordinario*” y “*progressando extraordinario*” (hecho 115, folio 590 vto.) las cuales no fueron girados a la Cooperativa PROGRESSA, situación que fue confesada por la representante legal de IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA quien adujo que

existía este saldo a favor del trabajador, los cuales según la relación de folio 575 corresponde a las siguientes montos:

➤ Bono Bonissimo	\$214.127
➤ Crediexpress	\$546.928
➤ Aportes y ahorro permanente	\$351.020
➤ Progressando ordinario	\$105.306
➤ Progressando extraordinario	\$245.714

En esa medida se dispondrá su pago a cargo de CAFESALUD y a favor del promotor del litigio.

Frente a la indemnización por despido sin justa causa prevista en el artículo 64 del C.S.T., acreditado se encuentra en autos que la finalización del vínculo fue como consecuencia de la decisión unilateral de IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA sin mediar una justa causa (folio 562 a 564), quien como se expuso, fungió como simple intermediaria, por ende, procede el pago de la misma en cuantía de **\$18.331.044,44**¹³.

En lo que atañe a la indemnización del artículo 65 del C.S.T., por falta de pago oportuno de prestaciones sociales, sentado está por la jurisprudencia, que la indemnización moratoria no procede de manera automática, sino que ha de analizarse la buena o mala fe con la que actuó el empleador¹⁴, examinando la

Inicio	Fin	Tiempo laborado	Último Salario
01/10/2009	31/01/2017	2640	3510200
CALCULO INDEMNIZACIÓN ART. 64			
Primer año	1	30	\$ 3.510.200,00
Años subsiguientes	6,333333333	20	\$ 14.820.844,44
TOTAL INDEMNIZACIÓN			\$ 18.331.044,44

¹³

¹⁴ "...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 1.959, G. J. T. XC, p. 423, reproducida, entre muchas otras, en las del 20 de mayo de 1.963 y el 20 de julio de 1.968).

situación específica del mismo en cada caso; de tal manera, en el sub judice, la demandada debió pagar las acreencias laborales del actor el 31 de enero de 2017, fecha en la cual se terminó el contrato de trabajo.

Pues bien, en el caso de marras se declaró la existencia de un contrato de trabajo, sin que se evidencie el pago de salarios a la terminación del vínculo, razón por la cual debe señalarse la procedencia de la condena por indemnización moratoria, pues no se evidencia una justificación atendible para la omisión del pago oportuno de las mismas, las cuales derivan de la existencia del vínculo laboral, la cual en los términos del artículo 65 del C.S.T. corresponderá a un día de salario (\$117.006,67) por día de retardo por los primeros 24 meses que corresponden a **\$84.244.800,00**. A partir del mes 25 la demandada CAFESALUD deberá cancelar al trabajador los intereses moratorios a la tasa máxima legal hasta que se verifique el pago de la obligación.

Ahora bien, en lo que corresponde a la unidad de empresa, conviene memorar, de acuerdo con el artículo 194 del C.S.T., subrogado por el artículo 32 de la Ley 50 de 1990 “(...) *Se entiende como una sola empresa, toda unidad de explotación económica o las varias unidades dependientes económicamente de una misma persona natural o jurídica, que correspondan a actividades similares, conexas o complementarias y que tengan trabajadores a su servicio.*”, advirtiendo que “En el caso de las **personas jurídicas** **existirá unidad de empresa entre la principal y las filiales o subsidiarias en que aquella predomine económicamente**, cuando, además, todas cumplan actividades similares, conexas o complementarias; (...)”

Conforme la doctrina de la Corte Suprema de Justicia, el efecto jurídico de su declaratoria, “*es tener a las varias personas jurídicas, o las varias unidades de una misma persona natural o jurídica, como una sola empresa, en beneficio del trabajador,*

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).

con miras a que éste pueda obtener el reconocimiento y pago de prestaciones que sólo están a cargo de una empresa.” (CSJ SL, 31 ago. 2010, rad. 32060, reiterada en sentencia SL6313 de 2016).

Así, en consonancia con la disposición enunciada, para que proceda la declaración de una unidad de empresa entre personas jurídicas deben concurrir dos elementos, a saber: i) las actividades que ejecuten o desarrollen las empresas deben ser similares, conexas o complementarias y ii) Debe estar acreditado el predominio económico de la sociedad principal sobre su filial o subsidiaria, a través de las personas jurídicas y no por medio de sus socios individualmente considerados¹⁵.

Sobre este segundo requisito, esto es, el predominio económico, se ha sostenido por la Corte que *“no se trata simplemente de un control societario sino de una interrelación de carácter económico y participación accionaria de la sociedad principal o matriz sobre las filiales o subsidiarias”*¹⁶. Al punto, dijo el Consejo de Estado en sentencia de la Sección Segunda del 8 marzo de 1994, rads. 5933 y 5934 (acumulados), -postura aceptada por la Corte Suprema de Justicia, entre otras en la sentencia SL 6228 de 2016 M.P. Gerardo Botero Zuluaga-, lo siguiente:

“(…) no siempre que en una unidad de explotación económica tengan injerencia varias subordinadas, hay unidad de empresa con la matriz, pues mientras que la subordinación puede depender de un control financiero o administrativo sin

¹⁵ “A juicio de la Sala, es bien claro el artículo 194 del Código Sustantivo del Trabajo, en precisar que cuando la declaratoria de unidad de empresa ha de recaer sobre personas jurídicas, no basta la existencia de una unidad de explotación económica, y la ejecución de actividades similares, conexas, o complementarias, sino que además, la prueba del predominio económico de la sociedad principal sobre las subsidiarias o filiales, constituye otro ingrediente de inexorable concurrencia, para que así pueda declararse. Así por ejemplo en pronunciamiento de 2 de junio de 1994, se dejó dicho que:

“La jurisprudencia ha señalado que cuando se trata de demostrar la unidad de empresa entre personas jurídicas es necesario evidenciar el predominio económico de una frente a las demás. \”...No basta que se den los elementos de similitud, conexidad o complementariedad para que se instrumente la unidad de empresa entratándose de personas jurídicas. Es necesario que exista un predominio económico de una frente a las otras. Pero ese predominio económico tiene que ser a través de las personas jurídicas y no por medio de sus socios individualmente considerados\”. (No. 6521).

La intelección de la Sala respecto del precepto legal mencionado, como en las sentencias 9095, de febrero 17 de 1997; 10956, de noviembre 3 de 1998; 13054, de 3 de abril de 2000, entre muchas otras, ha seguido idéntico derrotero al que se reprodujo(…)” Sentencia 16 de febrero de 2010 Radicado 35970, Corte Suprema de Justicia.

¹⁶ Corte Suprema de Justicia, Sentencia SL109-2018.

predominio de capital, éste si es el factor determinante en la unidad de empresa. Las subordinadas integrarán unidad empresarial con la matriz únicamente cuando ésta derive su control o dirección de su predominio económico (....). Para que se configure dicho predominio económico de la sociedad principal sobre la subsidiaria (...) se requiere que aquella posea más del 50% del capital y ello al tenor del artículo 261, numeral 1° del C. de Co. puede suceder directamente, o por intermedio o en concurrencia con sus subordinadas, o con las filiales o subsidiarias de éstas”

Valga precisar en este punto, que no pueden confundirse la figura de “grupo empresarial”¹⁷, predicable en el ámbito comercial, con la “unidad de empresa” que regula el Código Sustantivo del Trabajo, pues el hecho de que se configure la primera no conlleva inexorablemente a la declaratoria de la segunda. Así lo concluyó la Corte Suprema de Justicia en la sentencia citada, al señalar:

“no siempre que se esté en presencia de un grupo empresarial conformado por una sociedad principal o matriz y varias subordinadas, necesariamente hay unidad de empresa, ya que se hace indispensable verificar en todos los casos el factor del predominio económico o relación de dependencia económica que exige el mandato laboral, que lo comprende tanto la participación accionaria como el control financiero y administrativo entre las sociedades, común y recíproco, que lleve a inferir que las subsidiarias se encuentren directamente sometidas a la controlante, además que todas ellas deben cumplir actividades similares, conexas o complementarias”

En ese sentido, quien pretenda la declaratoria de unidad de empresa, debe ocuparse de acreditar, además de la ejecución de actividades conexas, similares o complementarias, que la subordinación de las sociedades filiales respecto de la principal se deriva de un predominio de capital que se evidencia en la participación accionaria y en el control financiero y administrativo entre tales personas jurídicas.

¹⁷ En los términos del artículo 28 de la Ley 222 de 1995, habrá grupo empresarial cuando “además del vínculo de subordinación, exista entre las entidades unidad de propósito y dirección”, señalando que “Se entenderá que existe unidad de propósito y dirección cuando la existencia y actividades de todas las entidades persigan la consecución de un objetivo determinado por la matriz o controlante en virtud de la dirección que ejerce sobre el conjunto, sin perjuicio del desarrollo individual del objeto social o actividad de cada una de ellas.”.

Por su parte, el artículo 260 del Código de Comercio, modificado por el artículo 26 de la Ley en comento, establece que “Una sociedad será subordinada o controlada cuando su poder de decisión se encuentre sometido a la voluntad de otra u otras personas que serán su matriz o controlante, bien sea directamente, caso en el cual aquélla se denominará filial o con el concurso o por intermedio de las subordinadas de la matriz, en cuyo caso se llamará subsidiaria”.

Verificada la concurrencia de los presupuestos a los que se refiere el artículo 194 del C.S.T., habrá de declararse la unidad de empresa, lo que da lugar, como una de las consecuencias jurídicas de esta figura, que sobrevenga la responsabilidad solidaria de dichas sociedades sobre el pago de las acreencias que se causen a favor de los trabajadores.

Descendiendo al caso de autos, preliminarmente es importante anotar, la unidad de empresa fue declarada únicamente respecto de las personas jurídicas INSTITUCIÓN AUXILIAR DEL COOPERATIVISMO - IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA, EFECTIVA COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO, IAC ACCIÓN Y PROGRESO y SALUDCOOP EPS siendo esta última la matriz o controlante de las restantes, quedando excluida por tanto CAFESALUD E.P.S. situación no recurrida en esta instancia, por lo que se analizará la procedencia de la figura de la unidad de empresa únicamente frente a aquellas respecto de las cuales se estableció la misma en la sentencia de primer grado, por haber versado sobre este punto el recurso de apelación de esas entidades.

Aclarado ello, revisado el elenco probatorio con el propósito de verificar la concurrencia de los presupuestos a que se refiere el artículo 194 del C.S.T de las denominadas subordinadas respecto de la matriz, se encuentra que al plenario fueron incorporados los certificados de existencia y representación legal de SALUDCOOP E.P.S. en liquidación (folios 67 a 127), la INSTITUCIÓN AUXILIAR DEL COOPERATIVISMO - IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA en liquidación (folios 3 a 6), EFECTIVA COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO (folios 169 a 172) e IAC ACCIÓN Y PROGRESO (folios 173 a 175).

En el primero, se observa como objeto de SALUDCOOP (folio 68 vto.):

“(…) tiene como objetivo del acuerdo cooperativo la afiliación y el registro de los afiliados del Sistema General de Seguridad Social en salud y el recaudo de sus cotizaciones, por delegación del fondo de solidaridad y garantía. Su función básica será organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del plan obligatorio de salud a los afiliados y girar al fondo de solidaridad y garantía o percibir de este dentro de los términos previstos en las normas legales, la diferencia entre los ingresos por cotizaciones de sus afiliados y el valor de las correspondientes unidades de pago por capitación, todo de conformidad con lo

establecido en la ley 100 de 1993 y en las demás normas legales que se adopten sobre el sistema general de seguridad social en salud. (...)”

Según tales documentos (CERL) el objeto de IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA (folio 3 vto. y 4) corresponde a:

“El objeto principal de la Institución es incrementar y desarrollar el sector cooperativo, mediante el cumplimiento de actividades orientadas a proporcionar preferiblemente a los organismos competentes del sector cooperativo, el apoyo y ayuda necesarios para facilitar el mayor logro de sus propósitos económicos y sociales. Para tal efecto, la institución desarrollará su línea de actividades por medio de outsourcing, siendo su objeto la prestación de todos los servicios de gestión administrativa, comercial y jurídica que cualquier persona natural o jurídica requiera, y en especial la que las entidades promotoras de salud deben adelantar dentro del proceso de afiliación, recaudo, compensación, contratación, planeación y en general todas las actividades relacionadas con el desarrollo de la gestión que se requiera para garantizar la prestación del servicio público de seguridad social en salud a sus afiliados. ACTIVIDADES Para cumplir sus objetivos la institución podrá (...) 5. Prestar los servicios de digitalización y grabación de la información de cualquier entidad y en especial de las entidades promotoras de salud. 6. Prestar servicios de carnetización que requieren las entidades promotoras de salud. 7. Prestar servicios de seguimiento, control y gestión de cobranza y recaudo judicial y extrajudicial de cartera, proveniente de las obligaciones adquiridas por cualquier entidad y en especial por las EPS. 8. Realizar operaciones de asistencia técnica y apoyo logístico en área de servicios administrativos que requieran cualquier entidad y en especial las requeridas por entidades promotoras de salud. 9. Suministrar servicios especializados para liberar procesos administrativos de cualquier entidad y en especial los de las entidades promotoras de salud en las áreas operativas que correspondan a servicios administrativos. (...) 12. Ofrecer y prestar servicios en toda gestión y trámite administrativo del proceso integral de cuentas médicas que deben realizar las entidades promotoras de salud e instituciones prestadores de salud en el ejercicio de sus actividades. (...) 15. Prestación de servicios de consultoría y asesoría a cualquier entidad y en especial a las entidades promotoras de salud sobre los procesos de gestión relacionados con la atención al público y servicio. (...) 30. Prestar el servicio de auditoria de las distintas actividades que componen la actividad de aseguramiento y prestación de servicios que realizan las entidades promotoras de salud (EPS) y las Instituciones Prestadoras de Salud (IPS) 31. Desarrollar y ejecutar procesos que permitan verificar, controlar y revisar la conformidad de las operaciones en materia de afiliación, administración del régimen contributivo y subsidiado, administración del riesgo en salud de afiliados y sistema obligatorio de garantía de calidad del sistema general de seguridad social en salud que desarrollen y ejecuten las entidades promotoras de salud EPS y las Instituciones Prestadoras de Salud -IPS. (...) 38. Prestar servicios relacionados con el funcionamiento y manejo de clínicas, centros médicos y en general de instituciones prestadores de salud (...)”

Y el de IAC ACCIÓN Y PROGRESO (folio 173 vto.) es del siguiente tenor:

“Con el propósito de fortalecer la base social de las personas que pueden ser asociadas a PROGRESSA Entidad Cooperativa de Ahorro y Crédito, la Institución Auxiliar del Cooperativismo Acción y Progreso tiene como objeto social principal la compra y venta de bienes productivos o rentables, tales como acciones, cuotas de interés social, bonos y títulos valores, de entidades COOPERATIVAS o de naturaleza comercial que promuevan Saludcoop EPS OC y/o PROGRESSA, así como activos fijos muebles o inmuebles que permitan su explotación para generación de rentas o capitales”.

Por su parte el objeto de EFECTIVA CTA (folio 169 vto.) se concretó en los siguientes términos:

“La cooperativa tendrá como objeto la producción y comercialización de bienes, la ejecución de obras y la prestación de servicios profesionales y/o técnicos de cualquier tipo, con la finalidad de generar y mantener trabajo para sus asociados de manera autogestionaria, con autonomía, autodeterminación y autogobierno, ya sea con destino a sus asociados o a terceros. Para el cumplimiento de su objeto, la cooperativa podrá prestar a servicios a terceros o a la comunidad a general servicios de mercadeo, comerciales, de seguimiento, control y gestión de cobranza proveniente de todo tipo de obligaciones, así como ejecutar obras y producir bienes.”

Ahora, en el certificado de existencia y representación legal de SALUDCOOP, se constata además que *“por documento privado sin número de representante legal del 3 de julio de 2013, inscrito el 16 de julio de 2013 bajo el número 00012613 del libro III de las entidades sin ánimo de lucro, se comunicó que se ha configurado una situación de grupo empresarial por parte de la sociedad matriz SALUDCOOP ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD ORGANISMO COOPERATIVO EN LIQUIDACIÓN”,* respecto de varias sociedades subordinadas, dentro de las cuales, de las aquí demandadas con las que se declaró la unidad de empresa, se encuentra únicamente la INSTITUCIÓN AUXILIAR DEL COOPERATIVISMO GESTIÓN ADMINISTRATIVA (folio 124 vto. y 125).

Adicionalmente, mediante Resolución 125-015813 del 21 de octubre de 2011 (folios 743 a 765) se ordenó a SALUDCOO EPS *“el registro de la situación de*

control en la Cámara de Comercio, así como en los correspondientes organismos de certificación y registro, de las entidades de naturaleza no societaria, la situación de Control y de Grupo Empresarial, que incluyan la totalidad de las personas vinculadas, que no habían sido declaradas o reconocidas espontáneamente” en las que se indica IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA (folio 761).

Conforme lo analizado y de la comparación de los textos citados, para la Sala, únicamente puede hablarse de una empresa principal y otra subsidiaria en el caso de SALUDCOOP EPS e IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA, sociedades que desarrollan actividades complementarias, no así respecto de las otras corporaciones, esto es IAC ACCIÓN Y PROGRESO y CTA EFECTIVA, quienes además no hacen parte del grupo empresarial, no tienen actividades conexas o complementarias con SALUDCOOP E.P.S, lo que permite concluir que entre estas y SALUDCOOP E.P.S no existe unidad de empresa, por cuanto no se satisface uno de los presupuestos a que se refiere la norma, y aun cuando se superara dicha circunstancia, lo cierto es que de ningún medio de convicción se puede extraer el predominio económico de SALUDCOOP E.P.S. respecto de estas, no solo porque no tiene participación social en las mismas (folios 361 a 364¹⁸ y 415 a 419¹⁹) sino porque no es posible verificar el control financiero y administrativo que ejerce la aludida EPS sobre IAC ACCIÓN Y PROGRESO y CTA EFECTIVA.

Sin embargo, frente a IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA y SALUDCOOP E.P.S., y como se explicó antes, aunque se encuentran configuradas bajo una situación de grupo empresarial, esta sola circunstancia no da lugar a declarar la unidad de empresa pretendida, pues en los términos de la norma y la jurisprudencia reseñada debe acreditarse el predominio económico, comprendido, como se anotó, por la participación accionaria y el control financiero y administrativo entre las sociedades.

¹⁸ Constitución de IAC ACCIÓN Y PROGRESO figura como única asociada y fundadora Cooperativa de los Empleados de Saludcoop, PROGRESSA.

¹⁹ Acta de constitución de CTA EFECTIVA, en la que solo participaron 10 personas naturales.

Esto último - control financiero y administrativo- puede derivarse de la situación de control que SALUDCOOP E.P.S. ejerce sobre IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA según el certificado de existencia y representación legal (folios 67 a 127 y 3 a 6) y lo ordenado por la Superintendencia de Sociedades (folios 743 a 765); empero, respecto a la participación accionaria que tiene SALUDCOOP EPS sobre IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA, bien directamente o a través de las filiales, y que debería ser superior al 50% (art. 261 del Código de Comercio), si bien al momento de la constitución de dicha Institución la participación de SALUDCOOP EPS correspondía al 70% (folios 177 a 181) la cual se mantenía para el año 2011 -anualidad en la que se establece la situación de control por parte de la supersociedades- según se lee a folio 757 en la que se destaca la intervención de SALUDCOOP en un porcentaje superior al 50% de la participación en el capital, lo cierto es que según lo consignado por la Superintendencia de Economía Solidaria en la parte considerativa del Acto Administrativo 20161400007565 de 14 de diciembre de 2016 *“por la cual se ordena la liquidación forzosa administrativa de la Institución Auxiliar del Cooperativismo Gestión Administrativa en Liquidación Voluntaria”* SALUDCOOP EPS fue retirada como asociada en virtud de la liquidación forzosa administrativa en la que está incurso esa entidad desde el 25 de noviembre de 2015 (folios 68 y vto.). Puntualmente se dejó sentado en esa resolución (folio 327):

“En uso de sus facultades legales, la Superintendencia Delegada para la supervisión del Ahorro y la Forma Asociativa Solidaria ordenó según oficio 20163100108921 del 14 de junio de 2016, una visita de inspección, motivada por la solicitud radicada bajo el No. 20164400140092 de fecha 31 de mayo de 2016, suscrita por la representante legal de la fecha, quien informa sobre el retiro de dos de los tres asociados IAC Acción y Progreso y Efectiva CTA, que conforman la organización solidaria Institución Auxiliar del Cooperativismo Gestión Administrativa y el retiro forzoso de la EPS SALUDCOOP por encontrarse adelantando un proceso de liquidación forzosa administrativa” (Negrillas de la Sala).

Al punto, debe considerarse que conforme el artículo 12 del estatuto de IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA (folios 185 a 213) el carácter de asociado de la organización se pierde entre otras causas **“por retiro forzoso”** (folio 191).

En tal sentido, actualmente no puede concluirse que existe un predominio económico de SALUCOOP EPS respecto de IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA pues con la pérdida de su calidad de asociado se eliminó su participación social y, por ende, el predominio económico que ejercía la primera respecto de la segunda.

Así, aunque pudo existir en algún momento la unidad de empresa entre esas dos personas jurídicas, actualmente no puede entenderse configurada la misma.

Valga decir, ningún otro elemento indicativo de predominio económico que detentara una de aquellas sobre la otra, emerge del examen cuidadoso de los demás elementos de juicio incorporados al plenario, y ninguno de ellos sugiere un nexo jurídico de este orden entre estas dos personas jurídicas convocadas a la litis. Tal ausencia demostrativa, impide que se declare la unidad de empresa por ser este el elemento determinante para la configuración de esta figura.

En consonancia con lo hasta aquí expuesto, habrá de revocarse la unidad de empresa que fuera declarada por el juez de primera instancia.

Agotada como se encuentra la competencia de esta instancia por el estudio de los puntos objeto de apelación, lo que sigue es la revocatoria de la misma para en su lugar absolver a las demandadas SALUDCOOP E.P.S en liquidación, IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA en liquidación, EFECTIVA COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO e IAC ACCIÓN Y PROGRESO de las condenas impuestas y declarar la existencia del contrato de trabajo entre el demandante y CAFESALUD E.P.S. y condenar a esta última a pagar a favor del demandante los salarios y vacaciones adeudadas, así como los descuentos efectuados, la indemnización por despido sin justa causa y la sanción moratoria.

SIN COSTAS en esta instancia, las de primera se revocarán y correrán a cargo de CAFESALUD E.P.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,

R E S U E L V E

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juez 16 Laboral del Circuito de Bogotá y en su lugar **ABSOLVER** a SALUDCOOP E.P.S en liquidación, IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA en liquidación, EFECTIVA COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO e IAC ACCIÓN Y PROGRESO de las pretensiones incoadas en su contra, de conformidad con las motivaciones precedentemente expuestas y **DECLARAR** que entre JESÚS EMILIO LOZANO MENDEZ y CAFESALUD E.P.S existió un contrato de trabajo entre el 1 de octubre de 2009 y el 31 de enero de 2017.

SEGUNDO: CONDENAR a CAFESALUD E.P.S a pagar a favor de JESÚS EMILIO LOZANO MEDEZ, las siguientes sumas y conceptos:

- a. Salarios.....\$6.773.620,33
- b. Compensación de vacaciones.....\$4.095.233,33
- c. Indemnización por despido sin justa causa..... \$18.331.044,44
- d. Bono Bonissimo.....\$214.127
- e. Crediexpress.....\$546.928
- f. Aportes y ahorro permanente.....\$351.020
- g. Progressando ordinario\$105.306
- h. Progressando extraordinario.....\$245.714

TECERO: CONDENAR a CAFESALUD E.P.S a pagar a favor de JESÚS EMILIO LOZANO MEDEZ, los aportes a seguridad social a pensión por el periodo comprendido entre el 9 de agosto de 2016 y el 31 de enero de 2017, previo cálculo que para el efecto realice el fondo de pensiones al que se encuentra afiliado el actor.

CUARTO: CONDENAR a CAFESALUD E.P.S a pagar a favor de JESÚS EMILIO LOZANO MEDEZ, la sanción moratoria establecida en el artículo 65 del C.S.T en suma de **\$84.244.800,00** por los primeros 24 meses (31 de enero de 2017 al 31 de enero de 2019). A partir del mes 25 (1 de febrero de 2019), deberá cancelar los intereses moratorios a la tasa máxima legal hasta que se efectúe el pago de la obligación.

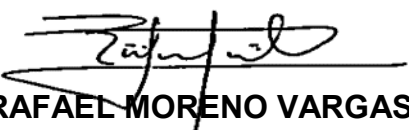
QUINTO: DECLARAR parcialmente probada la excepción de prescripción propuesta por CAFESALUD E.P.S. y no probadas las demás.

SEXTO: ABSOLVER a CAFESALUD E.P.S. de las demás pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto.

SÉPTIMO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera se revocan y estarán a cargo de CAFESALUD E.P.S.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

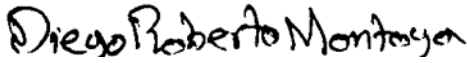
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR FLOR MARINA PAEZ
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- (RAD. 17 2018 00454 01).**

Bogotá D.C., treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020)

AUTO

Se reconoce personería adjetiva para actuar a la abogada LAURA ELIZABETH GUTIERREZ ORTIZ, como apoderada sustituta de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por MARIA JULIANA MEJIA GIRALDO, como representante legal de la sociedad MEJIA Y ASOCIADOS ABOGADOS ESPECIALIZADOS S.A.S. (folio 106).


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia únicamente por parte de Colpensiones (fls.104 y 105), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la parte actora, contra la sentencia proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 7 de febrero de 2020 (Cd. folio 88, récord 38:16, acta a folios 97 y 98), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR probadas las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de causa para demandar y cobro de lo no debido, propuestas por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES según las razones expuestas.

SEGUNDO: ABSOLVER a COLPENSIONES de todas las pretensiones incoadas en su contra por la señora FLOR MARINA PAEZ identificada con la cedula 41.684.310, según lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: CONDENAR en **COSTAS** a la demandante. En firme esta sentencia, por secretaría practíquese la liquidación incluyendo agencias en derecho a su cargo por valor de \$250.000 moneda corriente.

CUARTO: CONSÚLTESE esta sentencia con el superior en caso de no ser apelada o no ser sustentado el recurso por parte de la demandante.”

Inconforme con la decisión, el apoderado de la demandante interpuso recurso de apelación, expresando la convivencia no tiene que ser estudiada en abstracto ni de forma exegética como lo ordena la norma, sino que para cada caso en particular tiene que existir un estudio del mismo sobre las razones que llevaron a que los cónyuges se separaron o que esta convivencia no fuera continua, asegurando don Misael Vivas Vargas no estaba en condiciones dignas para que la señora FLOR MARINA PAEZ, le brindara un cuidado especial y las debidas atenciones que en su momento necesitaba.

Asegura, si bien es cierto, físicamente no existió una convivencia continuada en el mismo techo, la señora FLOR MARINA conforme lo manifestó y se demuestra en el contrato era quien se encontraba a cargo del fallecido, pues ella misma manifestó que todos los días lo visitaba con su hijo y que estuvo pendiente de todo, con lo que considera se demuestra que efectivamente la demandante nunca abandonó a su cónyuge, siempre estuvo pendiente de él independientemente que el señor Misael Vivas se haya costeado a sí mismo sus propios gastos con su pensión, precisando sí hubo una convivencia continuada en trato, en visitas, en atención y demás, que es en últimas lo que indica la Corte Constitucional se debe analizar.¹ (Cd. Folio 88, récord: 39:19)

¹ “Su señoría, deseo interponer recurso de apelación frente al fallo presentado y se justifica en los siguientes términos.

En distintas sentencias ordenadas por la Honorable Corte Constitucional, como por lo menos la sentencia T-197 de 2010, está la sentencia de tutela 324 de 2014 y por último, la sentencia de tutela 245 de 2017, han manifestado que la convivencia que es el punto álgido y el litigio en este caso, la convivencia continuada ordenada por el artículo 47 de la normatividad laboral vigente, sostiene que esta no tiene que ser estudiada en abstracto ni de forma exegética como lo ordena la norma, sino que para cada caso en particular tiene que existir un estudio el mismo que llevaron a que sencillamente que los cónyuges se separaron o que esta convivencia continuada no se diera en el mismo. Dentro del mismo, hago una cita frente a la sentencia T-197 de 2010 resumiéndola en donde la Corte Constitucional se ocupó de revisar una tutela por medio de la cual

una mujer de más de 80 años de edad solicitó que le fueran amparados sus derechos a la vida, mínimo vital etc., y que se le reconociera pensión de sobrevivientes en virtud al fallecimiento de su compañero permanente. Sostiene que la accionante acreditó que, por su parte, dependía económicamente de su cónyuge fallecido, que este no tenía otra compañera permanente y que ella era afiliada beneficiaria al sistema de seguridad social. Así mismo, sostiene que la entidad pensional COLPENSIONES negó el mismo en una declaración dada por uno de sus hijos sosteniendo que su padre no había convivido con ninguna persona durante el tiempo que se adujo en esa demanda, algo muy similar como ocurre en este caso, en el caso presente. En ese mismo momento la sala de revisión consideró que hubo una justa causa para que los cónyuges no vivieran bajo el mismo techo y que el auxilio mutuo entre ellos permaneció hasta el día de la muerte del afiliado, esta justa causa su señoría fue el estado de salud.

Así mismo, la sentencia T-324 del 2014, que también se ha citado anteriormente, en donde se demandó en su momento a la UGPP por un caso similar, sostuvo que la petición fue negada por parte de la UGPP argumentando de que no se encontraba acreditada la convivencia entre la accionante y el causante durante los cinco años anteriores a su fallecimiento, los cónyuges supérstite, demostró que dependía económicamente del fallecido y afirmó que debido a los cuidados especiales que requería, residía con su hija sin que se hubiera roto el vínculo entre ellos, ya que seguían en contacto, así mismo la sala de revisión sostuvo:

“el vínculo que unía a la accionante con el causante no se disolvió por el hecho de que dejaran de compartir un techo, pues como se pudo constatar (...) los vínculos de afecto, apoyo, dependencia económica, acompañamiento en la enfermedad y comprensión mutua no cesaron.”

Por último, su señoría y dando esta pequeña reseña de las sentencias constitucionales, sostiene que:

“la jurisprudencia ha dado por entendido, (hago un paréntesis este extracto esta en la sentencia T- 245 de 2017 por la Honorable Corte Constitucional, sigo con mi relato, donde dice) que el cónyuge o compañero supérstite tiene derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes bajo la sustitución pensional aun cuando no haya habitado el mismo techo del causante siempre que exista una causa justificada para ello. Es decir, el requisito de convivencia continua, establecido en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2013, no podrá ser analizado en abstracto, sino que es necesario hacer una evaluación de las circunstancias concretas en cada caso. De tal manera, cuando a una persona que se encuentra bajo esas circunstancias se le niega el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes o de la sustitución pensional, por un aparente incumplimiento del requisito exigido por la legislación, se le está violando su derecho fundamental al mínimo vital, si de este reconocimiento depende la materialización de una vida en condiciones dignas.”

Ahora bien, su señoría, honorables magistrados y personas que se encuentren es este recinto, es claro como se ha demostrado y como en el testimonio y demás pruebas que obran dentro del expediente administrativo de COLPENSIONES, ya sea que hubiera sido llevada por la fuerza o de forma voluntaria o de la forma que fuera, don Misael Vivas Vargas no estaba con condiciones dignas para que la señora FLOR MARINA PAEZ, quien en la demanda se presentó su historial clínico por parte de la entidad que la operó de los ojos, por lo tanto, mi poderdante no se encontraba en el momento con las capacidades dignas para brindarle un cuidados especial, para brindarle las debidas atenciones que don Misael en su momento necesitaba.

En ese orden de ideas, estimados magistrados, su señoría y presentes en la presente audiencia, es claro que dependiendo a lo manifestado por la corte Constitucional, casos como el que se encuentra en este momento y como los que se han citado, tiene que tomarse en abstracto, es claro que don Misael Vivas Vargas no se encontraba en plenitud ni tampoco mi poderdante para que estos tuvieran un cuidado o como para que mi poderdante le tuviera un cuidado bajo unas condiciones dignas, sino que fue llevado a una institución gerontológica para que allí se le ofreciera una vida digna y unos cuidados especiales que mi cliente en su momento no le podía dar, puesto que ella no tenía y no tiene en este momento, todas aquellas herramientas, cuidados, condición física y demás para brindarle a la persona, a don Misael, una vida digna, y esto se demuestra, su señoría, esta convivencia continuada, podríamos decirlo así, se demuestra inicialmente ,con la prueba presentada del contrato, donde manifiesta que mi cliente claramente se hizo responsable junto con su hijo de los cuidados del mismo.

En este orden de ideas, si bien es cierto, físicamente no existió una convivencia continuada, físicamente, pues no dependían en el mismo techo, porque no lo hubo, eso es claro y eso está probado como el a quo lo ha manifestado y los documentos presentados por la parte demandada presentó en la contestación de la demanda, si hubo, y eso quiero que quede muy claro, si hubo, si existió una convivencia, convivencia continuada no es simplemente, como bien ha dicho la Corte Constitucional y la Honorable Corte de Justicia Sala Laboral, que sencillamente haya una relación bajo un mismo techo, no, sencillamente, convivencia continuada

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante FLOR MARINA PAEZ, las pretensiones que relacionó a folio 3 del expediente, las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos consignados a folios 1 a 3, solicitando se de aplicación al principio de favorabilidad, se proteja su derecho a la seguridad social al contar con 60 años de edad y un estado de salud precario, como también al mínimo vital pues dependía económicamente del causante, en consecuencia se reconozca y pague la pensión de sobrevivientes y/o sustitución, con ocasión del fallecimiento de su compañero permanente el señor Misael Vivas Vargas, junto con el retroactivo adeudado debidamente indexado e intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 199. **Obteniendo sentencia adversa a sus pretensiones,** pues se absolvió a la encartada de todas las pretensiones incoadas en su contra, tras considerarse que la demandante no acreditó la convivencia con el causante dentro de los 5 años anteriores a su deceso,

Previo a dilucidar el debate planteado, es menester precisar, no es objeto del litigio que el señor MISAEEL VIVAS VARGAS, falleció el 4 de marzo del 2016, tal y como se constata con la copia del registro civil de defunción visible a folio 12, tampoco existe controversia en que éste se encontraba pensionado desde el 20 de junio de

sencillamente es cuando dos cónyuges, a pesar de estar separados uno del otro con circunstancias de fuerza mayor, como es en el presente caso, no se presentó, sí hubo una convivencia donde doña FLOR MARINA en testimonio rendido y como demuestra en el contrato claramente, que ella se presentó y fue quien se encontraba a cargo de él, en el testimonio que ella manifestaba que todos los días o visitaba, que con su hijo estuvo pendiente y demás, esto demuestra que efectivamente, doña FLOR MARINA nunca abandonó a su cónyuge, siempre estuvo pendiente de él independientemente que el señor Misael Vivas se haya costado a sí mismo, según testimonio de mi poderdante, sus propios gastos con su pensión, esto no acápite, a quo y demás, para determinar que efectivamente hubo un olvido por parte de mi poderdante y que sencillamente don Misael, a pesar de que mi cliente de que mi cliente estaba a cargo de él, quedó a sus suerte, sencillamente, y como dice el contrato, que ella quedó bajo su cuidado junto con su hijo y como mi cliente lo manifestó en testimonio, siempre estuvo pendiente, hasta el día de su muerte, siempre estuvo pensiones, siempre estuvo pendiente “bajo su cuidado” siempre estuvo atenta a sus necesidades, atenta a todo lo que don Misael necesitó hasta el momento de su muerte.

En virtud a ello, a quo y a quem, honorables magistrados, solicito que estos argumentos, que las sentencias manifestadas y que demás argumentos presentados por este abogado se tengan en cuenta para que mi poderdante reciba de esta manera, una pensión de sobrevivientes “dejada por su señor cónyuge” y que también, se le otorgue el derecho a la favorabilidad, a una vida digna a mi poderdante partiendo del punto que si bien es cierto, y es claro como ya he manifestado, no hubo una convivencia continuada de forma física, sí hubo una convivencia continuada en trato, en visitas, en atención y demás, que eso en últimas, es lo que nos invita la Corte Constitucional a que analicemos.”

1999, conforme lo indica la Resolución VPB 34261 del 31 de agosto del 2016, mesada que para ese año ascendía a \$716.627 (fl. 18).

En este orden de ideas, habida cuenta de la fecha de la muerte del causante, la norma que regula la situación planteada corresponde a los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificados por los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, la cual se encontraba vigente para el 4 de marzo del 2016 (fl. 12), y 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 o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad; señala el literal a) del artículo 47 citado que, en caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por **muerte del pensionado**, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte².

Precisándose respecto del tiempo de convivencia que debe acreditar la cónyuge supérstite, la Corte Suprema de Justicia, ya ha tenido oportunidad de aclarar el tema, señalando que los cinco (5) años que habla la norma para el cónyuge que va a recibir una cuota parte, puede ser cumplida en “*cualquier tiempo*” (ver sentencia SL 12442 proferida dentro de la radicación No. 47173 del 15 de septiembre de 2015³), pero para la compañera permanente, como es el caso que

² Texto subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1094 de 2003.

³ “Así las cosas, la discusión jurídica en el sub lite gira en torno a determinar si a la luz del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, el cónyuge separado de hecho que ha mantenido vigente el vínculo matrimonial tiene la condición de beneficiario y puede aspirar a la pensión de sobrevivientes así no demuestre convivencia al momento de la muerte, ni en los 5 años inmediatamente anteriores a su ocurrencia.

1.- Al respecto se ha de precisar que la jurisprudencia de esta Sala venía exigiendo tanto al cónyuge como al compañero (a) permanente demostrar convivencia al momento de la muerte, y en los dos años anteriores a ésta en vigencia del artículo 47 original de la Ley 100 de 1993 (salvo cuando en ese lapso hubieren procreado hijos comunes, que suple el requisito de convivencia de los dos años anteriores, pero no al momento de la muerte), y en los cinco años precedentes al fallecimiento cuando el deceso hubiere ocurrido estando en vigor el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 que modificó el anterior, y sin que se hiciera diferencia de si se trataba de la muerte de un afiliado o de un pensionado. (Sentencia CSJ SL, 20 may. 2008, rad. 32393). B Sin embargo, la anterior postura fue variada en relación con el (la) cónyuge a partir de la sentencia CSJ SL, 20 nov. 2011, rad. 40055, donde en un nuevo examen del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, aplicable al sub lite, esta Corporación precisó que dicho requisito no podía exigirse en casos de convivencia no simultánea entre el afiliado o pensionado con un cónyuge supérstite del que estaba separado de hecho, y un compañero (a) permanente, pues el inciso tercero del artículo 13 en comento, le confirió también «la condición de beneficiario al cónyuge separado de hecho que conserve vigente el vínculo matrimonial, quien tendrá derecho a la pensión en proporción al tiempo de convivencia con el de cujus», siempre y cuando demuestre que hubo convivencia mínimo por un término de cinco (5) años en cualquier tiempo.

nos ocupa, si se requiere que la convivencia se de en los cinco años anteriores al fallecimiento del pensionando.

Advirtiéndose frente a este punto, la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1730 de 2020⁴, señaló que la lectura de la precitada disposición (literal a) del

Más tarde, en la sentencia CSJ SL, 24 ene. 2012, rad. 41637, la Sala amplió la interpretación de ese mismo inciso tercero del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, y estimó que para efectos de que el cónyuge separado de hecho pudiera acceder como beneficiario a la pensión de sobrevivientes, no era menester la presencia de una compañera (o) permanente con convivencia no simultánea, pues dicha exigencia no resultaba proporcional ni justificada de cara a los principios y objetivos de la seguridad social, y no realizaba la protección al vínculo matrimonial que el legislador incorporó en dicha reforma, por lo que en esos eventos la esposa o esposo podía reclamar la prestación a condición de demostrar que hizo vida marital con el de cujus durante un término no inferior a cinco (5) años en cualquier tiempo.

(...)

Por último, en fallo CSJ SL, 13 mar. 2012, rad. 45038, se estableció por parte de esta Corporación, siempre en interpretación del inciso tercero del artículo 13 objeto de estudio, que la prestación de supervivencia no podía ser negada al (a la) cónyuge con vínculo matrimonial indemne, por la circunstancia de no tener sociedad conyugal vigente, porque la voluntad del legislador fue proteger la «unión conyugal» y el artículo 42 de la Constitución Política señala que «los efectos civiles de todo matrimonio cesarán por divorcio con arreglo a la ley civil». La protección debe otorgarse eso sí, mientras se demuestre vida en común entre los esposos por un lapso no inferior a cinco (5) años en cualquier tiempo. (...)

2.- Precisado lo anterior, es menester señalar que la labor del juez no se reduce a la simple aplicación mecánica de la ley, sino que en su función trascendente subyace el imperativo de hacer efectivo el bien jurídico protegido, que no se realizaría si se acogiera una interpretación exegética del inciso 3° del literal b) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993. Una lectura sistemática atendiendo la teleología del precepto conduce a su armonización con lo previsto en el artículo 46 ibídem, en el sentido que para ser beneficiario de la pensión de sobrevivientes se exige ser miembro del grupo familiar del pensionado o afiliado que fallezca. En otras palabras, el amparo se concibe en la medida en que quien reivindica el derecho merezca esa protección, en cuanto forma parte de la familia del causante en la dimensión en que ha sido entendida por la jurisprudencia de la Sala, referida en el caso de los cónyuges, a quienes han mantenido vivo y actuante su vínculo mediante el auxilio mutuo -elemento esencial del matrimonio según el artículo 113 del C.C.- entendido como acompañamiento espiritual permanente, apoyo económico, aún en casos de separación y rompimiento de la convivencia (CSJ SL, 10 de may. 2005, rad. n° 24445.) (...)

Una comprensión distinta orientada por la aplicación fría y exegética del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, que en el caso del cónyuge separado de hecho, por la sola existencia del lazo matrimonial, sin la presencia de ese vínculo dinámico y actuante de solidaridad y acompañamiento espiritual o económico, aún en la separación, permitiera el beneficio de la prestación periódica por muerte, dejaría vacía de contenido la protección de la familia que la ley verdaderamente quiere amparar. En esa medida aquel cónyuge a quien se le dispense el derecho a pesar de haber cesado la vida en común con el causante al momento del fallecimiento, además de la convivencia por un lapso no inferior a 5 años en cualquier tiempo, deberá demostrar que se hace acreedor a la protección, en cuanto efectivamente hace parte de la familia del pensionado o afiliado fallecido, y por esa razón su muerte le ha generado esa carencia económica, moral o afectiva, que es la que busca atender la seguridad social y que justifica su intervención. No se trata de excluir el amparo bajo el concepto de cónyuge culpable, sino que quien lo reclama debe hacerse acreedor a él, pues la protección de la seguridad social en la medida en que ambos regímenes tanto el de prima media como el de ahorro individual, implican un esfuerzo colectivo y solidario, debe acoger al verdadero titular, porque de lo contrario se generaría inequidad, cuando frente al bien jurídico protegido el reclamante resulte ajeno a él. (...)

⁴ “En relación con el objeto de la controversia, la doctrina reiterada de la Corte, entre otras, en las sentencias CSJ SL 32393, 20 may. 2008, CSJ SL 45600, 22 ag. 2012, CSJ SL793-2013, CSJ SL1402-2015, CSJ SL14068- 2016, CSJ SL347-2019, ha sido enfática en señalar, 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, es de cinco (5) años, independientemente de si el causante de la prestación es un afiliado o un pensionado.

Como consecuencia de la nueva integración de la Sala, se considera oportuno reevaluar la referida posición jurisprudencial, para sentar una nueva doctrina frente a la correcta interpretación de lo dispuesto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, que se armonice con los fines del Sistema Integral de Seguridad Social en general, y de la pensión de sobrevivientes en particular, así como con las razones que llevaron a establecer el requisito mínimo de convivencia allí previsto, y conforme a ellas, bajo qué presupuesto debía operar.

El Sistema de Seguridad Social Integral propende por la obtención de condiciones de vida dignas, mediante la protección de las contingencias que afectan a las personas y a la comunidad. En armonía con lo dispuesto en el art. 48 de la Constitución Política, la seguridad social es un servicio público obligatorio, que se presta en los términos y condiciones previstas en la ley, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad; de ella, hace parte el Sistema General de Pensiones, instituido con la finalidad específica de amparar de las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte.

Tal como lo recordó el Tribunal, para definir el contenido constitucional del derecho a la pensión de sobrevivientes, la Corte Constitucional ha desarrollado una serie de principios, condensados en la sentencia CC C-1035-2008, así:

1. Principio de estabilidad económica y social para los allegados del causante: Desde esta perspectiva, ha dicho la Corte que “la sustitución pensional responde a la necesidad de mantener para su beneficiario, al menos el mismo grado de seguridad social y económica con que contaba en vida del pensionado fallecido, que al desconocerse puede significar, en no pocos casos, reducirlo a una evidente desprotección y posiblemente a la miseria”

2. Principio de reciprocidad y solidaridad entre el causante y sus allegados: En el mismo sentido, la Corte ha concluido que la sustitución pensional busca impedir que sobrevenida la muerte de uno de los miembros de la pareja, el otro se vea obligado a soportar individualmente las cargas materiales y espirituales, por lo cual “el factor determinante para establecer qué persona tiene derecho a la sustitución pensional en casos de conflicto entre el cónyuge supérstite y la compañera o compañero permanente es el compromiso de apoyo afectivo y de comprensión mutua existente entre la pareja al momento de la muerte de uno de sus integrantes”

3. Principio material para la definición del beneficiario: En la sentencia C-389 de 1996

“(…) la legislación colombiana acoge un criterio material -esto es la convivencia efectiva al momento de la muerte- como elemento central para determinar quien (sic) es el beneficiario de la sustitución pensional, por lo cual no resulta congruente con esa institución que quien haya procreado uno o más hijos con el pensionado pueda desplazar en el derecho a la sustitución pensional a quien efectivamente convivía con el fallecido”

Por otra parte, al analizar la constitucionalidad del aparte de la disposición que ocupa la atención de la Sala, en la sentencia CC C-1094-2003, la referida Corporación señaló:

2.3. Requisitos y beneficiarios de la pensión de sobrevivientes

Esta Corporación se ha pronunciado acerca de la finalidad y legitimidad de los requisitos de índole temporal o personal que señale el legislador para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes. Según lo expuesto en la sentencia C-1176 de 2001, **es razonable suponer que las exigencias consignadas en los artículos demandados buscan la protección de los intereses de los miembros del grupo familiar del pensionado que fallece, ante la posible reclamación ilegítima de la pensión por parte de individuos que no tendrían derecho a recibirla con justicia.** Igualmente suponer que el señalamiento de exigencias **pretende favorecer económicamente a matrimonios y uniones permanentes de hecho que han demostrado un compromiso de vida real y con vocación de permanencia;** también se ampara el patrimonio del pensionado, de eventuales maniobras fraudulentas realizadas por personas que sólo persiguen un beneficio económico con la sustitución pensional. Por esto, dijo la Corte, **con el establecimiento de tales requisitos se busca desestimular la ejecución de conductas que pudieran dirigirse a obtener ese beneficio económico, de manera artificial e injustificada.**

La jurisprudencia constitucional ha resaltado también que el artículo 48 de la Constitución otorga un amplio margen de decisión al legislador para configurar el régimen de la seguridad social.

En ejercicio de esta atribución y de acuerdo con las disposiciones demandadas, las cuales guardan una estrecha relación material entre sí, el legislador distingue entre requisitos exigidos en relación con las condiciones de causante al momento de su fallecimiento (art. 12) y calidades de los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes (art. 13).

[...]

2.5. Constitucionalidad del artículo 13 de la Ley 797

Los literales a) y b) del artículo 13 en referencia consagran las condiciones para que el cónyuge o compañero o compañera permanente supérstite sea beneficiario de la pensión de sobrevivientes. De ellas, los accionantes impugnan tres aspectos en particular: i) el requisito de convivencia con el fallecido por no menos de 5 años continuos con anterioridad a su muerte; ii) el reconocimiento en forma vitalicia o en forma temporal del derecho a la pensión de sobrevivientes, en consideración a la edad del cónyuge o compañero supérstite; y iii) el reconocimiento en forma vitalicia o en forma temporal del derecho a la pensión de sobrevivientes, en consideración al hecho de haber tenido hijos o no con el causante.

Como se indicó, el legislador, de acuerdo con el ordenamiento constitucional, dispone de una amplia libertad de configuración frente a la pensión de sobrevivientes. Además, según lo tiene establecido esta Corporación, el señalamiento de exigencias de índole personal o temporal para que el cónyuge o compañero permanente del causante tengan acceso a la pensión de sobrevivientes “constituye una garantía de legitimidad y justicia en el otorgamiento de dicha prestación que favorece a los demás miembros del grupo familiar”.

En relación con los cargos formulados, la Corte encuentra que, en principio, la norma persigue una finalidad legítima al fijar requisitos a los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, lo cual no atenta contra los fines y principios del sistema. En primer lugar, el régimen de convivencia por 5 años sólo se fija para el caso de los pensionados y, como ya se indicó, con este tipo de disposiciones lo que se pretende es evitar las convivencias de última hora con quien está a punto de fallecer y así acceder a la pensión de sobrevivientes.

Además, según el desarrollo de la institución dado por el Congreso de la República, la pensión de sobrevivientes es asignada, en las condiciones que fija la ley, a diferentes beneficiarios (hijos, padres y hermanos inválidos). Por ello, al establecer este tipo de exigencias frente a la duración de la convivencia, la norma protege a otros posibles beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, lo cual está circunscrito dentro del ámbito de competencia del legislador al regular el derecho a la seguridad social. (Subraya y negrilla fuera de texto)

Para la Sala, dada la nueva revisión del alcance de la norma acusada, las anteriores consideraciones deben permanecer incólumes, ante lo expuesto por la misma Corte Constitucional en la sentencia CC C-336-2014, aducida por la censura, en la que tangencialmente equiparó el requisito de convivencia mínima, en el caso de afiliado y pensionado, y acto seguido citó la sentencia CC C-1176-2001 y la anteriormente referida, en cuanto al límite temporal exigido a los beneficiarios del pensionado y su legítimo fin; empero, el análisis de constitucionalidad efectuado se encontraba dirigido en esa oportunidad, a otros supuestos contenidos en la norma, esto es, el aparte final del último inciso del literal b) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, por lo que no tiene la virtualidad de modificar lo considerado en la sentencia CC C-1094-2003, además de no constituir el objeto de este recurso.

Y es que, de la redacción del precepto legal, se itera, el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el art. 47 de la Ley 100 de 1993, se 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; 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 en la norma acusada, así:

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; (subraya y negrilla fuera de texto)

Adicionalmente, en la exposición de motivos de la Ley 797 de 2003, cuando se procedió a la sustentación de los preceptos del proyecto de ley, en lo concerniente al artículo 17 «BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES», se precisó que “Se regulan los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes estableciendo uniformidad entre los regímenes de prima media y de ahorro individual con solidaridad. Adicionalmente se establece que el cónyuge o compañero permanente debe haber convivido con el pensionado por lo menos cuatro años antes de fallecimiento con el fin de evitar fraudes” (subraya y negrilla fuera de texto).

Desde la expedición de la Ley 100 de 1993, ha sido clara la intención del legislador al establecer una diferenciación entre beneficiarios de la pensión de sobrevivientes por la muerte de **afiliados** al sistema no pensionados, y la de **pensionados**, esto es, la conocida como sustitución pensional, previendo como requisito tan solo en este último caso, un tiempo mínimo de convivencia, procurando con ello evitar conductas fraudulentas, «convivencias de última hora con quien está a punto de fallecer y así acceder a la pensión de sobrevivientes», por la muerte de quien venía disfrutando de una pensión.

La evidente y contundente distinción efectuada por el legislador en el precepto que se analiza, comporta una legítima finalidad, que perfectamente se acompasa con la principal de la institución que regula, la protección del núcleo familiar del asegurado o asegurada que fallece, que puede verse afectado por la ausencia de la contribución económica que aquel o aquella proporcionaba, bajo el entendido de la ayuda y soporte mutuo que está presente en la familia, que ya sea constituida por vínculos naturales o jurídicos, que en todas sus modalidades se encuentra constitucionalmente protegida, como núcleo esencial de la sociedad (art. 42 CN).

En este punto resulta necesario precisar, que conforme al análisis hasta aquí efectuado, de lo dispuesto en el **literal a)** del art. 13 de la Ley 797 de 2003, para ser considerado beneficiario de la pensión de sobrevivientes, en condición de cónyuge o compañero o compañera permanente supérstite del afiliado al sistema que fallece, no es exigible ningún tiempo mínimo de convivencia, toda vez que con la simple acreditación de la calidad exigida, cónyuge o compañero (a), y la conformación del núcleo familiar, con vocación de permanencia, vigente para el momento de la muerte, se da cumplimiento al supuesto previsto en el literal de la norma analizado, que da lugar al reconocimiento de las prestaciones derivadas de la contingencia, esto es, la pensión de sobrevivientes, o en su caso, la indemnización sustitutiva de la misma o la devolución de saldos, de acuerdo al régimen de que se trate, y el cumplimiento de los requisitos para la causación de una u otra prestación.

Lo anterior comporta también que, contrario a lo considerado por el Tribunal, para efectos de la aplicación de lo dispuesto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, no hay lugar a efectuar ninguna distinción entre beneficiarios de un mismo tipo de causante, para el caso un afiliado, esto es, según la forma en la que se constituya el núcleo familiar, si lo es por vínculos jurídicos o naturales, en tanto éste, es decir, el núcleo familiar, es lo que protege el Sistema General de Seguridad Social. Así lo recordó la Corte Constitucional, en el análisis de constitucionalidad efectuado al art. 163 de la Ley 100 de 1993, antes de ser modificado por el art. 218 de la Ley 1753 de 2015, en la sentencia CC C-521-2007, que en torno al concepto de familia y su protección sin discriminación, en consideraciones que se avienen al Sistema Pensional, precisó:

Además de ser denominada constitucionalmente como el núcleo fundamental de la sociedad (C.Po. art. 42), la familia ha sido definida por la Corte Constitucional como “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”. De su parte, el artículo 5º. de la Carta Política establece que el Estado ampara a la familia como institución básica de la sociedad, mientras el inciso segundo del artículo 42 superior prevé que el Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia.

La jurisprudencia ha señalado el marco constitucional de protección para la familia en los siguientes términos:

“(…) en nuestro país el régimen constitucional de la familia quedó definido: (i) en el artículo 5º de la Carta, que eleva a la categoría de principio fundamental del Estado la protección de la familia como institución básica de la sociedad; (ii) en el artículo 13, en cuanto dispone que todas las personas nacen libres e iguales y que el origen familiar no puede ser factor de discriminación; (iii) en el artículo 15, al reconocer el derecho de las personas a su intimidad familiar e imponerle al Estado el deber de respetarlo y hacerlo respetar; (iv) en el artículo 28, que garantiza el derecho de la familia a no ser molestada, salvo que medie mandamiento escrito de autoridad competente con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley; (v) en el artículo 33, en cuanto consagra la garantía fundamental de la no incriminación familiar, al señalar que nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil; (vi) en el artículo 43, al imponerle al Estado la obligación de apoyar de manera especial a la mujer cabeza de familia; (vii) en el artículo 44, que eleva a la categoría de derecho fundamental de los niños el tener una familia y no ser separado de ella; y (viii) en el artículo 45, en la medida en que reconoce a los adolescentes el derecho a la protección y a la formación integral”

4. Competencia del legislador para regular el servicio de seguridad social

4.1. Atendiendo a lo dispuesto en los artículos 48, 49, 53 y 150 de la Constitución Política, el Congreso de la República cuenta con atribuciones amplias para configurar el sistema normativo a partir del cual se presta el

servicio público de seguridad social. Por tratarse de una actividad que implica atención para el bienestar de la comunidad en materia de salud, con eventuales contingencias para la vida de los asociados, el constituyente quiso que la relación entre las instituciones prestadoras del servicio y los usuarios del mismo, fuera gobernada mediante un sistema legal específico en el cual la voluntad de los contratantes juega un rol secundario frente a las decisiones del legislador, siempre y cuando éstas sean conformes con lo dispuesto en la Carta Política.

Además de servicio público, la seguridad social en salud es un derecho de carácter prestacional consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política, concebido como mandato dirigido al Estado Social de Derecho, para ensamblar un sistema conformado por entidades y procedimientos encaminados a ofrecer una cobertura general ante las contingencias que puedan afectar la salud de las personas. Según el constituyente, este derecho ha de ser garantizado con sujeción a los principios de eficiencia, continuidad, universalidad, buena fe y solidaridad, para la prevención, promoción y protección de la salud y el mejoramiento de la calidad de vida de los asociados.

4.2. El marco jurídico diseñado por el constituyente permite al legislador configurar el sistema de seguridad social en salud, dentro de los límites propios del Estado Social de Derecho y de conformidad con los principios, derechos y garantías establecidos en la Constitución Política. Precisamente, el Estatuto Superior consagró una protección igual para las uniones familiares constituidas por vínculos naturales y jurídicos, como también para las conformadas por la decisión libre de contraer matrimonio o la voluntad responsable de conformarla.

[...]

4.8. Para la Sala, la exigencia de convivir durante un lapso superior a dos años para lograr afiliarse como beneficiario del Plan Obligatorio de Salud al compañero (a) permanente, quebranta los derechos a la igualdad, seguridad social, salud, vida, libre desarrollo de la personalidad y protección integral de la familia, por cuanto el constituyente consagró una protección igual para las uniones familiares constituidas por vínculos naturales o jurídicos, como también para las conformadas por la decisión libre de contraer matrimonio o la voluntad responsable de conformarlas.

Desde una perspectiva constitucional no existe una justificación objetiva y razonable para otorgarle un trato distinto al cónyuge a quien no se le impone la obligación de cumplir un determinado período de convivencia con el afiliado, mientras que el compañero (a) no puede ser afiliado al POS si la unión permanente es inferior a dos años. Sobre esta materia es pertinente recordar el texto del artículo 42 de la Carta Política, según el cual:

[...]

4.10. La diferencia de trato entre el cónyuge del afiliado y el compañero (a) permanente del afiliado a quien se impone la obligación de convivir durante un período mínimo de dos años para acceder a las mismas prestaciones, no está justificada bajo parámetros objetivos y razonables, por cuanto se impone a éste último la carga de permanecer durante dos años sin los beneficios propios del Plan Obligatorio de Salud, brindándole como explicación que se trata de un lapso efímero durante el cual podría afiliarse como trabajador independiente al régimen contributivo o al régimen subsidiado, o acceder a los servicios en calidad de vinculado.

Similares consideraciones podrían hacerse respecto del cónyuge a quien la norma ampara como beneficiario a partir del matrimonio; sin embargo, la disposición, contrariando lo dispuesto en el artículo 13 superior, ordena darle al compañero (a) permanente un trato discriminatorio al imponerle una carga desproporcionada, en cuanto a pesar de estar conformando una familia lo obliga a permanecer durante dos años por fuera del ámbito de cobertura señalado en el artículo 163 de la ley 100 de 1993.

[...]

Mientras el artículo 2º. de la ley 54 de 1990 regula el régimen económico de las uniones maritales de hecho, el artículo 163 de la ley 100 de 1993 se aplica a la cobertura familiar en el Plan Obligatorio de Salud; es decir, una y otra disposición son ontológicamente diferentes, la primera aplicable a las consecuencias económicas derivadas de la unión marital de hecho, al paso que la segunda está relacionada con la protección integral de la familia en cuanto a la prestación del servicio de seguridad social en salud se refiere, materia ésta que vincula la protección eficaz de los derechos fundamentales a la vida en condiciones en dignas y a no ser discriminado en razón del origen familiar.

Por esta razón, desde una perspectiva constitucional el término de dos años previsto en el artículo 2º. de la ley 54 de 1990 y el de dos años establecido en el artículo 163 de la ley 100 de 1993, no pueden ser

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”*.

En ese orden, en primer lugar, según se verifica de la copia de la cédula de ciudadanía de la demandante (folio 93), esta nació el 5 de julio de 1957, por lo que a la fecha de fallecimiento del causante (4/03/2016) contaba con 58 años de edad, acreditando así el primero de los requisitos.

Así las cosas, para resolver las inconformidades presentadas por el promotor del recurso, consistentes en que la convivencia de la accionante con el pensionado fallecido se encuentra acreditada, procede la Sala con el análisis del acervo probatorio vertido en autos, así:

considerados como similares ni mucho menos homologables, pues uno y otro atienden a un origen y a unos propósitos sustancialmente distintos.

En cuanto a lo dispuesto en el art. 10 del Decreto 1889 de 1994, que prevé que se considera compañera o compañero permanente para efectos de la pensión de sobrevivientes causada por la muerte de un afiliado, la última persona que haya hecho vida marital con aquel durante un lapso no inferior a dos (2) años, otrora se consideró por la Sala había perdido fuerza con la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003, por ser de mayor jerarquía y prevalecer sobre el aludido decreto (CSJ SL1402-2015), y posteriormente, que no resultaba aplicable por cuanto reglamentó parcialmente la Ley 100 de 1993, en su versión primigenia, no así la Ley 797 de 2003 (CSJ SL347-2019). En esta oportunidad, recoge esta última tesis la Sala, para precisar que el Decreto 1889 de 1994 reglamentó parcialmente las normas del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, por lo que cobijaba las modificaciones a las mismas, siempre que no resultara contrario a ellas.

Empero, como el decreto reglamentario no puede ir más allá de lo dispuesto en la ley, imponiendo requisitos que superen lo legalmente establecido, como lo hizo en su artículo 10, que no está por demás indicar fue subrogado por el artículo 2.2.8.2.3 del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016, se considera que, para determinar quién ostenta la calidad de compañero o compañera permanente de un afiliado, a efectos de lo dispuesto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el art. 47 de la Ley 100 de 1993, debe acudirse a la noción constitucional de familia, en la forma en la que ha sido ampliamente analizada por la Corte Constitucional, entre otras, en la providencia citada.

Con lo anterior, la Sala fija el verdadero alcance de la disposición acusada, a la luz del precepto constitucional de favorabilidad, in dubio pro operario, esto es, que la convivencia mínima de cinco (5) años, en el supuesto previsto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, solo es exigible en caso de muerte del pensionado.

Por último, se precisa que, aunque aparentemente la diferenciación implícita en la disposición analizada surge discriminatoria, a la luz de lo dispuesto en el art. 13 de la CN ello no puede entenderse así, por cuanto la igualdad solo puede predicarse entre iguales, debiendo justamente establecerse para salvaguardar ese principio, la diferencia de trato entre desiguales.

En este caso, el elemento diferenciador lo constituye la condición en la que se encuentra el asegurado causante de la prestación, de un lado, el afiliado que está sufragando el seguro para cubrir los riesgos de invalidez, vejez y muerte, que no tiene un derecho pensional consolidado, pero se encuentra en construcción del mismo, y para dejar causada la pensión de sobrevivientes requiere el cumplimiento de una densidad mínima de cotizaciones prevista en la ley.

Dentro de las documentales aportadas al proceso y en lo que interesa al objeto de la litis, se destacan las siguientes copias:

- Declaración extra proceso rendida por el señor MISAEL VIVAS VARGAS (q.e.p.d.) el día 4 de junio de 2013, en la que señaló que convivía con la demandante desde el 1° de junio de 1983 (fl. 15).
- Declaraciones rendidas ante Notario Público por BEATRIZ HERNANDEZ QUINTERO (fl. 22), en la que si bien indicó que la pareja conformada por Misael Vivas Vargas y Flor Marina Páez convivieron durante 32 años en forma permanente y sin separación alguna, compartiendo techo, lecho y mesa hasta el día de fallecimiento del pensionado, lo cierto es que NO expone circunstancias de tiempo modo y lugar que permitan inferir su conocimiento directo de los hechos, la fuente y por ende su relación con las personas allí mencionadas, por ende no generan convicción.
- Declaración rendida por la propia accionante (fl. 23) donde manifiesta que convivió con el de cujus de manera permanente, continua sin separación alguna compartiendo techo, lecho y mesa desde el 1° de junio de 1983 hasta su fallecimiento el 4 de marzo del 2016
- Una página de la Historia Clínica del fallecido (fl. 27), expedidas por la Nueva EPS, en la que se refiere que padecía de Parkinson.
- Copia del contrato de prestación de servicios celebrado entre el Hogar Gerontológico LA CASITA DE TODOS y MISAEL VIVAS VARGAS (q.e.p.d.), donde se señala como responsable del interno a la Flor Marina Páez y John Vivas y que tiene como fecha de ingreso el 20 de junio del 2014 (fls. 90 a 92).
- Factura de prestación de servicios de funeraria del fallecido Misael Vivas Vargas donde figura como contratante el señor Pedro Vivas Calderón (fl. 95).
- Certificación de la FUNDACIÓN HOGAR GERONTOLOGICO LA CASITA DE TODOS, en la cual señala que el señor MISAEL VIVAS VARGAS “se

encontraba interno en nuestra Fundación (...), desde el día 15 de JUNIO del 2014 hasta la fecha de su fallecimiento que fue el día 03 de marzo del 2016” (fl. 96).

Igualmente se recepcionó el interrogatorio de parte de la demandante (Cd. fl. 74 record: 12:48) quien señaló que inició una relación sentimental con el causante en el año 1985 en el barrio Ramajal de Bogotá donde el de cujus tenía su vivienda, aduciendo haber procreado un hijo con éste quien nació en el año 1996 y para esa época vivían en el barrio Paraíso, aseguró que el fallecido tenía 4 hijos más pero que ella solo los conoció tres años después de haber iniciado la convivencia con el pensionado. Manifestó, que fueron los hijos del señor Misael Vivas (q.e.p.d.) quienes decidieron internarlo en un hogar geriátrico el 20 de junio del año 2015 el cual era cancelado con la propia pensión del de cujus, precisando que ella vivía con sus hijos mientras el fallecido se encontraba en la fundación, no obstante siempre estuvo pendiente de lo que éste requería, expresando en enero del 2016 el pensionado se retiró de dicho hogar y en marzo murió en un hospital.

En este orden de ideas, valorando las pruebas obrantes dentro de este proceso, que únicamente se limitaron a la documental atrás citada, se tiene que no hay certeza acerca de la convivencia real y efectiva exigida por Ley para el reconocimiento de la prestación pensional, pues brillan por su ausencia elementos tendientes a demostrar que la señora Flor Marina Páez y Misael Vivas Vargas (q.e.p.d) tenían un proyecto de vida como pareja, forjado en el apoyo y socorro mutuos.

Aunado a lo anterior y si bien se deben tener en cuenta las declaraciones dadas por el de cujus ante Notario Público (fl. 15), lo cierto es que atendiendo las propias afirmaciones del fallecido tan solo se acreditaría una convivencia hasta el 4 de junio del año 2013 (fecha de la declaración), desconociendo ésta Corporación lo sucedido del 5 de junio de esa anualidad hasta el 4 de marzo del 2016 data en que el declarante falleció, no probándose así la convivencia continua e ininterrumpida por lo menos del 2011 al 2016 (5 años anteriores al deceso del pensionado).

Advirtiendo la Sala en este punto, si bien la Ley no exige que la convivencia se de en un mismo techo si se debe demostrar la intención de la pareja de la continuidad del vínculo, con apoyo moral, material y efectivo y un acompañamiento espiritual

permanente, lo cual en autos no se acreditó pues se itera ni tan siquiera se logró probar la existencia de un proyecto de vida en común.

En esta misma dirección, se tiene que las afirmaciones expuestas en declaración extra juicio rendida por la demandante (fl. 23), en lo atinente a que la convivencia con el pensionado fallecido perduró por 32 años no puede ser atendida a su favor, por cuanto ello sería fabricar su propia prueba, igual sucede con las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte que absolvió pues ninguno de sus dichos se corrobora con el restante material probatorio obrante en autos y si bien en el contrato de prestación de servicios con el Hogar Gerontológico LA CASITA DE TODOS se le anota como responsable del de cujus (fl. 90), tal circunstancia no tiene la virtud de acreditar la convivencia aquí exigida.

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

Conforme a todo lo anterior, para esta Sala de decisión, tal y como lo indicó el Juez a quo, en autos no hay certeza de que la convivencia entre la demandante y el causante se haya dado dentro de los 5 años anteriores al fallecimiento del señor MISAEL VIVAS VARGAS (2011-2015), sin que se puedan atender de manera favorable los argumentos expuestos en la apelación dirigidos atacar la valoración de las pruebas, pues es de estas que se extrae justamente, conforme a lo establecido en el artículo 61 del C.P.L., que el de cujus si bien pudo tener una relación sentimental con la demandante no tenía el ánimo de crear una comunidad de vida con ella dirigida a un destino común, considerando la Sala en autos no se demostró que los compañeros no cohabitaran bajo el mismo techo de manera

continua, en razón de circunstancias especiales ya que tan solo obran las manifestaciones de la propia demandante las cuales como se advirtió no pueden ser acogidas por esta Corporación.

Frente a este punto la Honorable Corte Suprema de Justicia Sala Laboral en sentencias del 28 de octubre de 2009 radicación 34899, reiterada en las del 1° de diciembre del mismo año y 31 de agosto de 2010, radicados 34415 y 39464, respectivamente, dijo que *“(…) el alcance y entendimiento que le dio el sentenciador de segundo grado al artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 13 de la Ley 797 de 2002 (sic), no resulta desacertado, pues de conformidad con dicha preceptiva, la convivencia entre los cónyuges no desaparece por la sola ausencia física de alguno de los dos, cuando ello ocurre por motivos justificables, como de salud, oportunidades u obligaciones laborales, imperativos legales o económicos, entre otros, (...) puso de presente que (...) tiene que existir certeza que se conserva como tal, así se estén habitando lugares diferentes, lo que impone entonces la tarea de verificar cómo fue que se dio esa convivencia”, (...)*” Negrillas fuera de texto.

Por todo lo anterior, se concluye la orfandad probatoria por parte de la promotora del litigio dirigida acreditar que convivió con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte, no encontrándose demostrado por tanto el supuesto de hecho sobre el cual se funda su pretensión, destacando en los términos del artículo 167 del C.G.P., es carga de quien alega un hecho acreditar sus afirmaciones y en el caso sub-lite, quien tiene interés jurídico en que resulten probadas sus afirmaciones es la misma señora Beatriz Quesada, la cual quedó expuesta a lo que Carnelutti llama "EL RIESGO DE FALTA DE LA PRUEBA", sufriendo entonces, la consecuencia desfavorable de la *"falta de la prueba"*.

Así las cosas, como se ha venido anunciando a lo largo de esta providencia, para la Sala no se acreditó el requisito de la convivencia exigido por la normatividad aplicable y en ese orden habiéndose arribado las mismas conclusiones del Juez a *quo* lo que se sigue es la confirmación de la sentencia apelada.

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

COSTAS en esta instancia a cargo de la demandante y de la tercera ad
excludendum.

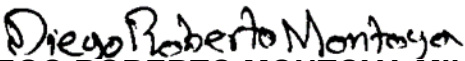
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la
República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el JUZGADO 17 LABORAL
DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C. el 7 de febrero del 2020.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandante y de la tercera
ad excludendum.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS
SALVA VOTO


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

AGENCIAS EN DERECHO: Se fija como valor por concepto de agencias en
derecho la suma de \$700.000, a cargo de la 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 DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL**

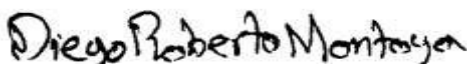
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR RODRIGO ARIAS
RESTREPO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES- (RAD. 18 2019 00027 01).**

Bogotá D.C., treinta (30) de octubre dos mil veinte (2020)

AUTO

Se reconoce personería adjetiva para actuar a la abogada LAURA ELIZABETH GUTIERREZ ORTIZ, como apoderada sustituta de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por MARIA JULIANA MEJIA GIRALDO, como representante legal de la sociedad MEJIA Y ASOCIADOS ABOGADOS ESPECIALIZADOS S.A.S. (folio 56 vto).


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por parte del demandante y Colpensiones (fls. 53, 55 y 56), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación formulado por el apoderado judicial del demandante, contra la sentencia proferida por el Juez Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 11 de marzo de 2020 (Cd. fl. 47, record 50:45 acta a folio 48), en la que se resolvió:

***“PRIMERO: ABSOLVER** a la demandada la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES- de todas y cada una de las pretensiones incoadas por el señor RODRIGO ARIAS RESTREPO, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.*

SEGUNDO: DECLARAR PROBADA la excepción de inexistencia de la obligación propuesta por la entidad demandada.

TERCERO: IMPONER COSTAS a la parte actora, señálese como agencias en derecho la suma de \$50.000 suma que deberá ser pagada por la parte actora a favor de la entidad demandada.

CUARTO: *Contra esta sentencia sólo procede el recurso de apelación. En caso que la parte demandante no apele esta sentencia, el despacho la remite al superior a efectos que se surta el* **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA.**”

Inconforme con la decisión, el apoderado judicial del demandante interpuso recurso de apelación aduciendo haberse demostrado con suficiencia los requisitos para acceder al incremento pensional por persona a cargo, asegurando la decisión tomada en la aplicación de una jurisprudencia reciente de la Corte Constitucional si bien tiene efectos de unificación con base en los incrementos aquí deprecados, lo cierto es que hay posibilidad de apartarse cuando se tengan criterios suficientes para hacerlo, y cuando exista, inclusive, una jurisprudencia de una corporación como la Corte Suprema de Justicia, que ha establecido de manera reiterada y pacífica, lo contrario a lo que expone la Corte Constitucional en esta sentencia de unificación, respecto a la vigencia de los incrementos solicitados, señalando se debe acoger por favorabilidad la posición de la posición Corte Suprema y del Consejo de Estado, que dan una aplicación más favorable para acceder a este derecho, teniendo en cuenta que se siguen promulgando sentencias en las que los incrementos pensionales por persona a cargo continúan vigentes y son plenamente aplicables a aquellos beneficiarios del régimen de transición y no solamente supeditados a aquellas personas que hayan causado su derecho en vigencia del acuerdo normativo 049 de 1990.

Por otro lado señala que es posible aplicar la prescripción de manera trienal pero parcial, teniendo en cuenta que se trata de un incremento pensional que es de tracto sucesivo, de pago en periódico en el transcurso del tiempo y que por inescindibilidad, al estar incluido en la norma que le concedió la pensión de vejez al actor, debe estudiarse la posibilidad de aplicar esta prescripción de manera trienal parcial y solamente desde la reclamación administrativa, esto es, tres años atrás sobre los incrementos pensionales causados con anterioridad el 31 de julio de 2015, es decir, fenecería el derecho de manera parcial y no total, en caso tal de estudiarse la viabilidad de la pretensión.

Con respecto a las costas, solicita que las mismas no sean impuestas al demandante, toda vez que si en gracia de discusión se obtiene sentencia

desfavorable, se debe tener en cuenta que las pretensiones aquí incoadas se dieron a través de una línea jurisprudencial, razón por la cual no habría lugar a imponer costas al demandante toda vez que se actuó de buena fe en el proceso, en busca o en aras de que se lograra reconocer su derecho, que para ese entonces la jurisprudencia daba viabilidad de éxito¹ (Cd. fl. 47, record 51:25).

¹ Gracias su señoría, estando dentro del momento procesal oportuno para hacerlo, me permito interponer recurso de apelación contra la sentencia dictada por su despacho, a fin que el honorable Tribunal Superior en su Sala Laboral revoque en todas y cada una de sus partes, la sentencia proferida por el a quo, Juez 18 Laboral del Circuito de Bogotá.

Esto en atención a que la pretensiones incoadas por mi mandante, el señor RODRIGO ARIAS RESTREPO fueron despachadas de manera desfavorable y en atención y sustento del recurso de apelación basado en que el aquí demandante demostró con suficiencia los requisitos para acceder al incremento pensional por persona a cargo y, que la decisión en contra se basó en la aplicación de una jurisprudencia reciente de la Corte Constitucional, como lo manifestó el despacho al momento de fallar, que esta jurisprudencia resulta conminante (sic) para los jueces laborales y que aplica desde el momento mismo de su publicación.

No obstante, es cierto a la honorable sala que por reparto deba conocer este recurso, que esta sentencia, si bien tiene efectos de unificación, con base en los incrementos aquí deprecados, lo cierto es que hay posibilidad de apartarse cuando se tengan criterios suficientes para hacerlo, y cuando exista, inclusive, una jurisprudencia de una corporación como la Corte Suprema de Justicia, que ha establecido de manera reiterada y pacífica, caso contrario a lo que expone la Corte Constitucional en esta sentencia de unificación, diferentes interpretaciones respecto a la vigencia del aquí incremento y que más allá de que es una sentencia de unificación, pus la misma tuvo una decisión no unánime sin simplemente mayoritaria, por demás discutida, toda vez que de los nueve votos que podían surgir para esta sentencia de unificación, se sostuvieron cuatro salvamentos de los cuales tres han sido publicados y que, con argumentos bastante sostenibles en el sentido que estos incrementos pensionales se pueden otorgar a un grupo especial de protección como lo es el aquí demandante, que hace parte de una adultez mayor, es decir, hace parte de un grupo de especial protección del estado y que además, goza como pensión un salario mínimo o un poco más, sin que este supere ni siquiera el rango de los dos salarios mínimos. Razón por la cual, este incremento pensional se torna como una ayuda casi que esencial para mejorar la calidad de vida del aquí demandante y de su cónyuge que, por demás, se demostró depende de él y que también hace parte de ese grupo especial de protección del estado pues también es una adulta mayor.

En tal sentido, su señoría, la sala debe estudiar en este caso en concreto, que la seguridad jurídica del estado también se ve atacada por este fallo de unificación, pues la jurisprudencia unificada en este fallo volvió, incluso, en contra de sus propios antecedentes jurisprudenciales y línea de decisión años atrás y que tardó más de 25 años desde la promulgación de la ley 100 para decidir un asunto de vigencia que incluso, ya había sido decantado en varias oportunidades, no solamente por Corte Suprema de Justicia, sino en varias decisiones del Consejo de Estado en sentencias con anterioridad, como la del año 2014 y 2017, que estableció que los incrementos no han sufrido ninguna derogatoria tácita, orgánica o expresa por demás y que, relevantemente van en contravía de lo que instruyó la Corte Constitucional con la SU-140 de 2019 más allá de haber puesto en disposición el conocimiento o el estudio del acto legislativo 01 de 2005, el cual tampoco le sería aplicable al aquí demandante, toda vez que fue pensionado desde el año 99, es decir, con anterioridad a esa modificación que sufrió la Constitución Política en su artículo 48, toda vez que el aquí demandante desde el año 99 le fue reconocida su pensión de vejez y desde allí también adquirió el derecho para reclamar los incrementos pensionales, y dados estos lineamientos jurisprudenciales, se debe acoger por favorabilidad la posición de la posición Corte Suprema y del Consejo de Estado, que por aplicación de lo que aquí se solicita que son los incrementos pensionales, da una aplicación más favorable para acceder a este derecho, teniendo en cuenta que siguen promulgando sentencia en las que los incrementos pensionales por persona a cargo continúan vigentes y son plenamente aplicables a aquellos beneficiarios del régimen de transición y no solamente supeditados a aquellas personas que hayan causado su derecho en vigencia del acuerdo normativo 049 del 90.

Como lo expresó la sentencia de la Corte Constitucional que con respecto, y ya entrando en discusión con las excepciones propuestas en su contestación de demanda por la parte pasiva, entre ellas la de prescripción, pues su señoría, al establecer la condición de favorabilidad interpuesta y obligatoria del artículo 53 de la Constitución Política, pues es menester de los jueces administradores de la justicia, y más en la jurisdicción laboral, que este artículo no puede pasar por alto y debe ser estudiado a fondo, no solamente sobre los lineamientos de la Corte Constitucional sino de la misma aplicación de los principios rectores del derecho de la seguridad, que simplemente obligan al juez a que cuando hay dos o más interpretaciones sobre una misma norma, se debe acoger la que resulte más favorable al caso y en este caso, es posible aplicar la prescripción de manera trienal pero parcial, teniendo en cuenta que se trata de un incremento pensional que es de tracto sucesivo, de pago en periódico en el transcurso del tiempo y que por inescindibilidad de la norma, al estar instruido en la norma que

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante, señor RODRIGO ARIAS RESTREPO, las pretensiones relacionadas a folios 4 y 5, las cuales encuentran sustento fáctico en los supuestos narrados a folios 3 a 4, encaminadas de manera principal a obtener el reconocimiento y pago debidamente indexado del incremento pensional del 14% por persona a cargo, a partir del 1° de abril de 1999, junto con el pago de las costas del proceso. **Obteniendo sentencia de primera instancia desfavorable,** por cuanto se absolvió a la encartada de todas las pretensiones incoadas en su contra, tras considerar que conforme el nuevo criterio expuesto por la Corte Constitucional en sentencia SU-140 de 2019, los incrementos pensionales solicitados perdieron vigencia con la expedición de la Ley 100 de 1993, y en esa medida como quiera que el actor no alcanzó los requisitos legales para el reconocimiento de los incrementos antes del 1° de abril de 1994, no hay lugar a imponer condena.

Previo a abordar el estudio de fondo del asunto, ha de señalarse, no fue motivo de controversia la calidad de pensionado ostentada por el demandante, tal como puede verificarse con la Resolución No. 005248 del 19 de marzo de 1999 (fl. 17), mediante la cual se le reconoció pensión de vejez por ser beneficiario del régimen de transición, siendo aplicado concretamente el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, concediendo la prestación a partir del 1° de abril de 1999, en cuantía inicial de \$336.683 (fl. 17).

le concedió la pensión de vejez, pues debe estudiarse la posibilidad de aplicar esta prescripción, en caso de resultar favorable, de manera trienal parcial y solamente desde la reclamación administrativa, tres años atrás y teniendo en cuenta que el aquí demandante lo hizo, pues esta prescripción se aplicaría solamente sobre las mesadas que hayan sido causadas o en los incrementos pensionales causados desde el 31 de julio de 2015 hacia atrás, es decir, fenecería el derecho de manera parcial y no total, en caso tal de estudiar la viabilidad de la pretensión de la prescripción.

Por eso, solicito a la honorable sala que, en el caso concreto, despache de manera favorable las pretensiones incoadas en el libelo genitor, revocando en todas y cada una de sus partes la sentencia proferida por el juez a quo. Ahora bien, con respecto a las costas, también solicito que las mismas nos sean impuestas al demandante, toda vez que si en gracia de discusión estuviese que la aplicación de que la pérdida del proceso o el despacho desfavorable de las pretensiones aquí incoadas se dio a través de una línea jurisprudencial, pues es claro que el proceso fue interpuesto y las reclamaciones administrativas por el aquí demandante fueron realizadas a la promulgación de esa sentencia de unificación, razón por la cual no habría lugar a imponer costas al demandante toda vez que actuó de buena fe en el proceso, en busca o en aras que se lograra reconocer su derecho que para ese entonces se tenía claro para una jurisprudencia que daba viabilidad de éxito para las pretensiones aquí incoadas. Por eso solicito a la sala que en caso de que confirme la sentencia proferida por el juez de primera instancia, absuelva en lo que tiene que ver con la condena en costas y agencias den derecho impuestas al aquí demandante. Es así como dejo sustentado el recurso, su señoría, muchas gracias.”

Pues bien, procede la Sala a resolver la controversia, para lo cual es menester precisar en primer término, como quedó consignado en precedencia, el demandante es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, gobernándose su prestación pensional por el Acuerdo 049 de 1990 *“por el cual se expide el Reglamento General del Seguro Social Obligatorio de Invalidez, Vejez y Muerte”* aprobado por el Decreto 758 del 11 de abril de 1990 - Diario Oficial No 39.303, de 18 de abril de 1990 -, norma esta que consagra en su artículo 21 el incremento de la prestación pensional por la compañera o hijos a cargo, el cual es invocado por el actor como fundamento legal de sus aspiraciones, y que contrario a lo afirmado en primera instancia conserva plena vigencia, como quiera que no fue derogado por la Ley 100 de 1993, y no pugna con dicha preceptiva, siendo aplicable a los afiliados a quienes se les regule su situación pensional por derecho propio o por transición con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990, como así lo ha señalado la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en múltiples pronunciamientos, criterio que ha sido expuesto en las sentencias con radicación 21517 del 27 de julio de 2005, 29751 del 5 de diciembre de 2007², 32381 del 24 de febrero de 2009³, SL1975 de 9 de mayo de 2018 radicación 51706⁴ y SL 2955 del

² *“En efecto, en los términos en que el recurrente propone se modifique el criterio doctrinal de la Corte que se acaba de transcribir y se acojan los salvamentos de voto que se le hicieron a la mencionada sentencia, es pertinente agregar, que si bien es cierto en los artículos 34 y 40 de la Ley 100 de 1993 se reguló el tema concerniente al monto de la pensión de vejez y la de invalidez de origen común, y que el artículo 36 de ese ordenamiento se refirió al IBL para aquellas personas que son beneficiarias del régimen de transición, ello no significa que al dejar de contemplar la nueva ley de seguridad social los incrementos por personas a cargo, éstos hubieren desaparecido, como bien se explicó en el citado antecedente jurisprudencial; máxime que su artículo 289 efectivamente no los derogó expresamente pero tampoco lo hizo de manera tácita, sobre todo para los casos en que sea pertinente la aplicación del Acuerdo del ISS 049 de 1990, pues contrario a lo que sostiene el censor tal beneficio no resulta contrario ni riñe con la nueva legislación que salvaguarda los derechos adquiridos, a lo que se suma que el inciso 2° del artículo 31 de la mencionada Ley 100, señala que serán aplicables al régimen de prima media con prestación definida “las disposiciones vigentes para los seguros de invalidez, vejez y muerte a cargo del Instituto de Seguros Sociales, con las adiciones, modificaciones y excepciones contenidas en esta ley”, variaciones éstas que no se dieron respecto a la temática que se trata en el asunto sometido a esta jurisdicción”.*

³ *“En lo que respecta a los incrementos por personas a cargo, sobre los que solicita el censor se haga un pronunciamiento por la Corte, debe señalarse que ya en varias oportunidades se ha ocupado esta Corporación, como en las sentencias del 5 de diciembre de 2007, radicadas bajo los números 29531 y 29714, entre otras, en donde se sostuvo que no habían sido derogados por la Ley 100 de 1993”*

⁴ *“Ahora bien, en el punto específico objeto de reproche que aduce el promotor de la revisión, con fundamento en que las normas que consagraban los incrementos de las pensiones por personas a cargo fueron derogadas con la expedición de la Ley 100 de 1993, y por ende, se produjo la violación del derecho al debido proceso y al principio de legalidad, debe precisar la Sala que ninguna razón le asiste al accionante, en la medida en que tales acrecentamientos mantuvieron su plena vigencia aun después de ser expedida la citada ley. En efecto, en torno al aspecto referido con precedencia, ya esta Corporación en forma reiterada y constante ha fijado su línea de pensamiento sobre la viabilidad y procedencia de los incrementos pensionales por personas a cargo, aún después de la promulgación de la Ley 100 de 1993, por aplicación del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la referida ley, para lo cual pueden consultarse las sentencias CSJ SL, 27 jul. 2005, rad. 21517, CSJ SL, 5 dic. 2007, rad. 29741, reiterada en CSJ SL, 10 ag. 2010, rad. 36345.”*

31 de julio del 2019 radicado 70041⁵, y que, hoy por hoy constituye una línea jurisprudencial⁶, acogiendo 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 1887⁷, persuasiva por provenir del máximo ente rector de la jurisdicción ordinaria, postura que ha asumido esta Sala de decisión en ejercicio de la autonomía judicial, sin que acoger el criterio expuesto en Casación Laboral sobre el tema, implique tornar este proveído en carente de razonabilidad, pues precisamente soportar la decisión en criterio reiterado apunta al respeto por la seguridad jurídica en esta temática, siendo ello plausible.

De tal manera, en cuanto al incremento de la mesada pensional en el 14% a favor del demandante por la señora **SOCORRO GIRALDO DE ARIAS**, resulta oportuno precisar que para acceder a dicho beneficio se requiere acreditar la calidad de cónyuge o compañera, que ésta dependa económicamente del pensionado y no sea beneficiaria de pensión alguna, aspectos que procede la Sala a verificar.

El primer requisito, esto es, la calidad de cónyuge, queda acreditada con la copia de la partida de matrimonio que milita a folio 18 del expediente, donde se evidencia que el demandante y la señora SOCORRO GIRALDO, contrajeron nupcias por el rito

⁵ “Sobre este tópico la Sala Laboral de la Corte ha definido el criterio que se mantiene imperante de que el incremento previsto en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, es procedente para quienes les fue reconocida la pensión de vejez regulada en el artículo 12 ídem, incluso después de la promulgación de la Ley 100 de 1993, bien por derecho propio o por aplicación del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de ésta ley, pues tal norma dispuso que para los efectos de otorgar la pensión de vejez a quienes tuvieran edad, tiempo de servicio o semanas cotizadas, debería aplicárseles el régimen anterior, siendo para el caso que ocupa la atención de esta Sala el citado Acuerdo, en consecuencia su aplicación debe ser total. (CSJ SL, 27 jul. 2005, rad 21517).”

⁶ “En efecto, en los términos en que el recurrente propone se modifique el criterio doctrinal de la Corte que se acaba de transcribir y se acojan los salvamentos de voto que se le hicieron a la mencionada sentencia, es pertinente agregar, que si bien es cierto en los artículos 34 y 40 de la Ley 100 de 1993 se reguló el tema concerniente al monto de la pensión de vejez y la de invalidez de origen común, y que el artículo 36 de ese ordenamiento se refirió al IBL para aquellas personas que son beneficiarias del régimen de transición, ello no significa que al dejar de contemplar la nueva ley de seguridad social los incrementos por personas a cargo, éstos hubieren desaparecido, como bien se explicó en el citado antecedente jurisprudencial; máxime que su artículo 289 efectivamente no los derogó expresamente pero tampoco lo hizo de manera tácita, sobre todo para los casos en que sea pertinente la aplicación del Acuerdo del ISS 049 de 1990, pues contrario a lo que sostiene el censor tal beneficio no resulta contrario ni riñe con la nueva legislación que salvaguarda los derechos adquiridos, a lo que se suma que el inciso 2º del artículo 31 de la mencionada Ley 100, señala que serán aplicables al régimen de prima media con prestación definida “las disposiciones vigentes para los seguros de invalidez, vejez y muerte a cargo del Instituto de Seguros Sociales, con las adiciones, modificaciones y excepciones contenidas en esta ley”, variaciones éstas que no se dieron respecto a la temática que se trata en el asunto sometido a esta jurisdicción”.

⁷ “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”.

católico el día 26 de agosto de 1963, sin que en la misma se observe nota de cesación de los efectos civiles del mismo.

Ahora bien, frente a lo segundo, en el elenco probatorio se encuentran los testimonios vertidos por JESUS ANTONIO NARIÑO⁸ (vecino y amigo del demandante), LUZ ADRIANA GARCÍA⁹ (cuñada de la esposa del actor) y ROSA JUDITH FERNANDEZ LAMPREA¹⁰ (amiga de la hija del demandante), los cuales fueron coincidentes en indicar que la señora SOCORRO GIRALDO no cuenta con ingresos, ni realiza actividades que puedan generar los mismos, además de no encontrarse pensionada, ni recibir subsidios por parte del Estado, igualmente señalaron que quien responde por los gastos del hogar es el demandante en su calidad de pensionado. Así mismo, en los testimonios rendidos por los antes mencionados, se destaca que la señora SOCORRO GIRALDO no devenga salario por ninguna labor y su único sustento económico es lo que obtiene su cónyuge como pensionado, precisando los deponentes que si bien la pareja tiene tres hijos ninguno de ellos les colabora económicamente por cuanto no viven con ellos y tienen sus respectivas familias.

Respecto de tales manifestaciones, es menester señalar, su versión goza de total credibilidad y da certeza a esta Sala de decisión dado que sus afirmaciones fueron claras, precisas, espontaneas, coincidentes entre sí y le consta de manera directa los hechos narrados en razón del grado de amistad y vecindad que ata a las testigos con la pareja, además expresaron haber compartido eventos familiares con los cónyuges, conociendo por ello como es el desarrollo de la vida de los consortes en su hogar, pues los visitan de manera constante e incluso el testigo Jesús Antonio Nariño refirió ser tan cercano al demandante que lo acompaña al médico, le ha prestado dinero para solventar los gastos del actor y de su esposa y ha evidenciado como éste hace el mercado para la casa, tal como también lo ha evidenciado la testigo Rosa Judith Fernández.

Lo anterior denota entonces que la cónyuge del accionante, dependía económicamente de éste, entonces, si de conformidad con el artículo 22 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, el derecho a los incrementos de que trata el artículo 21 de ese cuerpo normativo *“subsiste mientras perduren las causas que les dieron origen”*, y en ese orden de ideas, para acceder

⁸ CD, fol. 47, record 15:15

⁹ CD, fol. 47, record 22:55

¹⁰ CD, fol. 47, record 27:31

a dicho beneficio se requiere, según dispone el artículo 21 ibídem, que la cónyuge dependa económicamente del pensionado y no sea beneficiaria de pensión alguna y si para el asunto en concreto una y otra cosa se configuraban desde el momento a partir del cual le fue reconocido el derecho pensional del demandante, debe entenderse que en esa época nació a la vida jurídica el derecho al incremento acá discutido, debiendo ser reconocido desde dicha data.

Sin embargo, previo a abordar el estudio de la fecha a partir de la cual sería procedente el reconocimiento de los incrementos pensionales y su cuantía, entra la Sala a resolver lo atinente a la excepción de prescripción, oportunamente propuesta por la traída a juicio¹¹.

Al respecto, debe señalarse de antemano, si bien la pensión de vejez es imprescriptible, prescribiendo únicamente las mesadas pensionales en el término trienal consagrado en los artículos 488 del C.S.T. y 151 del C.P.L. y S.S., no sucede lo mismo con los incrementos del 14% por persona a cargo, pues tal como lo ha definido la Corte Suprema de Justicia, el derecho a los mismos se extingue ante la falta de reclamación dentro del término referido.

De esta manera, se estimó en Sentencia 27923 del 12 de diciembre de 2007 proferida por la Corte Suprema de Justicia, cuyos razonamientos han sido reiterados en casos análogos en Sentencias 40919 y 42300 del 18 de septiembre de 2012¹² y en la SL-01585 de 2015 radicado 45197, criterio que incluso de acompasa con lo señalado por la H. Corte Constitucional en sentencia SU 140 de 2019.

Bajo la premisa anterior, se tiene que en el caso bajo examen, el reconocimiento pensional se realizó a través de Resolución No. 005248 del 19 de marzo de 1999 (fl. 17), notificada el 23 de noviembre de la misma anualidad (fl. 17 vto), presentado

¹¹ Desde la contestación de la demanda folio 35, la cual se admitió por el Juzgado mediante auto del 12 de diciembre del 2019.

¹² “...la calidad del pensionado es permanente y vitalicia, y es en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Pero igualmente ha precisado que, una es esa condición del individuo cuya titularidad del derecho pensional no fenece con el transcurrir del tiempo y otra diferente la constituyen los derechos derivados de ese status, tales como el pago de las mesadas pensionales o, en el caso en estudio, los incrementos reclamados, pues estos últimos sí prescriben, en criterio de la Corte, según los términos del artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo y del 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social”, y agrega: “...es entonces razonable afirmar la extinción del derecho a incrementar la pensión en los porcentajes señalados en los artículos 21 y 22 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 0758 de igual año, por personas a cargo, por el acaecimiento de la prescripción. Ello al haberse cumplido el plazo trienal establecido por la ley, al punto que no es posible considerar su existencia para ningún efecto, porque al desaparecer del ámbito jurídico entran al terreno de las obligaciones naturales que, como sabe, no tienen fuerza vinculante”.

la reclamación administrativa el 31 de julio del 2018 (fls. 19 a 21), la cual se respondió de manera negativa el 1° de agosto de ese mismo año (fl. 22) es decir, desde la fecha de exigibilidad del derecho al reclamo elevado por el actor, se encuentra superado el término trienal que para la operatividad de la prescripción exige el artículo 151 del C. P. del T. y la S.S., y en esa medida, el derecho a los incrementos pensionales se extinguió, ante la falta de reclamación oportuna de los mismos dentro del lapso consagrado por la normatividad laboral, debiendo en consecuencia confirmarse la decisión de primera instancia, pero por las razones aquí expuestas.

Finalmente, respecto de las costas procesales objeto de apelación por parte del demandante, 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 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 totalmente desfavorable la sentencia de primer grado a la parte actora, lo atinente a derecho es que sea condenada en costas, como así lo definió el juez de primera instancia, se confirma su imposición.

Agotada como se encuentra esta instancia, conforme las motivaciones precedentes, se revocará parcialmente la decisión de primer grado por las razones expuestas por esta Sala de decisión, en cuanto declaró probada la excepción de inexistencia del derecho, para en su lugar declarar probada la excepción de prescripción.

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,

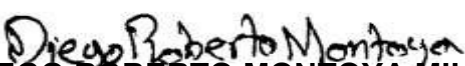
RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el numeral **SEGUNDO** de la sentencia proferida por el Juez 18 Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar **DECLARAR PROBADA LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN**, por las razones expuestas por esta Sala de decisión.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: SIN COSTAS en ésta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

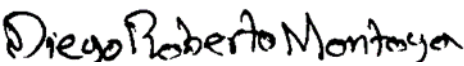
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR CARLOS MAURICIO PARRA HERNANDEZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. Y OLD MUTUAL S.A. (RAD. 22 2019 00097 01).

Bogotá D.C., treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020)

AUTO

Reconocer personería adjetiva al abogado NICOLAS RAMIREZ MUÑOZ, como apoderado sustituto de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder otorgado en sustitución por CLAUDIA LILIANA VELA como representante legal de la sociedad CAL & NAF ABOGADOS S.A.S (folio 217)


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por las demandadas PROTECCIÓN (folios 207 a 209), COLPENSIONES (folios 214 a 216) y OLD MUTUAL (folios 219 a 223), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con el fin de resolver los recursos de apelación interpuestos por PROTECCIÓN, OLD MUTUAL y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de Consulta en favor de esta

última, contra la sentencia proferida por la Juez Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 16 de junio de 2020 (Cd a folio 205, récord 1:10:04, acta a folios 202 a 203), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado efectuado por el señor CARLOS MAURICIO PARRA HERNANDEZ identificado con la cedula de ciudadanía No 79.141.361 al régimen de ahorro individual con solidaridad acaecido el primero de abril de 1994 incluido los traslados realizados dentro del mismo régimen conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: ORDENAR a Protección S.A fondo en el cual se encuentra afiliado el señor CARLOS MAURICIO PARRA HERNANDEZ a trasladar a la administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración quien está en la obligación de recibirlos y efectuar los ajustes en la historia pensional de la actora conforme lo explicado en esta providencia.

TERCERO: ORDERNAR a PROTECCIÓN antes ING S.A y OLD MUTUAL S.A a remitir a la administradora colombiana de pensiones Colpensiones los dineros que recaudo por concepto de gastos de administración durante el tiempo que perduro la aparente afiliación a este fondo conforme quedo explicado precedentemente.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas de conformidad a la parte motiva de la sentencia.

QUINTO: CONDENAR en costas a las demandadas Protección antes ING S.A Y OLD MUTUAL S.A a la suma de 1.000.000 de pesos a cargo de cada una.

SEXTO: En caso de no ser apelada la presente decisión por parte de la administradora colombiana de pensiones Colpensiones **CONSÚLTESE** a su favor ante el superior inmediato en los términos del artículo 69 del código procesal del trabajo y de la seguridad social.”.

El numeral segundo de la anterior providencia, fue aclarado¹ por solicitud de la parte actora, en el sentido de disponer que es OLD MUTUAL como actual administradora a la que se encuentra afiliado el actor, y no PROTECCIÓN, quien debe realizar el traslado de las cotizaciones, rendimientos y gastos de administración.

Inconforme con la decisión, los apoderados de las demandadas, respectivamente interpusieron recurso de apelación.

Inicialmente, OLD MUTUAL solicita se revoque la sentencia en lo relativo, puntualmente, a los gastos de administración, pues se presentó una contraprestación de la que se benefició el actor durante su afiliación en esa entidad por cuanto con tales recursos se garantizó el pago de la póliza de

¹ Cd a folio 205, récord 1:16:02, acta a folios 202 a 203.

invalidez y muerte por lo que son dineros con los que ya no cuenta la entidad, precisando, la cuota debe ser descontada dado el manejo de la cuenta por parte de ese fondo de pensiones con la cual se generan rendimientos, cuya devolución, a su juicio, constituye un enriquecimiento sin causa en cabeza del demandante, generando correlativamente un detrimento para la compañía.

Con relación a los rendimientos, apunta, adicionalmente, se desconoce que estos no se producen en la misma forma en el régimen de prima media, por lo que no considera viable se retornen los mismos por efecto de la ineficacia, en razón a que las cosas deben retornar a su estado original² (Cd a folio 205, récord 1:18:04, acta a folios 202 a 203)

Por su parte PROTECCIÓN pide se revoque la orden de devolver los gastos de administración en tanto ese descuento se hizo con fundamento en una disposición legal y no por capricho de esa administradora de pensiones, la cuales fueron causadas y pagadas durante la afiliación del demandante.

Alude, de considerarse que esa sociedad no cumplió con su deber de administración y se disponga la devolución de ese concepto a COLPENSIONES,

² “Su señoría en el momento procesal pertinente me permito presentar a continuación solicitar recurso de apelación en lo referente al numeral segundo una vez aclarado en lo referente a los gastos de administración teniendo en cuenta que los gastos de administración que nosotros tenemos por parte de Old Mutual ya no se encuentran en las arcas de Old Mutual como bien lo establece la normatividad la naturaleza de los gastos de administración como se ha reiterado una y otra vez durante los distintos procesos que se ha conocido dentro del ordenamiento los gastos administrativos se dividen en dos : Uno para pagar una póliza que es básicamente una contraprestación en la cual el demandante fue beneficiario durante todo el tiempo de afiliación de Old Mutual y que se nos obliga por ley a pagarse es decir una póliza de riesgo, invalidez y muerte de la cual él fue beneficiario y que siempre se ha pagado desde el momento de su afiliación y Dos también por precepto normativo en donde se establece que se debe descontar de la propia cuanta los gastos de administración de la misma teniendo en cuenta que el manejo de la cuenta está siendo continuo por parte de Skandia al momento de generar los rendimientos.

Por esto su señoría solicito que por favor se entre a revisar el caso concreto y a determinar también que pues efectivamente el señor si tenía un conocimiento para que entre los señores Magistrados a analizar no solamente el tema de la devolución de los recursos y de la ineficacia, sino también el tema de los gastos de administración, principalmente el tema de los gastos de administración por cuanto nosotros no tenemos este dinero básicamente se entraría en un detrimento de las arcas de la compañía y estaría existiendo un enriquecimiento injustificado por parte del señor Carlos teniendo en cuenta de cómo dije anteriormente y durante el proceso en cuestión los rendimientos en el régimen de prima media no se generan es decir nosotros estaríamos dando una bonificación y un dinero extra que en realidad si se quiere retrotraer al estado natural de las cosas es decir la ineficacia para que no existiera una afiliación como tal al régimen de ahorro individual con solidaridad se tiene que tener en cuenta que entonces tiene que ser bajo todos los efectos esto incluyendo los rendimientos , cosa que no se ha resuelto por parte de las distintas salas y que están en continuo debate para que por favor se sienta una posición porque si se va a declarar la ineficacia entonces se tiene que hacer en toda la expresión de la palabra el retrotraer los efectos a su estado natural como si nada hubiese pasado y en este caso los rendimientos no habrían sucedido.

Entonces bajo este precepto solicito se me conceda el recurso de apelación para que entre a estudiar el caso concreto de la decisión basado por el a quo.”

deben serle retornados los rendimientos girados en su momento a OLD MUTUAL, por ser estos consecuencia precisamente de la gestión de la entidad y los cuales son exclusivos, dice, del Régimen de Ahorro Individual³ (Cd a folio 205, récord 1:21:00, acta a folios 202 a 203).

A su turno COLPENSIONES solicita se revoque en su integridad la sentencia de primer grado ya que no comparte los argumentos del juzgado respecto a la posición sentada por la Corte Suprema de Justicia del hecho generador de la ineficacia o nulidad del traslado.

En ese sentido dice, en el debate probatorio quedó claro que la inconformidad del demandante respecto de su afiliación al RAIS es el valor de su mesada pensional, lo que en manera alguna tiene que ver con el deber de información, sobre el cual el actor no realizó esfuerzo probatorio alguno para acreditar la ausencia del mismo, pues se limitó a apoyar su postura en la jurisprudencia, advirtiendo, no era posible determinar al momento de su traslado cuál sería el valor de la pensión que recibiría.

Resalta, el actor conocía cuál era la forma de incrementar el monto de su prestación por medio de aportes voluntarios, los cuales en efecto realizó.

Advierte, las nulidades de traslado le están generando al régimen de prima media una descapitalización en razón a que los dineros que se acumulan en el RAIS por

³ “Gracias señora juez y Honorables magistrados de la Corte (sic) estando bajo el termino procesal interpongo recurso de apelación al numeral tercero de la presente sentencia en cuanto a la condena de devolución de comisiones de administración de Protección S.A dentro del presente proceso de la siguiente manera :

Se debe tener en cuenta que la deducción del dinero de la cuenta de ahorro individual del demandante por este concepto se realizó como consecuencia de una disposición legal, valida, exigible, aplicable y vigente no por capricho de mi representada y se trata de comisiones ya pagadas y causadas durante de la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual del demandante.

En el hipotético que se asuma que Protección no realizo su gestión de administración y se ordene la devolución de esos conceptos a Colpensiones, debe proceder entonces la devolución de los rendimientos generados mientras estuvo afiliado mi representada y que ya fueron enviados a Old Mutual cuando el demandante realizo el traslado a dicha AFP, Pues estos se generaron producto de la gestión y de la buena administración y en ese sentido solo habría lugar a que se le trasladen los aportes pero sin los rendimientos generados. Además en caso de declararse la nulidad o la ineficacia del traslado la consecuencia jurídica es que las cosas vuelvan a su estado anterior por lo que se deberán trasladar solo los aportes que se encuentren acreditados para el momento de dicha declaración en la cuenta de ahorro individual del demandante sin los rendimientos generados ya que estos son exclusivamente generados en el régimen de ahorro individual con solidaridad por mandato de la ley de haber estado todo este tiempo afiliado en el régimen de prima media no se hubiesen generado tales rendimientos

En estos términos dejo planteada mi apelación. Gracias señora juez. ”

un afiliado no resultan suficientes para financiar una prestación y no contribuyeron a subsidiar pensiones de quienes están vinculados en el RPM que es de naturaleza solidaria⁴ (Cd a folio 205, récord 1:22:49, acta a folios 202 a 203).

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

⁴ “Gracias su señoría interpongo el recurso de apelación contra la sentencia que usted acaba de proferir en el sentido de que le solicito a los Magistrados del Tribunal Superior de Bogotá en la Sala laboral revoquen la misma en su integridad ya que este apoderado judicial no comparte el argumento dado por el despacho respecto a la posición decantada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia frente al hecho generador de la nulidad o ineficacia del traslado.

En ese sentido señalar que en el debate probatorio se dejó constancia de que el malestar del aquí el demandante respecto a la nulidad se basa en el valor de su mesada pensional, este punto nos deja entre ver que el valor de su mesada pensional o el descontento con el valor de su mesada pensional no tiene nada que ver con el la falta del deber de información que por cierto brillo por su ausencia respecto a una mínima esfuerzo probatorio del demandante, sino que simplemente se recostó en la ya decantada jurisprudencia de la corte para emitir un nivel introductorio que para nadie es un secreto que ya es casi genérico para los procesos de nulidad o eficacia del traslado.

En ese sentido el hecho generador es la desconfianza o su descontento frente al valor de su mesada pensional al momento que se trasladó al régimen pensional era imposible conocerla como ya lo viene diciendo en el contradictorio y los alegatos de conclusión calcular el valor de una mesada pensional a una persona que le hacen falta por lo menos 600 semanas para poder pensionarse resulta simplemente imposible ¿Por qué? Porque de los cálculos de mesada pensional dependen diferentes variables como lo son las semanas cotizadas, si una persona es beneficiaria del régimen de transición, el ingreso base cotización, los porcentajes de reemplazo etc... Y en ese sentido no se puede repudiar entonces falta del deber de la información respecto a los asesores privados si es que estamos debatiendo el valor de la mesada pensional

Ahora bien si es que estamos debatiendo el valor de la mesada pensional se deja claro que en el interrogatorio de parte el demandante conoció cual era la forma más correcta de incrementar su mesada pensional y entonces la forma de incrementar su mesada pensional en el régimen de ahorro individual es por medio de los aportes voluntarios y eso fue lo que hizo el demandante, realizó aportes voluntarios con el fin de incrementar su mesada pensional porque así era que se realizaban en el régimen de ahorro individual y así le fue informado de tal forma que él lo hizo y conocía de que se trataban los aportes voluntarios.

Los proceso de nulidad y traslado están generando al régimen de prima media una descapitalización rampante entre tantos esos dineros que fueron cotizados por el demandante en el régimen de ahorro individual con solidaridad pues no subsidiaron ninguna pensión en el régimen de prima media de ningún afiliado porque es que es así que funciona el régimen de prima media, realmente el que es solidario es el régimen de prima media ¿Por qué? Porque las cotizaciones de los afiliados del presente son las mesadas pensionales de las personas que están pensionadas en el presente valga la redundancia, eso quiere decir que esos dineros cotizados por el demandante al sistema general de pensiones no cumplieron esa función de solidaridad que deben cumplir para ser merecedores de estar administrados por el régimen de prima media con prestación definida su señoría, bastantes son las liquidaciones y las excepciones que se han presentado no solamente en este proceso sino en varios más para mostrar que las pensiones los dineros trasladados al régimen de prima media con prestación definida no alcanzarán sino para subsidiar la pensión que tuviera un salario mínimo por máximo siete años; eso quiere decir que el desfase de los siete años en adelante tendrá que ser subsanado por el estado y por las cotizaciones de los afiliados del régimen de prima media. Esto evidentemente Señores Magistrados afecta directamente el principio de la primacía del bien general sobre el bien particular esta sentencia de nulidad y traslado está afectando gravemente a los afiliados de prima media tanto a los cotizante como a los pensionados y en ese sentido estos son los argumentos que considero como apoderado de la entidad deben ser analizados respecto a la sentencia que se acaba de proferir y también a los efectos a futuro que podrían generar este tipo de decisiones al régimen público de pensiones En ese sentido dejo expuesto mi recurso.”

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante **CARLOS MAURICIO PARRA HERNANDEZ**, en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda (folios 22 y 23) las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos expuestos a folios 23 y 24, aspirando se declare la nulidad de su traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad realizado el 1 de julio de 1997, mediante la afiliación a DAVIVIR S.A. hoy PROTECCIÓN. En consecuencia, se condene a PROTECCIÓN y OLD MUTUAL a trasladar a COLPENSIONES los dineros recaudados por concepto de aportes pensionales realizados en su vida laboral, desde su vinculación hasta el último ciclo realizado y acreditado en su cuenta de ahorro individual, junto con toda la información respectiva a sus cotizaciones, disponiendo a su vez que COLPENSIONES reciba la afiliación y registre en sus bases de datos la información correspondiente a los aportes realizados dentro de su historia laboral. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado realizado al RAIS del demandante, tras considerar que DAVIVIR (hoy PROTECCIÓN) no cumplió con la carga probatoria de demostrar que al momento de la afiliación suministró la información suficiente, por lo que declarada la ineficacia condenó a la AFP OLD MUTUAL, como actual administradora de la cuenta de ahorro individual del actor, a retornar a Colpensiones los saldos de la misma junto con los rendimientos y gastos de administración, ordenando igualmente a PROTECCIÓN la devolución de los gastos de administración por el periodo que el demandante estuvo afiliado en esa administradora.

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

antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002⁵.

Así las cosas, a folios 62⁶, 126 y 170, se registra como fecha de nacimiento del demandante el 15 de febrero de 1958, por lo que la edad de 62 años, los cumplió el mismo día y mes del año 2020, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES 4 de septiembre de 2018 (folio 18), esto es, cuando le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad requerida para adquirir el derecho pensional -tenía 60 años-, y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994⁷-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con 487,14 semanas de cotización (folios 126-127 y 115 vto.) equivalentes a 9,34 años, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante lo anterior, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende el actor 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 30 de mayo de 1997 (folios 170, 171 y 126) específicamente conforme la información registrada en el formulario de afiliación a DAVIVIR (hoy PROTECCIÓN), el reporte SIAFP expedido por ASOFONDOS y la liquidación de bono pensional expedida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Así las cosas, debe precisarse, frente a la ineficacia o nulidad del traslado ya se ha pronunciado en múltiples ocasiones la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de justicia, reiterando que para el estudio de la procedencia de la misma,

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”.

⁶ Cd expediente administrativo, historia laboral emitida por Colpensiones.

⁷ Era trabajador del sector privado.

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

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

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

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

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011⁸, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y más

⁸ “Además, debe la Corte destacar que no fue objeto de controversia que el actor estuvo afiliado al régimen pensional que administra el Instituto de Seguros Sociales desde el 12 de marzo de 1969 hasta el 12 de agosto de 2002, fecha ésta en la que se trasladó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.; que nació el 13 de octubre de 1944, por lo que estaba amparado por el régimen de transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que cumplía con los requisitos a que alude la citada normativa.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“(…).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(…)

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

(…).

Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en

“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.

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, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información al accionante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues en manera alguna se encontró acreditado, siquiera de manera sumaria, que se le 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 demandante⁹, no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado al momento de la suscripción del formulario de afiliación, por cuanto se limitó a indicar que le mencionaron que el ISS no era sostenible y que por ello debía cambiarse de fondo, pero no sabía en ese momento que lo que estaba realizando era un traslado de régimen pues eso no se le explicó.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (folio 170), plasmado en el formulario de afiliación a DAVIVIR (hoy PROTECCIÓN), 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,

⁹ Cd folio 203, récord 12:41. Audiencia virtual.

dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada. (Sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019).

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PROTECCIÓN (antes DAVIVIR) omitió en el momento del traslado de régimen (30 de mayo de 1997, folio 170), el deber de información para con el promotor del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL 12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

Es menester precisar, el hecho que el demandante hubiese efectuado varios traslados entre AFP (folios 171) 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 a folios 107 y 128, situación que por demás no es ni fue objeto de litigio. Frente al de traslado a diversas AFP memórese el pronunciamiento de la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia de radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011.

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 ninguna relación con la información que se le debía suministrar al actor 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.

Por otro lado, y para resolver las inconformidades expuestas en la alzada, conviene precisar, en autos no tiene relevancia lo atinente a la financiación del sistema, o que el demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues es suficiente indicar en este punto, que no se está avalando el tránsito de un régimen

a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva a retornar al régimen de prima media con prestación definida, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual del promotor del litigio.

Asimismo, advierte la Sala, los gastos de administración, surgen como consecuencia de la afiliación, y en ese orden, al declararse la ineficacia del traslado resulta claro que los mismos quedan sin fundamento, pues lo que ocurre es que la situación de vinculación del actor vuelve a su estado inicial, es decir es como si dichos gastos no se hubiesen generado, razón por la cual es procedente la remisión de la totalidad de los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual del demandante, a Colpensiones, incluyendo, como ya se dijo, las sumas correspondientes a los gastos de administración que fueron cobrados por los fondos de pensiones en el lapso que duró la afiliación en cada uno de ellos. 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.”

En ese orden, la ineficacia del traslado de régimen es procedente y en consecuencia el traslado del saldo existente en la cuenta de ahorro individual del actor, junto con sus rendimientos y la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, tal y como lo indicó el *a quo*, de tal manera se prohiará la decisión de primer grado en este punto.

En lo que atañe a la excepción de prescripción¹⁰ (fl. 55), 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, acogiendo esta 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, conforme las motivaciones que preceden, se confirmará la decisión de primer grado.

SIN COSTAS en esta instancia.

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

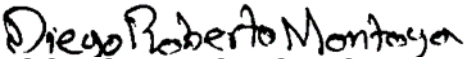
R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por la Juez Veintidós (22) Laboral, de conformidad con las motivaciones precedentemente expuestas.

¹⁰ Se tuvo por contestada la demanda de Colpensiones mediante auto del 13 de enero de 2020 (fol. 200).

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR GLADYS PATRICIA
OCHOA DAZA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES -COLPENSIONES- Y COLFONDOS S.A. (RAD. 23 2019 00440 01).**

Bogotá D.C., treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020)

Vencido el término de traslado otorgado, habiéndose presentado los alegatos de instancia por la demandante (folios 199 a 206) y la demandada COLPENSIONES (folios 194 a 198), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con el fin de resolver el recurso de apelación formulado por COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en su favor, contra la sentencia proferida por el Juez Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 9 de julio de 2020 (Cd a folio 186, récord: 46:48, audiencia virtual realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, acta a folios 188 y 189), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación o traslado de la demandante GLADYS PATRICIA OCHOA DAZA del régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS conforme a lo considerado.

SEGUNDO: CONDENAR a COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS a devolver todos los valores que hubiese recibido con motivo de la afiliación de la señora GLADYS PATRICIA OCHOA DAZA como cotizaciones, bonos pensionales, saldos de la cuenta individual, sumas adicionales de aseguradora con todos los frutos e intereses, esto es, con los rendimientos que se hubiesen podido causar, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno ni por gastos de administración, ni por pago de mesadas pensionales, ni por otro cualquier concepto dadas las consecuencias de la ineficacia que estamos declarando.

PARRAGRAFO: Autorizar a Colpensiones que en el evento en que le sea reconocida alguna prestación económica a favor de la señora demandante le sea descontada la mensualidad que

viene recibiendo de la AFP Colfondos con ocasión al reconocimiento de la pensión por parte de esta AFP.

TERCERO: DECLARAR que la señora GLADYS PATRICIA OCHOA para efectos pensionales se encuentra afiliada al régimen de prima media con prestación definida hoy administrada por la administradora colombiana de pensiones (COLPENSIONES).

CUARTO: DECLARAR no probada las excepciones propuestas.

QUINTO: COSTAS. No hay costas.

SEXTO: CONSULTA a favor de Colpensiones dado que con esta decisión será la entidad que eventualmente reconozca las prestaciones económicas a favor de la demandante ”

Inconforme con la decisión la apoderada de COLPENSIONES interpuso recurso de apelación solicitando la revocatoria de la providencia y en su lugar, no se declare la ineficacia del traslado, pues, dice, debe tenerse en cuenta que la demandante ya se encuentra pensionada por vejez por parte de COLFONDOS desde noviembre de 2019.

En ese sentido, pide se aplique la postura vertida por el Tribunal Superior de Medellín en la sentencia S-16280 de 2019 en la cual se dejó sentada la imposibilidad de aplicar la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia respecto a la ineficacia del traslado, entratándose de pensionados del RAIS por cuanto esa situación *“puede conducir a situaciones del todo insostenibles por cuanto la consolidación de ese nuevo estatus supone en muchos casos la participación de terceros de buena fe como cuando se ha optado por pensionarse bajo la modalidad de renta vitalicia y se ha contratado con una aseguradora su pago”*. Precizando igualmente, según esa Corporación, la simple manifestación de inconformidad respecto del valor de la pensión a recibir no constituye prueba del engaño o equivocación en la información recibida por parte del fondo.

De otro lado, indica, no existen elementos que viciaran el consentimiento de la demandante, ni expectativas legítimas ya que al momento de trasladarse contaba con menos de 750 semanas y le faltaban más de 25 años para acceder a la pensión, además, no es beneficiaria del régimen de transición, como para permitir su retorno en cualquier momento, debiendo la actora someterse al régimen pensional al que se encuentra afiliada y por lo tanto, debe ser COLFONDOS quien siga pagando la pensión que le fue reconocida en 2019.

Finalmente, destaca, la demandante se encuentra inmersa en la prohibición contenida en el Ley 797 de 2003 para trasladarse de régimen, por lo que no puede ser recibida como afiliada del régimen de prima media, enfatizando igualmente, esa situación va en contravía del principio de sostenibilidad financiera¹ (Cd a folio 186, récord: 48:51, audiencia virtual realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, acta a folios 188 y 189).

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

¹ “Gracias su señoría. Estando dentro del momento oportuno me permito presentar recurso de apelación de la siguiente manera: En primera medida Honorables magistrados solicito de manera respetuosa se revoque dicha sentencia y no se declare la ineficacia decretada toda vez que según como lo manifesté en mis alegatos es importante tener en cuenta que para el presente caso la demandante ya cuenta con una pensión de vejez por parte de la administradora de pensiones Colfondos desde Noviembre el 2019 por lo que no es procedente que se declare la ineficacia aquí decretada en este sentido es importante darle aplicación y tener en cuenta la sentencia S-16280 del 14 de agosto de 2019 del Tribunal Superior de Medellín sala especializada laboral la cual indico que “ No resulta posible dar continuidad a lo razonado por la sala laboral de la Corte suprema de justicia para declarar la ineficacia de los traslados al RAIS en el caso de los afiliados y hacerlos extensivo a quienes ya sea han pensionado en los fondos privados pues sostener la tesis de la ineficacia de la afiliación para pensionados del régimen de ahorro individual es un camino que puede conducir a situaciones del todo insostenibles por cuanto la consolidación de ese nuevo estatus supone en muchos casos la participación de terceros de buena fe como cuando se ha optado por pensionarse bajo la modalidad de renta vitalicia y se ha contratado con una aseguradora su pago”.

Teniendo en cuenta esto Honorables Magistrados también es importante traer a colación que no existen elementos que vicien el consentimiento o dolo pues no hay expectativa legítima para la demandante como quiera que a la hora del traslado la misma contaba con menos de 750 semanas y le faltaban más de 25 años para acceder a la pensión.

También es importante tener en cuenta que no es beneficiaria del régimen de transición para proceder su regreso en cualquier tiempo como lo manifiesta la sentencia SU 130/2013 por lo tanto pues la demandante debe someter a los mandatos del sistema general de pensiones en cual se encuentra afiliada este caso con la AFP Colfondos quien debería seguir pagando la pensión de vejez que ya le fue reconocida en 2019.

Ahora bien ténganse en cuenta honorables magistrados la sentencia con radicado 2016 008701 17 de enero del 2017 del Tribunal Superior de Pereira la cual indica que la simple manifestación de inconformidad del valor de la pensión a recibir en este momento en el régimen de prima media pueda resultar superior a lo que pueda al que ha de recibir en el RAIS por sí sola no constituye prueba de que cuando se realizó el traslado lo haya hecho movido por un engaño o equivocada información por parte del fondo.

Lo anterior teniendo en cuenta En su interrogatorio de parte manifiesta que la principal motivación que la conllevo a presentar dicha la demanda es la mesada pensional que puede recibir con mi representada.

Por último es importante tener en cuenta Honorable Magistrados que la demandante pues ya se encuentra inmersa en la prohibición de traslado señalado en la ley 797 del 2003 que modificó la ley 100/1993 haciéndose imposible a mi representada como afiliada al régimen de prima media y ser quien pague la pensión de vejez por lo tanto pues esta situación contravendría no solo la disposición de carácter legal si no también estaría en contravención del principio constitucional de la sostenibilidad financiera teniendo en cuenta la sentencia C -1024 del 2004 cuyo contenido se reprodujo en lo pertinente en la sentencia C-062/2010 por todo lo anterior Honorables Magistrados solicito de manera respetuosa se revoque dicha sentencia y no pues no se decreta la ineficacia aquí solicitada Muchas Gracias”.

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante GLADYS PATRICIA OCHOA DAZA en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas a folios 3 y 4, las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos expuestos a folios 2 y 3 aspirando se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado del régimen de prima media a COLFONDOS que realizó el 30 de septiembre de 1997, por indebida y nula información que suministró el fondo privado para convencerla que se trasladara de régimen pensional, y en ese sentido, se disponga a COLPENSIONES y COLFONDOS realizar todas las gestiones administrativas pertinentes encaminadas a anular el traslado de régimen efectuado. En consecuencia, se ordene a COLFONDOS, trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que se encuentren depositados en su cuenta de ahorro individual, los cuales deberán ser recibidos por COLPENSIONES, quien también deberá corregir y actualizar su historia laboral. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por la actora, condenando a la AFP COLFONDOS a devolver los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de mesadas pensionales pagadas, así como tampoco por gastos de administración y rendimientos que en virtud de las afiliaciones de la actora se encontraran en la cuenta de ahorro individual trasladándolas a Colpensiones, y declarando que la demandante se encuentra válidamente afiliada en el régimen de prima media con prestación definida, lo anterior, tras considerar que la demandada COLFONDOS no demostró haber suministrado la información necesaria e idónea a la demandante al momento del traslado de régimen pensional, por lo que dicho traslado no era eficaz o válido.

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

antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002².

Así las cosas, a folio 59 milita copia de la cédula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 20 de julio de 1960, por lo que la edad de 57 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2017, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante Colpensiones y COLFONDOS el 6 de junio de 2019 (folios 76 a 87 y 90 a 101), es decir, cuando contaba con la edad requerida para adquirir el derecho pensional –tenía 58 años- y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con 687,86 semanas de cotización (folios 171 a 174), equivalentes a 13.37 años, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante lo anterior, con fundamento en la ausencia del suministro de información, pretende la actora a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 30 de septiembre de 1997 (folios 153 y 154) específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a COLFONDOS y el reporte SIAFP expedido por ASOFONDOS.

Frente a la ineficacia del traslado ya se ha pronunciado en múltiples ocasiones la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de justicia, reiterando que para el estudio de la procedencia de la misma, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando esta 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 afiliado, tales

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”.

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 y de igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

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

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

debida se traduce en un **traslado de la carga de la prueba** de la actora al fondo accionado COLFONDOS.

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011³, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y más

³ “Además, debe la Corte destacar que no fue objeto de controversia que el actor estuvo afiliado al régimen pensional que administra el Instituto de Seguros Sociales desde el 12 de marzo de 1969 hasta el 12 de agosto de 2002, fecha ésta en la que se trasladó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.; que nació el 13 de octubre de 1944, por lo que estaba amparado por el régimen de transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que cumplía con los requisitos a que alude la citada normativa.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(…)

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

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

“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.

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

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

Ahora, en consonancia con el criterio del órgano de cierre de esta jurisdicción precedentemente analizado, y atendiendo los medios probatorios incorporados al plenario, sería factible, en principio, predicar un incumplimiento de la carga de la prueba en cabeza de la AFP accionada ante la ausencia de medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la accionante en los términos aquí referidos al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues en manera alguna se encontró acreditado, siquiera de manera sumaria, que se le hubiera informado sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional, lo que daría lugar a la declaratoria de ineficacia del tránsito de régimen pensional realizado por la actora el 30 de septiembre de 1997 (folio 153).

No obstante, revisado el expediente es posible establecer que COLFONDOS reconoció a la demandante, mediante oficio del 26 de noviembre de 2019, pensión de vejez en la modalidad de retiro programado, en cuantía de 1 SMLMV (folios 184 y 185), en virtud de la solicitud que para el efecto realizó la actora, según se dejó consignado en dicho documento, prestación que según lo manifestado por la demandante al absolver el interrogatorio⁴ le viene siendo cancelada desde la data de reconocimiento (noviembre de 2019). Esta situación conduce a concluir la pérdida de la calidad de afiliada que ostentaba la demandante al momento de solicitar la nulidad de su traslado de régimen, mutándose a pensionada, en tanto ha venido beneficiándose de la prestación económica, hasta hoy, desde hace casi un año, garantizándose de esta forma su derecho pensional.

Atendiendo lo anterior, precisa la Sala, la ineficacia del traslado solo resulta predicable para aquellas personas que suscribieron el formulario de afiliación sin

⁴ Cd folio 190, récord 14:40.

que dicha selección haya estado precedida de un consentimiento informado, esto es, con la inobservancia del deber de información que como se explicó en demasía está a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones como administradoras del RAIS, y siempre que ostente la calidad de afiliado, siendo la afiliación el acto de ingreso al sistema general de pensiones⁵, condición que perdió la demandante al aceptar la pensión que le fuera reconocida por COLFONDOS, adquiriendo la categoría de pensionada por vejez, en los términos y modalidades previstas en el régimen de ahorro individual al que se encuentra vinculada.

Y es que en materia pensional, particularmente en materia de movilidad del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, las calidades de *afiliado* y *pensionado* tienen efectos diferentes; así por ejemplo, el artículo 107 de la Ley 100 de 1993, permite la transferencia voluntaria del valor de la cuenta individual de ahorro pensional a otro plan de capitalización o trasladarse a otra entidad administradora, siempre que se tenga la condición de afiliado, esto es, *“no haya adquirido la calidad de pensionado”*, disposición que fuera declarada exequible por la Corte Constitucional en Sentencia C-841 2003, en la que esa Corporación consideró que “Permitir el traslado de una entidad administradora de pensiones a otra, una vez se ha adquirido la calidad de pensionado puede poner en riesgo la sostenibilidad del sistema, aumentar los costos de los servicios administrativos y financieros, y desestimular la obtención de mayores niveles de rentabilidad a través de inversiones de mediano y largo plazo, dado que la posibilidad de traslado quedaría sujeta al capricho del pensionado”.

Sobre el particular, debe precisarse, aunque la Corte Suprema de Justicia en algunas de sus providencias ha declarado la ineficacia de traslado entratándose de personas que han adquirido el derecho pensional, lo cierto es que dicho precedente no resulta aplicable en el asunto bajo examen por tratarse de supuestos fácticos disímiles; en ese orden, por ejemplo, en la sentencia con Radicación No. 31314, del 9 de septiembre de 2008, analizó el caso de un pensionado trasladado del RPM al RAIS cuando tenía 62 años de edad, esto es, encontrándose en la prohibición legal de trasladarse, situación que no acaece en

⁵ La Corte Constitucional en sentencia T-235 de 2002, señaló que *“La precisión del concepto “afiliación” también se encuentra en la teoría de la seguridad social. Tratándose de pensión de jubilación, la afiliación es un acto que se produce una sola vez en la vida del interesado, al ingresar al trabajo, por consiguiente, la afiliación no es repetible, es vitalicia. Habrá, como es obvio, situaciones en las que se está trabajando (a esto se denomina “alta”, y aquéllas en que no lo está (se denomina “baja”).*

el sub lite en tanto el traslado se realizó cuando le faltaban más de 20 de años para adquirir la edad mínima de pensión en prima media –tenía 37 años (folio 59,) no existiendo en su caso prohibición legal alguna para que se efectuara ese tránsito de régimen.

Del mismo modo, tampoco resultan coincidentes los hechos de esta demanda con los analizados por el Alto Tribunal en la sentencia con Radicación No. 31989, del 9 de septiembre de 2008, procedía la ineficacia dado que el traslado de régimen se produjo cuando el actor había adquirido el estatus de pensionado en el régimen de prima media con prestación definida y se le generó un perjuicio en tanto se le postergó por más de 5 años el reconocimiento pensional bajo los presupuestos del régimen de ahorro individual, castigándolo con la disminución del valor del bono pensional dada la redención anticipada⁶, condiciones estas que, se itera, no se configuran en el caso bajo estudio pues su derecho pensional no se había consolidado al momento del traslado.

Con todo, se itera, en el presente evento si bien, en principio, la acción fue encaminada por una afiliada, en el decurso del proceso mutó su calidad a pensionada por haber alcanzado el derecho pensional, verificándose el traslado cuando le faltaban más de 20 años para la edad mínima, por lo cual no existía una prohibición legal como acontece en los antecedentes jurisprudenciales antes esbozados, por lo cual, al haber aceptado la pensión por COLFONDOS, se tiene que adquirió el estatus de pensionada, beneficiándose de la misma durante aproximadamente un año.

De lo que viene de decirse, no había lugar a declarar la ineficacia del traslado efectuado por la demandante del régimen de prima media al régimen de ahorro individual el 30 de septiembre de 1997, por lo que se revocará la sentencia de primera instancia.

Agotada la competencia de la Sala por el estudio de los puntos de apelación, conforme las motivaciones que preceden, se REVOCARÁ la decisión de primer

⁶ “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”

grado, para en su lugar absolver a las demandadas de las pretensiones incoadas en su contra.

SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera se revocarán y quedarán a cargo de la parte actora.

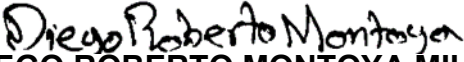
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juez 23 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia y, en su lugar, **ABSOLVER** a las demandadas de las pretensiones incoadas en su contra por GLADYS PATRICIA OCHOA DAZA.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera se revocan y correrán a cargo de la parte actora.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

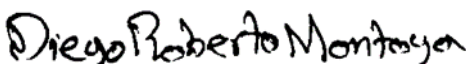
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR AURA MARIA MARTÍNEZ DE LARA Y RITO ANTONIO LARA VELANDIA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- (RAD. 24 2019 00248 01).

Bogotá D.C. treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020)

AUTO

Se reconoce personería adjetiva para actuar a la abogada MARTHA XIMENA MORALES YAGUE, como apoderada sustituta de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por DANNIA VANESSA YUSSELFY NAVARRO ROSAS, como representante legal de la sociedad NAVARRO ROSAS ABOGADOS ASOCIADOS S.A.S.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por la Demandante y Colpensiones, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral 2º del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión recurso de apelación presentado por la parte actora, contra la sentencia proferida por la Juez Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 27 de agosto de 2020 (Cd folio 56, récord 39:24, acta a folio 57) en la que se resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por los aquí demandantes, señores RITO ANTONIO LARA VELANDIA y la señora AURA MARÍA MARTÍNEZ DE LARA.

SEGUNDO: Sin CONDENA EN COSTAS

TERCERO: REMÍTASE el expediente a la Sala Laboral del Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, para que se surta el Grado Jurisdiccional de consulta a favor de los demandantes en el evento en que no se interponga el recurso de apelación.”

Inconforme con la decisión, el apoderado judicial de la parte actora interpuso recurso de apelación solicitando la revocatoria de la providencia, para que en su lugar se reconozca la pensión de sobrevivientes reclamada a favor de los actores.

En sustento de lo anterior, considera, al caso se debe aplicar el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 teniendo en cuenta la jurisprudencia tanto de la Corte Suprema de Justicia, como de la Corte Constitucional, para lo cual cita apartes de las sentencias T-444 de 2015 relativa al principio de favorabilidad en materia pensional, SL-4650 de 2017 con ponencia de los doctores Fernando Castillo Cadena y Gerardo Botero Zuluaga en la que se define la retrospectividad y la progresividad.

Con asidero en tales providencias entonces, indica, es posible hacer un análisis retrospectivo de la norma siempre y cuando *“yo encuentre que la norma posterior puede ser más favorable que la norma aplicable en un determinado momento”*, recordando, lo que pretende en autos es precisamente que se analice la retrospectividad del artículo 46 de la Ley 100 de 1993 en la que solo se requieren 26 semanas de cotización *“en los últimos 3 años”* lo que no se presentaba con el Acuerdo 049 que exigía 150 semanas en los últimos 6 años, lo cual dice, era imposible de cumplir para el causante si se tiene en cuenta que al momento de fallecer solo contaba con 23 años, por lo que ni siquiera alcanzó a *“a cumplir los 6 años indicados por la norma”*.

Asegura, la norma se queda Corta al exigir *“6 años de cotizaciones”* y con ello, señala, se vulnera el derecho de los demandantes, precisando, en el asunto no fue materia de litigio la dependencia económica, solo la aplicación de la ley¹ (Cd folio 56, récord 50:31, acta a folio 57).

¹ *“Sí señora juez, muchas gracias, me permito solicitar se me permita interponer el recurso de apelación, para lo cual le solicito, cuando usted me dé el uso de la palabra para hacerlo, lo haré con todo el gusto del mundo.*

Muchas gracias señora juez, hemos escuchado la sustentación del fallo, básicamente en el tema de la aplicación de la ley. Nos apartamos de la postura del juzgado y consideramos que se debe aplicar el artículo 46 de la ley 100 de 1993 por los siguientes motivos: no se tuvo en cuenta en la sentencia que acabó de emitir el Juzgado 24 Laboral, las siguientes sentencias, tanto de la Corte Constitucional como de la Corte Suprema. De la Corte Constitucional, consideramos que no se tuvo en cuenta el precedente indicado en la sentencia T-444 de 2015 que indica lo siguiente:

“El principio de favorabilidad está consagrado en el artículo 53 superior, el cual prevé en lo pertinente lo siguiente:

la ley correspondiente a tener en cuenta por los menos los siguientes principios fundamentales, situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación o interpretación de las fuentes formales del derecho.

Tal orientación por acogida por el legislador en la regulación laboral, en efecto, el código sustantivo del trabajo en su artículo 21 textualmente señala:

“normas más favorables: en caso de conflicto o duda sobre la aplicación vigentes del trabajo, prevalece la más favorable al trabajador. La norma que se adopte debe aplicar se en su integridad”
más adelante dice

“para la aplicación de dicho principio, en tratándose de reconocimientos pensionales, le corresponde al operador judicial analizar su viabilidad de cara a las situaciones fácticas que presenta el caso concreto”.

Así pues, dentro de la providencia de constitucionalidad antes referenciada la Corte indicó que:

“En punto a la aplicación del principio de favorabilidad en materia, considera la Corte que esta es labor que incumbe al juez en cada caso concreto, pues es imposible en juicios de constitucionalidad, confrontar la norma que es genérica con cada una de las distintas armas contempladas en los regímenes pensionales que existiesen en el sector público y privado antes de la vigencia de la ley 100 para establecer cuál resulta más favorable a determinado trabajador”

más adelante, la misma sentencia haciendo una cita de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación laboral, indica lo siguiente:

“Los principios de favorabilidad e in dubio pro operario difieren de la condición más beneficiosa, el primero se presenta en caso de duda sobre la aplicación de normas vigentes del trabajo, las características primordiales son:

1) La duda surge sobre la aplicación de dos o más normas entendidas estas como un enunciado hipotético al cual se enlaza y una determinada consecuencia jurídica

2) las disposiciones deben ser válidas y estar en vigor

3) Deben regular la misma situación fáctica

4 en cuanto al principio de la inescindibilidad, es decir, la norma escogido no solo debe aplicarse íntegramente sino como un todo o como un cuerpo normativo.

La condición más beneficiosa se distingue porque opera en el tránsito legislativo y ante la ausencia de un régimen de transición, se debe cotejar una norma derogada con una vigente y el destinatario posee una situación jurídica concreta la cual es protegida, dado que con la nueva ley se le desmejora”

Ahora bien, la SL-4650 de 2017 de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, magistrados ponentes Fernando Castillo Cadena y Gerardo Botero Zuluaga, con número de radicación 45262, de fecha 25 de enero de 2017 indicaron lo siguiente:

“Retrospectividad: La aplicación de la nueva a situaciones que están en curso o que no han quedado definidas conforme a leyes anteriores,

es lo que se conoce como la retrospectividad de la ley. Un derrotero que también marca el precitado precepto 16 del código sustantivo del trabajo. La nueva ley se aplica de manera inmediata a los casos de los afiliados.”

Progresividad: Indica además la Corte Suprema más adelante en la misma sentencia

“En lo individual, los requisitos de acceso a las prestaciones otorgadas por el servicio público en principio, no pueden ser agravados por la acción estatal, pues tales, per se, materializan el nivel de protección social alcanzado, toda imposición de requisitos más exigentes para el acceso de las prestaciones es sospechoso de regresividad y, por lo tanto, pero solo en principio, inconstitucional. No es que los sistemas de derechos económicos y sociales no puedan ser regresivos en un momento determinado, lo pueden ser, pero para que el estado pueda contrariar el postulado de progresividad, debe fundamentar su decisión en postulados de poderosas razones sociales derivadas de cambios sociales o económicos que amenacen la estabilidad del sistema económico o de derechos y este es el punto importante, a la luz del principio de progresividad se entente que una reforma siempre beneficia a la generalidad de población, tanto a nivel de cobertura como de protección individual (página 15).

La aplicación de principios que permitan la aplicación retroactiva de la ley, solo se justifica en razones de favorabilidad, dada la presunción de progresividad, lo que, en términos más simples, implica no expulsar a quienes, dada su situación concreta, ya están siendo protegidos en caso de que, con la nueva normativa, se vea disminuido su nivel de protección individual”

más adelante la misma sentencia 4650 de 2017 de la Corte Suprema de Justicia indica:

“Ello, entre otras razones, justifica la aplicación del principio de la condición más beneficiosa para las pensiones de invalidez y de sobrevivientes en el tránsito legislativo a la Ley 100 de 1993 respecto de la normativa vigente inmediatamente anterior. En efecto, aparece que exigir un requisito de 26 semanas de cotización para el acceso a las prestaciones es más favorable para la mayoría de la población protegida”

Como quiera que no se advierte causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a decidir previas las siguientes

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de los demandantes AURA MARIA MARTÍNEZ DE LARA y RITO ANTONIO LARA VELANDIA en este ordinario las pretensiones relacionadas a folio 3 vto., las cuales sustentan en los supuestos fácticos expuestos a folios 3 vto. a 4, aspirando principalmente se declare que tienen derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes por el fallecimiento de su hijo RODOLFO LARA MARTÍNEZ a partir del día siguiente a su deceso, por 14 mesadas al año, junto con los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, la indexación y las costas. Obteniendo sentencia desfavorable a sus aspiraciones, pues se absolvió a la encartada de todas las pretensiones incoadas en su contra, tras considerar, que el señor RODOLFO LARA MARTINEZ (Q.E.P.D) no dejó causada la prestación que reclaman los demandantes, pues en los términos del Acuerdo 049 de 1990, vigente para la época del fallecimiento, se requería contar con 150 semanas en los 6 años anteriores, empero el *de cujus* sólo contaba con 60 semanas efectivamente cotizadas al sistema, ilustrando no ser posible dar aplicación al principio de la condición más beneficiosa en tanto ella lo que permite es la aplicación de una

Por lo tanto, es necesario indicar que lo que la corte nos está diciendo es que yo puedo hacer un análisis de retrospectividad de la norma, de aplicación retrospectiva de la norma siempre y cuando yo encuentre que la norma posterior puede ser más favorable que la norma aplicable en un momento determinado ¿qué es lo que estamos solicitando? Estamos solicitando que se haga ese análisis de retrospectividad porque la ley 100 del 93 pues, artículo 46 ya antes citado, nos indica que para poder recibir la pensión de sobrevivientes eran necesarias 26 semanas de cotización en los últimos 3 años, situación que no se presentaba con el acuerdo 049 que exigía 150 semanas en los últimos 6 años anteriores a su cotización. Notemos también que el fallecido señor RODRIGO LARA no alcanzó si quiera la edad necesaria para alcanzar a cumplir esos 6 años, miremos que él, como está demostrado en el expediente, nació el 17 de diciembre del 69. 79, 89, al 92, tenía 22, 23 años al momento de fallecer, teniendo en cuenta que se empieza a trabajar desde los 18 o a cotizar desde los 18, ni siquiera alcanzó a cumplir los 6 años indicados por la norma.

Entonces cómo la norma le va a pedir a una persona que alcance a cumplir los 6 años de edad necesarios, los 6 años de cotizaciones, cuando ni siquiera alcanza a cumplir los 6 años superiores para poder haber cotizado ese tiempo necesario, la norma se queda corta ahí y ahí, vulnera el derecho de doña AURA y de don RITO. Bajo ese punto, solicitamos al Tribunal que realice el análisis de la retrospectividad, determine que la norma aplicable a este caso es la ley 100 del 93 en su estado puro, artículo 46 y les otorgue a los demandantes una pensión de sobrevivientes habida cuenta que ellos están en el derecho de recibir una pensión por los aportes realizados por su hijo RODOLFO LARA MARTÍNEZ, que en paz descanse. Nótese que no se discutió la dependencia económica que de por sí, ya se encuentra probada en el proceso y no es un tema del recurso de apelación, tampoco está discutido la forma de los ingresos, solamente estamos hablando de la aplicación de la ley.

Bajo esa lógica, solicitamos que se le de una aplicación retrospectiva a la ley 100 del 93 teniendo los argumentos antes señalados, que se tenga en cuenta también que el causante no alcanzó ni siquiera a vivir los años que pide la norma para haber cotizado las 150 semanas, que el no falleció por una enfermedad natural sino falleció por un accidente y, también solicitamos que gracias a todo esto, se conceda la pensión

norma anterior, así como tampoco aplicar de manera retrospectiva la Ley 100 de 1993 por virtud del artículo 16 del C.S.T.

Previo a dilucidar el debate planteado, es menester precisar, no es objeto de debate que el señor RODOLFO LARA MARTÍNEZ, falleció el 10 de octubre de 1992, tal y como puede leerse de la Resolución SUB244409 del 31 de octubre de 2017².

En ese orden, procede la Sala a verificar si los demandantes tienen derecho a la pensión de sobrevivientes que reclaman.

En primer lugar, sea del caso recordar, ha sido reiterada la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en el sentido de precisar, es la data del deceso del afiliado o pensionado lo que delimita el marco normativo dentro del cual debe adelantarse el estudio de la prestación solicitada, hecho que en el *sub examine* acaeció el 10 de octubre de 1992 (folio 6).

Ahora bien, en el asunto de marras debe tenerse en cuenta además, que la pensión de sobrevivientes que hoy por hoy se conoce, ha tenido todo un desarrollo histórico y que, antes de la entrada en vigencia del sistema general de seguridad social -Ley 100 de 1993-, no existía un régimen unificado para los trabajadores del sector público y privado, e incluso, se encontraban marcadas diferenciaciones aún dentro de estos; precisamente lo que se buscó con la expedición de la Ley 100 de 1993, fue superar las disyuntivas y eliminar las diferencias existentes entre los sectores, unificando la reglamentación de los servidores públicos y los trabajadores particulares.

Entratándose de afiliados al Instituto de Seguros Sociales, como en el caso de autos, la disposición que regía al momento del deceso del causante era el Decreto 758 de 1990, por el cual se aprobó el Acuerdo 049 de ese mismo año que adoptó el reglamento general del seguro social obligatorio de invalidez, vejez y muerte, en cuyo artículo 25 preceptúa:

“ARTÍCULO 25. PENSION DE SOBREVIVIENTES POR MUERTE POR RIESGO COMUN. Cuando la muerte del asegurado sea de origen no profesional, habrá derecho a pensión de sobrevivientes en los siguientes casos:

de sobrevivientes a los demandantes de acuerdo a los argumentos hasta aquí expuestos. Muchísimas gracias señora juez.”

² Al plenario no se incorporó copia del registro civil de defunción.

- a) Cuando a la fecha del fallecimiento, el asegurado haya reunido el número y densidad de cotizaciones que se exigen para adquirir el derecho a la pensión de invalidez por riesgo común y,
- b) Cuando el asegurado fallecido estuviere disfrutando o tenga causado el derecho a la pensión de invalidez o de vejez según el presente Reglamento.”

A su turno, el artículo 6 de ese mismo cuerpo normativo previó:

“ARTÍCULO 6o. REQUISITOS DE LA PENSION DE INVALIDEZ. Tendrán derecho a la pensión de invalidez de origen común, las personas que reúnan las siguientes condiciones:

- a) Ser inválido permanente total o inválido permanente absoluto o gran inválido y,
- b) Haber cotizado para el Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte, ciento cincuenta (150) semanas dentro de los seis (6) años anteriores a la fecha del estado de invalidez, o trescientas (300) semanas, en cualquier época, con anterioridad al estado de invalidez.” (Subrayas de la Sala)

En ese orden, para causar el derecho a la pensión de sobrevivientes en los términos del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de ese mismo año, se requiere que el afiliado haya cotizado no menos de 150 semanas en los 6 años anteriores a su deceso o trescientas en cualquier época antes del fallecimiento, debiendo precisar a los actores que la norma no exige 6 años de cotización, siendo este en realidad el lapso que permite la disposición para acumular las 150 semanas que si son exigidas y que corresponden aproximadamente a 3 años de cotización.

Descendiendo al caso de autos se tiene que según los actos administrativos expedidos por Colpensiones (SUB24409 de 31 de octubre de 2017 -folios 11 y 12- y DIR23650 de 26 de diciembre de 2017 -folios 13 a 15-), el señor RODOLFO LARA MARTÍNEZ acredita un total de 969 días laborados correspondientes a 138 semanas, de las cuales 60 semanas fueron cotizadas con exclusividad al Instituto de Seguro Social³, las cuales resultan insuficientes para acceder a la prestación reclamada en los términos de la disposición *in cita*.

De otro lado, para responder los planteamientos expuestos en la alzada, no luce posible aplicar la Ley 100 de 1993, porque, al momento del fallecimiento del señor LARA MARTÍNEZ no se encontraba vigente.

³ Las restantes corresponden al periodo comprendido entre el 16 de enero de 1989 y el 20 de julio de 1990, tiempo durante el cual prestó el servicio militar.

En este punto cabe precisar, no resulta procedente la aplicación retrospectiva de dicha disposición para regular una situación jurídica que se consolidó antes de su vigencia, en virtud del principio de irretroactividad de la Ley el cual establece que una norma nueva rige todos los hechos y actos que se produzcan a partir de su vigencia, ello, conforme lo previsto en el artículo 16 del C.S.T., el cual dispone:

“ARTICULO 16. EFECTO. 1. Las normas sobre trabajo, por ser de orden público, producen efecto general inmediato, por lo cual se aplican también a los contratos de trabajo que estén vigentes o en curso en el momento en que dichas normas empiecen a regir, pero no tienen efecto retroactivo, esto es, no afectan situaciones definidas o consumadas conforme a leyes anteriores.”

En ese mismo sentido, valga apuntar, la jurisprudencia que la Corte Constitucional ha dejado vertida sobre la aplicación retrospectiva de la ley, *verbi gratia*, en sentencias como la T-564 de 2015, T-525 de 2015 y T-155 de 2018, no resulta predicable al examine por cuanto solo se permite la aplicación de una norma posterior a una situación consolidada anterior a su entrada en rigor, entratándose de la pensión de sobrevivientes, en aquellos casos específicos en que, antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, los beneficiarios no tenían oportunidad de acceder a la prestación dada la ausencia de regulación al respecto. De hecho, para que proceda su aplicación, se requiere, entre otros presupuestos, precisamente que no estuviera vigente la figura de la pensión de sobrevivientes. Así, por ejemplo, en la sentencia T-564 de 2015, se asentó:

“Considera la Corte que, en los eventos en los cuales (i) el afiliado falleció, habiendo cotizado una elevada cantidad de años al sistema (como los que ha tratado hasta ahora la jurisprudencia), (ii) sin que haya configurado derecho pensional alguno que le sea posible sustituir y (iii) sin que al momento de su muerte haya estado vigente la figura de la pensión de sobrevivientes. es mandatorio concluir que su situación jurídica no se ha consolidado jurídicamente y, por ello, resulta admisible la aplicación retrospectiva del ordenamiento jurídico actual en lo relacionado con la figura de la pensión de sobrevivientes. Ello, como producto del (1) anormal vacío regulatorio que existía en relación con una institución que permitiera mitigar los efectos del acaecimiento de esta especial contingencia; (2) el desproporcionado e irrazonable estado de desprotección en el que, como producto de dicho vacío, se encuentran inmersos; y (3) la ausencia de resolución definitiva del conflicto.”

Así las cosas, y como quiera que los demandantes no accede al derecho pensional por razón distinta a la ausencia de regulación de la prestación, no es viable acomodar la jurisprudencia de la Corte Constitucional al caso bajo estudio.

De otra parte, tampoco resulta plausible dar aplicación al principio de la condición más beneficiosa para aplicar el Acuerdo 049 de 1990, que es al que se refieren las

sentencias T-444 de 2015 y SL-4650 de 2017 citadas por el extremo actor en el recurso, en razón a que, tal como lo asentó el juez de primer grado, este principio opera cuando en el cambio normativo el legislador no ha previsto un régimen de transición y ocurre una modificación sustancial en los requisitos legales para acceder a la prestación, y en esa medida, si se cumplen las exigencias de la preceptiva inmediatamente anterior, aunque el riesgo se estructure bajo la reglamentación posterior, puede acudir a aquella en aras de proteger una expectativa legítima.

En términos del órgano de cierre de esta jurisdicción, el postulado de la condición más beneficiosa tiene las siguientes características, a saber: i) Es una excepción al principio de la retrospectividad; ii) opera en la sucesión o tránsito legislativo; iii) procede cuando se predica la aplicación de la normatividad inmediatamente anterior a la vigente al momento del siniestro; iv) entra en vigor solamente a falta de un régimen de transición, porque de existir tal régimen no habría controversia alguna originada por el cambio normativo, dado el mantenimiento de la ley antigua, total o parcialmente, y su coexistencia en el tiempo con la nueva; v) entra en juego, no para proteger a quienes tienen una mera o simple expectativa, pues para ellos la nueva ley puede modificarles el régimen pensional, sino a un grupo de personas, que si bien no tienen un derecho adquirido, se ubican en una posición intermedia –expectativas legítimas- habida cuenta que poseen una situación jurídica y fáctica concreta, verbigracia, haber cumplido en su integridad la densidad de semanas necesarias que consagraba la ley derogada, y vi) respeta la confianza legítima de los destinatarios de la norma, incluso, para situaciones con un derrotero fáctico distinto al de autos, la Corte precisó a través, precisamente de la sentencia SL4650 de 2017 -con relación a la aplicabilidad del principio de la condición más beneficiosa en pensión de sobrevivientes- que debían darse en el tiempo unas condiciones de acuerdo a la normatividad que pretendía aplicarse al caso particular, considerando además, la data en que haya acaecido el deceso.

Conforme lo anterior, la condición más beneficiosa es un mecanismo que procura minimizar la rigurosidad de la aplicación irretroactiva de la Ley, no así para permitir la invocación de una norma posterior a una situación consolidada de manera anterior a su vigencia, como aquí se aspira.

En consonancia con lo analizado, es claro que no prosperan las pretensiones del libelo pues los demandantes no tienen derecho a la prestación que pretenden.

Agotada como se encuentra esta instancia y habiéndose arribado a las mismas conclusiones halladas por la Juez *a quo*, lo que se sigue es la confirmación de la sentencia de primera instancia.

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte actora.

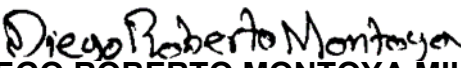
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

AGENCIAS EN DERECHO: Se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de \$100.000, la cual deberá ser incluida en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR GLORIA PORRAS
VANEGAS CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
–COLPENSIONES- (RAD. 24 2019 00577 01).**

Bogotá D.C., treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por la parte demandante (fls. 185 y 186), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del grado jurisdiccional de consulta a favor de la entidad demandada de la sentencia proferida por la Juez Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 23 de junio de 2020 (Cd. fl. 174, record 57:18, acta a folio 177), en la que se resolvió:

“PRIMERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES- a reliquidar la pensión de vejez reconocida a la señora GLORIA PORRAS VANEGAS identificada con la cedula 41.580.457 en cuantía de \$930.671.46 a partir del 31 de diciembre de 2011.

SEGUNDO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES- a reconocer y pagar a la demandante, señora GLORIA PORRAS VANEGAS las diferencias que se causen entre las mesadas pensionales reconocidas y las que se deben cancelar, conforme al valor que obtuvo el juzgado, a partir del 14 de septiembre de 2013 teniendo como mesada pensional para esa anualidad, la suma \$988.940.91 hasta cuando se efectúe el pago, diferencias que deberán ser indexadas y a las que se les deberán realizar los descuentos en salud, conforme a los indicado en la parte motiva de la presente sentencia.

TERCERO: ABSOLVER a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES—COLPENSIONES- de las demás pretensiones incoadas en su contra por la parte actora.

CUARTO: DECLARAR PROBADA la excepción de prescripción respecto de las diferencias causadas con anterioridad al 14 de septiembre de 2013.

QUINTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES- en COSTAS a favor de la demandante, para lo cual, se estiman las agencias en derecho en la suma de 15 salarios diarios mínimos legales vigentes, por secretaría líquidense en la oportunidad legal correspondiente.

SEXTO: REMITIR el expediente a la Sala Laboral del Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el evento que no se interponga recurso de apelación contra la presente decisión para que se surta el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de la entidad accionada, conforme lo dispone el artículo 69 del código procesal del trabajo y la seguridad social”

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, señora GLORIA PORRAS VANEGAS, las pretensiones relacionadas a folio 38, sustentadas con los supuestos facticos narrados a folios 38 vto, las cuales se encaminaron a que se condene a la demandada a reconocer y pagar la reliquidación de la pensión de jubilación con el 75% de todos los factores que constituyen salario devengado en los 10 últimos años de servicio, junto con los reajustes legales, indexación de las sumas adeudadas, intereses moratorios y costas del proceso. **Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable** por cuanto se ordenó la reliquidación de la mesada pensional con el IBL de los últimos 10 años, hallando como primera mesada para el año 2011 la suma de \$930.671,46 y para el 2013 la suma de \$988.940,91, declarando probada parcialmente la excepción de prescripción de las diferencias de mesadas causadas con anterioridad al 14 de septiembre del 2013 y ordenando el pago del retroactivo adeudado por diferencias de mesadas pensionales de manera indexada, tras considerar que una vez efectuadas las operaciones matemáticas se encontró una diferencia con la mesada reliquidada por Colpensiones.

Así las cosas, se advierte no es motivo de controversia en ésta instancia, la calidad de pensionada que ostenta la demandante, tal y como se extrae del

contenido de la Resolución GNR 314078 del 25 de octubre del 2016 (fl. 26), en la que se señala “*Que mediante Resolución No. 19448 del 25 de junio de 2010, el Instituto de Seguros Sociales, concedió una Pensión de Jubilación conforme a la Ley 71 de 1988 (...) en cuantía inicial de \$766.812, teniendo en cuenta 1113 semanas cotizadas y sobre un ingreso base de liquidación de \$1.022.416 (...)*”, igualmente se indica “*Que mediante Resolución No. 9105 del 13 de marzo de 2012, el ISS previa acreditación del retiro efectivo del servicio público, ordenó modificar e ingresar a la nómina de pensionados la Resolución No. 19447 del 25 de junio del 2010, a través de la cual se reconoció la pensión de vejez (...) en cuantía de \$883.177 a partir del 31 de diciembre de 2011*”.

Prestación pensional que sin embargo fue reliquidada en dos oportunidades bajo el amparo de la Ley 33 de 1985 (Ver fls. 27 vto y 34), por ser la demandante beneficiaria del régimen de transición así:

- Resolución GNR 314078 del 25 de octubre del 2016 (fls. 26 a 30), IBL $\$1.298.341 \times 75.00 = \$973.756$ a partir del 14 de septiembre del 2013.
- Resolución VPB 209 del 3 de enero del 2017 (fls. 32 a 36), IBL $\$1.304.527 \times 75.00 = \$978.395$ a partir del 14 de septiembre del 2013.

En este orden de ideas como quiera que la prestación pensional de la demandante como ya se dijo se otorgó en virtud de la Ley 33 de 1985, por ser beneficiaria del régimen de transición y que para la liquidación del IBL se tuvo en cuenta los 10 últimos años de cotización, situaciones que no son objeto de reproche por ninguna de las partes, se procede a la verificación de la suma otorgada en su momento por la pasiva para con ello establecer si se encuentra correcta la suma por ella obtenida, quien alega haber reconocido la pensión de vejez ajustada a derecho, precisando la Juez *a quo* determinó un monto de la mesada pensional superior al dispuesto en el acto administrativo que reliquidó por segunda vez la pensión de la accionante¹.

Así las cosas, esta Sala de decisión al realizar las operaciones aritméticas correspondientes, con el apoyo del Grupo liquidador creado por el Consejo

¹ COLPENSIONES estableció la mesada para el 2013 en \$978.395 (fl. 35 vto) y la *a quo* en la suma de \$988.940,91.

Superior de la Judicatura, las cuales se incorporan como parte integrante de esta sentencia, anexándolas al plenario, teniendo en cuenta los salarios que se indican en el “*CERTIFICADO DE SALARIOS MES A MES*” -fls. 6 a 17-, incluyendo los factores salariales allí señalados como devengados por la actora en los 10 últimos años de cotización, arrojan como IBL la suma de \$1.240.957,54 al cual se le aplica una tasa de remplazo equivalente al 75% no discutida por las partes y reconocida por la encartada conforme atrás se señaló, para una mesada pensional al **año 2011 de \$930.718,15²** suma que resulta superior a la señalada en primera instancia que fue de \$930.671,46, razón por la cual éste punto no se modificará atendiendo la Consulta que se surte en favor de la enjuiciada, precisando en efecto como lo adujo la Juez de Primera Instancia, el ISS no liquidó en su momento de manera adecuada la prestación pensional de la accionante, resultando procedente el incremento de su mesada pensional.

Ahora, y antes de proceder a concretar el valor del retroactivo adeudado por diferencias de mesadas pensionales debe hacerse el estudio de la excepción de prescripción oportunamente propuesta por COLPENSIONES³, señalando el reconocimiento pensional se otorgó de manera efectiva mediante resolución No. 9105 del 13 de marzo del 2012 (fl. 26) cuando se dio el retiro del servicio de la actora, presentando la demandante reclamación dirigida a obtener la reliquidación de su primera mesada el 14 de septiembre del 2016 conforme al escrito de folio 2 y acudiendo a la jurisdicción el 9 de marzo del 2017 (fl. 46),

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
2002	360	66,729	105,24	1,577	\$ 642.686,92	\$ 1.013.565,35	\$ 12.162.784,23
2003	360	71,395	105,24	1,474	\$ 644.974,17	\$ 950.692,72	\$ 11.408.312,70
2004	360	76,029	105,24	1,384	\$ 720.107,67	\$ 996.744,53	\$ 11.960.934,31
2005	360	80,209	105,24	1,312	\$ 885.836,75	\$ 1.162.245,45	\$ 13.946.945,40
2006	360	84,103	105,24	1,251	\$ 977.208,42	\$ 1.222.763,94	\$ 14.673.167,23
2007	360	87,869	105,24	1,198	\$ 1.055.525,17	\$ 1.264.152,70	\$ 15.169.832,41
2008	360	92,872	105,24	1,133	\$ 1.119.054,25	\$ 1.268.035,73	\$ 15.216.428,82
2009	360	100,000	105,24	1,052	\$ 1.333.744,00	\$ 1.403.585,66	\$ 16.843.027,98
2010	360	102,002	105,24	1,032	\$ 1.550.176,67	\$ 1.599.336,21	\$ 19.192.034,56
2011	360	105,237	105,24	1,000	\$ 1.528.453,08	\$ 1.528.453,08	\$ 18.341.437,00
Total días	3600	Total devengado actualizado a:				2011	\$ 148.914.904,62
Total semanas	514,29	Ingreso Base Liquidación					\$ 1.240.957,54
Total Años	10,00	Porcentaje aplicado					75%
		Primera mesada					\$ 930.718,15

³ En la contestación de la demanda (fl.70) la cual se admitió mediante auto del 24 de agosto del 2017 (fl. 85).

razón por la cual al haber transcurrido los tres años a los que se refiere el artículo 151 del C.P.T. y S.S., entre la exigibilidad del derecho (13/03/2012) y la presentación de la reclamación (14/09/2016), la prescripción cobró operatividad encontrándose probado parcialmente el medio exceptivo alegado, respecto de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al **14 de septiembre del 2013**, tal como se expuso en la decisión de primera instancia, se confirma este punto.

Así de acuerdo a los cálculos aritméticos se encuentra como valor adeudado por retroactivo de diferencias de mesadas pensionales del 14 de septiembre del 2013 al 23 de junio del 2020 (fecha de la sentencia de primera instancia), teniendo en cuenta la mesada dispuesta en primer grado para el año 2013 de \$988.940,91, la suma de **\$1.077.809,11⁴**, y en esa medida éste punto se adicionará el fallo, precisándose este retroactivo se seguirá causando hasta la fecha de inclusión en nómina de pensionados.

Finalmente, en lo atinente a la indexación del retroactivo por las diferencias pensionales, a la cual se accedió, la Sala se permite recordar que dicha institución jurídica persigue una actualización de la obligación en cuanto al poder adquisitivo que tenía en la fecha en que debió de haberse solucionado y aquella en que efectivamente se pague, esto es, que el inexorable paso del tiempo, sin otro condicionamiento, distinto al impago del deudor, justifica el reajuste o corrección monetaria, siendo los índices de devaluación un hecho notorio, lo que evita demostrar esa situación.

5

Tabla Retroactivo Pensional							
Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	Valor mesada juez	Mesada Colpensiones	Diferencia	Nº. Mesadas	Subtotal
14/09/13	31/12/13	2,44%	\$ 988.940,91	\$ 978.395,00	\$ 10.545,91	4,57	\$ 48.159,66
01/01/14	31/12/14	1,94%	\$ 1.008.126,00	\$ 997.375,86	\$ 10.750,14	13,00	\$ 139.751,78
01/01/15	31/12/15	3,66%	\$ 1.045.023,00	\$ 1.033.879,82	\$ 11.143,18	13,00	\$ 144.861,35
01/01/16	31/12/16	6,77%	\$ 1.115.771,00	\$ 1.103.873,48	\$ 11.897,52	13,00	\$ 154.667,72
01/01/17	31/12/17	5,75%	\$ 1.179.928,00	\$ 1.167.346,21	\$ 12.581,79	13,00	\$ 163.563,29
01/01/18	31/12/18	4,09%	\$ 1.228.187,06	\$ 1.215.090,67	\$ 13.096,39	13,00	\$ 170.253,03
01/01/19	31/12/19	3,18%	\$ 1.267.243,40	\$ 1.253.730,55	\$ 13.512,85	13,00	\$ 175.667,07
01/01/20	23/06/20	3,80%	\$ 1.315.398,65	\$ 1.301.372,31	\$ 14.026,34	5,77	\$ 80.885,23
Subtotal retroactivo pensional desde 14-09-2013 a 23-06-2020							\$ 1.077.809,11

La indexación no busca resarcir un perjuicio económico en estricto sentido, como ya quedó dicho, sino adaptar a la realidad económica del país un fenómeno particular de igual naturaleza, con ello no se recibe una ventaja económica ni se indemniza por el retardo en el pago, como tampoco se percibe un rendimiento del capital adeudado, solo se recauda el monto obligacional con capacidad adquisitiva, igual a la que tenía a la fecha en que se debió pagar.

En consecuencia, no erró la Juez de primera instancia al reconocer el pago indexado de las sumas adeudadas por las diferencias pensionales, como quiera que entre la fecha en que se está reconociendo las mismas y la calenda en la que se realice su pago, habrá transcurrido un tiempo considerable durante el cual dichos valores han perdido poder adquisitivo, razón por la cual en éste punto será también confirmada la decisión de primera instancia.

Así las cosas, agotada la competencia en esta instancia por el estudio de los motivos de apelación y surtido el grado jurisdicción de consulta en favor de Colpensiones, conforme a las motivaciones precedentes lo que se sigue es la confirmación de la sentencia de primer grado, adicionándose únicamente en cuanto al valor del retroactivo adeudado

SIN COSTAS en el grado jurisdiccional de consulta.

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

RESUELVE

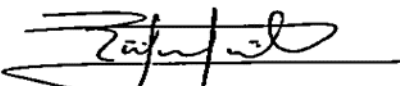
PRIMERO: ADICIONAR el numeral **SEGUNDO** del fallo consultado, en cuanto a que el retroactivo por diferencias de mesadas pensionales adeudado por COLPENSIONES a la demandante, del 14 de septiembre del 2013 al 23 de junio del 2020 (fecha de la sentencia de primer grado), ascendía a **\$1.077.809,11**, el cual se seguirá causando hasta la fecha efectiva de inclusión en nómina de pensionados.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia, de conformidad con las motivaciones anteriormente expuestas.

TERCERO: SIN COSTAS en el grado jurisdiccional de consulta.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

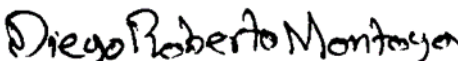
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MARJHA CECILIA
SANTOS PORRAS CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES -COLPENSIONES- (RAD. 25 2018 00648 01).**

Bogotá D.C. treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020)

AUTO

Se reconoce personería adjetiva para actuar a la abogada ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES, como apoderada sustituta de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por JOHANNA ANDREA SANDOVAL, como representante legal de la sociedad ARANGO GARCIA ABOGADOS ASOCIADOS (folio 70).


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por parte de la demandante y Colpensiones (fls. 66, 68 y 69), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la apoderada de COLPENSIONES y el grado jurisdiccional de consulta en su favor, contra la sentencia proferida por el Juez

Veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 19 de agosto de 2020 (Cd fl. 61, record: 10:18 acta a fl. 60) en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR que la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- debe reconocer y cancelar a la señora MARJHA CECILIA SANTOS PORRAS la reliquidación de su pensión de vejez, tomando como base el IBL del tiempo que hacía falta entre la entrada en vigencia de la ley 100 y el cumplimiento de sus 55 años de edad.

SEGUNDO: Se DECLARA PROBADA la excepción de prescripción de manera parcial de las diferencias pensionales anteriores al 14 de agosto del 2015 por lo motivado.

TERCERO: CONDENAR al demandado ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- a cancelar a la demandante como retroactivo pensional por diferencias, el valor de \$2.931.821,71, suma liquidada al 31 de julio de 2020, debiendo incluir lo que en adelante se cause conforme a los nuevos valores establecidos por el despacho en esta providencia, sumas debidamente indexadas.

CUARTO: COSTAS a cargo de la parte demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- y a favor de la demandante por \$240.000.

QUINTO: De no ser apelada la presente decisión, ENVÍESE a la Sala Laboral del Honorable Tribunal Superior de Bogotá, para que se surta el Grado Jurisdiccional de Consulta. ”

Inconforme con la decisión la apoderada de la demandada interpuso recurso de apelación, señalando que a la demandante se le reconoció su pensión de vejez enmarcada en el decreto 758 del 90, tomando el artículo 21 de la ley 100 del 93 como parámetro para obtener el IBL más favorable, en este caso, el de los últimos 10 años de servicio, precisando que efectuada la liquidación con el tiempo que le hiciera falta, el valor por concepto de la mesada pensional arrojó un equivalente a la suma de \$1.038.053, la cual resulta menor a la que viene percibiendo la actora, por tal motivo, señala no es procedente la reliquidación de la pensión de vejez pues reitera a la demandante le fue reconocida la prestación con el ingreso base de liquidación de los últimos 10 años con los valores actualizados por encontrar que era más favorable, ya que la mesada arroja un valor mayor al que se solicita, precisando COLPENSIONES se sujetó a las normas vigentes con el fin de reconocer la mesada pensional (Cd. fl. 61, record: 11:54¹)

¹ “Gracias señor juez, interpongo recurso de apelación que lo sustento de la siguiente manera. En primera medida, se tiene que con la resolución 002083 del 29 de julio de 2003, se reconoce una pensión de vejez a la demandante basada en el decreto 758 del 90 el cual, en su artículo 12, dispone los requisitos para acceder a la pensión de vejez bajo el régimen pensional a saber, este artículo indica lo siguiente:

“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.”

Ahora bien, en el artículo 20 del decreto 758 del 90, se tiene que las pensiones de vejez se deben integrar de la siguiente manera:

- “a) Con una cuantía básica igual al cuarenta y cinco por ciento (45%) del salario mensual de base y,
b) Con aumentos equivalentes al tres por ciento (3%) del mismo salario mensual de base por cada cincuenta (50) semanas de cotización que el asegurado tuviere acreditadas con posterioridad a las primeras quinientas (500) semanas de cotización. El valor total de la pensión no podrá superar el 90% del salario mensual de base ni ser inferior al salario mínimo legal mensual ni superior a quince veces este mismo salario.
PARÁGRAFO 1o. El salario mensual de base se obtiene multiplicando por el factor 4.33, la centésima parte de la suma de los salarios semanales sobre los cuales cotizó el trabajador en las últimas cien (100) semanas.
El factor 4.33 resulta de dividir el número de semanas de un año por el número de meses.”

La integración de la pensión de vejez o de invalidez que trata este artículo, se sujeta a una tabla en donde se tiene que las semanas, si son superiores a 50, la suma total de semanas arrojó un valor de 1250 semanas, el equivalente es al 90% de la tasa máxima, por lo tanto, se identifica que el porcentaje equivalente a la tasa de reemplazo de 90%, tomada en cuenta por la entidad para la liquidación de la prestación, el cual se ajusta a derecho y que se efectuó acorde a lo establecido en la norma, teniendo como base las 1276 semanas cotizadas por la demandante a COLPENSIONES.

Para continuar, en cuanto al IBL, se tiene en primera medida que el IBL no es un aspecto sometido al régimen de transición, razón por la cual, las reglas para calcular el ingreso base de liquidación es según el tiempo que le haga falta para cumplir la edad de pensión, a saber, a los que les faltan menos de 10 años para pensionarse la fecha del 1 de abril del 94, se regirán por el artículo 36 inciso tercero de la ley 100 del 93. Ahora bien, aquellas personas que al primero de abril del 94 le faltaren más de 10 años, el cálculo del ingreso base de liquidación será establecido en el artículo 21 de la ley 100 del 93 el cual, en palabras del legislador, expresó en su artículo 21 que el ingreso de liquidación se tiene para:

“liquidar las pensiones previstas en esta ley, el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo si este fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.
Cuando el promedio del ingreso base, ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, resulte superior al previsto en el inciso anterior, el trabajador podrá optar por este sistema, siempre y cuando haya cotizado 1250 semanas como mínimo.”

De la misma forma, se trae a colación la sentencia de fecha 28 de agosto de 2018 emitida por el consejo de estado, órgano de cierre de la jurisdicción administrativa la cual precisó:

“Para la Sala Plena de esta Corporación esa es la lectura que debe darse del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. El artículo 36 contiene todos los elementos y condiciones para que las personas beneficiarias del régimen transición puedan adquirir su pensión de vejez con la edad, el tiempo de servicios o semanas de cotización y la tasa de reemplazo del régimen anterior y con el IBL previsto en el mismo artículo 36, inciso 3, y en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993. La regla establecida por el legislador en el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 excluyó la aplicación ultractiva del ingreso base de liquidación que consagraba el régimen general de pensiones anterior a dicha ley. El reconocimiento de la pensión en las condiciones previstas a cabalidad por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 constituye un verdadero beneficio para este grupo poblacional, porque frente a los mismos requisitos que están consagrados para el Sistema General de Pensiones, indudablemente, le son más favorables.”

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 MARJHA CECILIA SANTOS PORRAS, las pretensiones relacionadas a folio 3, sustentadas con los supuestos facticos narrados en el mismo folio, las cuales de manera principal se encaminaron a que se condene a la demandada a reliquidar la pensión de vejez a partir del 1° de febrero de 2003 teniendo en cuenta como IBL el tiempo que le hacía falta para adquirir el derecho a la pensión de acuerdo a lo dispuesto en el inciso III del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, junto con la indexación de las sumas debidas, costas y agencias en derecho, condenas *ultra y extra petita*. **Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable** por cuanto si bien se ordenó la reliquidación con el tiempo que le hacía falta para adquirir el derecho pensional, hallando como primera mesada para el año 2003 la suma de \$697.556,56, esto es, superior a la otorgada por la accionada de \$675.353, dispuso el pago del retroactivo por diferencias de mesadas pensionales solo a partir del 14 de agosto del 2015 por efectos de la declaratoria parcial de la excepción de prescripción, ordenando el pago manera indexada, todo lo anterior tras considerar que en efecto a la actora le faltaban menos de 10 años para adquirir el derecho pensional a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 y en ese orden era procedente la liquidación de la prestación con el IBL del tiempo que le hacía falta para alcanzar la edad requerida.

Así las cosas, se advierte no es motivo de controversia en ésta instancia, la calidad de pensionada que ostenta la demandante, tal y como puede verificarse

Según lo expuesto, a la demandante se le reconoció su pensión de vejez enmarcada en el decreto 758 del 90, tomando el artículo 21 de la ley 100 del 93 como parámetro para obtener el IBL más favorable, en este caso, el de los últimos 10 años de servicio. Así mismo, efectuada la liquidación con el tiempo que le hiciera falta, el valor por concepto de la mesada pensional arrojó un equivalente a la suma de \$1.038.053, la cual resulta menor a la que viene percibiendo la demandante. Por tal motivo, no es procedente la reliquidación de la pensión de vejez por las razones anteriormente expuestas, no es posible acceder a las pretensiones de la demanda, toda vez que a la demandante le fue reconocida la prestación con el ingreso base de liquidación de los último 10 años con los valores actualizados por encontrar que era más favorable, ya que la mesada arroja un valor mayor al que se solicita. En consecuencia, no hay lugar a ordenar la reliquidación, pues COLPENSIONES se sujetó a las normas vigentes con el fin de reconocer la mesada pensional, por lo tanto, solicito se revoque la sentencia dictada por este despacho y en consecuencia, se absuelva a mi representada de la condenas impuestas. Muchas gracias.”

en la Resolución No. 002083 del 29 de julio del 2003 expedida por el entonces Instituto de Seguros Sociales visible a folio 12 del expediente donde se constata, que el reconocimiento del derecho pensional se otorgó en aplicación del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 en virtud del Acuerdo 049 de 1990, asignando una mesada de \$675.353 a partir del 1° de febrero del 2003 y con un IBL de \$750.392.

Entonces, partiendo de la base no controvertida de que la accionante es titular de una pensión de vejez regulada por la Acuerdo 049 de 1990, por ser beneficiaria del régimen de transición, así como que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1° de abril de 1994- le faltaban menos de 10 años para acceder al derecho pensional (8 años, 5 meses y 29 días), por haber alcanzado los 55 años para acceder a la prestación el 30 de septiembre del 2002 (nació el mismo día y mes del año 1947)², debe anotarse de antemano, y previo a cualquier disquisición, frente al tema del ingreso base de liquidación de la pensión, para los beneficiarios del régimen de transición, a quienes les faltaren menos de 10 años para adquirir el derecho a la pensión de vejez al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, tal como ocurre en el asunto de autos, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, se ha pronunciado de manera repetida y clara, señalando que éste será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si éste fuere superior actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE. Al respecto, pueden consultarse los pronunciamientos de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otros en la sentencia con radicación 43336³, precisando la Sala se tomará el tiempo que le hacía falta a la

² Por cuanto para dicha calenda ya contaba con la edad (alcanzo los 55 años el 6 de marzo de 1999) y 20 años de servicios oficiales, exigidos por la disposición normativa aplicable. La fecha de nacimiento se extrae del contenido de las Resoluciones No. 03548 del 15 de marzo del 2002 y 14691 del 2004 (fls. 16 vto y 155)

³ “Por manera que, dependiendo del tiempo que les hiciere falta para adquirir el derecho a la pensión cuando entró en vigencia el Sistema Integral de Seguridad Social en Pensiones, respecto de los beneficiarios de la transición pensional se presentan dos situaciones: (i) La de quienes al momento en que entró a regir el sistema pensional de la Ley 100 de 1993 les faltaban menos de 10 años para adquirir el derecho, caso en el cual el ingreso base de liquidación será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si éste fuere superior actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE, y (ii) La de quienes les faltaban más de 10 años para adquirir el derecho, caso en el cual el ingreso base de liquidación será el previsto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, esto es, el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los 10 años anteriores al

accionante para adquirir el derecho en aras de determinar si la pasiva en efecto liquidó de manera errada la prestación pensional de la actora.

Establecido lo anterior, procede la Sala de decisión a realizar las operaciones aritméticas correspondientes, con el apoyo del Grupo liquidador creado por el Consejo Superior de la Judicatura, las cuales se incorporan como parte integrante de esta sentencia, anexándolas al plenario, teniendo en cuenta la Historia Laboral allegada por Colpensiones en medio magnético obrante a folio 34 y que se encuentra actualizada al 16 de noviembre del 2018, operaciones que arrojan como IBL de los últimos 8 años, 5 meses y 29 días (5/02/1994 al 31/01/2003), la suma de \$774.429,02 al cual se le aplica una tasa de remplazo equivalente al 90% no discutida por las partes, para una mesada pensional al **año 2003 de \$696.986,11⁴**, suma que resulta superior a la que obtuvo en su momento el ISS para reconocer la pensión de la actora, que lo fue de \$675.353 e inferior a la obtenida por el a quo, resultando procedente por ende el incremento de la mesada pensional de la demandante conforme fue solicitado en el libelo, precisándose el IBL que debía liquidarse NO era el de los últimos 10 años como lo refiere Colpensiones en su apelación sino el del tiempo que le hacía falta a la accionante para adquirir su derecho pensional.

reconocimiento de la pensión, o el promedio del ingreso base, ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, si resulta superior al anterior, siempre y cuando el afiliado haya cotizado 1250 semanas como mínimo.”

4

Cálculo IBL Tiempo que Hiciere Falta							
AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual
1994	330	21,328	71,40	3,348	\$ 298.110,00	\$ 997.930,56	\$ 10.977.236,15
1995	210	26,147	71,40	2,731	\$ 300.000,00	\$ 819.161,05	\$ 5.734.127,36
1996	360	31,237	71,40	2,286	\$ 325.500,00	\$ 743.958,98	\$ 8.927.507,77
1997	360	37,997	71,40	1,879	\$ 414.166,67	\$ 778.215,77	\$ 9.338.589,28
1998	360	44,716	71,40	1,597	\$ 504.000,00	\$ 804.706,02	\$ 9.656.472,28
1999	330	52,185	71,40	1,368	\$ 595.000,00	\$ 814.031,89	\$ 8.954.350,83
2000	360	57,002	71,40	1,252	\$ 595.000,00	\$ 745.234,13	\$ 8.942.809,62
2001	359	61,989	71,40	1,152	\$ 595.000,00	\$ 685.284,23	\$ 8.200.568,01
2002	360	66,729	71,40	1,070	\$ 595.000,00	\$ 636.607,00	\$ 7.639.284,05
2003	30	71,395	71,40	1,000	\$ 595.000,00	\$ 595.000,00	\$ 595.000,00
Total días	3059	Total devengado actualizado a:				2003	\$ 78.965.945,35
Total semanas	437,00	Ingreso Base Liquidación					\$ 774.429,02
Total Años	8,48	Porcentaje aplicado					90%
		Primera mesada					\$ 696.986,11

En este orden de ideas, se procederá a ordenar el pago del retroactivo adeudado a la promotora del litigio por concepto de diferencias de mesadas pensionales, advirtiéndose que como la mesada aquí hallada (\$696.986,11) es inferior a la señalada en primera instancia (\$697.556,56), se modificará en este punto la decisión de primer grado atendiendo la Consulta que se surte en favor de la enjuiciada.

Ahora, y antes de proceder a verificar el valor del retroactivo adeudado por diferencias de mesadas pensionales debe hacerse el estudio de la excepción de prescripción oportunamente propuesta por COLPENSIONES⁵, señalando el reconocimiento pensional se otorgó mediante resolución No. 002083 del 29 de julio de 2003 (fl. 20) presentando la demandante reclamación dirigida a obtener la reliquidación solo hasta el 14 de agosto del 2018 (fl. 20), obteniendo respuesta negativa mediante acto administrativo SUB 295348 del 14 de noviembre del 2018 (fls. 37 a 40) notificado el 30 de noviembre del 2018 (fl. 36) y presentando la demanda el 28 de septiembre del 2018 -antes de que se resolviera la reclamación- (fl. 19), razón por la cual al haber transcurrido los tres años a los que se refiere el artículo 151 del C.P.T. y S.S., entre la exigibilidad del derecho a la reliquidación y la reclamación, la prescripción cobró operatividad encontrándose probado parcialmente el medio exceptivo alegado, respecto de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al **14 de agosto del 2015** (tres años anteriores a la fecha del reclamo 14/08/2018), tal como lo dispuso el Juez de primer grado.

Así de acuerdo a los cálculos aritméticos se encuentra como valor adeudado por retroactivo de diferencias de pensionales del 14 de agosto del 2015 al 31 de julio del 2020 (fecha hasta la cual lo liquidó el Juez primigenio) teniendo en cuenta la mesada aquí obtenida para el año 2003 de \$696.686 respecto de la cual se realizaron los correspondientes incrementos anuales, la suma de

⁵ En la contestación de la demanda (fl. 29) la cual se admitió por el juzgado mediante auto del 22 de mayo de 2019 (fl. 42).

\$2.857.794,94⁶, inferior a la encontrada por el Juez *a quo* (\$2.931.821,71) y en esa medida éste punto se modificará pues no se puede hacer más gravosa la situación de la accionada respecto de quien se surte el grado jurisdiccional de consulta y quien también oficia como apelante única.

Por otro lado, en lo atinente a la indexación de las diferencias pensionales, a la cual se accedió, la Sala se permite recordar que dicha institución jurídica persigue una actualización de la obligación en cuanto al poder adquisitivo que tenía en la fecha en que debió de haberse solucionado y aquella en que efectivamente se pague, esto es, que el inexorable paso del tiempo, sin otro condicionamiento, distinto al impago del deudor, justifica el reajuste o corrección monetaria, siendo los índices de devaluación un hecho notorio, lo que evita demostrar esa situación.

La indexación no busca resarcir un perjuicio económico en estricto sentido, como ya quedó dicho, sino adaptar a la realidad económica del país un fenómeno particular de igual naturaleza, con ello no se recibe una ventaja económica ni se indemniza por el retardo en el pago, como tampoco se percibe un rendimiento del capital adeudado, solo se recauda el monto obligacional con capacidad adquisitiva, igual a la que tenía a la fecha en que se debió pagar.

6

Tabla Retroactivo Pensional							
Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	Valor mesada calculada	Mesada otorgada	Diferencia	Nº. Mesadas	Subtotal
01/01/03	31/12/03	6,99%	\$ 696.986,00	\$ 675.353,00	PRESCRITO		
01/01/04	31/12/04	6,49%	\$ 742.220,00	\$ 719.183,41			
01/01/05	31/12/05	5,50%	\$ 783.042,00	\$ 758.738,50			
01/01/06	31/12/06	4,85%	\$ 821.020,00	\$ 795.537,31			
01/01/07	31/12/07	4,48%	\$ 857.802,00	\$ 831.177,39			
01/01/08	31/12/08	5,69%	\$ 906.611,00	\$ 878.471,38			
01/01/09	31/12/09	7,67%	\$ 976.148,00	\$ 945.850,13			
01/01/10	31/12/10	2,00%	\$ 995.671,00	\$ 964.767,14			
01/01/11	31/12/11	3,17%	\$ 1.027.234,00	\$ 995.350,26			
01/01/12	31/12/12	3,73%	\$ 1.065.550,00	\$ 1.032.476,82			
01/01/13	31/12/13	2,44%	\$ 1.091.549,00	\$ 1.057.669,25			
01/01/14	31/12/14	1,94%	\$ 1.112.725,00	\$ 1.078.188,04			
14/08/15	31/12/15	3,66%	\$ 1.153.451,00	\$ 1.117.649,72	\$ 35.801,28	5,57	\$ 199.293,79
01/01/16	31/12/16	6,77%	\$ 1.231.540,00	\$ 1.193.314,61	\$ 38.225,39	14,00	\$ 535.155,52
01/01/17	31/12/17	5,75%	\$ 1.302.354,00	\$ 1.261.930,20	\$ 40.423,80	14,00	\$ 565.933,26
01/01/18	31/12/18	4,09%	\$ 1.355.620,28	\$ 1.313.543,14	\$ 42.077,14	14,00	\$ 589.079,93
01/01/19	31/12/19	3,18%	\$ 1.398.729,00	\$ 1.355.313,81	\$ 43.415,19	14,00	\$ 607.812,68
01/01/20	31/07/20	3,80%	\$ 1.451.880,71	\$ 1.406.815,74	\$ 45.064,97	8,00	\$ 360.519,75
Subtotal retroactivo desde 14-08-2015 a 31-07-2020							\$ 2.857.794,94

En consecuencia, no erró el Juez de primera instancia al reconocer el pago indexado de las sumas adeudadas por las diferencias pensionales, como quiera que entre la fecha en que se está reconociendo las mismas y la calenda en la que se realice su pago, habrá transcurrido un tiempo considerable durante el cual dichos valores han perdido poder adquisitivo, razón por la cual en éste punto será confirmada la decisión de primera instancia.

Así las cosas, agotada la competencia en esta instancia por el estudio de los motivos de apelación y surtido el grado jurisdicción de consulta en favor de Colpensiones, conforme a las motivaciones precedentes lo que se sigue es la modificación de la sentencia de primer grado en relación con el valor de las sumas a reconocer por parte de Colpensiones.

Sin **COSTAS** en el grado jurisdiccional de consulta, **COSTAS** en apelación a cargo de la Demandada.

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

RESUELVE

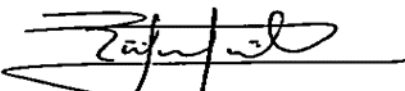
PRIMERO: MODIFICAR el numeral **TERCERO** del fallo proferido por el Juzgado 25 Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar **CONDENAR** a COLPENSIONES a pagar a la demandante por concepto de diferencias pensionales la suma de **\$2.857.794,94** liquidado del 14 de agosto del 2015 al 31 de julio del 2020, el cual se seguirá causando hasta la fecha efectiva de inclusión en nómina, precisándose la mesada reliquidada para el año 2003 fue por valor de **\$696.986,11**. Se **CONFIRMA** el pago del retroactivo adeudado de manera **INDEXADA**.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia, de conformidad con las motivaciones anteriormente expuestas.

TERCERO: Sin **COSTAS** en el grado jurisdiccional de consulta y **COSTAS** en apelación a cargo de la Demandada.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR CLAUDIA ALEJANDRA BOTERO VANEGAS CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. (RAD. 26 2019 00748 01).

Bogotá D.C. treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020)

AUTO

Se reconoce personería para actuar al abogado ALEJANDRO MIGUEL CASTELLANOS LÓPEZ como apoderado de la demandada PORVENIR S.A., de conformidad con el poder otorgado en Escritura Pública No. 0275 del 25 de febrero de 2020, conferida en la Notaría 65 del Círculo de Bogotá (folios 266 a 275).

Del mismo modo, se reconoce personería adjetiva para actuar al abogado FELIPE ALBERTO GRANADOS PRECIADO, como apoderado sustituto de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por JOHANNA ANDREA SANDOVAL, como representante legal de la sociedad ARANGO GARCIA ABOGADOS ASOCIADOS (folio 312).


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por la demandante, Protección, Porvenir y Colpensiones (fls. 295, 296, 298 a 301, 303 a 307 y 309 a 311), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el

numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con el fin de resolver el recurso de apelación formulado por la demandada PORVENIR, así como el grado jurisdiccional de Consulta en favor de COLPENSIONES, contra la sentencia proferida por la Juez Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 25 de agosto de 2020 (CD folio 290, récord: 1:13:14, acta folios 259 y 260), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR ineficaz el traslado efectuado por la señora CLAUDIA ALEJANDRA BOTERO DE VANEGAS, identificada con cedula 35.468.294, al régimen de ahorro individual con solidaridad, a partir de enero de 1998 (sic) al fondo de pensiones COLMENA, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR al fondo de pensiones PORVENIR, a transferir a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, la totalidad de los aportes realizados por la demandante, junto con sus rendimientos financieros causados y sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de administración.

TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, a que acepte dicho traslado y contabilice para efectos pensionales, las semanas cotizadas por la demandante.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas.

QUINTO: CONDENAR en COSTAS de esta instancia al fondo de pensiones PROTECCIÓN, fijándose como agencias en derecho la suma de \$1.000.000.”

Inconforme con la decisión, la apoderada de PORVENIR manifiesta ser un tercero de buena fe, dado que el acto primigenio respecto del cambio de régimen se hizo fue con PROTECCIÓN y no con PORVENIR y por ende considera debe estar exento de culpa, expresando solo hasta que se traslada a PORVENIR es cuando tiene una mejor asesoría y en ese momento es cuando se conocen las características del RAIS dándosele toda la información, viéndose y siendo beneficiada de los tributos que conllevan hacer aportes voluntarios.

Solicitando, se le exima de regresar a la demandante al régimen a COLPENSIONES, como quiera que la demandante no es beneficiaria del régimen transicional, precisando no todos los casos tiene una identidad fáctica con el caso que nos ocupa, iterando la ineficacia traslado no puede predicarse respecto a

todos los casos de manera automática, ya que depende del tipo de falencias de información o la inexistencia del consentimiento que pudiera producir un perjuicio claro y cierto.¹ (CD folio 290, record: 1:14:49).

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 CLAUDIA ALEJANDRA BOTERO DE VANEGAS, en este proceso ordinario las pretensiones relacionadas a folio 4, las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos expuestos a folios 2 a 4, aspirando, se declare la nulidad de la afiliación realizada el 28 de enero de 1999 a COLMENA hoy PROTECCIÓN, en

¹ “PORVENIR sí, estando dentro de la oportunidad procesal pertinente su señoría, se permite presentar recurso de apelación como quiera que, ratificando lo que se expuso en los alegatos de conclusión, PORVENIR es un tercero de buena fe, dado que el acto primigenio respecto del cambio de régimen se hizo fue con PROTECCIÓN y no con PORVENIR en la medida en que como lo resalté, es un tercero de buena fe exento de culpa. Como bien se mencionó y también lo confirmó la señora juez, solo hasta que se traslada a PORVENIR es cuando tiene una mejor asesoría luego ya, en este momento se conocen las características del RAIS propiamente dándosele toda la información, conociendo qué son los aportes voluntarios, aportándolos, viéndose beneficiada de los tributos que conllevan hacer este tipo de aportes que conoce en ese momento, respecto del bono pensional.

Luego, al ser mi representada un tercero de buena fe, se presenta este recurso de apelación, pidiéndole al Tribunal que se le exima de regresarla al régimen a COLPENSIONES, también como quiera que la demandante no es beneficiaria del régimen transicional, aquí todos estos casos no tiene una identidad fáctica con el caso que nos ocupa, pues todos esos casos fueron estudiados con personas que estaban amparadas por el régimen de transición respecto de lo que señala el artículo 36 de la ley 100 del 93 y si bien en ninguna de esas sentencias y más que todo, la doctora Clara Cecilia Dueñas (...) o no en el régimen de transición, vuelven y estudian este caso con una persona que está amparada por el régimen de transición, luego no hay una identidad fáctica.

Es por esto que en buena hora, el magistrado Rigoberto Echeverri en la sentencia SL-1452 de 2009 con radicado 68852 indicó, aclarando voto, que precisamente la ineficacia traslado no puede predicarse respecto a todos los casos de manera automática, ya que depende del tipo de falencias de información o la inexistencia del consentimiento que pudiera producir un perjuicio claro y cierto, y a estas personas se les producía un perjuicio claro y cierto como quiera que estaban amparadas por el régimen de transición, pero en este caso, la demandante no está amparada por el régimen de transición, por eso el magistrado también indica que el afiliado en general no debería estar autorizado para demandar la ineficacia del traslado, simplemente porque con el pasar del tiempo su plan de pensión no resultó acorde con sus aspiraciones, situación que ocurre en el presente caso.

También hay otra sentencia, sentencia de tutela con radicado 5912 del trece de mayo del presente año en donde nuevamente otro magistrado, el magistrado Luis Quiroz Alemán indica que, tampoco puede accederse de manera indiscriminada a todas las pretensiones de nulidad o ineficacia del traslado como fundamento de la falta de información respecto de lo que alega el demandante, pues el indica que hacerlo de esta manera, de forma masiva, sin estudiar cada caso en particular, se estaría creando un sistema que no fue creado por el ordenamiento jurídico en tanto el legislador garantizó la libertad de elección de régimen pensional en cabeza del afiliado.

Es así como le solicito al Honorable Tribunal, que se revoque la sentencia de instancia y en su lugar se absuelva a mi representada. Gracias.”

consecuencia, se ordene a Porvenir trasladar la totalidad del ahorro efectuado a Colpensiones, así mismo se ordena a Colpensiones aceptar el traslado y efectuar su afiliación al RPM, 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 el traslado de régimen pensional realizado por la actora a PROTECCIÓN antes COLMENA, ordenando a PORVENIR, actual administradora de la demandante, la devolución de saldos de la cuenta de ahorro individual al Régimen de prima media con prestación definida junto con los rendimientos causados sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de gastos de administración, tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada PROTECCIÓN no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía con la demandante, al momento del traslado.

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

Así las cosas, a folio 11 milita copia de la cédula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 31 de diciembre de 1959, por lo que la edad de 57 años, los cumplió el mismo día y mes del año 2016, procediendo a solicitar su traslado mediante petición elevada ante PORVENIR el 21 de septiembre de 2018 (folio 50) y ante COLPENSIONES el 31 de agosto del 2018 (folio 54), es decir, cuando ya había alcanzado la edad requerida para adquirir el derecho pensional –tenía 58 años-. De otra parte, no tenía la

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

demandante 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con 384,71 semanas de cotización (folio 202) equivalentes a 7 años, 5 meses y 23 días, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante lo anterior, con fundamento en la ausencia del suministro de información, pretende la actora a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 28 de enero de 1999 (folios 35 y 194) específicamente, conforme la información consignada en el formulario de afiliación a COLMENA (hoy PROTECCIÓN) y el reporte SIAFP expedido por ASOFONDOS (fl. 194).

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

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011³, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y más

³ “Además, debe la Corte destacar que no fue objeto de controversia que el actor estuvo afiliado al régimen pensional que administra el Instituto de Seguros Sociales desde el 12 de marzo de 1969 hasta el 12 de agosto de 2002, fecha ésta en la que se trasladó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.; que nació el 13 de octubre de 1944, por lo que estaba amparado por el régimen de transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que cumplía con los requisitos a que alude la citada normativa.

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

No obstante, como lo señala la censura, la información que le suministró a SANZ GUTIÉRREZ no tuvo tales características, como que a Folio 106 aparece la “ASESORÍA PENSIONAL PROTECCIÓN – PROYECCIÓN DE LA PENSIÓN EN EL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA”, en donde se señala una mesada

pensional de \$900.000, a los 60 años, mientras que a Folio 107 figura que a esa misma edad la pensión en el “RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL”, es de \$1.580.465, cálculos que efectuó el Fondo accionado, el 13 de agosto de 2002.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(…)

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

(…).

Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede 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, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la accionante en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues en manera alguna se encontró acreditado, siquiera de manera sumaria, que se le hubiera informado

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.

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 promotora del litigio⁴, no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado al momento de la suscripción del formulario de afiliación a Colmena hoy Protección, en tanto aseguró que su motivación para trasladarse fue porque el asesor del fondo de pensiones le manifestó que el ISS se iba a acabar y que la mejor opción era trasladarse por que se podía pensionar a cualquier edad.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (folio 35), plasmado en el formulario de afiliación a COLMENA hoy PROTECCIÓN, 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 dicha AFP demandada. (Sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019).

Adicionalmente y en relación con los argumentos de apelación de Porvenir relacionados con la afiliación de la actora al fondo de pensiones voluntarias, baste con señalar tal documental no prueba de forma alguna una asesoría o suministro de información pues conforme se ha venido señalando a lo largo de esta providencia, **ésta 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 la afiliación a Porvenir (1° de agosto de 2007 fl. 193) ya que el traslado de régimen mediante la afiliación a Colmena hoy Porvenir se dio fue el 28 de enero de 1999 (fl. 194).

Además, en cuanto al comunicado de prensa visto a folios 246 y 247, es de anotar, la transcripción de normas legales allí consignadas no supe el deber de información idónea referido a lo largo de este proveído, pues lo que en el mismo se lee es la cita de normas relacionadas con la posibilidad de traslado, siendo el

⁴ Cd folio 290, récord 10:23 Audiencia virtual.

tema aquí en discusión absolutamente distinto a la oportunidad del traslado entre regímenes.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PROTECCIÓN, omitió en el momento del traslado de régimen (28 de enero de 1999, folio 35) el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL 12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

Es menester precisar, el hecho que la demandante hubiese efectuado traslados entre AFP (Historial Vinculaciones folio 194) 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, situación que por demás no es ni fue objeto de litigio. Frente al de traslado a diversas AFP memórese el pronunciamiento de la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia de radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011.

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 guardan relación con la información que se le debía suministrar cuando se trasladó de régimen, al respecto puede consultarse 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 del saldo existente en la cuenta de ahorro individual del actor, actualmente administrada por PORVENIR S.A. (folio 194), junto con sus rendimientos y gastos de administración, así como la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, debiendo confirmar la sentencia de primer grado en este aspecto.

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, no se está avalando el tránsito de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva a retornar al régimen de prima media con prestación definida, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual de la demandante.

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por Colpensiones, respecto de quien además se estudia la decisión en el grado jurisdiccional de Consulta⁵ (fl. 128), 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 de ser la declaración de un estado jurídico, está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción, acogiendo esta 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 decisión de primer grado.

SIN COSTAS en esta instancia.

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

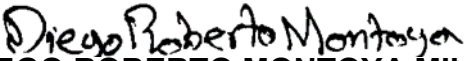
⁵ Se tuvo por contestada la demanda de Colpensiones mediante auto del 15 de enero de 2020 (fol. 257)

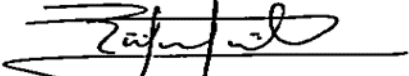
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 26 Laboral del Circuito de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR CARLOS GERMAN
CARDONA BOLAÑOS CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES –COLPENSIONES– (RAD. 27 2018 00260 01).**

Bogotá D.C., treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por las partes (folios 127 a 131 y 133 a 138), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión a la apelación formulada por la apoderada judicial de la parte actora contra la sentencia proferida por el Juez Quince Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 29 de julio de 2020 (Cd. folio 121, récord: 13:23 acta folio 123), en la que se resolvió:

***“PRIMERO: NEGAR** las pretensiones de la demanda incoada por CARLOS GERMAN CARDONA BOLAÑOS y en consecuencia ABSOLVER de las mismas a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.*

***SEGUNDO: DECLARAR PROBADAS** las excepciones de INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN e IMPOSIBILIDAD JURÍDICA PARA CUMPLIR CON LAS OBLIGACIONES PRETENDIDAS formuladas por COLPENSIONES, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.*

***TERCERO: CONDENAR** al señor CARLOS GERMAN CARDONA BOLAÑOS al pago de las costas del proceso en la suma de \$300.000 como agencias en derecho”*

Inconforme con la anterior decisión la parte actora interpone recurso de apelación solicitando a la Sala se aparte del criterio vertido en la sentencia SU 140 de 2019 por la Corte Constitucional, el cual califica de “no confiable” pues considera con la sentencia SU 310 de 2017 se había creado una falsa seguridad que fue contrariada con esa nueva providencia.

Por otra parte, pide la revocatoria de la condena en costas por cuanto para la fecha en que se presentó la demanda, el precedente de la materia era la sentencia SU 137 de 2010, enfatizando, fue la propia Corte Constitucional la que hizo incurrir en error a los litigantes¹ (Cd. folio 121, récord: 14:09 acta folio 123).

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

¹ “Señora juez o sea no pensaba interponer recurso, pensaba que se fuera en consulta, pero debo hacerlo simplemente por las costas pues, aunque no es el momento procesal sé que es cuando venga y las esté usted aquí decretando, debo hacerlo para que esto no vuelva a pasar en ocasiones futuras entonces voy a apelar el fallo y me referiré también dentro del fallo a la condena en costas, simplemente como una reseña.

Entonces interpongo recurso de apelación y lo sustento de la siguiente manera:

Honorables magistrados teniendo en cuenta que hubo un cambio jurisprudencial por la Corte Constitucional, en el cual, comenzando con la sentencia SU310 de 2017 que nos da a nosotros los litigantes una falsa seguridad y posteriormente la sentencia SU140 de 2019 contradice, siendo nuestro órgano rector, la Honorable Corte Suprema de Justicia en Sala Laboral deberán honorables Magistrados apartarse de este fallo constitucional ya que no es confiable ese criterio porque no se puede tomar como serios los argumentos de un órgano que dos años anteriores el órgano colegiado en una Sala Plena dice que los incrementos no están derogados y posteriormente dice que si, mientras que la legislación (sic) de la Corte Suprema de Justicia en Sala Laboral venía reconociendo cuando no hubiere una prescripción trienal. El caso que nos ocupa no tiene dicha prescripción por eso señores honorables magistrados solicito que no tengan en cuenta esa situación, se aparten de ese pronunciamiento constitucional y concedan las solicitudes.

Ahora frente a las costas y agencias en derecho, considero que no se deben en estos casos condenar a la parte ya que como manifiesto fue la misma Corte Constitucional quien hizo incurrir a los apoderados, o sea al mismo cliente nosotros le dijimos que era viable por esa sentencia y no debe condenársele en costas y agencias en derecho en ninguno de estos casos cuando se presentó la demanda, honorables magistrados, se que esto no tiene referencia pero se presentó en vigencia de la Sentencia de Unificación 310 de 2017 entonces es un exabrupto que condenen a una persona a costas y agencias en derecho cuando es la misma ley, o la misma jurisprudencia o la misma Corte en este caso que hace una exabrupto como sacar uan sentencia de ellos mismos contradiciéndose, entonces considero que en estos casos en particular no puede haber una condena en costas y agencias y en los diferentes casos que tengo de lo mismo nunca me han condenado porque sencillamente se entiende eso que la sentencia fue presentada en vigencia de lo otro, no es culpa del profesional, no es culpa de la persona que posteriormente a ello salga una nueva jurisprudencia contradictoria que no le da seguridad jurídica al pueblo, que no le da seguridad jurídica a los abogados.

Por lo anterior señores y honorables magistrados solicito que se condene al reconocimiento de la pensión y pues simplemente sobre las costas y agencias en derecho cuando de acuerdo al pronunciamiento que haga el tribunal superior me pronunciaré para que el juzgado que ha bien tenga acepte mi escrito. Muchas gracias.”

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante CARLOS GERMAN CARDONA BOLAÑOS, las pretensiones relacionadas a folio 3 vto., las cuales encuentran sustento fáctico en los supuestos narrados a folios 3 y vto., peticionando el reconocimiento y pago del incremento del 14% sobre el mínimo legal por compañera permanente a cargo, junto con el retroactivo causado, los intereses moratorios, la indexación y las costas. **Obteniendo sentencia de primera instancia totalmente desfavorable,** por cuanto se absolvió a la encartada de todas las pretensiones incoadas en su contra, tras considerar que conforme el nuevo criterio expuesto por la Corte Constitucional en sentencia SU-140 de 2019, los incrementos pensionales solicitados perdieron vigencia con la expedición de la Ley 100 de 1993, sin analizar los presupuestos para la procedencia del reconocimiento de dicho incremento.

Previo a abordar el estudio de fondo del asunto puesto en consideración, ha de señalarse, no es motivo de controversia la calidad de pensionado del actor tal como puede verificarse en Resolución VPB 7603 del 20 de mayo de 2014 (folios 11 a 16), por la cual se reconoce y ordena el pago de una pensión de vejez, la cual fue concedida por encontrar acreditados los requisitos de que trata el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, aplicado por ser beneficiario del régimen de transición, según se lee de las consideraciones de tal acto administrativo, a partir del 3 de abril de 2013, en cuantía de un SMLMV.

Pues bien procede la Sala a resolver la controversia, para lo cual es menester precisar en primer término, como quedó consignado en precedencia, el demandante es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, gobernándose su prestación pensional por el Acuerdo 049 de 1990 *“por el cual se expide el Reglamento General del Seguro Social Obligatorio de Invalidez, Vejez y Muerte”* aprobado por el Decreto 758 del 11 de abril de 1990 - Diario Oficial No 39.303, de 18 de abril de 1990 -, norma esta que consagra en su artículo 21 el incremento de la prestación pensional por el cónyuge (o compañero(a) permanente) o hijos a cargo, el cual es invocado por el actor como fundamento legal de sus aspiraciones, y que conserva plena vigencia, como quiera que no fue derogado por la Ley 100 de 1993, y no pugna con dicha

preceptiva, siendo aplicable a los afiliados a quienes se les regule su situación pensional por derecho propio o por transición con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990, como así lo ha señalado la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en múltiples pronunciamientos, criterio que ha sido expuesto en las sentencias con radicación 21517 del 27 de julio de 2005, 29751 del 5 de diciembre de 2007², 32381 del 24 de febrero de 2009³, SL1975 de 9 de mayo de 2018, radicación 51706⁴ y SL2955 del 31 de julio de 2019, radicado 70041⁵ y que, hoy por hoy constituye una línea jurisprudencial⁶, acogiendo la jurisprudencia en

² “En efecto, en los términos en que el recurrente propone se modifique el criterio doctrinal de la Corte que se acaba de transcribir y se acojan los salvamentos de voto que se le hicieron a la mencionada sentencia, es pertinente agregar, que si bien es cierto en los artículos 34 y 40 de la Ley 100 de 1993 se reguló el tema concerniente al monto de la pensión de vejez y la de invalidez de origen común, y que el artículo 36 de ese ordenamiento se refirió al IBL para aquellas personas que son beneficiarias del régimen de transición, ello no significa que al dejar de contemplar la nueva ley de seguridad social los incrementos por personas a cargo, éstos hubieren desaparecido, como bien se explicó en el citado antecedente jurisprudencial; máxime que su artículo 289 efectivamente no los derogó expresamente pero tampoco lo hizo de manera tácita, sobre todo para los casos en que sea pertinente la aplicación del Acuerdo del ISS 049 de 1990, pues contrario a lo que sostiene el censor tal beneficio no resulta contrario ni riñe con la nueva legislación que salvaguarda los derechos adquiridos, a lo que se suma que el inciso 2° del artículo 31 de la mencionada Ley 100, señala que serán aplicables al régimen de prima media con prestación definida “las disposiciones vigentes para los seguros de invalidez, vejez y muerte a cargo del Instituto de Seguros Sociales, con las adiciones, modificaciones y excepciones contenidas en esta ley”, variaciones éstas que no se dieron respecto a la temática que se trata en el asunto sometido a esta jurisdicción”.

³ “En lo que respecta a los incrementos por personas a cargo, sobre los que solicita el censor se haga un pronunciamiento por la Corte, debe señalarse que ya en varias oportunidades se ha ocupado esta Corporación, como en las sentencias del 5 de diciembre de 2007, radicadas bajo los números 29531 y 29714, entre otras, en donde se sostuvo que no habían sido derogados por la Ley 100 de 1993”

⁴ “Ahora bien, en el punto específico objeto de reproche que aduce el promotor de la revisión, con fundamento en que las normas que consagraban los incrementos de las pensiones por personas a cargo fueron derogadas con la expedición de la Ley 100 de 1993, y por ende, se produjo la violación del derecho al debido proceso y al principio de legalidad, debe precisar la Sala que ninguna razón le asiste al accionante, en la medida en que tales acrecentamientos mantuvieron su plena vigencia aun después de ser expedida la citada ley.

En efecto, en torno al aspecto referido con precedencia, ya esta Corporación en forma reiterada y constante ha fijado su línea de pensamiento sobre la viabilidad y procedencia de los incrementos pensionales por personas a cargo, aún después de la promulgación de la Ley 100 de 1993, por aplicación del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la referida ley, para lo cual pueden consultarse las sentencias CSJ SL, 27 jul. 2005, rad. 21517, CSJ SL, 5 dic. 2007, rad. 29741, reiterada en CSJ SL, 10 ag. 2010, rad. 36345.

⁵ “Sobre este tópico la Sala Laboral de la Corte ha definido el criterio que se mantiene imperante de que el incremento previsto en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, es procedente para quienes les fue reconocida la pensión de vejez regulada en el artículo 12 ídem, incluso después de la promulgación de la Ley 100 de 1993, bien por derecho propio o por aplicación del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de ésta ley, pues tal norma dispuso que para los efectos de otorgar la pensión de vejez a quienes tuvieran edad, tiempo de servicio o semanas cotizadas, debería aplicárseles el régimen anterior, siendo para el caso que ocupa la atención de esta Sala el citado Acuerdo, en consecuencia su aplicación debe ser total. (CSJ SL, 27 jul. 2005, rad 21517).”

⁶ “En efecto, en los términos en que el recurrente propone se modifique el criterio doctrinal de la Corte que se acaba de transcribir y se acojan los salvamentos de voto que se le hicieron a la mencionada sentencia, es pertinente agregar, que si bien es cierto en los artículos 34 y 40 de la Ley 100 de 1993 se reguló el tema concerniente al monto de la pensión de vejez y la de invalidez de origen común, y que el artículo 36 de ese ordenamiento se refirió al IBL para aquellas personas que son beneficiarias del régimen de transición, ello no significa que al dejar de contemplar la nueva ley de seguridad social los incrementos por personas a cargo, éstos hubieren desaparecido, como bien se explicó en el citado antecedente jurisprudencial; máxime que su artículo 289 efectivamente no los derogó expresamente pero tampoco lo hizo de manera tácita, sobre todo para los casos en que sea pertinente la aplicación del Acuerdo del ISS 049 de 1990, pues contrario a lo que sostiene el censor tal beneficio no resulta contrario ni riñe con la nueva legislación que salvaguarda los

cita como posición auxiliar en casos como el de autos, por constituir doctrina probable, al tenor de lo consagrado en el artículo 10° de la Ley 153 de 1887⁷, persuasiva por provenir del máximo ente rector de la jurisdicción ordinaria, postura que ha asumido esta Sala de decisión en ejercicio de la autonomía judicial, sin que acoger el criterio expuesto en Casación Laboral sobre el tema, implique tornar este proveído en carente de razonabilidad, pues precisamente soportar la decisión en criterio reiterado apunta al respeto por la seguridad jurídica en esta temática, siendo ello plausible.

De tal manera, en cuanto al incremento de la mesada pensional en el 14% a favor del demandante, por la señora **MARIA ROCÍO AGUDELO GIL**, resulta oportuno precisar que para acceder a dicho beneficio se requiere acreditar la calidad de cónyuge o compañera, que ésta dependa económicamente del pensionado y no sea beneficiaria de pensión alguna, presupuestos que pasa la Sala a verificar conforme las pruebas vertidas en autos.

En ese orden, se tiene que al plenario se incorporó como prueba documental declaración extrajudicial rendida el 14 de enero de 2017 ante la Notaría Primera del Círculo de Chinchiná por el demandante y MARIA ROCIO AGUDELO GIL, en la que bajo la gravedad del juramento hacen constar (folio 1):

“(…) manifestamos por medio de esta declaración bajo la gravedad de juramento que convivimos en unión libre bajo el mismo techo, compartiendo mesa y lecho ininterrumpidamente desde hace cinco (5) años”

Así mismo, obra certificación expedida por la NUEVA EPS S.A. en la que consta que MARIA ROCIO AGUDELO GIL, se encuentra afiliada a esa EPS desde el 1 de abril de 2016 en calidad de beneficiaria de CARLOS GERMAN CARDONA BOLAÑOS (folios 17 y 18).

derechos adquiridos, a lo que se suma que el inciso 2° del artículo 31 de la mencionada Ley 100, señala que serán aplicables al régimen de prima media con prestación definida “las disposiciones vigentes para los seguros de invalidez, vejez y muerte a cargo del Instituto de Seguros Sociales, con las adiciones, modificaciones y excepciones contenidas en esta ley”, variaciones éstas que no se dieron respecto a la temática que se trata en el asunto sometido a esta jurisdicción”.

⁷ “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”.

Adicionalmente, se recibió el testimonio de MARTHA CECILIA CATAÑO⁸ y MARIA ROCIO AGUDELO⁹.

La primera solo se limitó a decir que conoce al demandante y la señora AGUDELO de toda la vida porque viven en la misma vereda, LA FLORESTA, que sabe que viven en unión libre y aunque están juntos hace como 6 años, hace 4 más o menos que viven juntos. No tienen hijos en común y que la demandante depende económicamente del actor, sin dar explicaciones de las razones por las cuales tiene dicho conocimiento.

A su turno, MARIA ROCIO AGUDELO, quien alude ser la compañera del causante, se limitó a señalar que conoce al demandante desde hace más de 20 años porque eran vecinos en la vereda la FLORESTA, que vive con el señor CARDONA BOLAÑOS “*va a ser 5 años*”, no tienen hijos en común, que no trabaja y depende económicamente del actor quien es pensionado, no recuerda de qué entidad.

Analizada la prueba en conjunto, para la Sala no se encuentran acreditados los presupuestos exigidos por la disposición antes citada, pues la señora MARTHA CECILIA CATAÑO aunque dijo conocer a la pareja desde hace muchos años, no fue precisa en anotar desde cuándo, o circunstancias particulares de la aludida convivencia de los consortes, la regularidad con la que los visita u otras circunstancias que lleven a la Sala al convencimiento de sus aseveraciones. Así mismo, aunque mencionó que la señora ROCIO AGUDELO depende económicamente del actor, ninguna otra precisión efectuó al respecto de la que se pueda apreciar de dónde deviene su conocimiento, tampoco dio razones sobre la ocupación de la pareja del actor, ni aclaró si esta percibe algún tipo de ingreso por la realización de cualquier tipo de actividad económica, si recibe o no pensión, si obtiene ayuda monetaria de algún familiar o cualquier otro evento, ni menos aún indicó constarle directamente que quien asume todos los gastos de la señora AGUDELO (vestido, alimentación, salud, entre otros) es GERMAN CARDONA BOLAÑOS, resultando insuficientes tales expresiones para evaluar su veracidad e idoneidad.

⁸ Audiencia celebrada el 20 de agosto de 2019 por el Juez del Circuito de Chinchiná en virtud del despacho comisorio ordenado. Folio 109, récord 2:22.

⁹ Audiencia celebrada el 20 de agosto de 2019 por el Juez del Circuito de Chinchiná en virtud del despacho comisorio ordenado. Folio 109, récord 04:42.

Adicionalmente, la declaración de ROCIO AGUDELO, la que además debe ser analizada con mayor riguridad dados los intereses que tiene sobre las resultas del asunto y su vínculo con el demandante, tampoco aporta mayores elementos para determinar su calidad de compañera permanente pues aunque dijo que vivía con el actor hace casi 5 años, si se tiene en cuenta que el testimonio fue absuelto en el año 2019, no resulta consistente con la declaración extrajuicio que rindió en conjunto con el demandante en la Notaría Primera de Chinchiná el 14 de enero de 2017 (folio 1) pues allí refirieron que para esa calenda ya llevaban 5 años de convivencia, contradicción que en todo caso, impide tener en cuenta también esa manifestación extrajudicial.

Por lo anterior las manifestaciones de las deponentes resultan insuficientes para generar convicción acerca de las circunstancias sobre las que versa la declaración, por lo que es claro que dicha prueba no da certeza alguna de la calidad de compañera permanente y la dependencia económica de la señora AGUDELO respecto de quien convoca la litis.

Además de lo anterior, aunque se considerara probada la calidad de compañera permanente y pese a que al plenario se incorporó la certificación expedida por la EPS en la que consta su afiliación como beneficiaria del demandante en el sistema general de seguridad social en salud, esta documental es insuficiente para acreditar el presupuesto de dependencia económica con el que se pudiera dar cumplimiento a lo previsto en la norma.

Tal carencia demostrativa en el caso de marras, impide acceder a lo pretendido en los términos solicitados por el actor.

Así las cosas, se trata pues del tema de las cargas, respecto del cual conviene recordar que no se trata de obligaciones que se deban exigir, sino que son actividades procesales, que deben llevar a cabo las partes para no verse perjudicadas a lo largo del proceso. La carga de la prueba es una de ellas, es decir, si no se cumple la actividad probatoria sobrevienen consecuencias desfavorables.

De este modo, conforme a los artículos 1757¹⁰ del C.C. y 167¹¹ del C. G del P. por regla general sobre cada parte pesa la carga de probar sus afirmaciones; ya sea que en ellas se funde su acción o su defensa, pues quien invoca la aplicación de una norma que lo favorece, debe demostrar los supuestos de hecho de la norma cuyo efecto persigue.

Correspondía entonces al demandante, en primer término aportar pruebas de sus afirmaciones, máxime si se trata del requisito esencial para la procedencia de sus anhelos ya que es la parte actora y no su contraparte quien tiene interés jurídico en que resulten probados los hechos de la demanda, quedando expuesto a lo que Carnelutti llama "*el riesgo de falta de la prueba*", sufriendo entonces, la consecuencia desfavorable de la "*falta de la prueba*", en cuanto por ningún medio logra acreditar la dependencia económica de su consorte.

Así las cosas, iterando que en el caso de marras no se encuentran acreditados la totalidad de los requisitos legales para la procedencia de los incrementos pensionales, se confirmará la decisión de primera instancia, pero por las razones anotadas por la Sala.

Finalmente, respecto de las costas procesales objeto de apelación por parte de la parte actora, 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 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 totalmente desfavorable la sentencia de primer grado a ese extremo litigioso, lo atinente a derecho es que sea condenada en costas, por lo que se confirmará igualmente la sentencia de primer grado en este aspecto.

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte actora.

¹⁰ "*Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta*"

¹¹ "*Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen*".

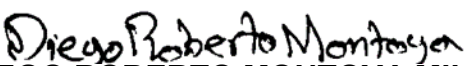
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

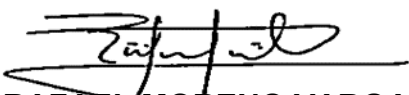
R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 27 Laboral del Circuito de Bogotá, pero por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

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

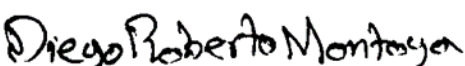
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

AGENCIAS EN DERECHO: Se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de \$100.000, la cual deberá ser incluida en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

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

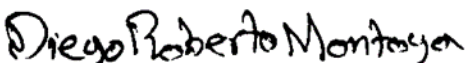
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR GLORIA CECILIA
SALAMANCA DIAZ CONTRA OLGA ROCIO PUIN GRANADOS Y LA
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES (RAD.
28 2016 00586 01).**

Bogotá D.C., treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020)

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la abogada AIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES como apoderada sustituta de la demandada COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por JOHANNA ANDREA SANDOVAL en su calidad de representante legal de la sociedad ARANGO GARCIA ABOGADOS ASOCIADOS (folio 112).


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por la demandante (folios 107 y 108) y COLPENSIONES (folios 109 a 11), lapso durante el cual OLGA LUCIA PUIN GRANADOS guardó silencio, el Magistrado Ponente, en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, en virtud del grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES contra la sentencia proferida por la Juez Veintiocho (28) Laboral del Circuito de esta ciudad, el pasado

9 de julio de 2020 (Cd a folio 99, récord 31:27, acta a folios 100 a 103.), en la que resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR que entre la demandante la señora GLORIA CECILIA SALAMANCA y la demandada OLGA ROCIO PUIN GRANADOS existió una relación laboral vigente entre el 01 de febrero de 1996 al 31 de marzo de 2005.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada OLGA LUCIA PUIN GRANADOS a que cancele los aportes pensionales causados para los meses de enero de 1997, marzo de 2001, mayo a noviembre de 2002; de marzo a diciembre de 2003, de enero a diciembre de 2004 y de enero a marzo de 2005, teniendo como IBC el SMLMV para cada anualidad, todo conforme las consideraciones dadas en antelación.

TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, para que le reconozca y pague a la aquí demandante señora GLORIA CECILIA SALAMANCA la pensión de vejez, bajo los parámetros normativos del Decreto 758 de 1990, a partir del 1 de mayo de 2011, en cuantía de un SMLMV para cada anualidad, por 14 mesadas al año, tal y como se dijo en la parte motiva de esta sentencia.

CUARTO: DECLARAR probada la excepción de prescripción en relación a las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 16 de mayo de 2011.

QUINTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, a reconocer y pagar a la señora GLORIA CECILIA SALAMANCA el retroactivo pensional a que tiene derecho la aquí demandante GLORIA CECILIA SALAMANCA DÍAZ, se le cancele el retroactivo de manera indexada.

SEXTO: AUTORIZAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES para que descuente el porcentaje que en derecho corresponda, de los aportes pertinentes con destino al Sistema de Seguridad Social en Salud.

SÉPTIMO: SIN COSTAS en esta instancia.”

La ausencia de apelación contra la anterior decisión justifica la presencia de las diligencias en esta Corporación a efectos de que se surta el grado jurisdiccional de **CONSULTA** a favor de la demandada COLPENSIONES, a lo cual se procede, previa la constatación de que no existe causal de nulidad que invalide lo actuado y conforme las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante GLORIA CECILIA SALAMANCA DIAZ en este ordinario, las pretensiones relacionadas a folio 40, las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos expuestos a folios 39 y 40, encaminadas a que se condene a OLGA ROCIO PUIN GRANADOS a pagar las

cotizaciones al sistema general de pensiones de los periodos enero, julio, noviembre y diciembre de 1996, enero y junio de 1998, junio y noviembre de 1999, marzo de 2011, mayo a noviembre de 2002, marzo a diciembre de 2003, enero a diciembre de 2004 y enero a marzo de 2005. Además, se condene a COLPENSIONES a reconocer y pagar a su favor la pensión de vejez a partir del 26 de febrero de 2011, fecha en la que cumplió 55 años de edad, conforme lo establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 junto con los intereses moratorios y la indexación. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones** por cuanto se declaró la existencia de un contrato de trabajo entre GLORIA CECILIA SALAMANCA DIAZ y OLGA ROCIO PUIN GRANADOS entre el 1 de febrero de 1996 y el 31 de marzo de 2005, condenando a esta última a efectuar el pago de los aportes pensionales correspondientes a los periodos enero de 1997, marzo de 2001, mayo a noviembre de 2002, marzo a diciembre de 2003, enero a diciembre de 2004 y enero a marzo de 2005, teniendo como IBC el SMLV para cada anualidad. Adicionalmente, condenó a COLPENSIONES a reconocer y pagar a favor de la demandante la pensión de vejez bajo los parámetros del Decreto 758 de 1990, a partir del 1 de mayo de 2011, en cuantía de un SMLMV, por 14 mesadas al año, declarando parcialmente probada la excepción de prescripción sobre las mesadas causadas y no pagadas con anterioridad al 16 de mayo de 2011. Lo anterior tras considerar la juez *a quo* que con la certificación arrimada al plenario y las consecuencias impuestas a la demandada OLGA ROCIO PUIN GRANADOS a la audiencia inicial, se encontraba acreditada la relación laboral que la ató con la demandante, advirtiendo la ausencia de cotizaciones al sistema de pensiones por algunos periodos en los que estuvo vigente el vínculo contractual, por lo que dispuso el pago de los mismos.

Con relación a la pensión de vejez, encontró que la demandante era beneficiaria del régimen de transición y acreditaba los presupuestos establecidos en el Acuerdo 049 de 1990 aprobado mediante Decreto 758 de ese mismo año, esto es la edad de 55 años y 1000 semanas cotizadas en cualquier tiempo, teniendo en cuenta las semanas cotizadas que figuran en el reporte expedido por COLPENSIONES y adicionando las impuestas a cargo de la ex empleadora.

Así las cosas, en primer lugar, corresponde a esta Sala dilucidar si entre GLORIA CECILIA SALAMANCA y OLGA ROCIO PUIN GRANADOS, propietaria del establecimiento de comercio CONFECCIONES MUNDO DEPORTIVO existió una

relación de carácter laboral regida por un contrato de trabajo entre el 1 de febrero de 1996 y el 31 de marzo de 2005, como se indica en el libelo introductor.

Al punto, y revisado el acervo probatorio se encuentra certificación suscrita por OLGA ROCIO PUIN GRANADOS, que milita a folio 9, en la cual se hace constar lo siguiente:

“(...) la señora GLORIA CECILIA SALAMANCA DIAZ, identificada con C.C. No. 23552253 de Duitama, laboró en esta empresa –establecimiento de comercio- desde el 1 de febrero de 1996 al 31 de marzo de 2005, como empelada de tiempo completo, siendo una persona responsable y cumplidora de sus deberes”.

Frente a la valoración de las certificaciones laborales la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Laboral se pronunció en sentencias como la SL-2600 del 27 de junio de 2018, radicado N° 69175, en la que reiteró lo expuesto en las sentencias SL 14426 de 2014 y SL 6621 de 2017, en los siguientes términos:

“...esta Corporación en reiterada jurisprudencia ha dicho que los hechos consignados en los certificados laborales deben reputarse por ciertos «pues no es usual que una persona falte a la verdad y dé razón documental de la existencia de aspectos tan importantes que comprometen su responsabilidad», paralelamente también ha sostenido que el empleador tiene la posibilidad de desvirtuar su contenido mediante una labor demostrativa y persuasiva sólida...”

Al tenor del pronunciamiento en cita la certificación expedida por la traída a juicio antes referida (folio 9), tiene el mérito suficiente para demostrar los hechos que en ella se hacen constar, pues de otra manera no podría explicarse que una persona ya sea natural o jurídica haga atestaciones en un documentos que tiene el talante de comprometer su responsabilidad patrimonial y personal, y en todo caso, de haberse certificado hechos que no corresponden a la realidad, sería a la parte demandada a quien le correspondería probar de manera irrefutable tal circunstancia, y en este punto, se evidencia que la pasiva OLGA PUIN no desvirtuó el contenido de la certificación, brillando por su ausencia medios de convicción que se hubiesen aportado con ese propósito.

A lo anterior, se suma el reporte de semanas cotizados en pensiones expedido por COLPENSIONES (folio 61 a 63) en el que se observan pagos al sistema pensional efectuados por OLGA PUIN a favor de la demandante, lo cual constituye un indicio que permite entrever que, en efecto, entre las partes subsistió un vínculo laboral

En este punto no está demás precisar, aunque los reportes de pago de aportes pensionales o historias laborales no son el medio idóneo para acreditar la existencia de la relación laboral, particularmente, no pueden dar cuenta certera de la prestación personal del servicio con miras a establecer el tiempo de labores¹, si constituyen un indicio de la existencia de la relación laboral, máxime cuando la misma está soportada en otros medios de convicción, como aquí acontece.

Tales situaciones llevan a esta Sala de decisión a confirmar la existencia del contrato de trabajo declarado por la juez *a quo* entre la convocante del juicio y OLGA ROCIO PUIN, en los extremos por esta referidos, esto es, entre el 1 de febrero de 1996 y el 31 de marzo de 2005, confirmando en este punto la sentencia de primer grado.

Ahora bien, en lo que respecta al pago de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones que debía efectuar la señora OLGA ROCIO PUIN GRANADOS a favor de la demandante durante el periodo que estuvo vigente el vínculo laboral se tiene que, en efecto, según el reporte de semanas cotizadas en pensiones expedido por COLPENSIONES (folios 61 a 63), si bien la señora OLGA ROCIO PUIN realizó aportes en calidad de empleadora de la señora SALAMANCA DIAZ, en la historia laboral no se avizoran pagos para los periodos enero de 1997, marzo de 2001, mayo a noviembre de 2002, marzo a diciembre de 2003 y enero a diciembre de 2004 y enero a marzo de 2005, pese a que como se dijo, el contrato se ejecutó de manera continua e ininterrumpida entre el 1 de febrero de 1996 y el 31 de marzo de 2005, razón por la cual es claro que la ex empleadora aquí demandada deberá efectuar el pago de los tales ciclos junto con el interés moratorio respectivo, pues en ese interregno **SÍ** hubo afiliación, tal como lo determinó la juez de primer grado.

¹ Así lo ha adoctrinado la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia de 10 de marzo de 2005, rad. 24313, reiterada en la SL15929-2017, en la cual indicó:

«[...]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)».

Recuérdese frente a los aportes a seguridad social en pensiones, conforme lo ha dispuesto la Ley 100 de 1993, en su artículo 22, que el empleador será responsable del pago de los mismos, para tal efecto, descontará del salario de cada afiliado, al momento de su pago, el monto de las cotizaciones obligatorias y el de las voluntarias que expresamente haya autorizado por escrito el afiliado y trasladará estas sumas a la entidad elegida por el trabajador, junto con las correspondientes a su aporte, dentro de los plazos que para el efecto determine el Gobierno.

Así también, conforme el contenido del artículo 9° literal d) y parágrafo de la Ley 797 de 2003 y del artículo 17 del Decreto 3798 de 2003 y lo reiterado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en sentencias con radicaciones 32096 del 2 de septiembre de 2008 y 32179 del 27 de enero de 2009, es evidente que el tiempo dejado de cotizar durante la vinculación laboral tiene la virtud de perjudicar la eventual expectativa pensional de la demandante.

Sobre este punto, memórese además que los **periodos en que no hubo afiliación NO** pueden ser asimilados a aquellos en que si hay afiliación pero existe mora o pago tardío de los aportes, pues se tratan de situaciones jurídicas diferentes, que por ello conllevan también consecuencias disímiles para el empleador y para la entidad de pensiones.

En los segundos, esto es, en los que se presenta mora patronal, se tiene establecido que es obligación de la administradora tenerlos en cuenta si no ejerció las correspondientes acciones de cobro (artículos 23 y 24 Ley 100 de 1993), pero, en el primero, cuando no hubo afiliación, caso que no se presenta en autos, la entidad solamente puede tener en cuenta el tiempo siempre y cuando el empleador traslade el valor del cálculo actuarial a satisfacción, (literal d, parágrafo 1°, artículo 33 de la Ley 100 de 1993). Al tema, puede consultarse la Sala de Casación Laboral de la CSJ, en sentencia SL 14388 del 20 de octubre de 2015, Rad. 43182².

² 2. *Diferencias entre «mora» en el pago de los aportes y «falta de afiliación» al sistema de pensiones. Consecuencias jurídicas de la omisión en la afiliación.*

Es cierto que esta Corporación se ha preocupado por diferenciar los efectos de una «mora» en el pago de los aportes, de los de una «falta de afiliación» al sistema de pensiones, por tener dichos fenómenos causas y consecuencias jurídicas diferentes, como lo dedujo el Tribunal y lo resaltan los opositores.

Dilucidado lo anterior, procede la Sala al análisis de la pensión de vejez pretendida.

Así las cosas, en primer lugar corresponde establecer si la demandante es beneficiaria del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, beneficio que de acuerdo con la modificación introducida al artículo 48 de la Constitución Política, por medio del párrafo transitorio 4 del Acto Legislativo 01 de 2005³, 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, de la historia laboral expedida por Colpensiones (folios 61 a 63) y los actos administrativos expedidos por esta (folios 24 a 27 y 29 a 31) se desprende que la actora nació el 26 de febrero de 1956, lo que permite concluir que a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es, a 1° de abril de 1994 contaba con 38 años de edad, por tanto, en principio sería beneficiaria del régimen de transición, por lo menos hasta el 31 de julio de 2010 y, eventualmente, hasta el año 2014, debiendo proceder entonces a la verificación del régimen que

Frente a la primera situación, de «mora» en el pago de aportes, esta Sala de la Corte ha expresado en su jurisprudencia que la validez de las semanas cotizadas, por la mora del empleador en el pago del aporte, no puede ser cuestionada o desconocida por la respectiva entidad de seguridad social, si antes no acredita el adelantamiento de las acciones tendientes a gestionar su cobro. (...)

Dicho ello, la Sala reitera que, ante hipótesis de omisión en la afiliación del trabajador al sistema de pensiones, es deber de las entidades de seguridad social tener en cuenta el tiempo servido, como tiempo efectivamente cotizado, y obligación del empleador pagar un cálculo actuarial, por los tiempos omitidos, a satisfacción de la respectiva entidad de seguridad social.” (Subrayas fuera de texto)

³ "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"

le sería aplicable a efecto de establecer sus requisitos y la acreditación de los mismos en el plenario.

En cuanto al régimen anterior, se observa que la accionante durante su vida laboral ha efectuado cotizaciones al régimen de prima media con prestación definida desde el 1 de febrero de 1983 fecha que se consigna en el reporte de semanas cotizadas incorporado por Colpensiones en el expediente a folios 61 a 63 actualizado al 6 de diciembre de 2016, por manera que, **el régimen anterior aplicable a la situación pensional de la demandante lo sería el contenido en el Acuerdo 049 de 1990**, que en su artículo 12 exige la edad de 55 años para la mujer y la acumulación de 500 semanas cotizadas en los 20 años anteriores al cumplimiento de la misma o 1000 semanas en cualquier tiempo, eso sí, como se dijo, antes del 31 de julio de 2010.

En relación con el requisito de edad, encuentra la Sala que la señora GLORIA CECILIA SALAMANCA DIAZ alcanzó los 55 años el **26 de febrero del 2011** (fl. 61), es decir, en fecha posterior al primer límite establecido en el Acto Legislativo 01 de 2005 -31 de julio de 2010-.

En ese contexto, con miras a establecer si el beneficio transicional de la demandante se mantiene hasta el año 2014, procede la Sala a verificar el conteo de semanas cotizadas hasta la fecha de entrada en vigencia de la reforma constitucional, advirtiendo la Sala, la actora conforme a la historial laboral citada (fls. 61 a 63) y teniendo en cuenta el tiempo trabajado por la demandada OLGA ROCIO PUIN GRANADOS respecto de los cuales no se efectuaron cotizaciones al sistema, para el 29 de julio del 2005, contaba con 863,005 semanas, cumpliendo así con el requisito exigido por el Acto Legislativo para conservar el régimen de transición hasta el año 2014, tal y como lo dispuso la falladora de primera instancia.

Debe tenerse en cuenta, dentro de las semanas antes indicadas se consideraron los periodos enero de 1997, marzo de 2001, mayo a noviembre de 2002, marzo a diciembre de 2003, enero a diciembre de 2004, enero a marzo de 2005, respecto de las cuales, era clara la existencia de la relación laboral según se anotó de manera precedente, además que a pesar de la afiliación de la trabajadora, hoy demandante, al entonces ISS por parte de su empleadora, no se realizó pago

alguno al sistema pensional, puntualizando, resulta claro que las cotizaciones se causaron y debieron ser realizadas por el contratante, sin que la ahora demandante pueda ver truncado su derecho pensional por el hecho de la mora en el pago de las mismas, ello por cuanto tal situación de mora, en manera alguna puede acarrear consecuencias negativas para el afiliado o sus beneficiarios, y en ese entendido, tal periodo debía contabilizarse en la sumatoria total, a efecto de corroborar el cumplimiento del requisito de semanas para acceder al derecho pensional.

Lo anterior debido a que además de la mora, se presenta también una actitud omisiva de la entidad de seguridad social en adelantar las respectivas gestiones de cobro, como quiera que no podrían atribuirse consecuencias negativas al afiliado ante la omisión de la entidad en tal sentido, e imponerse además, la carga de cobro al mismo, pues es a las entidades y no a los trabajadores a quienes, de acuerdo con el artículo 24 de la Ley 100 de 1993 *“Corresponde adelantar las acciones de cobro con motivo del incumplimiento de las obligaciones del empleador”*. Al respecto puede consultarse la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia condensada en las sentencias con radicación 34202⁴, 34270 de 2008, así como 31307 y 35477 de 2009, y más recientemente en sentencia proferida dentro de la radicación No. 43781⁵ del 14 de agosto de 2013, SL-552 de 2013, SL2882 de 2020, SL1047 de 2020 y SL 2652 de 2020.

⁴ *“Y es que si bien la Sala mayoritariamente, venía sosteniendo que los períodos laborados pero no cotizados por los empleadores para pensiones, no podían tenerse en cuenta, y era éste quien debía cubrir los riegos de IVM debido a la mora; tal posición jurisprudencial fue modificada, también por mayoría de sus miembros, a partir de la sentencia del 22 de julio de 2008 radicación 34270, que en esta oportunidad se reitera, en el sentido de considerar, que para establecer las consecuencias del incumplimiento del empleador, en el pago las cotizaciones al sistema, es preciso examinar las acciones desplegadas por la administradora de pensiones, para el recaudo efectivo de los correspondientes aportes, pues si ésta ha omitido hacerlas o ha sido negligente en las gestiones de cobro, es ella quien debe asumir el pago de la pensión.”*

⁵ *“El censor controvierte el cómputo de las semanas realizado por el Tribunal y se centra en los siguientes puntos: i) que en el folio 8 están acreditadas 4,285 semanas que no fueron tenidas en cuenta; ii) que antes de 1994 y dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad de 60 años, se reportaron 86,857 semanas, con el empleador Justo Jaramillo e Hijos Ltda., que tampoco fueron contabilizadas; iii) y que el examen correcto de los listados de periodos cotizados en el régimen subsidiado, determina un total de 411,428 semanas, “(...) pues ha de tenerse en cuenta que las fechas que se repiten son las del recaudo más no hace referencia a los meses cotizados, como en forma errada lo hizo el sentenciador de segunda instancia.”*

Planteada la acusación en los referidos términos, la Sala observa, en primer lugar, que en el documento de folio 11 se encuentra reflejado un periodo de afiliación del actor con el empleador Justo Jaramillo e Hijos Ltda., entre el 1 de diciembre de 1992 y el 8 de agosto de 1994, que, efectivamente, no se replica en el resumen de periodos pagados del folio 13, y que determinaría un total de 608 días, como lo alega el censor.

Ello por cuanto, además de la jurisprudencia citada en precedencia, en el evento de no realizar las gestiones de cobro respectivas por parte de la administradora de pensiones al empleador moroso, es a dicha entidad a quien corresponde asumir las prestaciones, de ésta manera lo dejó sentado la Corte Suprema de Justicia en Sentencia proferida dentro de la Radicación No. 35777 del 25 de mayo de 2009 al indicar que, *“Las cotizaciones causadas, consignadas en la historia de la seguridad social como créditos, se han de contabilizar como cotización, aún sea de manera transitoria, hasta tanto la administradora haga efectivo el cobro, caso en el cual la cotización adquiere su valor definitivo, o hasta que acredite ser incobrable, luego de haber gestionado diligentemente su pago al empleador, caso en el cual, la cotización se declara inexistente”*⁶.

Es cierto también que dicho periodo no fue asumido por el Tribunal en su cómputo y debió serlo, pues está incluido dentro de los 20 años anteriores a la fecha en la que el actor cumplió la edad de 60 años, esto es, en el periodo comprendido entre el 4 de enero de 1986 y el 4 de enero de 2006. Por otra parte, ni el Instituto de Seguros Sociales ni el Tribunal opusieron alguna razón jurídica válida para restarle efectividad a ese ciclo. Y aunque en el documento de folio 11 se registra la anotación de deuda, ello no impide que se tenga en cuenta como tiempo valido de cotización.

Esta Sala de la Corte ha sostenido al respecto que las entidades de seguridad social tienen el deber de perseguir, a través de los mecanismos legales pertinentes, el pago de las cotizaciones de sus afiliados, so pena de que asuman la responsabilidad por el pago de las prestaciones, y que, “(...) para el caso específico del ISS, de conformidad con el Estatuto de Cobranzas previsto en el Decreto 2665 de 1988, debe tener por válidas transitoriamente las cotizaciones hasta tanto no se de por calificada de incobrable la deuda por aportes, y sean declaradas inexistentes. Estas disposiciones se han de considerar vigentes por disposición de la Ley 100 de 1993, artículo 31, y por cuanto si bien se han expedido reglamentos en materia de afiliaciones, cotizaciones y aportes, no se ha hecho lo propio en materia de cobranzas.” Sentencia del 22 de julio de 2008, Rad. 34270, reiterada en la del 21 de marzo de 2012, Rad. 38756.

En ese sentido, el Tribunal incurrió en el error de hecho denunciado por la censura, de no dar por demostrado, estándolo, que el actor cotizó como trabajador dependiente 608 días, entre el 1 de diciembre de 1992 y el 8 de agosto de 1994”.

⁶ *“Como en el presente caso no hay discusión en el sentido de que dentro de los veinte años anteriores al cumplimiento de los sesenta años de edad, sólo aparecen pagadas 104,5714 cotizaciones, y que fueron causadas otras 617.1419 semanas que no se han pagado, el juicio sobre la correcta aplicación del literal b) del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 al demandante, ha de resolver sobre cómo se armonizan las exigencias especiales para acceder al derecho, con la responsabilidad de la administradora en no haber gestionado el cobro de las cotizaciones en mora.*

El sistema de seguridad social es un conjunto normativo que se endereza, en lo que aquí nos concierne, a garantizar la “sostenibilidad” financiera del sistema, imponiendo a los aportantes contribuciones parafiscales, y a las administradoras su gestión integral, a partir del momento en que se causan las cotizaciones, sobre las cuales deben desplegar especial vigilancia, haciendo los requerimientos previstos en el Decreto 2663 de 1994, y emprendiendo las acciones de cobro, en cuya cabeza las radica la ley, además de otorgarles las herramientas idóneas, como el de revestir a sus certificaciones sobre la deuda por cotizaciones, intereses y multas, del valor de título ejecutivo, y para el I.S.S. de adelantar con él un juicio de jurisdicción coactiva.

El sistema ha de propender a la efectiva prestación de protección de la seguridad social, no solo contemplando aquel escenario en el que se cumplen cabalmente con todas las obligaciones, sino también

cuando el sistema funcione anormalmente y no se sufraguen las cotizaciones causadas por hechos imputables al empleador o a la administradora; la decisión que se tome no puede resultar afectando a quien ha cumplido con lo suyo, al afiliado que generó un crédito a la administradora exigible al empleador, y sin dejar de tener en consideración la "sostenibilidad" financiera del sistema.

Las cotizaciones causadas consignadas en la historia de la seguridad social como créditos, se han de contabilizar como cotización, aún sea de manera transitoria, hasta tanto la administradora haga efectivo el cobro, caso en el cual la cotización adquiere su valor definitivo, o hasta que acredite ser incobrable, luego de haber gestionado diligentemente su pago al empleador, caso en el cual, la cotización se declara inexistente.

La clasificación y declaración formal de la deuda con la seguridad social como incobrable, se ha de cumplir de conformidad con el trámite reglamentario previsto en el Estatuto de Cobranzas, el Decreto 2665 de 1988, que en su artículo 73, dice:

3. Deudas irrecuperables o incobrables. Se considerarán incobrables, las deudas por aportes, intereses y multas que tengan un mora de 25 ciclos o superior, así como las demás deudas cuyo recaudo no hubiere sido posible lograr a pesar de la gestión de cobro adelantada, por insolvencia del deudor, liquidación definitiva o desaparecimiento de la empresa, o por cualquier otra causa similar, de conformidad con el informe rendido por el apoderado del ISS y la evaluación efectuada por el funcionario de cobranzas responsable. Las deudas irrecuperables o incobrables, deberán ser calificadas por el respectivo órgano directivo del ISS, previo concepto del Comité de Cobranzas de la respectiva Seccional o UPNE.

También se tendrán como deudas incobrables, las siguientes:

- a). Las declaradas prescritas por funcionario competente;
- b). Las que hubieren quedado pendientes de cancelar después de liquidada legalmente una empresa, o de haberse cumplido un Concordato, o terminado el proceso de quiebra, siempre y cuando que la empresa finalice sus actividades.
- c). Por pérdida del proceso donde se pretendían hacer valer;
- d). Por muerte o desaparecimiento de hecho del patrono, en los casos en que no opere la sustitución patronal, o no sea cobrable a los herederos o no haya lugar a la declaración de unidad de empresa, o por otra causa similar.
- e). Las que por ley o reglamento sean tenidas como tales.

Se ha de indicar que las normas que regulan el proceso de recaudo contenidas en el Decreto 2665 de 1988 mantienen su vigencia, por la remisión que a ella hace el artículo 31 de la Ley 100 de 1993, y puesto que si bien se han expedido reglamentos sobre afiliaciones, cotizaciones y aportes, no se ha hecho lo propio en materia de cobranzas.

La consecuencia de declarar unas cotizaciones como incobrables la define la misma perceptiva, en los primeros incisos del artículo 75:

ARTICULO 75. EFECTOS DE LA DECLARACION DE INCOBRABLE DE UNA DEUDA. No serán tenidas como cotizadas, ni se acumularán para efectos de las prestaciones propias de los Seguros Sociales, las semanas correspondientes a los períodos de mora y respecto a los cuales los valores se declararon incobrables.

Cuando una deuda haya sido calificada como "incobrable" por el respectivo órgano directivo del ISS, será descargada contablemente de la "estimación cotizaciones de difícil cobro" y de la "cotización facturada por cobrar".

Así, entonces, la Sala ha de precisar los alcances de su jurisprudencia sobre las consecuencia de la falta de diligencia de las administradoras de pensiones en el cobro de cotizaciones, a falta de esa declaración las

Ahora, iterando que la actora cumplió los 55 años edad el 26 de febrero de 2011, procede la sala a verificar si cumple con el requisito de semanas de cotización, memorando que la norma aplicable (art. 12 Acuerdo 049 de 1990) exige 500 semanas cotizadas dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad o 1000 semanas en cualquier tiempo, y en ese orden, revisados los reportes consolidados y detallados de cotización (fls. 61 a 63), encuentra la Sala, en el periodo comprendido del 26 de febrero de 1991 a 26 de febrero de 2011 (20 años anteriores al cumplimiento de la edad), cuenta con **655** semanas de cotización y en todo el tiempo **1108,25** -655+395,72- (folio 61), con lo cual resulta acreedora del derecho anhelado.

En relación con la fecha a partir de la cual debe pagarse la pensión, en consideración a que la situación pensional de la actora fue definida con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990, resulta aplicable en autos el artículo 13 del citado Decreto, el cual dispone *“La pensión de vejez se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos establecidos en el artículo anterior, pero será necesaria su desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar de la misma”*, mientras que en el artículo 35 indica *“Las pensiones del seguro social se pagarán por mensualidades vencidas, previo el retiro del asegurado del servicio o del régimen, según el caso, para que pueda entrar a disfrutar de la pensión”*.

cotizaciones siguen gravitando en la contabilidad de las cotizaciones del afiliado, de diferente manera según el riesgo o de la prestación de que se trate.

Para la pensión de vejez las cotizaciones existentes no pagadas se han de contar provisionalmente, hasta tanto no haya declaración sobre su inexistencia.

El reconocimiento que se hace respecto de quien no se ha efectuado el pago completo de las cotizaciones, no puede tener el mismo carácter del que se hace respecto al que el cubrimiento de los aportes fue total. Por ello se acude para la efectiva realización del equilibrio financiero del sistema, a que ese reconocimiento se haga de manera provisional, invocando de manera analógica la figura prevista en el artículo 21 del Decreto 656 de 1994, que impone a las administradoras del régimen de ahorro individual dicho reconocimiento provisional, en los eventos de incumplimiento del plazo para pronunciarse respecto de una solicitud de pensión o cuando el afiliado no disponga de la totalidad de las sumas a que tendría derecho para atender su pensión por falta de cumplimiento oportuno y adecuado de las obligaciones de la administradora.

No obstante la precisión doctrinara anterior, en el presente caso el cargo no puede salir avante, pues se advierte que no hubo manifestación de la entidad demandada recurrente en el sentido de formular un alcance de la impugnación subsidiario, para que la condena al pago de la prestación de vejez le hubiera sido impuesta en forma provisional”.

Bajo la premisa anterior, si bien el retiro del sistema es requisito necesario para el disfrute del derecho pensional, ha sido criterio de la Sala, respaldado en la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia con radicación 35605⁷, que deben examinarse las circunstancias

⁷ “No hay controversia, en este estadio procesal, acerca de que, en virtud de la petición elevada por EVANGELISTA IBAÑEZ BARRERA, el 8 de marzo de 2005, mediante Resolución No. 002940 de 27 de mayo de 2005, el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES le reconoció pensión de vejez, a partir del mes de junio del mismo año, en cuantía de \$1.554.044.00. También, son pacíficos los supuestos fácticos referentes a que el demandante nació el 17 de agosto de 1942, por lo cual, ese mismo día del año 2002, cumplió 60 años, cuando ya había cotizado más de 1000 semanas para el riesgo de vejez.

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

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

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

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

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

Soluciones diferentes se han tomado en otros casos, cuando el afiliado, no obstante cumplir los requisitos, sigue cotizando, pues no se le puede impedir que amplíe cuantitativamente su pensión, como efecto de una mayor densidad de cotizaciones, siempre y cuando esos aportes adicionales no contribuyan a desmejorar el monto final de la prestación pensional, como se definió en sentencia de 7 de septiembre de 2004, radicación 22630, ó en los eventos en que la permanencia del trabajador en el sistema, obedeció a error de la entidad de

especiales que rodean cada caso con el fin de establecer la fecha de desafiliación o retiro del afiliado.

Así pues y si bien la accionante adquirió el status pensional el 26 de febrero de 2011, pues para esa calenda ya tenía las semanas y la edad requeridas, resulta que su última semana reportada y cotizada lo fue para el mes de abril de 2011, por lo cual resulta procedente el reconocimiento del derecho, a partir del día siguiente a la última cotización pagada, esto es, **1 de mayo de 2011**, confirmándose la decisión de primera instancia en lo atinente a la fecha desde la cual se debe pagar la prestación.

Frente a la cuantía de la mesada pensional, es de señalarse, al momento de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, la aquí accionante, le faltaban más de 10 años para adquirir el derecho a la pensión (16 años, 10 meses, 25 días), así que con relación al tema del ingreso base de liquidación de la pensión, para los beneficiarios del régimen de transición, a quienes les faltaban más de 10 años para adquirir el derecho a la pensión de vejez al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, tal como ocurre en el asunto de autos, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, se ha pronunciado de manera reiterada y clara, señalando que éste será el previsto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, es decir, el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión, o el promedio del ingreso base, ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral, si resulta superior al anterior, siempre y cuando el afiliado haya cotizado 1250 semanas como mínimo, las cuales como se vio no alcanzó la actora, pues en toda su vida laboral cotizó 1059,86 semanas. Así lo ha explicado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL5221 Radicación No. 56550 del 4 de abril del 2017, la cual se acompasa con lo expuesto en las Nos. 43336 del 15 de febrero de 2011, 39660 del 14 de junio de 2011, ésta última que reitera lo señalado en las sentencias proferidas dentro de los radicados Nos. 22151 del 18 de mayo de 2004, 35113 del 4 de agosto de 2009 y 39592 del 21 de diciembre de 2010.

seguridad social (34514; septiembre 1/09). En cambio, en este proceso, dado el supuesto fáctico no controvertido de que la última cotización se efectuó por el ciclo 06-01, no aflora dubitación respecto de que la pensión debe reconocerse desde la fecha en que alcanzó la edad legalmente exigida, por manera que, de otra parte, se atiende el mandato contenido en la parte final del mencionado artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, en cuanto que, para liquidar la pensión, se debe colacionar hasta la última semana cotizada”.

No obstante lo anterior, ha de advertirse que procede el reconocimiento de la pensión de vejez deprecada por la parte actora, en cuantía igual a un salario mínimo legal mensual vigente, tal como se definió por la Juez *a quo*, conclusión que prohiará la Sala, ya que el presente proceso se conoce en consulta en favor de Colpensiones, y no podría aumentarse el valor del salario mínimo, determinado por la Juzgador inicial, so pena de hacer más gravosa la situación de la entidad en cuyo favor se surte el grado jurisdiccional, además de no haber sido objeto de apelación por la parte demandante, prestación pensional que se debe pagar sobre 14 mesadas al año al haberse causado con anterioridad al 31 de julio de 2011 tal y como lo establece el parágrafo 6° e inciso 8 del Acto Legislativo 01 de 2005, confirmándose en estos aspectos la sentencia de primera instancia.

Ahora, como quiera que no se concretó el valor del retroactivo causado a favor de la demandante, procederá la Sala a efectuar los cálculos correspondientes, para lo cual, previamente se resolverá lo atinente a la excepción de prescripción oportunamente propuesta por la accionada (folio 54)⁸, se tiene que el derecho se hizo exigible el 1 de mayo de 2011 (fecha de la última cotización y para la cual ya tenía los 55 años de edad y contaba con más de 500 semanas), elevando la demandante la respectiva reclamación administrativa el 17 de mayo de 2014 (folio 21) petición que fue decidida de manera desfavorable mediante Resolución GNR 327940 del 23 de septiembre de 2014 (folios 19 a 22), notificada el 7 de octubre siguiente (folio 23), decisión contra la cual presentó recurso de reposición el cual fue resuelto mediante resolución GNR 18217 de 28 de enero de 2015 (folios 29 a 31), la cual se notificó a la actora el 16 de febrero de 2015 (folio 28) y acudiendo a la jurisdicción el 7 de septiembre de 2016 (folio 36), es decir, operó dicho fenómeno contados 3 años atrás a la fecha en que fue presentada la reclamación administrativa, esto es, respecto de las mesadas causadas y no pagadas con anterioridad al 17 de mayo de 2011, tal como lo determinó la juzgadora de primera instancia, por lo que se confirmará la sentencia en este aspecto.

Dilucidado ello, y efectuadas las operaciones de rigor, a la demandante, por las mesadas causadas y no pagadas entre el 17 de mayo de 2011 y el 30 de octubre

⁸ Por auto del 22 de noviembre de 2019 se tuvo por contestada la demanda por parte de Colpensiones (folio .96)

de 2020, se le adeuda un retroactivo en cuantía de **\$91.051.446⁹**, por lo que se adicionará la sentencia a efectos de especificar su cuantía, sin perjuicio claro está, de las mesadas que se causen con posterioridad.

Frente a la condena de indexación, la Sala se permite recordar que dicha institución jurídica persigue una actualización de la obligación en cuanto al poder adquisitivo que tenía en la fecha en que debió de haberse solucionado y aquella en que efectivamente se pague, esto es, que el inexorable paso del tiempo, sin otro condicionamiento, distinto al impago del deudor, justifica el reajuste o corrección monetaria, siendo los índices de devaluación un hecho notorio, lo que evita demostrar esa situación.

La indexación no busca resarcir un perjuicio económico en estricto sentido, como ya quedó dicho, sino adaptar a la realidad económica del país un fenómeno particular de igual naturaleza, con ello no se recibe una ventaja económica ni se indemniza por el retardo en el pago, como tampoco se percibe un rendimiento del capital adeudado, solo se recauda el monto obligacional con capacidad adquisitiva, igual a la que tenía a la fecha en que se debió pagar.

En consecuencia, resulta procedente el pago indexado de las sumas adeudadas, como quiera que entre la fecha en que se debió reconocer la prestación pensional y la calenda en la que se realice su pago, habrá transcurrido un tiempo considerable durante el cual dichos valores habrán perdido poder adquisitivo, confirmándose en este punto la decisión de primer grado.

Año	Mesada	Adeudadas	Subtotal
2011	\$ 535.600	9,43	\$ 5.052.493
2012	\$ 566.700	14	\$ 7.933.800
2013	\$ 589.500	14	\$ 8.253.000
2014	\$ 616.000	14	\$ 8.624.000
2015	\$ 644.350	14	\$ 9.020.900
2016	\$ 689.455	14	\$ 9.652.370
2017	\$ 737.717	14	\$ 10.328.038
2018	\$ 781.242	14	\$ 10.937.388
2019	\$ 828.116	14	\$ 11.593.624
2020	\$ 877.803	11	\$ 9.655.833
⁹ TOTAL RETROACTIVO			\$ 91.051.446

De esta manera se agota la competencia de la Sala, surtido el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, procediendo la adición de la sentencia de primer grado para concretar el valor del retroactivo, confirmado en lo demás.

SIN COSTAS en esta instancia.

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

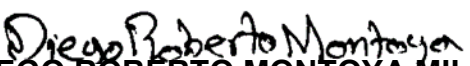
RESUELVE

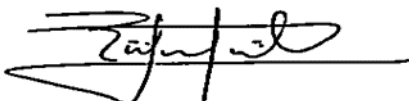
PRIMERO: ADICIONAR el numeral OCTAVO a la sentencia proferida por el Juzgado 28 Laboral con el fin de condenar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES a pagar a favor de GLORIA CECILIA SALAMANCA DÍAZ la suma de \$ 91.051.446 por concepto de retroactivo pensional causado entre el 17 de mayo de 2011 y el 30 de octubre de 2020, sin perjuicio de las mesadas que se causen con posterioridad.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primer grado, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

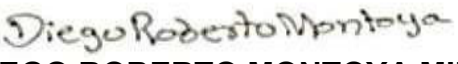
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR LUIS MARIANO ARCE
LARROTA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES- (RAD. 29 2018 00410 01).**

Bogotá D.C., treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020)

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la abogada ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES identificada con C.C. No. 37.627.008 y T.P. 221.228 del C.S.J, como apoderada judicial de la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-, en los términos y para los efectos del poder de sustitución incorporado a las diligencias (folio 119).


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia únicamente por Colpensiones (fls. 117 y 118), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, en virtud de los recursos de apelación interpuestos por el demandante y la demandada y el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, de la sentencia proferida por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 25 de agosto de 2020 (Cd. fl. 104, record 37:00, acta a folios 105 y 106), en la que se resolvió:

“PRIMERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, representada legalmente por quien haga sus veces, a reconocer y pagar al señor LUIS MARIANO ARCE LARROTA, la pensión de vejez a partir del 1 de marzo de 2016 en cuantía equivalente al salario mínimo mensual vigente, por trece mensualidades al año, conforme a la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada a indexar el retroactivo pensional de conformidad con el IPC certificado por el DANE.

TERCERO: Sin CONDENA en COSTAS.

CUARTO: ABSOLVER a la demandada del pago de los intereses moratorios solicitados.

QUINTO: de no ser apelada la presente decisión, CONSULTARSE con el Honorable Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral.”

Inconforme con la decisión los apoderados de las partes, interponen recurso de apelación, inicialmente el apoderado del actor señala su inconformidad únicamente en relación con la absolución a Colpensiones de las costas y los intereses moratorios, expresando de acuerdo a lo señalado en el artículo 365 del Código General del Proceso, no hay lugar a determinar algún tipo de carácter subjetivo respecto de la actitud de la entidad demandada, basta con que alguna de las partes haya vencido en juicio, razón por la cual considera sí hay lugar a la imposición de las mismas.

En cuanto a los intereses moratorios, aduce tampoco existir algún tipo de conducta de carácter subjetivo que haya llevado a la entidad demandada a negar la pensión, precisando esos periodos en mora debían ser incluidos en la historia laboral del demandante y al no existir alguna novedad de retiro para el 31 de diciembre de 1994, COLPENSIONES debió promover ante la sociedad BARBOSA MERCANTIL LIMITADA, las acciones de cobro coactivo que le prevé la ley, a fin de obtener el recaudo de esas semanas y no trasladarle esa carga de no haberle reconocido su pensión vejez en tiempo al señor LUIS MARIANO ARCE LARROTA. (Cd. fl. 104, record: 38:05)¹

¹ “Gracias su señoría, por ser la oportunidad procesal pertinente, la parte demandante formula recurso de apelación parcial en contra de la providencia me ha de ser notificada en este momento.

La inconformidad que se tiene respecto de la providencia en mención, se insiste a los Honorables Magistrados del Tribunal Superior Sala Laboral de Bogotá, es de manera parcial, por cuanto la parte demandante se encuentra conforme en cuanto al reconocimiento de la pensión de vejez, lo que se refiere al monto de la misma, la fecha de efectividad y la norma aplicada a efectos de reconocer dicha prestación. Respecto de lo anterior, la parte demandante no se encuentra inconforme, es decir, respecto del numeral primero de la sentencia me encuentro, insisto, conforme.

La parte demandante se aparta de la decisión en lo que se decide absolver, en primera medida, a la entidad demandada del reconocimiento y pago de costas solicitadas con el escrito de demanda, lo anterior su señoría,

COLPENSIONES aduce en la alzada que el demandante para el 25 de julio del 2005, solo se tenía registro de 595 semanas cotizadas, es decir, no podía conservar el régimen de transición y por tanto, era improcedente que se pudiera reconocer la pensión deprecada por el demandante, advirtiéndole no existir negligencia u omisión por parte de la demandada, sino que, por el contrario, se informó que era necesario para la acreditación de tales periodos aportar los documentos que fueran pertinentes para poder acceder al derecho pensional.

Señala que en caso de confirmarse el fallo no se acceda al pago de los intereses moratorios porque no hubo un atraso efectivo en el pago de las mesadas, ni mala

porque revisando el artículo 365 del Código General del Proceso, aplicable de manera analógica en virtud del artículo 145 de nuestro Estatuto Procesal del Trabajo, no se evidencia que haya lugar a evidenciar algún tipo de carácter subjetivo respecto de la actitud de la entidad demandada, basta con que alguna de las partes haya vencido en juicio, y de conformidad con la sentencia que me acaba de ser notificada, se encontró que en efecto, el demandante tiene derecho al reconocimiento de la pensión de vejez, es decir, la pretensión principal de la demanda, enervada con la demanda contra de la entidad prosperó, motivo por el cual, si considera la parte demandante que en este proceso sí hay lugar a que la entidad demandada, por ser vencida en juicio, sea condenada al reconocimiento y pago de las costas. Por eso, solicito a los Honorables Magistrados del Tribunal Superior de Bogotá en su sala laboral, la sala que le corresponda según reparto, se disponga revocar el numeral tercero de la providencia que me acaba de ser notificada para que en su lugar, condene a la entidad demandada a reconocer y pagar las costas del presente proceso.

En línea con el desarrollo del recurso de apelación, la parte demandante tampoco se encuentra conforme con la absolución respecto de la pretensión principal del reconocimiento y pago de intereses moratorios, precisamente porque los intereses moratorios tiene una naturaleza de ser resarcitorios, es decir, no hay lugar a que evidenciamos algún tipo de conducta de carácter subjetivo que haya llevado la entidad demandada en este proceso, COLPENSIONES, a negar la pensión, basta con verificar los tiempos que estableció la ley a efectos del reconocimiento y pago de la pensión, el mismo que fue desbordado por la entidad demandada, puesto que en sede administrativa no reconoció el pago de la pensión, la misma que ha sido reconocida hoy judicialmente.

En atención a ello, considera la parte demandante que los intereses moratorios, por haber sido formulados de carácter principal y dada la naturaleza de carácter resarcitorio, sí resultan procedente es este caso y es que, en gracia de discusión de que se revise la actitud de COLPENSIONES, tal y como lo manifestó el a quo en su providencia, existe abundante jurisprudencia que da cuenta de que esos periodos en mora deben ser incluidos en la historia laboral del demandante. Se arguye de forma muy acertada por el despacho que, no se evidencia alguna novedad de retiro a fecha 31 de diciembre de 1994, motivo por el cual la entidad demandada COLPENSIONES debió promover ante la sociedad BARBOSA MERCANTIL LIMITADA, las acciones de cobro coactivo que le prevé la ley, a fin de obtener el recaudo de esas semanas y no trasladarle esa carga o no haberle reconocido su pensión vejez en tiempo al señor LUIS MARIANO ARCE LARROTA.

Esos argumentos en primera medida, su señoría, insisto Honorables Magistrados, por el carácter resarcitorio de los intereses moratorios, es que me hacen, me mueven a formular el recurso de apelación parcial en cuanto a la absolución de intereses moratorios, esto con el objeto de que se revoque el numeral segundo, es decir, a reconocer las mesadas pensionales, para que en su lugar, el Tribunal Superior de Bogotá disponga que en el caso se debe condenar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, al reconocimiento y pago de los intereses moratorios y es que en verdad, la Corte Suprema de Justicia tenía presupuestado o había establecido el concepto de que debía verificarse la actitud de la AFP o del fondo de pensiones a efectos de negar la pensión, pero la misma fue replanteada nuevamente, se estableció que se insiste en la naturaleza resarcitoria de los intereses moratorios, por ello, la parte demandante insiste en el reconocimiento de los mismos.

De esta forma, su señoría, el a quo, interpongo recurso de apelación ante el Honorable Tribunal Superior de Bogotá en su Sala Laboral. Gracias.”

fe ni negligencia y por ende tampoco sería procedente la condena en costas. (Cd fl. 104, record: 43:35)²

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante LUIS MARIANO ARCE LARROTA las pretensiones visibles a folio 22 y 23, las cuales tienen sustento fáctico en los hechos narrados a folios 21 y 22, encaminadas a que se declare que es beneficiario del régimen de transición, así mismo se declare se deben incluir en la historia laboral las semanas en mora con el empleador Barbosa Mercantil Ltda. del periodo comprendido del 1° de enero de 1995 al 31 de diciembre de 1998, equivalentes a 208,57 semanas, en consecuencia se condene a la demandada a

² “Gracias su señoría, siendo el momento procesal oportuno, me permito interponer recurso de apelación frente a la providencia proferida en primera instancia para que sea revisada por el Tribunal Superior del Distrito de Bogotá en su Sala Laboral.

Se impone recurso de apelación de manera parcial, su señoría, teniendo en cuenta que, como se expone en los alegatos de conclusión, conforme al acto legislativo 01 del 2005, se establece la forma en la cual se va a determinar la conservación del régimen de transición y bien se estipulaba por dicho acto que, se podía conservar siempre y cuando se tuviesen 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios en la entrada en vigencia de dicho acto, es decir, el 25 de julio de 2005. Como bien se observa según las documentales y de igual manera, según los alegatos de conclusión presentados, en su momento, para el 25 de julio de 2005 por parte de mi mandante COLPENSIONES, solo se tenía registro de 595 semanas cotizadas, es decir, que bajo la evidencia de dicha situación no se podía conservar el régimen de transición y por tanto, no era improcedente que se pudiera reconocer la pensión deprecada por el demandante, es este caso por el solicitante.

Es así como se observa y como se le deja de manifiesto al Tribunal Superior, que no hubo en ningún momento alguna acción de mala fe o alguna acción, incluso, de negligencia u omisión por parte de mi mandante, sino que, por el contrario, se informó que no se acreditaban las condiciones y que no se acreditaba la situación, por lo tanto era necesario poder realizar la acreditación por parte de los documentos que fueran pertinentes o que fuesen para poder realizar o poder acceder.

De igual manera, se solicita al Tribunal Superior a que se conserve la decisión de primera instancia en cuanto a que se absuelva a mi mandante de los intereses moratorios y que se absuelva de las costas mencionadas anteriormente, toda vez que no se pueden reconocer los intereses moratorios contemplados en el artículo 141 de la ley 100 de 1993 toda vez que, si hubiese sido el caso de mora en el pago de mesadas pensionales de que trata el artículo esta ley, la entidad correspondiente reconocería y pagaría al pensionado la además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella la tasa máxima del interés moratorio vigente en el momento en que se efectúe, sin embargo, esta mora pensional establecida en ese artículo refiere al atraso del pago de sumas reconocidas, situación que no fue dentro del presente proceso. De igual manera, no prospera tal situación en el sentido de que no hubo un atraso efectivo en el pago de las mesadas, de igual forma, al no haber esa mala fe y haber habido esa negligencia por parte de mi mandante, no sería procedente el reconocimiento de condena en costas por lo cual, se solicita al Tribunal que igual se conserve la decisión de primera instancia, sin embargo, se revise en cuanto al reconocimiento pensional, reconocimiento de vejez íntegramente por lo mencionado anteriormente, tanto en las documentales, en la historia laboral del demandante, como en el actuar de mi mandante COLPENSIONES.

De esta forma dejo por sentado el recurso de apelación, solicitando al Tribunal que sea absuelta y en el caso que no se absuelva a mi mandante, se conserven entonces las absoluciones realizadas en primera instancia. Muchas gracias.”

reconocer y pagar la pensión de vejez a partir del 29 de febrero del año 2016, en aplicación del Acuerdo 049 de 1990, junto con los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 o en subsidio la indexación de las sumas reconocidas, condenas *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus aspiraciones**, pues se condenó a la demandada al reconocimiento pensional en virtud de lo establecido en el Acuerdo 049 de 1990, tras considerar, que el demandante es beneficiario del régimen de transición y cumple con los requisitos establecidos en el mencionado Acuerdo, precisando que la prestación se otorga desde la fecha de la última cotización, teniendo en cuenta para todos los efectos el periodo en mora de enero de 1995 al 31 de diciembre de 1998, por cuanto se probó la vinculación laboral y la inexistencia de la novedad de retiro del sistema de pensiones, absolviendo de los intereses moratorios y condenando a la indexación de las sumas adeudadas.

De esta manera, con ocasión de los recursos de apelación promovidos por las partes y el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, se examinarán además de los motivos expuestos por ésta en la alzada, la decisión en lo que le fue desfavorable.

Así las cosas, en primer lugar corresponde a la Sala establecer si el demandante es beneficiario del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, beneficio que de acuerdo con la modificación introducida al artículo 48 de la Constitución Política, por medio del párrafo transitorio 4 del Acto Legislativo 01 de 2005³, 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

³ "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"

año 2014.

De tal manera, en el expediente reposa copia de la cédula de ciudadanía del actor (fl. 3) que da cuenta de su fecha de nacimiento el 20 de abril de 1951, ello permite concluir que a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es, a 1° de abril de 1994 contaba con 42 años de edad, por tanto, en principio sería beneficiario del régimen de transición, por lo menos hasta el 31 de julio de 2010 y, eventualmente, hasta el año 2014, debiendo procederse entonces a la verificación del régimen que le sería aplicable a efecto de establecer sus requisitos y la acreditación de los mismos en el plenario.

En cuanto al régimen anterior, se observa que el accionante durante su vida laboral ha efectuado cotizaciones al régimen de prima media con prestación definida desde el 29 de agosto de 1974 fecha que se consigna en el reporte de semanas cotizadas incorporado por Colpensiones y actualizado al 17 de enero de 2019⁴ (fls.111 a 115), por manera que, **el régimen anterior aplicable a la situación pensional del demandante lo sería el contenido en el Acuerdo 049 de 1990**, que en su artículo 12 exige la edad de 60 años para la mujer y la acumulación de 500 semanas cotizadas en los 20 años anteriores al cumplimiento de la misma o 1000 semanas en cualquier tiempo, eso sí, como se dijo, antes del 31 de julio de 2010.

En relación con el requisito de edad, encuentra la Sala que el señor LUIS MARIANO ARCE LARROTA alcanzó los 60 años el **20 de abril de 2011** (fl. 3), es decir, en fecha posterior al primer límite establecido en el Acto Legislativo 01 de 2005 -31 de julio de 2010-.

En ese contexto, con miras a establecer si el beneficio transicional del demandante se mantiene hasta el año 2014, procede la Sala a verificar el conteo de semanas cotizadas hasta la fecha de entrada en vigencia de la reforma constitucional, advirtiendo la Sala la actor conforme a la historial laboral citada (fls. 110 a 114) para el 29 de julio del 2005, tan solo contaba con 602,29 semanas.

No obstante lo anterior, alega la demandante existen unos periodos con el empleador BARBOSA MERCANTIL LTDA. correspondientes a enero de 1995 a 31 de diciembre de 1998 (fl. 22 hecho No. 7), que no están siendo contabilizados por

⁴ Enviado por correo electrónico dado que el Cd obrante a folio 48 no permitía su reproducción.

COLPENSIONES, precisando la Sala conforme a los tiempos de servicio establecidos por la encartada a folio 112, esto es, en el “*DETALLE DE PAGOS EFECTUADOS ANTERIORES A 1995*”, tan solo obran aportes con dicha empleadora del 23 de marzo de 1993 a 31 de diciembre de 1994.

Sin embargo, pese a ello resulta que la sociedad BARBOSA MERCANTIL LTDA. señaló en la misiva obrante a folios 8 del expediente (*no desconocida ni tachada de falsa por Colpensiones*), que el promotor del litigio laboró para esa empresa del 23 de marzo de 1993 al **31 de diciembre de 1998**.

Razón por la cual es clara la existencia del vínculo laboral durante los meses que se echan de menos en la historia laboral del actor (01/01/1995 a 31/12/1998), recordando frente a los aportes a seguridad social en pensiones, conforme lo ha dispuesto por la Ley 100 de 1993, en su artículo 22, el empleador será responsable del pago de los mismos, para tal efecto, descontará del salario de cada afiliado, al momento de su pago, el monto de las cotizaciones obligatorias y el de las voluntarias que expresamente haya autorizado por escrito el afiliado y trasladará estas sumas a la entidad elegida por el trabajador, junto con las correspondientes a su aporte, dentro de los plazos que para el efecto determine el Gobierno.

Así también, conforme el contenido del artículo 9° literal d) y parágrafo de la Ley 797 de 2003 y del artículo 17 del Decreto 3798 de 2003 y lo reiterado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en sentencias con radicaciones 32096 del 2 de septiembre de 2008 y 32179 del 27 de enero de 2009, es evidente que el tiempo dejado de cotizar durante la vinculación laboral tiene la virtud de perjudicar la eventual expectativa pensional del demandante.

Razones por las cuales al encontrarse acreditado que para los meses alegados por el actor existió un verdadero vínculo laboral, sin que además existe novedad de retiro por parte de BARBOSA MERCANTIL LTDA., resulta procedente la inclusión de tales semanas no tenidas en cuenta por Colpensiones.

Sobre el punto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL2652-2020, Radicación N° 76156 del 1° de julio de 2020, indicó:

“Para la Sala, contrario a las suposiciones de la censura, del conjunto de la información vertida en el expediente, desde el punto de vista fáctico, bien podía el Tribunal inferir razonablemente que la relación laboral sostenida por el fallecido con Rapimontajes Eléctricos S.A., en el curso de la cual se efectuó la vinculación al sistema de pensiones con Porvenir (fol. 18), había mantenido su continuidad incluso después de marzo de 2006, pues no había elementos de juicio suficientes que dieran cuenta de su terminación o de la celebración de un nuevo contrato con otro empleador, ni mucho menos de que se hubiera reportado la novedad de retiro ante el sistema.

(...)

En esos términos, ninguna de las pruebas calificadas en las que se fundamenta el cargo deja ver con certeza que la relación laboral con Rapimontajes Eléctricos S.A. hubiera terminado o que el Tribunal incurrió en algún error de hecho protuberante y manifiesto al concluir que durante los años 2006 a 2008 sí había mediado una relación laboral que le daba fundamento a las cotizaciones al sistema de pensiones que, como consecuencia, debían ser cobradas por el fondo demandado”

Así las cosas, las semanas que se deben adicionar a la historia laboral allegada por la accionada son las del **1° de enero de 1995 al 31 de diciembre de 1998**, pues tales cotizaciones se causaron y el empleador era quien debía realizarlas, sin que el trabajador pueda ver truncado su derecho pensional por el hecho de la mora en el pago de las mismas, ello por cuanto tal situación en manera alguna puede acarrear consecuencias negativas para el afiliado, debiendo contabilizarse dichas semanas en la sumatoria total, a efecto de corroborar el cumplimiento del requisito de semanas para acceder al derecho pensional.

Lo anterior en tanto, la mora en el pago de los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, no resta validez a las semanas a contabilizar para efecto de acreditar el cumplimiento del tiempo exigido para efectos del reconocimiento pensional, cuando además de la mora.

Establecido lo anterior, procede la Sala con la inclusión de los periodos atrás relacionados y que no se tuvieron en cuenta por Colpensiones (01/01/1995 a 31/12/1998), los cuales corresponden a 1431 días equivalentes a **204** semanas de aportes con BARBOSA MERCANTIL LTDA., que sumadas a las 602.29 que aparecen registradas en la historia laboral (fls. 111 a 115), arrojan un total de **806,29** semanas cotizadas, cumpliendo así con el requisito exigido por el Acto Legislativo para conservar el régimen de transición hasta el año 2014, tal y como lo dispuso la falladora de primera instancia.

Ahora, iterando que el actor cumplió los 60 años edad el 20 de abril del 2011 (fl. 3), procede la sala a verificar si cumple con el requisito de semanas de cotización,

memorando que la norma aplicable (art. 12 Acuerdo 049 de 1990) exige 500 semanas cotizadas dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad o 1000 semanas en cualquier tiempo, y en ese orden, revisados los reportes consolidados y detallados de cotización (fls. 111 a 115), encuentra la Sala, en el periodo comprendido del 20 de abril de 1991 al 20 de abril del 2011 (20 años anteriores al cumplimiento de la edad), cuenta con **456,29** semanas de cotización, no obstante en todo el tiempo *-hasta el 31 de diciembre de 2014-* acredita **1132,02** *–incluidas las 204 atrás referidas como en mora–*, con lo cual resulta acreedor del derecho anhelado.

En relación con la fecha a partir de la cual debe pagarse la pensión, en consideración a que la situación pensional del actor fue definida con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990, resulta aplicable en autos el artículo 13 del citado Decreto, el cual dispone *“La pensión de vejez se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos establecidos en el artículo anterior, pero será necesaria su desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar de la misma”*, mientras que en el artículo 35 indica *“Las pensiones del seguro social se pagarán por mensualidades vencidas, previo el retiro del asegurado del servicio o del régimen, según el caso, para que pueda entrar a disfrutar de la pensión”*.

Bajo la premisa anterior, si bien el retiro del sistema es requisito necesario para el disfrute del derecho pensional, ha sido criterio de la Sala, respaldado en la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia con radicación 35605⁵, que deben examinarse las circunstancias

⁵ “No hay controversia, en este estadio procesal, acerca de que, en virtud de la petición elevada por EVANGELISTA IBAÑEZ BARRERA, el 8 de marzo de 2005, mediante Resolución No. 002940 de 27 de mayo de 2005, el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES le reconoció pensión de vejez, a partir del mes de junio del mismo año, en cuantía de \$1.554.044.00. También, son pacíficos los supuestos fácticos referentes a que el demandante nació el 17 de agosto de 1942, por lo cual, ese mismo día del año 2002, cumplió 60 años, cuando ya había cotizado más de 1000 semanas para el riesgo de vejez.

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

La labor hermenéutica del fallador de segunda instancia, concluyó en el sentido de estimar irrelevante la exigencia del reglamento del Seguro Social mencionada, además de considerar que las consecuencias derivadas de la inobservancia de la obligación que imponen tales normas, no son las que la entidad accionada pretende que se deduzcan, sino evitar que el aspirante a pensionado perciba simultáneamente, salario y pensión, así como también, que no es adecuado cargar al trabajador con los efectos de la incuria del empleador, que no reportó la respectiva novedad. En realidad, a juicio de la Sala, la desafiliación que debe informarse a la administradora de pensiones es de la mayor trascendencia, como los preceptos

especiales que rodean cada caso con el fin de establecer la fecha de desafiliación o retiro del afiliado.

Así pues y si bien el accionante adquirió el status pensional el 6 de junio del 2012 pues para esa data alcanzó las 1000 semanas y ya contaba con la edad requerida, resulta que su última semana reportada y cotizada lo fue para el mes de febrero del 2016 misma en donde se registra la novedad de retiro R (fl. 115), por lo cual resulta procedente el reconocimiento del derecho, a partir del día siguiente a la última cotización pagada, esto es, **1° de marzo del 2016**, confirmándose la decisión de primera instancia en lo atinente a la fecha desde la cual se debe pagar la prestación.

reglamentarios referidos paladinamente enseñan, para efectos de que el trabajador pueda entrar a disfrutar de la pensión de vejez, es decir para que pueda recibir el pago del importe de la prestación, lo que no quiere decir que, si se omitió dar aviso al tiempo del cumplimiento de los requisitos para su otorgamiento, o mejor, de su causación, pierda el derecho a obtener el disfrute de las mesadas exigibles entre ese momento, y aquél en que se informe del retiro, ó se pida el reconocimiento de la pensión, porque así no está expresamente disciplinado por el conjunto normativo que gobierna el tema que se dilucida. En últimas, la desafiliación no depende del aviso que se dé, sino de las circunstancias que rodeen cada caso en particular, como en el presente, en que el actor dejó de trabajar y cumplió el requisito de la edad.

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

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

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

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

Frente a la cuantía de la mesada pensional, es de señalarse, al momento de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, al aquí accionante, le faltaban más de 10 años para adquirir el derecho a la pensión (17 años y 19 días), así que frente al tema del ingreso base de liquidación de la pensión, para los beneficiarios del régimen de transición, a quienes les faltaban más de 10 años para adquirir el derecho a la pensión de vejez al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, tal como ocurre en el asunto de autos, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, se ha pronunciado de manera reiterada y clara, señalando que éste será el previsto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, es decir, el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión, o el promedio del ingreso base, ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral, si resulta superior al anterior, siempre y cuando el afiliado haya cotizado 1250 semanas como mínimo, las cuales como se vio no alcanzó el actor, pues en toda su vida laboral cotizó 1.195,71 semanas (991,71+204). Así lo ha explicado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL5221 Radicación No. 56550 del 4 de abril del 2017, la cual se acompasa con lo expuesto en las Nos. 43336 del 15 de febrero de 2011, 39660 del 14 de junio de 2011, ésta última que reitera lo señalado en las sentencias proferidas dentro de los radicados Nos. 22151 del 18 de mayo de 2004, 35113 del 4 de agosto de 2009 y 39592 del 21 de diciembre de 2010.

No obstante lo anterior, ha de advertirse que procede el reconocimiento de la pensión de vejez deprecada por la parte actora, en cuantía igual a un salario mínimo legal mensual vigente, tal como se definió por la Juez *a quo*, conclusión que prohiará la Sala, ya que el presente proceso se conoce en consulta en favor de Colpensiones, y no podría aumentarse el valor del salario mínimo, determinado por la Juzgador inicial, so pena de hacer más gravosa la situación de la entidad en cuyo favor se surte el grado jurisdiccional, además de no haber sido objeto de apelación por la parte demandante, prestación pensional que se debe pagar con 13 mesadas al año al haberse causado con posterioridad al 31 de julio de 2011 tal y como lo establece el parágrafo 6° e inciso 8 del Acto Legislativo 01 de 2005, confirmándose en estos aspectos la sentencia de primera instancia.

En otro giro, en cuanto a los intereses moratorios que fueron objeto de apelación por el demandante, se debe recordar que el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 está previsto para los eventos de mora en el pago de mesadas pensionales cuya

fuente legal lo sea ese estatuto general de pensiones o las causadas por vía de transición, del cual en virtud del artículo 31 de la Ley 100 de 1993 hacen parte las prestaciones de invalidez, vejez y muerte reguladas por el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año.

En ese sentido se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia en reiteradas decisiones, entre ellas la contenida en Sentencia proferida dentro de la Radicación No. 26666 del 18 de abril de 2006, en la cual se enseña que el Acuerdo 049 de 1990 debe entenderse incorporado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pudiendo colegirse, el pago tardío de mesadas pensionales de una prestación originada en dicha preceptiva, debe ser sancionado en los términos del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, circunstancia también apreciada en la SL 14005 Radicación No. 55006 del 14 de septiembre del 2016⁶, pues se causa por el simple hecho de la mora en el reconocimiento y pago de las mesadas pensionales

Sin embargo al tenor de lo expuesto en Sentencia SL 787 Radicación No. 43602 del 6 de noviembre de 2013⁷, en el presente asunto, se presentan circunstancias que pueden justificar la negativa de la accionada, en atención a que COLPENSIONES desconocía el vínculo laboral sostenido por el actor con BARBOSA MERCANTIL LTDA. con posterioridad al 21 de diciembre de 1994, sin que dentro del plenario obre prueba que demuestre que la empleadora haya demostrado ante tal entidad la continuidad de la relación laboral sostenida en la realidad con el accionante, pues ello solo se vino a definir dentro del presente

⁶ “Sobre las mesadas causadas y no pagadas no se generarán los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, por estar prevista la prestación reconocida en el artículo 27 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por Decreto 758 del mismo año al haberse causado el 3 de marzo de 1992 según ya se ha visto, no en la Ley 100 de 1993 o merced al régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la misma normativa. Lo dicho, además, por no haber sido una materia expresa del recurso en la alzada, pero mayormente por constituir la presente providencia una rectificación de la jurisprudencia, tal cual ya se explicó al resolver el recurso extraordinario.”

⁷ “La Sala como consecuencia de su nueva integración ha considerado pertinente moderar esta posición jurisprudencial, para aquellos eventos en que las actuaciones de las administradoras de pensiones públicas o privadas, al no reconocer o pagar las prestaciones periódicas a su cargo, encuentren plena justificación bien porque tengan respaldo normativo, ora porque su postura provenga de la aplicación minuciosa de la ley, sin los alcances o efectos que en un momento dado puedan darle los jueces en la función que les es propia de interpretar las normas sociales y ajustarlas a los postulados y objetivos fundamentales de la seguridad social, y que a las entidades que la gestionan no les compete y les es imposible predecir. Entiende la Corte que la jurisprudencia en materia de definición de derechos pensionales ha cumplido una función trascendental al interpretar la normativa a la luz de los principios y objetivos que informan la seguridad social, y que en muchos casos no corresponde con el texto literal del precepto que las administradoras en su momento, al definir las prestaciones reclamadas, debieron aplicar por ser las que en principio regulaban la controversia; en esas condiciones, no resulta razonable imponer el pago de intereses moratorios porque su conducta siempre estuvo guiada por el respeto de una normativa que de manera plausible estimaban regía el derecho en controversia. Máxime que en Colombia el control difuso que es el que opera en las excepciones de inconstitucionalidad está a cargo de los jueces y no de las administradoras”.

litigio y en esa medida, como se anunció, se encuentra justificación en la negativa al reconocimiento pensional (*conforme a la certificación de folio 52 por Resolución GNR 027563 del 7 de marzo del 2013 se negó el derecho*), pues COLPENSIONES actuó conforme a la Ley contabilizando los periodos debidamente registrados, con los cuales no se alcanzaba las 750 semanas exigidas para la conservación del régimen de transición, considerando la Sala razonable confirmar la absolución en el pago de intereses moratorios.

En otro giro, en cuanto a la indexación del retroactivo, a juicio de la Sala, ésta es completamente procedente como quiera que dicha institución jurídica persigue una actualización de la obligación en cuanto al poder adquisitivo que tenía en la fecha en que debió de haberse solucionado y aquella en que efectivamente se pague, esto es, que el inexorable paso del tiempo, sin otro condicionamiento, distinto al impago del deudor, justifica el reajuste o corrección monetaria, siendo los índices de devaluación un hecho notorio, lo que evita demostrar esa situación.

La indexación no busca resarcir un perjuicio económico en estricto sentido, como ya quedó dicho, sino adaptar a la realidad económica del país un fenómeno particular de igual naturaleza, con ello no se recibe una ventaja económica ni se indemniza por el retardo en el pago, como tampoco se percibe un rendimiento del capital adeudado, solo se recauda el monto obligacional con capacidad adquisitiva, igual a la que tenía a la fecha en que se debió pagar.

Así las cosas, dado que las mesadas pensionales cuyo pago aquí se impuso, se hicieron efectivas a partir del 1° de marzo del 2016, las cuales no han sido pagadas, entre la fecha de su disfrute y la de su pago, habrá transcurrido un lapso considerable dentro del cual se presenta la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, procediendo entonces la condena por este concepto a cargo de la demandada.

En lo que hace a la excepción de prescripción oportunamente propuesta por la accionada (fl. 41)⁸, se tiene que el derecho se hizo exigible el 29 de febrero del 2016 (fecha de la última cotización y para la cual ya tenía los 60 años de edad y contaba con más de 1000 semanas), elevando el demandante la respectiva reclamación administrativa el 21 de junio del 2018 (fls. 17 a 20) y acudiendo a la jurisdicción el 6 de agosto del 2018 (fl. 29), es decir, sin que hayan transcurridos

⁸ Por auto del 20 de junio del 2016 se tuvo por contestada la demanda de Colpensiones (fl. 63)

los tres años a los que se ha hecho alusión, por lo que la prescripción no cobró operatividad y en esa medida no se encuentra probado el medio exceptivo alegado.

En ese orden, se calculará el retroactivo pensional causado, desde el 1° de marzo de 2016 con corte al 30 de octubre del 2020, el cual arroja una suma de **\$46.874.010**, cifra que se seguirá causando hasta la fecha efectiva de la inclusión en nómina de pensionados.

Tabla Retroactivo Pensional				
Fecha inicial	Fecha final	Valor mesada	N°. Mesadas	Subtotal
01/03/16	31/12/16	\$ 689.455,00	11,00	\$ 7.584.005
01/01/17	31/12/17	\$ 737.717,00	13,00	\$ 9.590.321
01/01/18	31/12/18	\$ 781.242,00	13,00	\$ 10.156.146
01/01/19	31/12/19	\$ 828.116,00	13,00	\$ 10.765.508
01/01/20	30/10/20	\$ 877.803,00	10,00	\$ 8.778.030
Total retroactivo			\$ 46.874.010,00	

Respecto de las costas procesales objeto de apelación por el demandante, baste con señalar 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 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 totalmente desfavorable la sentencia de primer grado a Colpensiones, lo atinente a derecho es que sea condenada en costas, revocándose en este punto el fallo de primer grado.

Finalmente, vale apuntar que se adicionará la sentencia para autorizar a COLPENSIONES a descontar del anterior retroactivo pensional lo correspondientes a los aportes a salud, en virtud de lo previsto en el artículo 42 de la Ley 100 de 1993 que permitió a las entidades pagadoras “*descontar la cotización para salud y transferirlo a la EPS o entidad a la cual este afiliado el pensionado en salud*”.

De esta manera se agota la competencia de la Sala por el examen de los aspectos apelados y el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, procediendo a concretar el valor del retroactivo adeudado, la adición de la

sentencia en relación con los descuentos en salud y la revocatoria respecto de la absolución de las costas, confirmándose en lo demás.

SIN COSTAS en esta instancia.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: CONCRETAR el numeral **PRIMERO** del fallo de primer grado, en cuanto a que el retroactivo adeudado del 1° de marzo de 2016 con corte al 30 de octubre del 2020, asciende a la suma de \$46.874.010, cifra que se seguirá causando hasta la fecha efectiva de la inclusión en nómina de pensionados.

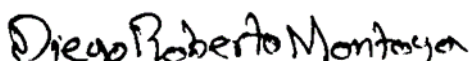
SEGUNDO: REVOCAR el numeral **TERCERO** de la sentencia de primera instancia, para en su lugar **CONDENAR en COSTAS** a COLPENSIONES.

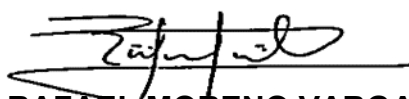
TERCERO: ADICIONAR el numeral **SEXTO** a la decisión del Juzgado 29 Laboral del Circuito con el fin de **AUTORIZAR** a COLPENSIONES a efectuar las deducciones por concepto de aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud, del retroactivo que le sea reconocido al demandante.

CUARTO: CONFIRMAR en lo demás el fallo apelado y consultado.

QUINTO: Sin **COSTAS** en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

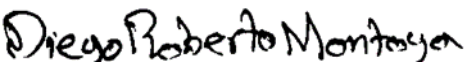
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR RICAURTE ALBERTO
HERAZO MONTES CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES –COLPENSIONES- (RAD 29 2019 00512 01)**

Bogotá D.C., treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020)

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la abogada ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES, como apoderada sustituta de COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por JOHANNA ANDREA SANDOVAL en calidad de representante legal de la sociedad Arango García Abogados Asociados S.A.S (folios 146 y 147).


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia únicamente por la demandada COLPENSIONES (folios 141 a 147), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con el fin de surtir el recurso de apelación interpuesto por el extremo demandante, contra la sentencia proferida por la Juez Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C.,

el 6 de agosto de 2020 (Cd. fl. 135, record: 23:23 acta a folios 136 y 137), en la que se resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, representada legalmente por JUAN MIGUEL VILLA LORA o por quien haga sus veces, de todas y cada una de las pretensiones de la demanda incoadas por RICAURTE ALBERTO HERAZO MONTES identificado con la cédula de ciudadanía No. 15.035.832, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: SIN CONDENA en costas.

TERCERO: De no ser apelada la presente sentencia, CONSÚLTESE con el honorable Tribunal Superior de Bogotá”

Inconforme con la decisión el apoderado de la parte actora recurrió la decisión señalando, deben tenerse en cuenta los dineros que recibió el demandante como honorarios toda vez que ya se determinó que en realidad fue trabajador oficial del Instituto de Seguros Sociales “en la época hoy COLPENSIONES” y fueron estos los dineros pagados por esa entidad a favor del actor, advirtiendo, tal determinación se dio de manera posterior al reconocimiento pensional.

En ese sentido señala, no se le puede desconocer ese derecho máxime cuando fue el mismo Instituto en calidad de empleador el que pagó sus prestaciones y demás conceptos.

En lo que toca a la prescripción menciona, esta reclamación no está sometida a dicho fenómeno por cuanto la liquidación procede siempre que se acrediten los salarios, como, dice, aquí acaeció¹ (Cd. fl. 135, récord 24:14 acta a folios 136 y 137).

¹ “Con todo respeto manifiesto al Despacho que apelo la anterior decisión por cuanto los salarios que hoy deben tenerse, no como honorarios de prestación de servicios sino como salarios como así se decretó en providencia que le reconoció la calidad de trabajador oficial y ser pagados esos mismos valores por el Instituto de Seguros Sociales en la época hoy Colpensiones, no puede desconocer que hizo esos pagos y fueron situaciones posteriores al reconocimiento de la pensión de jubilación.

Es por ello, que conforme la mismas normas a que se refirió la señora juez, es obligatorio legalmente tenerlos en cuenta por cuanto son salarios, no son valores como honorarios, sino que al declararle a él su calidad de trabajador oficial esos valores se convirtieron en salarios porque así los pagaron al reconocerle sus prestaciones sociales y todo, lo que está acreditado y consta en el expediente.

Entonces no se le puede desconocer ese derecho legalmente demostrado y siendo el Instituto el mismo empleador que pagó esos valores que los trate de desconocer y ahora el juzgado también tenga en cuenta esa circunstancia.

En cuanto a la prescripción, ese procedimiento no está sometido al término de prescripción para iniciar la acción, una vez se demuestre los salarios realmente devengados, como lo están acreditados, se encuentran acreditados en el expediente, es, y conforme a la ley, deben tenerse en cuenta, es por ello señora juez que

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante RICAURTE ALBERTO HERAZO MONTES, las pretensiones elevadas a folio 107, las cuales encuentran sustentó fáctico en los hechos narrados a folios 109 y 110, solicitando principalmente se condene a COLPENSIONES reliquidar y/o reajustar su pensión de jubilación y/o vejez teniendo en cuenta los salarios devengados y percibidos durante el tiempo de prestación del servicio, a partir del 1 de diciembre de 2004, junto con los intereses moratorios, la indemnización moratoria “por el no pago oportuno de dicha prestación social” y las costas. Obteniendo sentencia de primera instancia desfavorable a sus aspiraciones pues se absolvió de todas las pretensiones incoadas en contra de la demandada, tras considerar que el reconocimiento pensional efectuado por COLPENSIONES se ajusta a las cotizaciones que aparecen registradas en el sistema, recalcando, lo referido por el actor en su escrito introductor no tiene respaldo por cuanto no existen cotizaciones realizadas por parte del Instituto de Seguros Sociales como empleador pues los pagos efectuados se hicieron en calidad de trabajador independiente los cuales debieron efectuarse en su momento teniendo en cuenta lo realmente devengado como contratista y ni siquiera en la sentencia por la cual se reconoció la prestación de vejez logró el demandante probar el promedio salarial de lo devengado en los últimos 10 años de servicio. Del mismo modo consideró no tener certeza de que los factores salariales percibidos por el trabajador.

difiero de la decisión tomada por considerar que dichos valores hacen parte del salario que él devengó y deben ser tenidos en cuenta durante el tiempo de la prestación del servicio.

El hecho de que COLPENSIONES solo haya tenido en cuenta los valores pagados hasta la época, no significa que eso no sea, que los valores cancelados por ellos mismos como honorarios, no sean tenidos en cuenta puesto que al reconocerle a él su calidad de trabajador oficial, habilita esos pagos como salario como también se los habilitó el pago de las prestaciones sociales.

Es por ello señora juez que difiero del fondo de la decisión en tal sentido y sustento mi apelación en ese sentido y en los documentos que obran en el expediente, por ello solicito señora juez que se tenga en cuenta estas manifestaciones como sustentación de la apelación que he expresado. Muchas gracias.”

De tal manera, la Sala abordará el estudio del recurso de apelación, en el punto concreto objeto de censura, atendiendo el principio de consonancia (artículo 66A del C.P.T. y de la S.S.), pues recuérdese que es el apelante quien delimita el ámbito sobre el cual ha de recaer la decisión de segunda instancia (*tantum devolutum quantum appellatum*).

Así las cosas sea del caso precisar, no es objeto de discusión en esta instancia la calidad de pensionado que ostenta el demandante, tal como se constata de la Resolución GNR 135396 del 10 de mayo de 2015 (folios 76 a 80), por la cual se reconoce una pensión de vejez en cumplimiento de un fallo judicial proferido por el Juzgado Octavo Laboral Adjunto del Circuito de Bogotá, modificado por el Tribunal Superior de Bogotá, en cuantía de un salario mínimo legal mensual vigente, la cual le fue otorgada por ser beneficiario del régimen de transición y acreditar los requisitos previstos en el Decreto 929 de 1976 “*por el cual se establece el régimen prestacional de los funcionarios y empleados de la Contraloría General de la República y sus familiares*”² (folios 14 a 20).

De tal manera y frente a la reliquidación respecto de la pensión de vejez otorgada al pensionado, en relación con el IBL, es de advertir, en sentencia proferida el 31 de agosto de 2011 por el Juzgado Octavo Laboral Adjunto del Circuito de Bogotá se consideró (folios 3 a 12):

“Para determinar la cuantía de la prestación y en lo que respecta al ingreso base de liquidación, por tratarse de una pensión legal reconocida al amparo del régimen de transición, éste se encuentra determinado en el mismo artículo 36 de la Ley 100 (...)

En nuestro caso tenemos que, no es posible determinar la cuantía de la primera mesada pensional reconocida a favor del demandante, por no contar esta funcionaria con prueba alguna acerca de los salarios percibidos por el demandante al servicio del I.S.S. durante los últimos 10 años, pues a lo sumo obra la historia laboral de aportes al I.S.S., en la que figuran pagos discontinuos de cotizaciones como trabajador independiente, sin que pueda este Despacho asumir que el IBC allí reportado corresponde al salario devengado al servicio del I.S.S. pues nada se dijo a ese respecto en la sentencia que se trajo para acreditar dicha vinculación laboral.

² Parte considerativa de la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá el 31 de agosto de 2012, dentro del proceso ordinario 08 2011 00285 01 promovido por el aquí demandante contra el Instituto de Seguros Sociales, en la que se confirmó el reconocimiento de la pensión a favor del actor pero atendiendo las razones expuestas por esa Corporación, esto es, que si bien era beneficiario del régimen de transición la pensión se gobernaba por las previsiones del Decreto 929 de 1976.

En tal virtud, a fin de no desconocer derechos ciertos e irrenunciables del señor Ricaurte Alberto Herazo Montes, dando prevalencia así al derecho sustancial sobre el material, se condenará al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES a reconocer la pensión de jubilación al actor, a partir del 1° de diciembre de 2004, tomando como ingreso base de liquidación el promedio de los salarios que percibió durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE, al cual se le aplicará una tasa de reemplazo del 75% (...)”

Tal determinación fue confirmada por esta Corporación en sentencia del 31 de agosto de 2012 (folios 14 a 20).

Así las cosas, es clara la procedencia del cálculo del IBL del actor con el promedio de lo devengado en los 10 últimos años.

Ahora bien, la discusión que propone el demandante versa específicamente sobre el ingreso base de cotización tenido en cuenta por COLPENSIONES para efectos de liquidar su prestación, pues en su sentir, debieron tenerse en cuenta los salarios devengados realmente al servicio del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES.

Al punto, debe decirse, si bien no existe duda que entre el actor y el extinto ISS existió una relación de carácter laboral, situación que luce acreditada con la sentencia proferida el 11 de junio de 2010 por este Tribunal (folios 21 a 35) en la que se declaró la existencia de la misma entre el 22 de julio de 1992 y el 30 de noviembre de 2004, lo cierto es que en la historia laboral aportada por COLPENSIONES (folios 148 a 151³) no se vislumbra cotización alguna efectuada por esa entidad y tampoco registra afiliación alguna al Sistema de Seguridad Social en Pensiones efectuada en su favor, pues durante dicho interregno, las cotizaciones se realizaron en calidad de trabajador independiente sobre la base de un salario mínimo legal mensual vigente para cada anualidad.

Así, es claro que Colpensiones no podía ejercer acciones de cobro para procurar el reajuste del ingreso base de cotización, pues sin existir afiliación no se podía establecer que el accionante era un trabajador del Instituto de Seguros

³ Documento extraído del expediente administrativo allegado por COLPENSIONES (CD folio 132), impreso para mayor claridad.

Sociales, por ende es claro que la falencia de este en la historia laboral del promotor del litigio, en manera alguna puede entenderse como una omisión de Colpensiones, situación que no se puede enmendar con la sentencia que da cuenta de la existencia del vínculo en los periodos reseñados en la demanda (folios 21 a 36).

Sobre este punto, recuérdese que los **periodos en que no hubo afiliación NO** pueden ser asimilados a aquellos en que si hay afiliación pero existe mora o pago tardío de los aportes, pues se tratan de situaciones jurídicas diferentes, que por ello conllevan también consecuencias diferentes para el empleador y para la entidad de pensiones, y en este caso no se demandó el pago calculo actuarial.

En los segundos, esto es, en los que se presenta mora patronal, se tiene establecido que es obligación de la administradora tenerlos en cuenta si no ejerció las correspondientes acciones de cobro (artículos 23 y 24 Ley 100 de 1993), pero, en el primero, cuando no hubo afiliación, caso que se presenta en autos, la entidad solamente puede tener en cuenta tanto el tiempo como el ingreso base de cotización siempre y cuando el empleador traslade el valor del cálculo actuarial a satisfacción, (literal d, párrafo 1º, artículo 33 de la Ley 100 de 1993), situación que no es la que se está peticionando a través de ésta demanda. Al tema, puede consultarse la Sala de Casación Laboral de la CSJ, en sentencia SL 14388 del 20 de octubre de 2015, Rad. 43182⁴.

⁴ **2. Diferencias entre «mora» en el pago de los aportes y «falta de afiliación» al sistema de pensiones. Consecuencias jurídicas de la omisión en la afiliación.** Es cierto que esta Corporación se ha preocupado por diferenciar los efectos de una «mora» en el pago de los aportes, de los de una «falta de afiliación» al sistema de pensiones, por tener dichos fenómenos causas y consecuencias jurídicas diferentes, como lo dedujo el Tribunal y lo resaltan los opositores.

Frente a la primera situación, de «mora» en el pago de aportes, esta Sala de la Corte ha expresado en su jurisprudencia que la validez de las semanas cotizadas, por la mora del empleador en el pago del aporte, no puede ser cuestionada o desconocida por la respectiva entidad de seguridad social, si antes no acredita el adelantamiento de las acciones tendientes a gestionar su cobro. (...)

Dicho ello, la Sala reitera que, ante hipótesis de omisión en la afiliación del trabajador al sistema de pensiones, es deber de las entidades de seguridad social tener en cuenta el tiempo servido, como tiempo efectivamente cotizado, y obligación del empleador pagar un cálculo actuarial, por los tiempos omitidos, a satisfacción de la respectiva entidad de seguridad social.”
(Subrayas fuera de texto)

Además de ello debe tenerse en cuenta que el Tribunal en la sentencia del 11 de junio de 2010, ya mencionada (folios 21 a 36) no resolvió lo atinente al pago de aportes a seguridad social en pensiones a cargo del Instituto de Seguros Sociales.

Es importante aclarar que COLPENSIONES no es subrogataria de las obligaciones que se encontraban en cabeza del Instituto de Seguros Sociales en su calidad de empleador, pues solo sustituyó a esa entidad en lo atinente a la administración del régimen de prima media con prestación definida en los términos de la Ley 1151 de 2007 y en consonancia con lo previsto en el Decreto 2013 de 2012, precisando además, se constituyó un patrimonio autónomo de remanentes que es administrado por FIDUAGRARIA cuyo objeto es *“efectuar el pago de las obligaciones remanentes y contingentes a cargo del Instituto de Seguros Sociales en Liquidación al momento que se hagan exigibles”*.

En ese orden, aun cuando al plenario se allegó copia de los contratos de prestación de servicios suscritos entre el actor y el ISS (folios 44 a 74), que dieron lugar en su momento a la declaratoria de contrato de trabajo entre esas partes, los mismos no pueden ser tenidos en cuenta por COLPENSIONES a efectos de liquidar la prestación, pues se insiste, no medió afiliación del ISS al régimen de prima media que administra actualmente COLPENSIONES, y en el asunto no fue objeto de reclamo el pago de dichas cotizaciones a cargo del extinto Seguro Social, caso en el cual debió ser demandado el PARISS administrado por FIDUAGRARIA.

De tal manera, como quiera que conforme al reporte de semanas cotizadas en pensiones el actor durante los últimos 10 años cotizó sobre la base de un salario mínimo legal mensual vigente (folios 148 a 150), es claro que la prestación reconocida por COLPENSIONES está ajustada a derecho, de allí que no proceda su reliquidación como lo concluyó la juez de primer grado.

De esta manera y sin más consideraciones, agotada como se encuentra la competencia de la Sala por el estudio del recurso de apelación del accionante, se impone la confirmación de la sentencia apelada, por las motivaciones expuestas precedentemente.

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte actora.

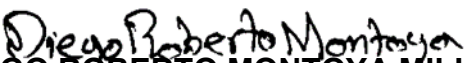
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

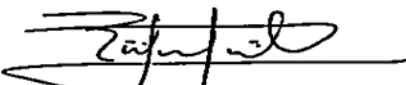
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por la Juez 29 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las motivaciones que preceden.

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

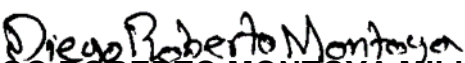
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

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

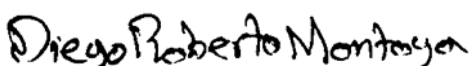
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR ILDEBRANDO MOSQUERA MORENO CONTRA COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y OLD MUTUAL SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS S.A.¹ (RAD. 30 2018 00567 01).

Bogotá D.C., treinta (30) de octubre dos mil veinte (2020)

AUTO

Se reconoce personería para actuar a la Doctora BRIGITTE NATALIA CARRASCO BOHELL, identificada con C.C. No. 1.121.974.728 y titular de la T.P. No. 288.455 del C.S de la J., en calidad de apoderada de PORVENIR S.A., conforme al Certificado de Existencia y Representación Legal de GODOY CORDOBA ABOGADOS S.A.S., obrante a folio 125 vto.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por parte de Porvenir S.A. (fls. 119 a 121), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

¹ Mediante Auto del 27 de septiembre del 2019 el Juez de primer grado dispuso integrar el contradictorio con OLD MUTUAL ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., dado que el actor efectuó aportes a dicha AFP por el periodo comprendido del 1° de abril al 30 de septiembre del 2008 (fl. 89 y 89 vto).

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con el fin de resolver los recursos de apelación interpuestos por las apoderadas de Porvenir y Skandia, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, contra la sentencia proferida por el Juez Treinta Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 27 de agosto del 2020 (Cd a folio 111, record: 1:25:24, acta a folios 109 y 110), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLÁRESE NULO E INEFICAZ el traslado de régimen pensional que hizo el demandante señor ILDEBRANDO MOSQUERA MORENO identificado con la cedula de ciudadanía No. 4831216 del régimen de prima media con prestación definida, administrado en su momento por el extinto Instituto de los Seguros Sociales, hoy COLPENSIONES, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por los FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., con efectividad a partir del 1 de julio de 1998 conforme a lo expuesto.

SEGUNDO: CONDÉNESE al FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, todos los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante junto con sus rendimientos y los costos cobrados por concepto de administración durante todo el tiempo que permaneció en el régimen de ahorro individual con solidaridad, esto es, a partir del 1° de julio del año 1998 hasta el 31 de marzo de 2008 y del 1° de octubre del 2008 y hasta cuando se haga efectivo el traslado. Los costos cobrados por concepto de administración, deben ser devueltos del patrimonio del fondo, debidamente indexados conforme a lo expuesto.

TERCERO: CONDÉNESE a SKANDIA FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. o OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS, que es lo mismo, a devolver los costos cobrados por concepto de administración durante todo el tiempo que permaneció el actor en dicho fondo, esto es, del 1 de abril del año 2008 hasta el 30 de septiembre de 2008 del patrimonio del fondo administrador de pensiones junto con la correspondiente indexación.

CUARTO: DECLÁRESE válidamente vinculado al demandante al régimen de prima media con prestación definida administrado hoy por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES conforme a lo expuesto.

QUINTO: ORDÉNESE a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a que, una vez ingresen los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante, actualice la información en su historia laboral para garantizar el derecho pensional, bajo las normas que regulan el régimen de prima media prestación definida.

SEXTO: DECLÁRESE NO PROBADAS las excepciones planteadas por las accionadas conforme a lo expuesto.

SEPTIMO: CONDÉNESE EN COSTAS a PORVENIR S.A. y a OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS o SKANDIA S.A., a favor de la parte actora. Fíjese como agencias en derecho la suma de \$3,370.800, a cargo de PORVENIR y \$1,000.000 a cargo de OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS o SKANDIA S.A., teniendo en cuenta el término de permanencia.

OCTAVO: SIN COSTAS ni a favor ni en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.

NOVENO: CONCÉDASE el grado jurisdiccional de consulta a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES conforme a lo expuesto.”

Inconforme con la decisión la apoderada de PORVENIR, señaló en la alzada que para la fecha de la vinculación del actor a esa AFP, la afiliación cumplió con todos los requisitos legales por cuanto el actor tuvo la oportunidad de tener asesoría por múltiples administradoras de fondos de pensiones, tomando la decisión libre, voluntaria e informada de firmar y de suscribir el formulario de afiliación con PORVENIR, precisando para la fecha de suscripción de este formulario, solo existía la obligación de guardar soporte documental de la afiliación y de esta asesoría por medio del formulario de afiliación, por cuanto esta obligación más específica de guardar soporte documental de toda esa información que se brinda, solo surge a partir de la circular 16 del 2016. De allí que ese formulario de afiliación cumple con esas características legales para la fecha del traslado.

Asegura que el demandante ha transitado en tres oportunidades dentro del régimen de ahorro individual, lo cual se debe tener en cuenta como un acto de relacionamiento en los términos de la sentencia SL-413 del 2018 y como una demostración clara y manifiesta de pertenecer al régimen de ahorro individual.

Por otro lado solicita se reconsidere lo atinente a las cuotas de administración, por cuanto son un gasto con base en el artículo 20 de la ley 100 de 1993 que procede en ambos regímenes y que son necesarios para cubrir lo que tenga que ver los seguros previsionales de la invalidez y la sobrevivencia y así mismo, son pertinentes para generar los excelentes rendimientos de los cuales

COLPENSIONES, en todo caso se estaría beneficiando sin realizar ningún tipo de actuación para obtener dichos beneficios². (Cd. fol. 111, record: 01:28:49)

La AFP SKANDIA recurrió la decisión únicamente en cuanto a la condena impuesta por devolución de cuotas o gastos de administración, manifestando la imposibilidad de reintegrarlos pues conforme al artículo 20 de la ley 100 de 1993, tanto en el régimen de prima media con prestación definida como en el régimen de ahorro individual con solidaridad, se dispuso un porcentaje y específicamente para el régimen de ahorro individual es de un 3% que se va a destinar para financiar unos gastos de administración, una prima de

² “Muchas gracias señor juez, respetuosamente me permito recurso de apelación contra la sentencia previamente proferida, solicitándole al Tribunal Superior se revoque la sentencia y en consecuencia, se absuelva a mi representada de todas las condenas teniendo en cuenta lo siguiente.

Primero, para la fecha de la vinculación del señor ILDEBRANDO en 1998 ante la administradora de pensiones PORVENIR, esta afiliación cumplió con todos los requisitos legales por cuanto él tuvo oportunidad de tener asesoría por múltiples administradoras de fondos de pensiones, tomando la decisión libre, voluntaria e informada de firmar y de suscribir el formulario de afiliación con PORVENIR. Se debe tener en cuenta que, para la fecha de suscripción de este formulario, solo existía la obligación de guardar soporte documental de la afiliación y de esta asesoría por medio del formulario de afiliación, por cuanto esta obligación más específica, más amplia de guardar soporte documental de toda esa información que se brinda, solo surge a partir de la circular 16 del 2016. De allí que ese formulario de afiliación cumple con esas características legales para la fecha del traslado.

Se debe tener en cuenta adicionalmente, que en este proceso el señor ILDEBRANDO ha transcurrido y transitado en tres oportunidades dentro del régimen de ahorro individual, lo cual se debe tener en cuenta como un acto de relacionamiento en los términos de la sentencia SL-413 del 2018, como una demostración clara y manifiesta de pertenecer al régimen de ahorro individual pues además de haber transitado tres veces, como lo demostró en el interrogatorio de parte, en los diferentes traslados tuvo la oportunidad y tuvo asesorías por diferentes administradoras de fondos de pensiones, entre esas, ESCANDIA y lo que era en su momento HORIZONTE.

Así mismo, es claro que en este proceso el único motivo por el cual mueve al señor ILDEBRABDO a regresar al régimen de prima media es un tema netamente económico, en cuanto a una mesada pensionada de vejez, lo cual, en los términos de la corte Suprema de Justicia no es un óbice para entender un engaño o una falta de información con base en el expediente 31989. De allí, que se debe predicar la total validez y eficacia del traslado, en todo caso, el señor ILDEBRANDO, como él bien lo manifestó, a él nunca se lo coaccionó o se le forzó a suscribir el formulario de afiliación, sino que, por el contrario, manifestó que esto fue de forma libre y voluntaria y de allí que no se puede declarar ahora esta sentencia.

Adicionalmente, si en gracia de la discusión, el Tribunal Superior considera que no debe revocarse la decisión sino por el contrario, dejarla en firme, solicito se reconsidere lo atinente a las cuotas de administración por cuanto esto es un gasto con base en el artículo 20 de la ley 100 de 1993 que procede en ambos regímenes y, que son necesarios para cubrir lo que tenga que ver los seguros previsionales de la invalidez y la sobrevivencia y así mismo, son pertinentes para generar los excelentes rendimientos de los cuales COLPENSIONES, en todo caso se estaría beneficiando sin realizar ningún tipo de actuación para obtener dichos beneficios. Se debe tener en cuenta que el concepto de la súper-financiera se ha pronunciado en el mismo sentido, en el concepto del 15 de enero de 2020 argumentando pues, y teniendo en cuenta como normatividad, el decreto 1833 del 2016 y el decreto 3935 del 2008, pero adicionalmente, debemos destacar con un caso más cercano a esto con respecto a este tema, es la sentencia C-1024 que también está en el mismo sentido.

En estos términos dejo sentado mi recurso de apelación. Muchas gracias”

reaseguros de FOGAFIN y unas primas de seguros de invalidez y sobrevivientes, advirtiendo que igualmente se generan una serie de obligaciones para las administradoras de pensiones, entre las cuales está, administrar una cuenta de ahorro individual, garantizar una rentabilidad mínima de fondo de pensiones y garantizar que en caso de que se cumpla con los requisitos de pensión de sobrevivencia o invalidez, se pueda financiar dicha prestación al afiliado o sus beneficiarios si es el caso, refiriendo que al tomarse la decisión de devolución de los mismos se debe hacer una ponderación objetiva en cuanto a esas restituciones mutuas y a la buena fe que ostentan estas administradoras, en esta caso, SKANDIA FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS, ya que durante el poco tiempo que estuvo afiliado el demandante, actuó de buena fe y administró de una forma correcta la cuenta de ahorro individual del mismo, por lo que considera solicitar u ordenar que su representada devuelva este dinero por este concepto, sería privarla de ese dinero por cuotas de gastos de administración, la cual no se destinó para financiar una pensión de vejez, se desconocería o se le estaría dando una connotación diferente porque se diría entonces, que esa comisión viene a ser del afiliado se podría generar un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES porque ellos van a recibir un dinero del cual no realizaron ningún tipo de gestión.

Finalmente y en cuanto a la indexación expresa no ser procedente, en tanto según el artículo 101 de la ley 100 del 1993 se habla de una rentabilidad mínima y se dice que la totalidad de los rendimientos obtenidos en el manejo de los fondos pensiones, una vez aplicadas las comisiones por el mejor desempeño a que haya lugar, serán abonadas en las cuentas de ahorro individual de los afiliados a prorrata de las sumas acumuladas y las sociedades administradoras de pensiones deben garantizar a los afiliados siempre una rentabilidad mínima de los fondos de cada uno de los pensiones, por lo que en su sentir resulta incompatible ordenar una indexación dado que los recursos de la cuenta de ahorro individual del demandante no se han visto afectados por la inflación y por el contrario, han generado unos rendimientos como se observó

en algún momento con el certificado de traslados hacia PORVENIR³. (Cd. fol. 111, record: 01:28:49)

³ “Gracias señor juez, de forma breve entonces, me permito interponer y sustentar mi recurso de apelación de forma parcial, específicamente sobre el punto o la condena a mi representada para devolver todo el concepto por cuotas o gastos de administración hacia COLPENSIONES, tomándolo del propio patrimonio de OLD MUTAL e indexado como indicó e señor juez el día de hoy.

Básicamente, mi recurso lo sustentó, primero, en la imposibilidad de reintegrar estos gastos de administración, si evidenciamos o si se lee específicamente el artículo 20 de la ley 100 del 93, cuando se crearon estos dos regímenes se especifica en este artículo que, tanto en el régimen de prima media con prestación definida como en el régimen de ahorro individual con solidaridad, se va a disponer un porcentaje y se habla de la distribución de ese porcentaje, específicamente en el régimen de ahorro individual, de un 3% que se va a destinar para financiar unos gastos de administración, una prima de reaseguros de FOGAFIN y unas primas de seguros de invalidez y sobrevivientes. Adicionalmente a este artículo, se tiene el decreto 692 del 94 en su artículo 36, el cual nos habla de la distribución de las cotizaciones, nos indica que tanto el ISS o las cajas, fondos o entidades de previsión, deben llevar unas cuentas separadas de las reservas para la pensión de vejez y de gastos de administración.

Conforme entonces estas normas, se puede concluir que, ese 3% de la cotización en ambos regímenes, se destina a cubrir unos gastos de administración y a cubrir una prima para unos seguros de invalidez y sobrevivientes pero correlativamente, se generan una serie de obligaciones para las administradoras de pensiones, entre las cuales está, administrar una cuenta de ahorro individual, garantizar una rentabilidad mínima de fondo de pensiones y garantizar que en caso de que se cumpla con los requisitos de pensión de sobrevivencia o invalidez, se pueda financiar dicha prestación al afiliado o sus beneficiarios si es el caso.

Bajo este escenario, y teniendo en cuenta que, si bien es cierto, las pretensiones de la demanda giraban en solicitar o en torno a una declaratoria de una ineficacia de una afiliación de, en este caso, del señor ILDEBRANDO al RAIS y que no se realizó con mi representada, también es cierto que se debe tener en cuenta la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, específicamente, la SL-3464 del 2019 en la cual si bien es cierto, nos dice que la consecuencia de esta ineficacia es el regreso automático de todas las cosas al estado inicial, también es importante resaltar que al tomar esta decisión, se debe hacer una ponderación objetiva en cuanto a esas restituciones mutuas y a la buena fe que ostentan estas administradoras, en este caso, SKANDIA FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS.

Entonces, primero, SKANDIA durante el poco tiempo que estuvo afiliado el demandante, actuó de buena fe con toda la relación que tuvo con el demandante en el 2008 y administró de una forma correcta la cuenta de ahorro individual del mismo (...) en su momento donde se evidenciaban unos rendimientos que se había generado y, en segundo lugar y como su nombre lo indica, es una comisión de administración que está direccionada a qué, a retribuir unas actividades que deben realizar todas las instituciones pensionales que conforman el Sistema General Pensiones incluida COLPENSIONES. Entonces, solicitar u ordenar que mi representada devuelva este dinero por este concepto, primero, sería privarla de ese dinero por cuotas de gastos de administración, la cual no es financiar una pensión de vejez, también se desconocería o se le estaría dando una connotación diferente porque se diría entonces, que esa comisión viene a ser del afiliado y no es del afiliado sino que específicamente, como acabo de indicar, es por una administración o una obligación que correlativamente tienen las entidades que conforman el Sistema General de pensiones y tercero, se podría generar entonces, un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES porque ellos van a recibir un dinero del cual no realizaron ningún tipo de gestión y pues en caso que le Tribunal de Bogotá confirme esta sentencia, solamente mi representada estaría obligada a cumplir con dicha orden judicial a partir del momento que quede la sentencia ejecutoriada.

Finalmente, entonces también con las pruebas documentales que se adjuntaron con la contestación se evidencia que SKANDIA cumplió con generar una rentabilidad acorde a unas directrices legales y a las directrices que nos evidencia la Superintendencia Financiera, por lo que entonces, no resulta procedente reintegrar esa comisión de administración, cuando en el ejercicio legítimo de las obligaciones legales vigentes durante la vinculación del demandante con mi representada, se cumplió con cada una de las funciones u obligaciones legales y sus actuaciones estuvieron dentro del marco de la buena fe.

El segundo punto que también quiero resaltar es que, si bien es cierto, al indicársele u ordenársele a mi representada que obviamente, por no estar afiliado el demandante con la misma, tome de su dinero o de su propio patrimonio, dineros para cumplir con una orden judicial, en este caso, para saldar ese dinero por

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante, señor ILDEBRANDO MOSQUERA MORENO, en éste proceso ordinario, las pretensiones relacionadas a folios 22 y 23, las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos expuestos a folios 21 y 22, aspirando de manera principal que se declare la afiliación al Fondo Privado Porvenir es nula, por falta de información adecuada, en consecuencia se condene a dicha AFP a trasladar a Colpensiones todos los aportes realizados y a Colpensiones registrarlos en su historia laboral y permitirle continuar cotizando hasta obtener su pensión. Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró nulo e ineficaz el traslado de régimen pensional, quedando válidamente afiliado al régimen de prima media con prestación definida, tras considerar que Porvenir no cumplió con la carga

este concepto, sí se estaría en un perjuicio, en este caso económico, para mi representada, perjuicio que no se generó no siquiera con la afiliación del demandante por que como indiqué en su debido momento en los alegatos, no se realizó el traslado al régimen con OLD MUTUAL, no estaba inmerso en la prohibición legal que contempla el artículo 13 de la ley 100 del 93 y todavía no tenía una situación jurídica pensional consolidada, por ende entonces, había todavía posibilidades, tanto de retornar al régimen de prima media con prestación definida, o que en su momento el demandante hiciera uso de una de las posibilidades o características que le genera el régimen de ahorro individual, como es realizar unos aportes voluntarios para poder incrementar su pensión.

Y ya, en el último punto en cuanto a la aclaración (...) quiero indicar que esta indexación es improcedente ¿Por qué? porque de acuerdo con lo establecido por la Corte Suprema de Justicia, específicamente en la sentencia 00161 del 13 de mayo de 2010, donde actúa como magistrado Edgardo Villamil Portilla, la indexación la define como “la actualización monetaria, cuya aplicación deja por fuera efectos subjetivos y pretende mantener en el tiempo, el valor adquisitivo de la moneda oficial, que se envilece periódicamente en las economías caracterizadas por la inflación”. Adicionalmente, también se tiene la sentencia SL-9316 del 2016, específicamente del 29 de junio donde se precisó que la indexación es la simple actualización de la moneda para contrarrestar la devaluación por el transcurso del tiempo y, en concordancia con estas dos sentencias, se tiene el artículo 101 de la ley 100 del 93 en el cual nos habla de una rentabilidad mínima, nos dice que la totalidad de los rendimientos obtenidos en el manejo de los fondos pensiones, una vez aplicadas las comisiones por el mejor desempeño a que haya lugar, serán abonadas en las cuentas de ahorro individual de los afiliados a prorrata de las sumas acumuladas y las sociedades administradoras de pensiones deben garantizar a los afiliados siempre una rentabilidad mínima de los fondos de cada uno de los pensiones.

Por lo anterior entonces, y teniendo en cuenta todas estas normas y obligaciones que tienen las AFP en este caso ESCANDIA, que debe cumplir en cuanto a garantizar una rentabilidad mínima, resulta incompatible ordenar una indexación dado que los recursos de la cuenta de ahorro individual, en este caso, la del demandante, no se han visto afectados por la inflación y por el contrario, han generado unos rendimientos como se observa en el estado o se observó en algún momento por el certificado de traslados hacia PORVENIR. Es en estos puntos solamente, donde dejo sustentado mi recurso de apelación, solicitándole al Tribunal Superior de Bogotá revoque la sentencia en este aspecto.”

probatoria de demostrar que al momento de la afiliación suministró la información suficiente, por lo que la voluntad del actor estuvo viciada por falta de ilustración.

Pues bien, para resolver la controversia, y atendiendo los puntos objeto de apelación en virtud del principio de consonancia, es menester precisar, al tenor de lo previsto en literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en su versión original, el traslado entre regímenes pensionales podía realizarse cada 3 años, tiempo que fue incrementado con la modificación introducida por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 a 5 años, siempre y cuando al afiliado le faltan más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002⁴.

Así las cosas, a folio 10 milita copia de la cedula de ciudadanía del demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 31 de marzo de 1957, por lo que la edad de 62 años, la cumplió ese mismo día y mes del año 2019, procediendo a solicitar su traslado a Colpensiones pues mediante misiva del 22 de junio del 2017 (fl. 11), dicha entidad negó tal solicitud, por lo que se ha de entender su petición fue elevada cuando le faltaban menos de 10 años para alcanzar la edad exigida para adquirir el derecho y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos contaba con 297.43 semanas de cotización (fl. 115⁵) equivalentes a 5 años, 9 meses y 12 días, por lo que no se encontraba en la

⁴ En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2°, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: “Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez”, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002”.

⁵ Historia laboral impresa para mayor claridad del expediente administrativo allegado por Colpensiones en medio magnético a folio 43.

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 nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad al RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 29 de mayo de 1998 (fl. 73), específicamente, conforme la información registrada en la impresión de la consulta realizada al SIAFP, **precisándose** en este punto en autos el acto de afiliación no fue objeto de debate pues la misma desde la contestación de la demanda Porvenir aceptó que el actor se trasladó con el formulario de afiliación No. 01199993 (al pronunciarse sobre el hecho 4, fol. 64 y 64 vto) sin que para el tema objeto de debate la presencia del formulario escrito constituya 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; imponiéndose entonces a esta demandada acreditar el consentimiento informado y en esa medida, resulta procedente el estudio de la viabilidad o no de la declaración de ineficacia.

Así las cosas, debe precisarse, frente al tema de la ineficacia o nulidad del traslado ya se ha pronunciado en múltiples ocasiones la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, reiterando que para su estudio, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando esta 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 integral al mismo afiliado, 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 y 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 las 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 2011⁶, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y

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, raditaciones 31989 y 31314, dijo:

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

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

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

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

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

“(…).

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

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

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

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

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

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

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

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

“Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de

más recientemente en las sentencias SL 1421 de 2019, SL 1452 de 3 de abril de 2019 y 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

(…).

régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

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

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

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

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

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

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

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

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen el actor recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información al demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiera informado sobre sus condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por el demandante⁷, no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado al momento de la suscripción del formulario de afiliación, pues frente al mismo adujo que lo único que se le indicó las ventajas del fondo privado y que el ISS se iba acabar,

Además, en cuanto al comunicado de prensa visto a folios 87 y 88, es de anotarse, la transcripción de normas legales allí consignadas no suple el deber de información idónea referido a lo largo de este proveído, pues lo que allí se

⁷ Cd. fl. 111, Record. 16:00

lee es la cita de normas relacionadas con la posibilidad de traslado, siendo el tema aquí en discusión absolutamente distinto a la oportunidad del traslado entre regímenes.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR omitió en el momento del traslado de régimen (29 de mayo de 1998, fl. 73), el deber de información para con el promotor del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es, omitiendo las consecuencias derivadas del cambio del régimen, y en esa medida, al tenor de la jurisprudencia traída a colación, 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, no obstante, conforme lo visto se modificará el numeral primero de la decisión de primer grado, únicamente para establecer que las consecuencias de la omisión de información en el momento del traslado de régimen no derivan en la nulidad del mismo sino en un **TRASLADO INEFICAZ**, al tenor de lo señalado por la Corte suprema de justicia en la sentencia SL. 12136 de 2014.

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 alguna 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.

De igual forma, es menester precisar, el hecho de que el demandante hubiese efectuado varios traslados entre AFP 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 (Historial de Vinculaciones fls. 73 y 74), situación que por demás no es ni fue objeto de litigio. Frente al de traslado a diversas AFP memórese el pronunciamiento de la Honorable Corte Suprema

de Justicia en sentencia de radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011⁸.

En ese orden, la ineficacia del traslado de régimen es procedente y en consecuencia el traslado del saldo existente en la cuenta de ahorro individual del actor, junto con sus rendimientos y la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, tal y como lo indicó la a quo, de tal manera se prohiará la decisión de primer grado en este punto.

De igual forma y para resolver la apelación de PORVENIR y SKANDIA en este punto conviene precisar, los gastos de administración surgen como consecuencia de la afiliación, y en ese orden al declararse la ineficacia del traslado, resulta claro que dichos gastos quedan sin fundamento, pues lo que ocurre es que la situación de afiliación del actor vuelve a su estado inicial es decir es como si dichos gastos no se hubiesen generado, razón por la cual es procedente la remisión de la totalidad de los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual del accionante a Colpensiones, 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.

[...]

⁸ “(...) 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 (...)”.

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.”

Advirtiendo a la apelante SKANDIA la orden de la devolución de los gastos de administración de manera indexada no se encuentra errada ni es incompatible, pues esta surge como consecuencia de la declaración de ineficacia, aunado a que para la calenda en la que se realice su pago, habrá transcurrido un tiempo considerable durante el cual dicho valor ha perdido poder adquisitivo, por lo que procede la indexación de la suma adeudada por gastos de administración hasta la fecha en que efectivamente sea cancelada a Colpensiones.

Sobre este aspecto la misma Corporación 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.”

En lo que atañe a la excepción de prescripción (fl. 40⁹), 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 de ser la declaración de un estado jurídico, está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción, acogiendo ahora ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

Agotada la competencia de la Sala por el estudio de los motivos de apelación y surtido el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, conforme las motivaciones que preceden, se modificará la decisión en los términos anteriormente expuestos.

SIN COSTAS en esta instancia.

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

R E S U E L V E

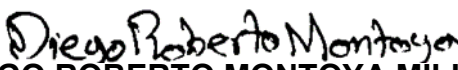
PRIMERO: MODIFICAR el numeral PRIMERO de la sentencia proferida por el Juez 30 Laboral del Circuito de Bogotá para establecer que las consecuencias de la omisión de información en el momento del traslado de régimen no derivan en la nulidad del mismo sino únicamente en un **TRASLADO INEFICAZ**, al tenor de lo señalado por la Corte suprema de justicia en la sentencia SL12136 de 2014, de conformidad con las motivaciones precedentes.

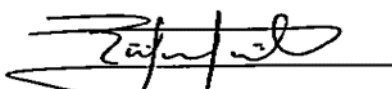
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada por las razones expuestas por esta Sala de decisión.

⁹ Por auto del 27 de septiembre del 2019 se tuvo por contestada la demanda por parte de Colpensiones (fl. 89)

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

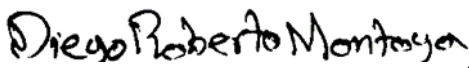
**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR RAFAEL GUSTAVO
MOYA GONZALEZ CONTRA COLPENSIONES y PORVENIR S.A. (RAD. 30
2018 00633 01).**

Bogotá D.C., treinta (30) de octubre dos mil veinte (2020)

AUTO

Se reconoce personería para actuar a la Doctora JOHANA ALEXANDRA DUARTE HERRERA, identificada con C.C. No. 53.077.146 y titular de la T.P. No. 184.941 del C.S de la J., en calidad de apoderada de PORVENIR S.A., conforme al Certificado de Existencia y Representación Legal de GODOY CORDOBA ABOGADOS S.A.S., obrante a folio 163.

Del mismo modo, se reconoce personería adjetiva para actuar a la abogada ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES, como apoderada sustituta de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por JOHANNA ANDREA SANDOVAL, como representante legal de la sociedad ARANGO GARCIA ABOGADOS ASOCIADOS (folio 169 vto).


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por parte de Porvenir y Colpensiones (fls. 156 a 158 y 166 a 169), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con el fin de resolver el recurso de apelación interpuestos por la apoderada de Porvenir, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, contra la sentencia proferida por el Juez Treinta Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 30 de julio de 2020 (Cd a folio 151, record: 1:18:53, acta a folios 148 a 150), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLÁRESE NULO E INEFICAZ el traslado de régimen pensional que hizo el demandante señor RAFAEL GUSTAVO MOYA GONZÁLEZ identificado con la cedula de ciudadanía No. 17310976 de Villavicencio del entonces Instituto de los Seguros Sociales, administrador del régimen de prima media con prestación definida, hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, al FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR en el año 1998, perteneciente al régimen de ahorro individual con solidaridad conforme a lo expuesto.

SEGUNDO: DECLÁRESE válidamente vinculado al demandante señor RAFAEL GUSTAVO MOYA GONZÁLEZ identificado con la cedula de ciudadanía No. 17.310.976 de Villavicencio, al régimen de prima media con prestación definida administrado hoy por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES conforme a lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: CONDÉNESE a la ADMINISTRADORA DEL FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, todos los valores de la cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos y los costos cobrados por concepto de administración del señor RAFAEL GUSTAVO MOYA GONZÁLEZ identificado con la cedula de ciudadanía No. 17.310.976 a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.

ORDÉNESE a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, todos los valores de la cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos y los costos cobrados por concepto de administración del señor RAFAEL GUSTAVO MOYA GONZÁLEZ identificado con la cedula de ciudadanía No. 17310976 de Villavicencio. Los costos cobrados por concepto de administración, deben ser devueltos del patrimonio del fondo y deben ser debidamente indexados por el tiempo que permaneció en dicho fondo, es decir, desde el 1 de noviembre de 1998 hasta cuando se haga efectivo el traslado

CUARTO: ORDÉNESE a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a que, una vez ingresen los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante señor RAFAEL GUSTAVO MOYA GONZÁLEZ identificado con la cedula de ciudadanía No. 17.310.976 de Villavicencio, actualice la información en su historia laboral.

QUINTO: DECLÁRESE NO PROBADAS las excepciones planteadas por las accionadas conforme a lo expuesto.

SEXTO: CONDÉNESE EN COSTAS de esta instancia a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a favor del demandante. Por secretaría, liquídense, inclúyase por concepto de agencias en derecho la suma de \$3,370.800, equivalente a 3.84 salarios mínimos legales mensuales vigentes por concepto de agencias en derecho.

SEPTIMO: SIN COSTAS ni a favor ni en contra de COLPENSIONES.

OCTAVO: CONSÚLTESE la presente decisión ante la Sala Laboral del Honorable Tribunal Superior de Bogotá por salir adversa a los intereses de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, conforme a lo indicado en la parte motiva.”

Inconforme con la decisión la apoderada de PORVENIR, indica que no puede declararse la ineficacia y la nulidad de la afiliación, toda vez que traen consecuencias jurídicas sustancialmente diferentes, esto es, la declaración de la ineficacia se produce estrictamente por la falta o por un error en el objeto y la nulidad se produce por un vicio del consentimiento, de un error, una fuerza o un dolo, manifestando no haber quedado demostrado en el presente proceso que su representada haya actuado con dolo, ni haya ejercido una fuerza suficiente que generase un vicio en el consentimiento del demandante, precisando se debe analizar el acto jurídico como tal por el cual se da el traslado para lo cual expresa se debe observar: cuál fue el objeto contratado, que no haya existido una nulidad sobre el objeto, que la persona que haya contratado haya sido plenamente capaz y que el objeto que se haya contratado sea el mismo que se haya entregado al demandante, esto es, la administración de los recursos pensionales del actor.

En cuanto a los gastos de administración afirma, estos ya fueron debidamente pagados, por lo que la condena se tornaría en un enriquecimiento sin justa causa, explicando existió un contrato de aseguramiento que se suscribió entre la AFP y las aseguradoras para que pagaran estos daños, indicando haber pagado unas primas que estuvieron vigentes para cada mes.

En cuanto a las costas procesales, solicita su revocatoria manifestando que el proceso fue fallado desde dos criterios que son evidentemente distantes, uno es la ineficacia y otro es la afiliación, considerando retrotraer los efectos de la afiliación inicial del demandante, es una característica propia de la declaración

de ineficacia, más no de la nulidad del acto jurídico por medio del cual el demandante se afilió al régimen.¹ (Cd. fol. 151, record: 01:23:16).

¹ “Señor juez, de parte de PORVENIR siendo esta la oportunidad procesal oportuna, interpongo recurso de apelación contra la sentencia que acaba de proferir el despacho de manera total, para que sea el Honorable Tribunal del Distrito Judicial de Bogotá quien resuelva el grado de apelación. Sustento mi recurso de apelación de la siguiente manera y pues, solicito al tribunal revoque en su totalidad la sentencia.

Son puntos materia de la apelación el siguiente: la declaratoria de ineficacia o nulidad del traslado del demandante, el señor RAFAEL GUSTAVO MOYA al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PORVENIR y que se dio efectivamente por HORIZONTE, toda vez que el despacho, una cosa no puede ser dos cosas a la misma vez, es decir, no puede declararse la ineficacia y la nulidad de la afiliación, toda vez que traen consecuencias jurídicas sustancialmente diferentes, esto es, la declaración de la ineficacia se produce estrictamente por la falta o por un error en el objeto y la nulidad se produce por un tema del vicio del consentimiento, de un error, una fuerza o un dolo.

Así las cosas, no quedó demostrado entonces en el presente proceso, de que mi representada haya actuado ni con dolo, ni haya ejercido una fuerza suficiente como aduce el despacho que generase un vicio en el consentimiento del demandante. Adicionalmente a ello, existe también un tema que ha sido decantado por varios tratadistas y entre ellos está ese que se debe analizar el acto jurídico como tal por el cual se da el traslado y que se debe de mirar las siguientes cosas: cuál fue el objeto contratado, que no haya existido una nulidad sobre el objeto, que la persona que haya contratado haya sido plenamente capaz, como lo es el señor RAFAEL GUSTAVO MOYA, que adicionalmente a ello, el objeto que se haya contratado sea el mismo que se haya entregado al demandante, esto es, la administración de los recursos pensionales del actor, los cuales se dieron, como se expuso en los argumentos de los alegatos de conclusión, se dieron en debida forma con los parámetros que regulaban la época.

Adicionalmente a ello, entonces, en lo referente a la condena impartida por el despacho de trasladar los valores que se encuentran en la cuenta de ahorro individual del demandante, incluyendo los rendimientos y también incluyendo los gastos de administración, se establece entonces que, los gastos de administración ya fueron debidamente pagados, se tornaría en un enriquecimiento sin justa causa y así esto ya haya sido debidamente cantado por una sentencia del máximo órgano, esto es, del máximo órgano de cierre en materia laboral que simplemente, esta aplicación tenía un estudio diferente, pues este fue un contrato de aseguramiento que se suscribió entre mi representada y las aseguradoras para que efectivamente pagaran estos daños y se pagaron unas primas que estuvieron vigentes para cada mes.

Adicionalmente a ello entonces, no existió un error en el negocio, no existió un error en la persona, tampoco en la sustancia. ¿por qué no existió un error en el negocio? Porque efectivamente se entregó lo que se estaba contratando, en la persona tampoco porque la persona era plenamente capaz y tampoco en la sustancia, pues no hubo un yerro en la sustancia del objeto, es decir, cuando la parte le aduce que al demandante que iba a administrar sus recursos pensionales bajo unas características del RAIS, se entendía que estas características eran las que la misma ley empezó a determinar con el paso de los años y era con base en estas que debía de hacerlo, características que eran propias a un sistema de ahorro individual en el cual, los aportes de capital del demandante se iban a ir acumulando en una cuenta de ahorro individual y que efectivamente, estos serían los que garantizarían su mesada pensional.

Mi representada, en ningún momento ha negado el acceso del derecho a la seguridad social del demandante ni a la pensión toda vez, que simplemente, lo que se advierte con estas operaciones, es que se debe efectuar el pago de este derecho pensional con base en los fundamentos normativos del régimen de ahorro individual con solidaridad. No existía entonces tampoco, un error de derecho pues, ya como se sabe, no puede ser tomado como un vicio en el consentimiento el error de hecho, pues de este no se predica la nulidad y adicionalmente, en lo referente a la orden de devolución de los gastos de administración, se entiende que los mismos, entonces, ya fueron debidamente pagados y sería un enriquecimiento sin justa causa.

En cuanto a las costas procesales, también son apeladas toda vez que, como bien se adujo, el presente proceso fue fallado desde dos criterios que son evidentemente distantes, uno es la ineficacia y otro es la afiliación, y retrotraer los efectos de la afiliación inicial del demandante, es una característica propia de la declaración de ineficacia, más no de la nulidad como tal, el acto jurídico por medio del cual el demandante se afilió al 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, señor RAFAEL GUSTAVO MOYA GONZALEZ, en éste proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de subsanación a folios 48 vto a 50, las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos expuestos a folios 47 a 48 vto, aspirando de manera principal que se declare la nulidad del traslado de régimen realizado del RPM al RAIS, en consecuencia se condene a Porvenir a trasladar la totalidad de los dineros que existan desde el 1° de marzo de 1998 hasta la fecha en que se haga efectivo el traslado correspondiente, junto con los rendimientos, bono pensional y demás dineros que se hubieren generado, ordenando a Colpensiones a reactivar su afiliación, derechos *ultra y extra* petita, gastos y costas del proceso. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones,** por cuanto se declaró nulo e ineficaz el traslado de régimen pensional del demandante, quedando válidamente afiliado al régimen de prima media con prestación definida, tras considerar que Porvenir no cumplió con la carga probatoria de demostrar que al momento de la afiliación suministró la información suficiente, por lo que la voluntad del actor estuvo viciada por falta de ilustración.

Pues bien, para resolver la controversia, y atendiendo los puntos objeto de apelación en virtud del principio de consonancia, es menester precisar, al tenor de lo previsto en literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en su versión

Como bien quedó además expuesto en los alegatos de conclusión, se estableció que, en estos casos, la voluntad de la parte se reitera mes a mes y año tras año cuando la parte decide seguir ingresando al régimen al cual quiere estar afiliado, si no presenta entonces, ni a su empleador ni al fondo de pensiones, una solicitud de traslado, una queja en contra de la administración de los dineros pensionales. Es así, que bajo este régimen, es que se generan los rendimientos altamente significativos que difieren de los rendimientos que se generan en el régimen de prima media con prestación definida y no es posible entonces, que se aduzca el tema de que el Seguro Social se iba a acabar fundamentando este, en uno de los criterios para que el demandante haya decidido trasladarse, pues en todo caso, esto se trató de un hecho de conocimiento público que no fue causado por mi representada ni mucho menos promovido por esta, que se trató de un detrimento público patrimonial en el que mi representada no tuvo injerencia y que por el contrario, las AFP del sector privado entraron en dicho momento a soportar el orden económico y social que se estaba generando por parte de ese mismo detrimento del seguro social. Y así quedan sentado mi recurso de apelación. Gracias.”

original, el traslado entre regímenes pensionales podía realizarse cada 3 años, tiempo que fue incrementado con la modificación introducida por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 a 5 años, siempre y cuando al afiliado le faltan más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002².

En ese orden, milita a folio 3 copia de la cedula de ciudadanía del actor, en la que se registra que nació el 24 de septiembre de 1955, por lo que la edad de 62 años, la cumplió ese mismo día y mes del año 2017, procediendo a solicitar su traslado mediante petición elevada ante COLPENSIONES el 25 de septiembre de 2018 (fl. 23), es decir cuando ya había alcanzado la edad exigida para adquirir el derecho y de otra parte, si bien conforme la documental obrante a folio 9, se puede establecer que el actor fue empleado público³ del orden nacional, por haber sido funcionario del INCORA⁴, la entrada en vigencia

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 Con respecto a las categorías de empleados públicos y trabajadores oficiales, los artículos 1 y 2 de Decreto 1848 de 1969, señalan:

ARTÍCULO 1º.- Empleados oficiales. Definiciones.

1. Se denominan genéricamente empleados oficiales las personas naturales que trabajan al servicio de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, **establecimientos públicos**, unidades administrativas especiales, empresas industriales o comerciales de tipo oficial y sociedades de economía mixta, definidos en los artículos 5, 6 y 8 del Decreto Legislativo 1050 de 1968.

(...)

ARTÍCULO 2º.- Empleados públicos. 1. Las personas que prestan sus servicios en los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, **establecimientos públicos** y unidades administrativas especiales, son empleados públicos.

⁴ **DECRETO LEY 245 DE 1995. ARTICULO 2. DE LA NATURALEZA.** El Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, INCORA, es un establecimiento público descentralizado del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, adscrito al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural y su domicilio es la ciudad de Santafé de Bogotá.

de la ley 100 de 1993, lo fue para el 1° de abril de 1994 (*al tenor de lo previsto en el artículo 151 de la Ley 100 de 1993*), y para esa data no contaba con 15 años de servicios, pues según las probanzas incorporadas a los autos contaba apenas con 14 años, 5 meses y 27 días de servicio (fls. 8 y 9), 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 nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad al RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 16 de marzo de 1998 (fls. 125 y 127), conforme la información registrada en el formulario de afiliación a Porvenir (fl. 127) y en esa medida, resulta procedente su estudio.

Así las cosas, debe precisarse, frente al tema de la ineficacia o nulidad del traslado ya se ha pronunciado en múltiples ocasiones la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, reiterando que para su estudio, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando esta 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 integra al mismo afiliado, 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 y 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 las 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.

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

⁵ “Además, debe la Corte destacar que no fue objeto de controversia que el actor estuvo afiliado al régimen pensional que administra el Instituto de Seguros Sociales desde el 12 de marzo de 1969 hasta el 12 de agosto de 2002, fecha ésta en la que se trasladó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.; que nació el 13 de octubre de 1944, por lo que estaba amparado por el

régimen de transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que cumplía con los requisitos a que alude la citada normativa.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“(…).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

recientemente en las sentencias SL 1421 de 2019, SL 1452 de 3 de abril de 2019 y 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

“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.

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 actor recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información al demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiera informado sobre sus condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De igual forma, no sobra agregar, en cuanto a la suscripción del formulario de afiliación, diligenciado a PORVENIR el 16 de marzo de 1998 (fl. 127), en el aparte de manifestación de voluntad de afiliación, en la cual se indica que ésta se hace en forma libre, espontánea y sin presiones, ello 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. Al tema puede consultarse el pronunciamiento realizado por la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 19447 de 2017, citada en la sentencia SL 1689 de 2019⁶.

⁶ “(...) (ii) En el campo de la seguridad social, existe un verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), pues dicho procedimiento garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, que el usuario comprende las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen; esto es que, previamente a tal acto, aquel recibió información clara, cierta, comprensible y oportuna. Luego, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información (...)”

Además, en cuanto al comunicado de prensa visto a folios 142 y 143, es de anotarse, la transcripción de normas legales allí consignadas no supe el deber de información idónea referido a lo largo de este proveído, pues lo que allí se lee es la cita de normas relacionadas con la posibilidad de traslado, siendo el tema aquí en discusión absolutamente distinto a la oportunidad del traslado entre regímenes.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR omitió en el momento del traslado de régimen (16 de marzo de 1998, fl. 127), el deber de información para con el promotor del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es, omitiendo las consecuencias derivadas del cambio del régimen, y en esa medida, al tenor de la jurisprudencia traída a colación, 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, no obstante, conforme lo visto se modificará el numeral primero de la decisión de primer grado, únicamente para establecer que las consecuencias de la omisión de información en el momento del traslado de régimen no derivan en la nulidad del mismo sino en un **TRASLADO INEFICAZ**, al tenor de lo señalado por la Corte suprema de justicia en la sentencia SL. 12136 de 2014.

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 alguna 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 del saldo existente en la cuenta de ahorro individual del actor, junto con sus rendimientos y la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, tal y como lo indicó la a quo, de tal manera se prohijará la decisión de primer grado en este punto.

De igual forma y para resolver la apelación de PORVENIR en este punto conviene precisar, los gastos de administración surgen como consecuencia de la afiliación, y en ese orden al declararse la ineficacia del traslado, resulta claro que dichos gastos quedan sin fundamento, pues lo que ocurre es que la situación de afiliación del actor vuelve a su estado inicial es decir es como si dichos gastos no se hubiesen generado, razón por la cual es procedente la remisión de la totalidad de los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual del accionante a Colpensiones, incluyendo las sumas de gastos de administración.

En lo que atañe a la excepción de prescripción (fl. 77⁷), 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 de ser la declaración de un estado jurídico, está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción, acogiendo ahora ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

Finalmente respecto de las costas procesales objeto de apelación por parte de Porvenir, téngase en cuenta que el legislador nacional ha acogido el criterio objetivo, en virtud del cual, las costas corren siempre a cargo de la parte vencida en juicio, por así disponerlo el numeral 1º del artículo 392 del C.P.C, ahora artículo 365 C.G.P., el cual contiene el principio general, según el cual *“se condenará en costas a la parte vencida en el proceso (...)”*, sin consideración a su intención, razonabilidad de su discusión en el conflicto jurídico en litigio o su conducta en el trámite procesal, sino el hecho de haber sido vencido en juicio, por manera que al haber sido totalmente desfavorable la sentencia de primer grado a la AFP demandada, lo atinente a derecho es que sea condenada en costas, como así lo definió el juez de primera instancia.

⁷ Por auto del 23 de agosto del 2019 se tuvo por contestada la demanda por parte de Colpensiones (fl. 144)

Agotada la competencia de la Sala por el estudio de los motivos de apelación y surtido el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, conforme las motivaciones que preceden, se modificará la decisión en los términos anteriormente expuestos.

SIN COSTAS en esta instancia.

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

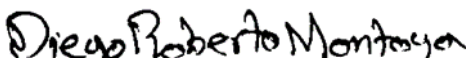
RESUELVE

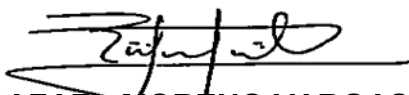
PRIMERO: MODIFICAR el numeral **PRIMERO** de la sentencia proferida por el Juez 30 Laboral del Circuito de Bogotá para establecer que las consecuencias de la omisión de información en el momento del traslado de régimen no derivan en la nulidad del mismo sino únicamente en un **TRASLADO INEFICAZ**, al tenor de lo señalado por la Corte suprema de justicia en la sentencia SL12136 de 2014, de conformidad con las motivaciones precedentes.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada por las razones expuestas por esta Sala de decisión.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR ILCIAS BOCANEGRA CONTRERAS CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES-, PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. (RAD. 31 2019 00759 01).

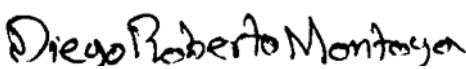
Bogotá D.C. treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020)

AUTO

Se reconoce personería para actuar a la Doctora JOHANA ALEXANDRA DUARTE HERRERA, identificada con C.C. No. 53.077.146 y titular de la T.P. No. 184.941 del C.S de la J., en calidad de apoderada de PORVENIR S.A., conforme al Certificado de Existencia y Representación Legal de GODOY CORDOBA ABOGADOS S.A.S., obrante a folio 248.

Del mismo modo, se reconoce personería adjetiva para actuar a la abogada ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES, como apoderada sustituta de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por JOHANNA ANDREA SANDOVAL, como representante legal de la sociedad ARANGO GARCIA ABOGADOS ASOCIADOS (folio 253 vto).

Igualmente, se reconoce personería para actuar a la abogada LEIDY ALEJANDRA CORTES GARZÓN como apoderada de la demandada PROTECCIÓN S.A., de conformidad con el poder otorgado en Escritura Pública No. 1178 del 6 de noviembre del 2019, conferida en la Notaría 14 del Círculo de Medellín (folio 261).


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por el demandante, Porvenir, Colpensiones y Protección (fls. 237, 238, 240 a 242, 250 a 253, 258 a 260), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con el fin de resolver los recursos de apelación formulados por las demandadas PORVENIR y PROTECCIÓN, así como el grado jurisdiccional de Consulta en favor de Colpensiones, contra la sentencia proferida por la Juez Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 21 de agosto del 2010 (CD folio 232, récord: 38:58, acta folio 231), en la que se resolvió:

***“DECLARAR** la nulidad de la afiliación realizada por ILCIAS BOCANEGRA CONTRERAS en el mes de agosto de 1994 en el régimen de ahorro individual con solidaridad, teniendo al demandante como si nunca se hubiese trasladado de régimen, como válidamente afiliado en el régimen de prima media con prestación definida.*

***CONDENAR** a la parte demandada PROTECCIÓN S.A., a que traslade a PORVENIR S.A., las sumas de dinero que descontó de lo aportado por el demandante por concepto de gastos de administración y seguros, entre otros.*

***CONDENAR** a PORVENIR S.A. a que traslade a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, la totalidad de los aportes que recibió del demandante, sin que sea posible descontar suma alguna por concepto de gastos de administración y seguros, estos aportes deberán ser trasladados a COLPENSIONES junto con sus rendimientos y sus intereses, igualmente, deberá trasladar las sumas de dinero que PROTECCIÓN en su momento le trasladó a PORVENIR S.A., y las sumas de dinero que trasladará como consecuencia de esta sentencia.*

***CONDENAR** a la ADMINISITRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a recibir al demandante en el régimen de prima media con prestación definida como si nunca se hubiera trasladado de régimen.*

***CONDENAR** a la parte demandada PORVENIR S.A. Y PROTECCIÓN S.A al de costas y agencias en derecho en cuantía de medio salario mínimo legal mensual vigente. ”*

Inconforme con la decisión, los representantes judiciales de las demandadas PORVENIR y PROTECCIÓN interpusieron recurso de apelación, respectivamente.

Inicialmente, el apoderado de PORVENIR refiere su inconformidad aduciendo que si lo que se declaró en el caso concreto fue la nulidad del traslado de régimen pensional, correspondía a la parte accionante acreditar los supuestos en los cuales se incurrió para que la afiliación no hubiese producido plenos efectos, precisando no hay un solo argumento que permita concluir que el señor demandante tuvo algún vicio en el consentimiento, ni que se hubiere dado una situación dolosa, afirmando el demandante se afilió de manera voluntaria y recibió información, sin que se pueda concluir que se le hubiese causado algún tipo de perjuicio, máxime, cuando no es beneficiario del régimen de transición y podía haber consolidado su derecho pensional en cualquiera de estos dos regímenes pensionales.

En relación con la prueba testimonial, indica que estos manifestaron algunas características de las reuniones que se hacían para la época y de la situaciones en las que se dio el traslado de régimen pensional de algunos empleados de dicha entidad, no obstante no estuvieron presentes en el momento exacto en el que se dio la asesoría, por lo cual no les consta de manera directa qué fue lo que pasó y son testigos de oídas, por lo tanto, en su sentir no tienen a la relevancia suficiente para determinar cómo se dieron los hechos de traslado de régimen pensional.

Expresa que el demandante efectuó traslados horizontales que dan cuenta de esa voluntad del demandante de mantenerse vinculado en el régimen de ahorro individual, cumpliendo su representada con su deberes de manera clara recibiendo una afiliación con apariencia de buen derecho de acuerdo con el artículo 112 de la ley 100 de 1993.

Respecto de los gastos de administración aduce, son sumas que se apropian para generar rendimientos financieros en la cuenta de ahorro individual y generar una mejor expectativa pensional, con lo cual, estos gastos ya han sido consumidos así como también, lo correspondiente a las primas de seguros previsionales, pues estas primas de seguros previsionales cumplieron ese objetivo de mantener cubiertos los seguros de invalidez y muerte del demandante durante el tiempo en que estuvo vinculado con su representada.

Finalmente señala, que como no hay lugar a la declarar la nulidad de traslado de régimen pensional, no se cumplen con los presupuestos fácticos del artículo 365

del C.G.P. y en ese orden no debe ser condenada en costas¹. (CD Folio 232, record: 41:28).

¹ “Su señoría muchas gracias, encontrándome dentro de la oportunidad procesal para el efecto, me permito presentar recurso de apelación contra el fallo que ha sido proferido en el presente proceso, con lo cual su señoría, el objeto de mi recurso será que se revoque todas y cada una de las condenas que han sido incoadas en contra de mi representada. La materia versará sobre los siguientes aspectos: primero, la declaratoria de nulidad del traslado o de la afiliación que hizo al régimen de ahorro individual el afiliado ILCIAS BOCANEGRA CONTRERAS. Segundo, en lo que corresponde a la condena proferida contra mi representada a trasladar los dineros que se encuentran en la cuenta de ahorro individual del señor demandante a COLPENSIONES y tercero, la consecuencial condena en costas que ha sido reconocida en el presente proceso.

Sea lo primero indicar, su señoría que, en lo que corresponde a la nulidad del traslado de régimen pensional, este apoderado se aparta del despacho en los siguientes aspectos: primero, si lo que se declaró en el caso concreto fue la nulidad del traslado de régimen pensional, correspondía a la parte accionante pues, acreditar los supuestos en los cuales se incurrió para que la afiliación no hubiese sido o hubiese producido plenos efectos, en ese sentido, no encuentra este apoderado que haya alguna situación o un argumento que permita constatar, de acuerdo a las pruebas obrantes en el expediente y de lo que se pudo probar en la audiencia anterior, que permitan concluir que el señor demandante tuvo algún vicio en el consentimiento, dado que si se evidencia el error como vicio en el consentimiento, habría que verificar si es un error de hecho y por el contrario y de acuerdo con las manifestaciones hechas por el señor demandante, se puede evidenciar que el tenía una plena caridad de cuáles eran las características del negocio jurídico que estaba celebrando que quería mantener sus cotizaciones y que quería asegurarla, dependiendo de la situación administrativa y financiera de las de previsión diferentes al Seguro Social para la época que posteriormente liquidadas.

De igual manera, no se encuentra su señoría, en el presente proceso, que se hubiere dado una situación dolosa o que hubiere llevado a los diferentes asesores de la AFP en las que hubiese estado vinculado el demandante, a generarle un perjuicio de carácter irremediable y que frustrara su derecho pensional y tercero, en lo que corresponde a la fuerza, tampoco se encuentra acreditada una situación que le hubiere impedido al señor demandante presentar o dar de manera clara o sin ningún tipo de presión, su voluntad acerca de cuál era el régimen al cual quería pertenecer, por el contrario, y de lo acreditado en su interrogatorio de parte, se puede ver que lo hizo de manera voluntaria y recibió información, que tenía o que supo para la época, cuáles eran las condiciones y características principales del régimen de ahorro individual y, además de eso, sin ser un mecanismo de constreñimiento, tuvo conocimiento de cuáles eran las características o las situaciones administrativas por las cuales pasaba en la entidad que estaba prestando o en la que, mejor, estaba vinculado para el momento. Con lo cual, no es posible concluir que se le hubiese causado algún tipo de perjuicio, máxime, cuando no es beneficiario del régimen de transición, podía haber consolidado su derecho pensional en cualquiera de estos dos regímenes pensionales.

Así mismo, y como segunda situación de la que este apoderado se aparte respetuosamente, es en la apreciación que hace el despacho de los testimonios rendidos el día o en la audiencia anterior, en la medida en que, a pesar que las señoras que pusieron en su interrogatorio, manifestaron algunas características de las reuniones que se hacían para la época y de la situaciones en las que se dio el traslado de régimen pensional de algunos empleados de dicha entidad, no es cierto que ellas hubieren estado presentes en el momento exacto en el que se dio la asesoría, por lo cual no les consta de manera directa qué fue lo que pasó y son testigos de oídas, por lo tanto, no tiene esta prueba la relevancia suficiente para determinar cómo se dieron los hechos de traslado de régimen pensional.

La tercera situación en la que este apoderado también se aparta del fallo, es que el despacho hace, a mi juicio, una interpretación errónea del precedente jurisprudencial, habida cuenta de que los fallos de tutela, a pesar de que los reconoce este apoderado son mecanismos de control de constitucionalidad, lo son pero en temas concretos, para casos diferentes, para un caso diferente al que se está estudiando acá, también se están extendiendo efectos de un caso concreto con situaciones que son completamente diferentes, con lo cual, para este apoderado no es cierto que se deba hacer esa extrapolación de circunstancias por una vía de control de constitucionalidad que no tiene la entidad de generar efectos erga omnes.

En el cuarto aspecto que se aparta este apoderado, es que el despacho desconoce lo manifestado por la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL-1452 en la que en el salvamento de voto, se muestra que no se puede generar una regla en plano que genere efectos generales e iguales para todos los casos, en este caso se tienden características especiales que dan cuenta de que primero, el demandante, primero, sí recibió información, que la tenía clara y segundo, que hizo traslados horizontales, con lo que y situación que no ha sido en este caso concreto avizorada o tenida en cuenta por este despacho, y es que de acuerdo con la sentencia 52752 de 2018 estos traslados sucesivos dan cuenta de esa voluntad del demandante de mantenerse vinculado en el régimen

A su turno PROTECCIÓN, apela únicamente la condena a la devolución de los gastos de administración, argumentando la deducción de estos dineros se hizo como consecuencia de una disposición legal exigible y aplicable, tratándose de comisiones ya pagadas causadas durante la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual del demandante, advirtiendo que en el hipotético caso, que se asuma que PROTECCIÓN no realizó su gestión de administración y se ordene la devolución de todos los conceptos generados mientras estuvo allí afiliado y que fueron enviados a PORVENIR cuando el demandante realizó el traslado a dicha AFP, manifiesta esos rendimientos se generaron producto de la gestión y de la buena administración y en ese sentido, solo habría lugar a que se trasladaran los aportes pero sin los rendimientos generados² (CD folio 232, récord: 1:29:41).

de ahorro individual. En el quinto aspecto, para este apoderado es importante manifestar que mi representada cumplió con su deberes de manera clara en que además también de brindar información, recibió una afiliación con apariencia de buen derecho de acuerdo con el artículo 112 de la ley 100 de 1993 que les impone a las AFP recibir los traslados horizontales que no estén incurso en ningún tipo de prohibición y para el caso concreto, la afiliación del señor demandante, ni era un señor mayor de 50 años que no pudiese o que no se comprometiere a cotizar las 500 semanas necesarias, no estaba exento pues, del régimen de ahorro individual por ministerio el artículo 61, ni era beneficiario de la ley 100 ni era beneficiario tampoco de una pensión de invalidez. Entonces, en ese sentido y en cumplimiento de ese principio, recibió al señor demandante en su afiliación.

En lo que corresponde a la segunda materia del recurso, su señoría, para este apoderado también el despacho hace una apreciación errónea en lo que corresponde a la devolución de los saldos de la cuenta de ahorro individual del señor demandante, habida cuenta que los gastos de administración son sumas que se apropian para generar rendimientos financieros en la cuenta de ahorro individual y generar una mejor expectativa pensional, con lo cual, estos gastos ya han sido consumidos así como también, lo correspondiente a las primas de seguros previsionales, pues estas primas de seguros previsionales cumplieron ese objetivo de mantener cubiertos los seguros de invalidez y muerte del señor demandante durante el tiempo en que estuvo vinculado con mi representada, en la medida, la devolución de estos saldos implicaría, si lo que se quiere es hacer que se retrotraigan los efectos del acto, que se devuelva a mí los rendimientos financieros que se encuentran en la cuenta y sería tanto como reconocer que nunca estuvieron cubiertos estos seguros, situación o argumento este que ha sido acogido por la Superintendencia Financiera de Colombia en concepto del 17 de enero del año 2020 en el que se pronunció sobre estos asuntos particulares.

Así las cosas, su señoría y de acuerdo a que no se encuentra acreditada por los reparos o por los argumentos que acabo de exponer, que hubiere lugar a declarar la nulidad del traslado de régimen pensional, ni tampoco situaciones den cuenta de que debieran devolverse los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual del señor demandantes, pues no se cumple con los presupuestos fácticos del artículo 365 del Código General del Proceso, con lo cual, pues, también debe tenerse por desatendida la condena en costas en contra de mi representada.

Así las cosas, dejo sustentado mi recurso de apelación para que su señoría si a bien lo tiene, lo conceda y sea admitido por el Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral y despachado de manera favorable a los intereses de mi representada. Michas gracias.”

² “Gracias señora juez. Señora juez y Honorables Magistrados de la corte, estando dentro del término procesal, interpongo recurso de apelación al numeral segundo de la presente sentencia en cuanto a la condena de devolución de comisiones de administración por parte de PROTECCIÓN S.A. dentro del presente proceso de la siguiente manera.

Se debe tener en cuenta que la deducción de estos dineros se hizo como consecuencia de una disposición legal exigible y aplicable, no por capricho de mi representada y se trata de comisiones ya pagadas causadas durante la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual del demandante y en el hipotético caso, que se asuma que PROTECCIÓN no realizó su gestión de administración y se ordene la devolución de todos los conceptos generados mientras estuvo afiliado a mi representada, y que fueron enviados a PORVENIR cuando

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 ILCIAS BOCANEGRA CONTRERAS, en este proceso ordinario las pretensiones relacionadas a folio 4, las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos expuestos a folios 5 a 7, aspirando, se declare la nulidad de la afiliación efectuada a Protección y en consecuencia se condene a Colpensiones a recibirlo y afiliarlo en el régimen de prima media como si nunca se hubiera trasladado en virtud del regreso automático, igualmente se ordene a Porvenir a reconocer y pagar los intereses generados por la demora injustificada en la NO autorización del traslado de régimen, como también la actualización de las sumas adeudadas, 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 el traslado de régimen pensional realizado por el actor a PROTECCIÓN, ordenando a PORVENIR, actual administradora del demandante, la devolución de saldos de la cuenta de ahorro individual al Régimen de prima media con prestación definida sin descontar suma alguna por concepto de gastos de administración y seguros, así mismo dispuso que Protección trasladara a Porvenir la suma que descontó por gastos de administración y seguros, tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada PROTECCIÓN no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía con el demandante, al momento del traslado.

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

el demandante realizó el traslado a dicha AFP, pues esos rendimientos se generaron producto de la gestión y de la buena administración y en ese sentido, solo habría lugar a que se trasladaran los aportes pero sin los rendimientos generados. Además, en el caso de declararse la nulidad del traslado, la consecuencia jurídica es que las cosas vuelvan al estado anterior por lo que se debería trasladar solo los aportes que se encuentran acreditados para el momento de dicha declaración en la cuenta de ahorro individual del demandante, sin los rendimientos generados, ya que estos son generados exclusivamente por el régimen de ahorro individual por mandato de la ley, de haber estado todo este tiempo afiliado al régimen de prima media, no hubiera ostentado tales rendimientos. Gracias señora juez y en los anteriores términos dejo planteado el recurso.”

trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002³.

Así las cosas, a folio 20 milita copia de la cédula de ciudadanía del demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 11 de septiembre de 1957, por lo que la edad de 62 años, los cumplió el mismo día y mes del año 2019, procediendo a solicitar su traslado mediante petición elevada ante Porvenir el 3 de octubre del 2019 (fls. 75 y 76) -cuando ya había cumplido la edad requerida- y ante Colpensiones el 21 de junio del 2019 (fls. 79 y 80), cuando le faltaban menos de diez años para adquirir el derecho pensional. De otra parte, no tenía el demandante 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con 530.14 semanas de cotización (folio 181) equivalentes a 10 años, 3 meses y 21 días, 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 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 15 de julio de 1994 (folios 167 vto y 213) específicamente, conforme la información consignada en el formulario de afiliación a COLMENA hoy PROTECCIÓN (acepta en la contestación de la demanda la afiliación ante Colmena) y el reporte SIAFP expedido por ASOFONDOS.

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”.

Así las cosas, frente a la ineficacia del traslado ya se ha pronunciado en múltiples ocasiones la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, reiterando que para el estudio de la procedencia de la misma, según sea el caso, 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, la vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la

información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un **traslado de la carga de la prueba** del actor al fondo accionado PROTECCIÓN antes COLMENA.

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011⁴, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y más

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

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

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

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

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

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

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

de trabajo, redimible a los sesenta y dos años, y el cual era el capital principalísimo, frente al que podía acumular mediante cotizaciones y rendimientos en los tres años que le faltaban para llegar a esa edad.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(…)

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

beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

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

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

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

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

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

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

(...).

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

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

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen el promotor del litigio recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información al señor BOCANEGRA CONTRERAS en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las sus condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional, contrario a ello, se recibió como prueba testimonial, las manifestaciones de DORA STELLA AMADO HERNANDEZ⁵ y MARIA DULFAY VIRACACHA HERNANDEZ⁶, quienes afirmaron haber sido compañeras de trabajo del demandante en el Ministerio de Relaciones Exteriores para el año 1994, por lo que tienen conocimiento que el actor se trasladó de régimen pensional toda vez que la AFP COLMENA fue a las instalaciones de la entidad y en una charla general informó a todos los trabajadores que tanto CAJANAL como el ISS se acabarían y que por ende les convenía afiliarse a esa AFP dadas las ventajas que poseía el RAIS, tales como la rentabilidad y que se podían pensionar a cualquier edad, como también el hecho de poder heredar la pensión a su familia.

⁵ Cd. fl. 232, Audiencia virtual del 21 de julio del 2020, record: 29:41

⁶ Cd. fl. 232, Audiencia virtual del 21 de julio del 2020, record: 48:50

Igualmente, debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por el demandante⁷, no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado al momento de la suscripción del formulario de afiliación, pues se limitó en señalar que le indicaron que Cajanal se iba quebrar y que sus aportes se podían perder, sin que hiciera mención alguna frente a las consecuencias del traslado.

En ese orden, como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia, en el caso de marras brilla por su ausencia la prueba de que al momento de la afiliación se dio al demandante la información suficiente y amplia a efectos de que tenga validez el traslado de régimen, bajo el entendido de ser una decisión libre voluntaria y producto del conocimiento de informado respecto de las implicaciones que ello conlleva.

De otra parte, no sobra agregar, en cuanto a la suscripción del formulario de afiliación, diligenciado a COLMENA hoy PROTECCIÓN (fl. 213), en el aparte de manifestación de voluntad de afiliación, en la cual se indica que ésta se hace en forma libre, espontánea y sin presiones, ello 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 esta AFP demandada. Al tema puede consultarse el pronunciamiento realizado por la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 19447 de 2017, citada en la sentencia SL 1689 de 2019⁸.

Además, en cuanto al comunicado de prensa visto a folios 221 y 222, es de anotar, la transcripción de normas legales allí consignadas no suple el deber de información idónea referido a lo largo de este proveído, pues lo que en el mismo se lee es la cita de normas relacionadas con la posibilidad de traslado, siendo el tema aquí en discusión absolutamente distinto a la oportunidad del traslado entre regímenes.

⁷ Cd. fl. 232, Audiencia virtual del 21 de julio del 2020, record: 8:27

⁸ “(...) (ii) En el campo de la seguridad social, existe un verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), pues dicho procedimiento garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, que el usuario comprende las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen; esto es que, previamente a tal acto, aquel recibió información clara, cierta, comprensible y oportuna. Luego, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información (...)”

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PROTECCIÓN, omitió en el momento del traslado de régimen (15 de julio de 1994, folio 167 vto) el deber de información para con el promotor del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL 12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia, no obstante, conforme lo visto se modificará el numeral primero de la decisión de primer grado, únicamente para establecer que las consecuencias de la omisión de información en el momento del traslado de régimen no derivan en la nulidad del mismo sino en un **TRASLADO INEFICAZ**, al tenor de lo señalado por la Corte suprema de justicia en la sentencia SL. 12136 de 2014.

Es menester precisar, el hecho de que el demandante hubiese efectuado traslados entre AFP (Historial Vinculaciones folio 167 vto) 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, situación que por demás no es ni fue objeto de litigio. Frente al de traslado a diversas AFP memórese el pronunciamiento de la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia de radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011.

De otra parte, frente al hecho de que el actor antes del traslado estuviese afiliado en pensiones a CAJANAL como se puede leer a folio 71, basta con indicar, con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, se entiende, siendo el accionante afiliado a dicha Caja de Previsión Social, continuo después de la vigencia del sistema general de pensiones (artículo 151 ley 100 de 1993), afiliado al régimen de prima media con prestación definida, pues nótese que sus aportes en pensiones se realizaron a tal caja hasta agosto de 1994 (fl. 71) destacando, incluso con posterioridad en el Decreto 2196 de 2009, mediante el cual se dispuso la liquidación de Cajanal, se estableció de forma expresa en su artículo 4⁹ que los

⁹ “ARTÍCULO 4o. DEL TRASLADO DE AFILIADOS. La Caja Nacional de Previsión Social, Cajanal, EICE, en Liquidación, deberá adelantar todas las acciones necesarias para el traslado de sus afiliados cotizantes, a más tardar dentro del mes siguiente a la vigencia del presente decreto, a la Administradora del Régimen de Prima Media del Instituto de Seguro Social - ISS. Igualmente, deberá trasladar a dicha entidad los conocimientos sobre la forma de adelantar el proceso de sustanciación de los actos administrativos de reconocimiento de pensión de estos afiliados cotizantes, en la medida en que se trata de servidores públicos, para lo cual, estas entidades fijarán las condiciones en la que se realizará dicho traslado.”

afiliados cotizantes, debían ser trasladados al régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS, es decir, siendo Colpensiones la única administradora del régimen de prima media, resulta clara la procedencia de la condena en punto a realizar la vinculación del demandante desde la fecha en que se efectuó el traslado de régimen, máxime teniendo en cuenta, la UGPP conforme el artículo 3¹⁰ de la misma disposición normativa, al liquidarse Cajanal, únicamente asumió la administración de la nómina de pensionados, mas no la afiliación de los cotizante.

En la misma dirección se debe señalar no tiene incidencia alguna que el actor 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 guardan relación con la información que se le debía suministrar cuando se trasladó de régimen, al respecto puede consultarse 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 del saldo existente en la cuenta de ahorro individual del actor, actualmente administrada por PORVENIR S.A. (folio 182), junto con sus rendimientos y gastos de administración, así como la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, debiendo confirmarse la sentencia de primer grado en este punto.

Asimismo, advierte la Sala, los gastos de administración apelados por Protección y Porvenir, surgen como consecuencia de la afiliación, y en ese orden al declararse la ineficacia del traslado, resulta claro que dichos gastos quedan sin fundamento, pues lo que ocurre es que la situación de afiliación del actor vuelve a su estado inicial es decir es como si dichos gastos no se hubiesen generado, razón por la cual es procedente la remisión de la totalidad de los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual del accionante a Colpensiones, incluyendo las sumas de gastos de administración. Así fue consignado en sentencia de la CSJ

¹⁰ “(...) de acuerdo con las normas que rigen la materia. Igualmente Cajanal, EICE, en liquidación continuará con la administración de la nómina de pensionados, hasta cuando estas funciones sean asumidas por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP, creada por la Ley 1151 de 2007 (...)”.

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.”

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por Colpensiones, respecto de quien se estudia la decisión en el grado jurisdiccional de Consulta¹¹ (fl. 122), 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 de ser la declaración de un estado jurídico, está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción,

¹¹ Se tuvo por contestada la demanda de Colpensiones mediante auto del 29 de enero de 2020 (fol. 131)

acogiendo esta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

Finalmente, respecto de las costas procesales objeto de apelación por parte de la AFP PORVENIR, téngase en cuenta que el legislador nacional ha acogido el criterio objetivo, en virtud del cual, las costas corren siempre a cargo de la parte vencida en juicio, por así disponerlo el numeral 1º del artículo 392 del C.P.C, ahora artículo 365 C.G.P., el cual contiene el principio general, según el cual “*se condenará en costas a la parte vencida en el proceso (...)*”, sin consideración a su intención, razonabilidad de su discusión en el conflicto jurídico en litigio o su conducta en el trámite procesal, sino el hecho de haber sido vencido en juicio, por manera que al haber sido totalmente desfavorable la sentencia de primer grado a la parte demandada PORVENIR, lo atinente a derecho es que sea condenada en costas, como así lo definió la juez de primera instancia, iterando, la única valoración a tener en cuenta en este aspecto, es las resultas del proceso.

Agotada la competencia de la Sala por el estudio de los motivos de apelación y surtido el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, conforme las motivaciones que preceden, se modificará la decisión en los términos anteriormente expuestos.

SIN COSTAS en esta instancia.

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

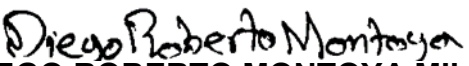
RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral **PRIMERO** de la sentencia proferida por la Juez 31 Laboral del Circuito de Bogotá para establecer que las consecuencias de la omisión de información en el momento del traslado de régimen no derivan en la nulidad del mismo sino únicamente en un **TRASLADO INEFICAZ**, al tenor de lo señalado por la Corte suprema de justicia en la sentencia SL. 12136 de 2014, de conformidad con las motivaciones precedentes.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada por las razones expuestas por esta Sala de decisión.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

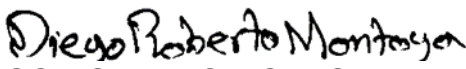
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR GLORIA ESPERANZA
ANGEL FORERO vs COLPENSIONES y PORVENIR S.A. (RAD. 32 2018 00739
01).**

Bogotá D.C., treinta (30) de octubre dos mil veinte (2020)

AUTO

Se reconoce personería para actuar al abogado ALEJANDRO MIGUEL CASTELLANOS LÓPEZ como apoderado de la demandada PORVENIR S.A., de conformidad con el poder otorgado en Escritura Pública No. 1717 del 16 de octubre de 2019, conferida en la Notaría 65 del Círculo de Bogotá (folios 147 a 151).


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por parte de la demandante y Porvenir S.A. (fls. 172 a 175 y 178 a 185), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con el fin de resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de la AFP PORVENIR y de COLPENSIONES y el grado jurisdiccional de consulta en su favor, contra la sentencia proferida por el Juez Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 26 de agosto del 2020 (Cd a folio 165, record: 1:22:39, acta a folio 166), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones formuladas por las demandadas conforme a las consideraciones expuestas.

SEGUNDO: DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO de régimen efectuado por la demandante GLORIA ESPERANZA ÁNGEL FORERO a través de la AFP PORVENIR S.A., de fecha 30 de agosto de 1999.

TERCERO: Como consecuencia de lo anterior, **CONDENAR** a la demandada PORVENIR S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES, la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de La demandante junto con sus rendimientos, gastos de administración y el bono pensional, si a ello hubiere lugar.

CUARTO: ORDENAR a la demandada COLPENSIONES a recibir a la demandante GLORIA ESPERANZA ÁNGEL FORERO como afiliada al régimen de prima media con prestación definida sin solución de continuidad y en las mismas condiciones en que se encontraba afiliada antes de traslado de régimen que se declara ineficaz.

QUINTO: CONDENAR EN COSTAS a la demandada PORVENIR S.A., y a favor de la demandante. Tásese por secretaría incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a dos salarios mínimos legales mensuales vigentes. Sin costas respecto de COLPENSIONES.

SEXTO: En caso de no apelarse la presente decisión, en lo desfavorable a la demandada COLPENSIONES. **REMÍTASE** al superior en el Grado Jurisdiccional de Consulta.”

Inconforme con la decisión la AFP PORVENIR interpuso recurso de apelación, señalando que no se debe proceder a declarar de forma automática la declaratoria de ineficacia, pues siempre es necesario que se analice cada caso y la situación particular de cada afiliado, precisando no se debe proceder a esta ineficacia del traslado por lo establecido en el artículo 271 de la ley 100 de 1993 ya que esta norma prevé que para su declaratoria se genere debe existir un acto que impida o atente contra la afiliación del trabajador, es decir, cuando se ha realizado con actos de dolo que atenten contra la libertad de afiliación, lo cual en ningún momento se generó, ya que todos los procesos se hicieron bajo el principio de la buena fe, razón por la cual, la demandante firmó un formulario de afiliación de manera libre y voluntaria.

Indica que ley 797 del 2003 en su artículo 2 literal E, consagró una prohibición legal de traslado de régimen cuando la persona esté próxima a cumplir 10 años, advirtiendo para el presente caso cuando la actora en el 2018 generó la solicitud ya no se podía realizar porque ya estaba incurso en esa prohibición.

Señala también que cada persona o cada ciudadano tiene el deber, de emplear una adecuada atención y cuidado al momento de tomar cierta decisión, como lo es una afiliación y más un traslado entre administradoras, por lo que era su obligación de mantenerse conocedora de sus derechos pensionales.

Finalmente frente a los gastos de administración, expresa que la Superintendencia Financiera de Colombia manifiesta que no es obligación trasladar dichos gastos, ya que estos fueron causados con el transcurso del tiempo al administrar la cuenta de ahorro individual, por lo que esas sumas no corresponden al afiliado dado que, ya que no están destinados a pensionar, por el contrario, pertenecen a gastos operativos causados por la gestión adelantada por su representada para aumentar rendimientos financieros de la parte demandante, aunado a que ordenar la devolución de los mismos constituye un enriquecimiento sin causa para COLPENSIONES, precisando que al no ser parte de un derecho pensional, no son imprescriptibles y por ende, son susceptibles de que declare que operó el fenómeno prescriptivo sobre ellos. (Cd. fl. 165, record: 1:24:13)¹

¹ “Muchas gracias su señoría, estando en mi oportunidad procesal pertinente, me permito interponer el recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera medida, ya que manifiesta el despacho que dentro del presente caso opera el fenómeno de la ineficacia por falta de información. En principio tengo que manifestar a los honorables magistrados que no se debe proceder a declarar de forma automática la declaratoria de ineficacia, pues siempre es necesario que se analice cada caso y la situación particular de cada afiliado, tal como lo advierte en este caso, el salvamento de voto por el doctor Jorge Luis Quiroz Alemán en sentencia de tutela radicado 5912 del 13 de mayo del año en curso en el que al respecto indicó: “tampoco considero que pueda accederse de manera indiscriminada a todas las pretensiones de nulidad e ineficacia del traslado con fundamento en la falta de información alegada por la demandante, porque estimo que es necesario revisar en cada caso en particular, con los singularidades que cada caso tiene, tal como lo han precisado las sentencias de casación que han tratado el asunto y no puede generalizarse con el argumento de que si tiene o no un derecho transicional o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica sobre la validez del acto jurídico considerado en si mismo, esto es, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto y hacerlo de una manera masiva, sin estudiar cada solicitud, se estaría creando un sistema legal que no fue establecido en el ordenamiento jurídico, en tanto el legislador garantizó la libertad de régimen pensional en cabeza del afiliado, con las consecuencias jurídicas que con eso conllevara”.

Continuo a esto, señores magistrados, también se debe resaltar que no se debe proceder a esta ineficacia del traslado por lo establecido en el artículo 271 de la ley 100 de 1993, por cuanto de manera expresa esta norma prevé que para su declaratoria se genere en este caso, cuando existe de manera expresa, una declaratoria de un acto que impida o atente contra la afiliación del trabajador, es decir, cuando se ha realizado con actos de dolo para poder impedir o atentar contra dicha libertad de afiliación, lo que supone la intención de causar previamente un daño, lo cual mi representada en ningún momento lo generó, todos los procesos que hizo, lo hizo bajo el principio de la buena fe, razón por la cual, se exhibe con claridad que la demandante firmó un formulario de afiliación de manera libre y voluntaria.

Consecutivamente a esto, se tiene que resaltar que, por lo establecido por el legislador en la ley 797 del 2003 en su artículo 2 literal E, consagró una prohibición legal de traslado de régimen cuando la persona esté próxima a cumplir 10 años, y pues en este punto también se tiene que resaltar que para el 2018, ella no puede generar dicha solicitud porque ya se encuentra previa esta prohibición.

Pasando a otro punto, se tiene que destacar todo lo relacionado a lo establecido en el decreto 2555 del 2010 el cual establece los deberes que deben tener los consumidores financieros en fondo de pensiones, por tal razón, las condiciones establecidas en general de pensiones frente a este deber, se establece que cada persona

COLPENSIONES por su parte recurre la decisión expresando que con la decisión adoptada por el despacho de declarar la ineficacia del traslado, su representada no puede ser favorecida ni perjudicada, en atención a que, con el retorno de la demandante al régimen de prima media se estaría afectando la sostenibilidad financiera del sistema, toda vez que si bien una de las consecuencias de declarar ineficaz un acto jurídico es que las cosas vuelvan a su estado anterior, con esta decisión se está afectando los intereses de Colpensiones y no se está castigando o reprochando la falta al deber de información, asegurando que la demandante al regresar al régimen de prima media tendría derecho a un reconocimiento pensional y ese reconocimiento pensional estaría claramente afectando el fondo común que administra dicha demandada.

Advirtiéndose no se puede afectar a un tercero como lo es COLPENSIONES a que asuma las consecuencias financieras de esa falta al deber de información por parte de la AFP, por lo cual solicita se absuelva a su representada de la condena impuesta en atención a que se está afectando el principio de la sostenibilidad financiera, afirmando que en pro de los derechos de la demandante, se ordene a la AFP que incumplió su deber legal de información, a que reconozca a la actora la mesada pensional en iguales términos, condiciones y beneficios que se reconocería si ella siguiera afiliada al régimen de prima media (Cd. fl. 165, record: 1:29:41)²

o cada ciudadano tiene el deber, en este caso de emplear una adecuada atención y cuidado al momento de tomarse cierta decisión, como lo es en detalle, una afiliación y más un traslado entre administradoras. Entonces, una falta de conocimiento por no recibir información, sabiendo que su obligación de mantenerse conocedora de sus derechos pensionales.

En este caso, frente a la condena de los gastos de administración, es necesario destacar que de acuerdo al concepto 116 del año 2020, la Superintendencia Financiera de Colombia manifiesta que no es obligación trasladar dichos gastos, ya que estos fueron causados con el transcurso del tiempo al administrar la cuenta de ahorro individual, entonces, estas sumas o gastos de administración no corresponden al afiliado dado que, primero, no están destinados a pensionar, por el contrario, pertenecen a gastos operativos causados por la gestión adelantada por mi representada para aumentar rendimientos financieros de la parte demandante, por lo que sin duda, hoy, ordenar la devolución de los mismos constituye enriquecimiento sin causa para COLPENSIONES, además que al no ser parte de un derecho pensional, no son imprescriptibles como sí lo es el citado derecho y por ende, son susceptibles de que declare que operó el fenómeno prescriptivo sobre ellos, razón por la cual, le solicito respetuosamente al Honorable Tribunal en su Sala Laboral, que analice las circunstancias particulares de este proceso que conducen a concluir con certeza, que a la demandante se le suministró una información suficiente y objetiva al momento de la vinculación con PORVENIR S.A.

En estos términos, dejo mi recurso y solicito que, en su integridad, en este caso, se revoque la sentencia y se absuelva a mi representada. Muchas gracias.”

² “Gracias señoría, estando dentro del término legal, me permito presentar recurso de apelación en contra de la sentencia que acaba de proferir el despacho teniendo en cuenta las siguientes consideraciones.

Le solicito al Honorable tribunal Sala Laboral, revocar la sentencia en lo concerniente a las condenas impuestas a mi representada, esto es, la orden de recibir a la demandante del régimen prima media sin solución de continuidad de acuerdo a los siguientes argumentos. En primera medida, si bien se probó dentro

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

del proceso que la demandante que efectivamente, a la demandante no se le dio la información clara y suficiente al momento del traslado, estos son actos ajenos a la entidad que represento y en atención al principio de la relatividad jurídica, en el entendido que COLPENSIONES al ser ajeno al acto jurídico, no es parte del mismo y como los efectos de los actos jurídicos son inter partes, independientemente de la decisión adoptada por el despacho de declarar la ineficacia del traslado, mi representada no puede ser favorecida ni perjudicada. Ello en atención a que, con el retorno de la demandante al régimen de prima media se estaría afectando la sostenibilidad financiera del sistema, toda vez que si bien una de las consecuencias de declarar ineficaz un acto jurídico es que las cosas vuelvan a su estado anterior, con esta decisión se está afectando los intereses de mi representada y no se está castigando o reprochando la falta al deber de información por parte de la AFP, toda vez que la AFP no está acarreado consecuencias a su falta al deber de información y si mi representada que no tuvo injerencia alguna en el acto jurídico.

Bajo estos argumentos, es claro que la demandante al regresar al régimen de prima media tendría derecho a un reconocimiento pensional y ese reconocimiento pensional estaría claramente afectando el fondo común que administra mi representada. La Corte Suprema de Justicia Sala Laboral ha sido clara al determinar que el retorno de un afiliado al régimen de prima media en cualquier tiempo, únicamente se puede dar cuando el afiliado haya sido beneficiario del régimen de transición por tiempo, es decir, que al primero de abril de 1994, cuente con 750 semanas, eso en atención a que el demandante tendría una expectativa legítima al momento de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 y que se estaría afectando gravemente con este traslado. Esta situación, La misma Corte Suprema de Justicia Sala Laboral ha determinado que es en pro de la garantía del principio de la sostenibilidad financiera del sistema, y este principio es el que da la base para establecer la prohibición de que trata la ley 797 del año 2003, en el entendido que los afiliados no se pueden trasladar al régimen de prima media cuando le faltaren menos de 10 años para adquirir el derecho pensional, y esta prohibición legal no es un mero capricho del legislador, sino efectivamente se hace en pro de la sostenibilidad financiera del sistema.

Ello entonces a que con el masivo retorno de varios afiliados por las declaratorias de nulidades de los traslados efectuados entre los mismos afiliados y otras administradoras que no son mi representada, se está afectando a mi representada, al fondo común que administra mi representada y a esta sostenibilidad financiera del sistema que es tan necesaria para poder garantizar, no solo en la mesada pensional a la demandante, sino a todos los afiliados al fondo común, es decir, con esta se está prevaleciendo el interés particular de la demandante frente al interés general de los afiliados al fondo común.

Por ello le solicito al Honorable Tribunal, revoque esta condena y no se ordene a mi representada tener como afiliada a la demandante del régimen de prima media en pro y con base en el principio de la sostenibilidad financiera y si bien, en aras de proteger los derechos pensionales que tiene la demandante y en tener claro que efectivamente este traslado no debió darse porque no se brindó la información clara y suficiente, sea la AFP que incumplió con su deber legal de información, de acuerdo a la teoría del daño del derecho civil, quien repare este daño que se causó a la demandante con esta falta de información ¿cuál es el daño? Pues que perdió los beneficios que tendría si estuviera o siguiera afiliada el régimen de prima media ¿y cuáles son estos beneficios? Pues que su mesada pensional se calcularía de acuerdo a sus últimos 10 años de salario, que tendría una tasa de reemplazo de acuerdo a sus semanas cotizadas y que se pensionaría a los 57 años, reitero, esto en atención a que es la AFP quien causó el daño a la demandante, quien faltó a su deber legal de información y quién en últimas, debe acarrear las consecuencias de esta decisión.

Si bien, una de las consecuencias, reitero, de la ineficacia de un acto jurídico, es que las cosas vuelvan a su estado anterior, en este caso debe estudiarse de una manera mucho más específica, toda vez que no es un mero acto jurídico sino que es un acto que tiene que ver con la Seguridad Social de un ciudadano colombiano, por lo que debe tenerse en cuenta todo lo que encierra este acto jurídico, todo lo que genera un acto jurídico de trasladarse de un régimen pensional a otro y que no se podría afectar a un tercero como lo es COLPENSIONES o en ese momento, el Instituto de Seguros Sociales a que asuma las consecuencias financieras a esta falta al deber de información por parte de la AFP. Entonces, le reitero al Honorable Tribunal la solicitud de que se absuelva a mi representada de la condena impuesta en atención a que se está afectando el principio de la sostenibilidad financiera y en pro de los derechos de la demandante, se ordene a la AFP que incumplió su deber legal de información, a que reconozca a la demandante mesada pensional en iguales términos, condiciones y beneficios que se reconocería si ella siguiera afiliada al régimen de prima media, reitero, lo anterior en aras de garantizar los derechos pensionales de la demandante y en castigar la falta al deber de información por parte de la AFP al momento de realizar el traslado de régimen pensional. Muchas gracias.”

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante, señora GLORIA ESPERANZA ANGEL FORERO, en éste proceso ordinario, las pretensiones relacionadas a folio 17, las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos expuestos a folios 3 a 6, aspirando de manera principal se declare la nulidad del traslado y la afiliación al régimen de ahorro individual administrado por Porvenir, en consecuencia se ordene el retorno al régimen de prima media con prestación definida y se condene a Porvenir a trasladar a Colpensiones todas las cotizaciones y rendimientos financieros que reposan en la cuenta de ahorro individual, derechos *ultra y extra petita* y costas procesales. Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado realizado al RAIS, tras considerar que Porvenir no cumplió con la carga probatoria de demostrar que al momento de la afiliación suministró la información suficiente ni las consecuencias del traslado de cara al régimen de transición del cual es beneficiaria la demandante, por lo que declarada la ineficacia condenó a la AFP a retornar a Colpensiones los saldos de la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos, gastos de administración y el bono pensional si a ello hubiera lugar.

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 faltan más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002³.

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

En ese orden, conforme a la copia de la cédula de ciudadanía visible a folio 21 se tiene que la actora nació el 6 de octubre de 1958, por lo que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es a 1° de abril de 1994, contaba con 35 años de edad, quedando claro, es beneficiaria del régimen de transición, sin embargo, teniendo en cuenta el traslado de régimen efectuado por la demandante a PORVENIR el 30 de agosto de 1999 (fls. 39 y 125) y que para el primero de abril de 1994 la actora contaba con 5 años, 4 meses y 6 días de servicio (275,14 semanas o 1926 días fls. 126 y 126 vto), es decir, no cumplía con el requisito para mantener el beneficio transicional pese a su traslado, esto es 15 años de servicio antes del 1° de abril de 1994, de conformidad con lo señalado en la sentencia C-789 de 2002⁴, resulta procedente el estudio del traslado de régimen pensional con

⁴ “Como se desprende de la lectura del inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el legislador previó el régimen de transición en favor de tres categorías de trabajadores que, al momento de entrar en vigor dicha ley, cumplieran con determinados requisitos. En primer lugar, los hombres que tuvieran más de cuarenta años; en segundo lugar, las mujeres mayores de treinta y cinco y; en tercer lugar, los hombres y mujeres que, independientemente de su edad, tuvieran más de quince años de servicios cotizados; requisitos que debían cumplir al momento de entrar en vigencia el sistema de pensiones, conforme lo establece el artículo 151 de dicha ley.

A su vez, como se desprende del texto del inciso 4°, este requisito para mantenerse dentro del régimen de transición se les aplica a las dos primeras categorías de personas; es decir, a las mujeres mayores de treinta y cinco y a los hombres mayores de cuarenta. Por el contrario, ni el inciso 4°, ni el inciso 5° se refieren a la tercera categoría de trabajadores, es decir, quienes contaban para la fecha (1° de abril de 1994) con quince años de servicios cotizados. Estas personas no quedan expresamente excluidos del régimen de transición al trasladarse al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme al inciso 4°, y por supuesto, tampoco quedan excluidos quienes se trasladaron al régimen de prima media, y posteriormente regresan al de ahorro individual, conforme al inciso 5°.

El intérprete podría llegar a concluir, que como las personas con más de quince años cotizados se encuentran dentro del régimen de transición, a ellos también se les aplican las mismas reglas que a los demás, y su renuncia al régimen de prima media daría lugar a la pérdida automática de todos los beneficios que otorga el régimen de transición, así después regresen a dicho régimen. Sin embargo, esta interpretación resulta contraria al principio de proporcionalidad.

Conforme al principio de proporcionalidad, el legislador no puede transformar de manera arbitraria las expectativas legítimas que tienen los trabajadores respecto de las condiciones en las cuales aspiran a recibir su pensión, como resultado de su trabajo.[19] Se estaría desconociendo la protección que recibe el trabajo, como valor fundamental del Estado (C.N. preámbulo, art. 1°), y como derecho-deber (C.N. art. 25). Por lo tanto, resultaría contrario a este principio de proporcionalidad, y violatorio del reconocimiento constitucional del trabajo, que quienes han cumplido con el 75% o más del tiempo de trabajo necesario para acceder a la pensión a la entrada en vigencia del sistema de pensiones, conforme al artículo 151 de la Ley 100 de 1993 (abril 1° de 1994),[20] terminen perdiendo las condiciones en las que aspiraban a recibir su pensión.

En tal medida, la Corte establecerá que los incisos 4° y 5° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 resultan exequibles en cuanto se entienda que los incisos no se aplican a las personas que tenían 15 años o más de trabajo cotizados para el momento de entrada en vigor del sistema de pensiones consagrado en la Ley 100 de 1993, conforme a lo dispuesto en el artículo 151 del mismo estatuto.

Por supuesto, esto no significa que las personas con más de 15 años cotizados, y que se encuentran en el sistema de ahorro individual con solidaridad, se les calcule su pensión conforme al régimen de prima media, pues estos dos regímenes son excluyentes. Como es lógico, el monto de la pensión se calculará conforme al sistema en el que se encuentre la persona.

base en la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen, desde luego si hay lugar a declararla.

Así las cosas, debe precisarse, frente al tema en particular ya se ha pronunciado en múltiples ocasiones la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de justicia, reiterando que para el estudio de la procedencia de la ineficacia o nulidad del traslado, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando esta 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 integra al mismo afiliado, 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 y 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,

Adicionalmente, resulta indispensable armonizar el interés en proteger la expectativa legítima de las personas que habían cumplido quince años o más cuando entró en vigencia el sistema, con el interés en que el régimen de prima media tenga los recursos suficientes para garantizar su viabilidad financiera. También resultaría contrario al principio de proporcionalidad, que quienes se trasladaron de este régimen al de ahorro individual, y después lo hicieron nuevamente al de prima media, reciban su pensión en las condiciones del régimen anterior, sin consideración del monto que hubieran cotizado.

Por lo tanto, las personas que hubieran cotizado durante 15 años o más al entrar en vigencia el sistema de pensiones, y se encuentren en el régimen de prima media con prestación definida, tendrán derecho a que se les apliquen las condiciones de tiempo de servicios, edad y monto de la pensión, consagradas en el régimen anterior, siempre y cuando:

- a) Al cambiarse nuevamente al régimen de prima media, se traslade a él todo el ahorro que habían efectuado al régimen de ahorro individual con solidaridad, y*
 - b) Dicho ahorro no sea inferior al monto total del aporte legal correspondiente en caso que hubieren permanecido en el régimen de prima media.*
- En tal evento, el tiempo trabajado en el régimen de ahorro individual les será computado al del régimen de prima media con prestación definida.”*

tiene a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, *incluso al punto de desanimar al interesado, por ser los especialistas* en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

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

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

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

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

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

“RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL”, es de \$1.580.465, cálculos que efectuó el Fondo accionado, el 13 de agosto de 2002.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo

335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

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

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

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

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

“Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a 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.

recientemente en las sentencias SL 1421 de 2019, SL 1452 de 3 de abril de 2019 y 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 actora recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiera informado en relación

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.

con el régimen de transición del cual era beneficiaria, y menos aún de las desventajas que traería el cambio de régimen, destacando que de las manifestaciones expuestas en el interrogatorio parte absuelto por la promotora del juicio⁶, no se puede demostrar la información suministrada al momento del traslado, pues la actora se limitó en señalar que le indicaron que el ISS se acabaría, que en el RAIS tendría mayor rentabilidad y que su pensión sería mejor, sin que hiciera mención alguna frente a las consecuencias del traslado.

En la misma dirección no sobra agregar, en cuanto a la suscripción del formulario de afiliación, diligenciado a PORVENIR el 30 de agosto de 1999 (fol. 39), ello 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, en cuanto, conforme se examinó en autos, a la señora GLORIA ESPERANZA ANGEL, desde luego, le generaba mayores beneficios permanecer en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, con miras a conservar su régimen de transición. Al tema puede consultarse el pronunciamiento realizado por la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 19447 de 2017, citada en la sentencia SL 1689 de 2019⁷.

Además, en cuanto al comunicado de prensa visto a folios 137 y 138, es de anotarse, la transcripción de normas legales allí consignadas no supe el deber de información idónea referido a lo largo de este proveído, pues lo que allí se lee es la cita de normas relacionadas con la posibilidad de traslado, siendo el tema aquí en discusión absolutamente distinto a la oportunidad del traslado entre regímenes.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR omitió en el momento del traslado de régimen (30 de agosto de 1999 fl. 39), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos esto es omitiendo 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 SL 12136 de 2014, ello deriva

⁶ Cd. fl. 165, record: 11:30

⁷ “(...) (ii) En el campo de la seguridad social, existe un verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), pues dicho procedimiento garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, que el usuario comprende las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen; esto es que, previamente a tal acto, aquel recibió información clara, cierta, comprensible y oportuna. Luego, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información (...)”

en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia y se dispuso por el Juez de primera grado.

En ese orden, la ineficacia del traslado de régimen es procedente y en consecuencia el traslado del saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la actora, junto con sus rendimientos y la activación de la afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida, tal y como lo indicó el a quo, de tal manera se prohijara la decisión de primer grado en este punto.

Por otro lado y para resolver las inconformidades expuestas en la alzada por COLPENSIONES y PORVENIR, relacionadas con la sostenibilidad del sistema y la devolución de los gastos de administración, conviene precisar, en autos no tiene incidencia alguna la financiación del sistema, 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.

Además, es menester precisar, los gastos de administración surgen como consecuencia de la afiliación, y en ese orden al declararse la ineficacia del traslado, resulta claro que dichos gastos quedan sin fundamento, pues lo que ocurre es que la situación de afiliación de la actora vuelve a su estado inicial es decir es como si dichos gastos no se hubiesen generado, por ende frente a este aspecto no hay lugar a estudiar la excepción de prescripción como se propone en la alzada por Porvenir, ante la inexistencia de los mismos, 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 accionante a Colpensiones, 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.”

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por Colpensiones respecto de quien además se surte el grado jurisdiccional de Consulta (fls. 80 y 81⁸), 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 de ser la declaración de un estado jurídico, está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción, acogiendo ahora 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 decisión de primer grado.

⁸ Por auto del 15 de julio del 2018 se tuvo por contestada la demandada por parte de Colpensiones (fl. 110)

SIN COSTAS en esta instancia.

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

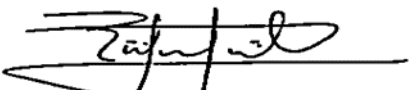
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juez 32 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las motivaciones precedentemente expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR LUZ STELLA BONILLA
PARDO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES-, COLFONDOS S.A, PORVENIR S.A. Y OLD MUTUAL S.A.
(SKANDIA) (RAD. 32 2019 00230 01).**

Bogotá D.C. treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por COLPENSIONES (folios 349 a 355)¹, PORVENIR² (folios 356 a 363), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con el fin de resolver los recursos de apelación formulados por PORVENIR y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de Consulta en favor de esta última, contra la sentencia proferida por el Juez Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 29 de julio de 2020 (CD folio 343, audiencia virtual concentrada artículos 77 y 80 del C.P.T, récord: 2:34:52, acta folios 344 y 345), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones formuladas por las demandadas.

SEGUNDO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen efectuado por la demandante LUZ STELLA BONILLA PARDO, a través de la PENSIONAR hoy SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS., así como los posteriores traslados entre administradoras del régimen de ahorro individual efectuados por la demandante.

TERCERO: Como consecuencia de lo anterior, CONDENAR a la demandada PORVENIR S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES, la totalidad del capital

¹ Remitidos mediante correo electrónico el 30 de septiembre de los corrientes.

² Remitidos mediante correo electrónico el 29 de septiembre de los corrientes.

acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con sus rendimientos y el bono pensional, si a ello hubiere lugar.

CUARTO: ORDENAR a la demandada COLPENSIONES a recibir a la demandante LUZ STELLA BONILLA PARDO como afiliada al régimen de prima media con prestación definida, sin solución de continuidad y en las mismas condiciones en que se encontraba afiliada al momento del traslado de régimen que se declara ineficaz.

QUINTO: CONDENAR en **COSTAS** a la demandada OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS o SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS y a favor de la demandante. Tásense por secretaría incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a 3 salarios mínimos legales mensuales vigentes. Sin costas respecto de las demás codemandadas.

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 representantes judiciales de PORVENIR y COLPENSIONES interpusieron recurso de apelación, respectivamente.

Inicialmente, la apoderada de PORVENIR presenta el recurso de alzada frente a los numerales 1, 2 y 3 de la sentencia, en cuanto se declaró la ineficacia del traslado con la devolución de los saldos y los rendimientos, sin explicar o fundamentar los motivos sobre los que versaba su desacuerdo con la providencia³ (CD folio 343, audiencia virtual concentrada artículos 77 y 80 del C.P.T, récord: 2:39:40, acta folios 344 y 345).

A su turno, COLPENSIONES solicita la revocatoria de la sentencia en lo desfavorable a esa entidad, pues en su sentir, se dejó de lado el principio de la relatividad jurídica y que esa administradora era un tercero en el acto jurídico celebrado entre la actora y las AFP demandadas, y a pesar de ello, es quien, en últimas, debe cargar con las consecuencias negativas de la nulidad declarada en tanto, con tal determinación, asegura, se afecta la sostenibilidad financiera del sistema pensional al tener que eventualmente reconocer la pensión de vejez a favor de la demandante, a quien no se tuvo en cuenta durante 25 años en las proyecciones y reservas presupuestales efectuadas por COLPENSIONES, en

³ “Gracias señor juez, sí, siendo esta la oportunidad legal, me permito interponer recurso de apelación en contra de la sentencia que acaba de proferir el despacho. La apelación se realiza de manera parcial en lo referente al numeral 1, 2 y 3 de la presente providencia: en lo referente a la declaratoria de la ineficacia, el traslado de los saldos de capital que se encuentran en poder de mi representada, de los rendimientos y en lo referente a la orden proferida por el despacho de que COLPENSIONES re afilie al afiliado. Así entonces, queda sentado mi recurso de apelación.”

razón, precisamente, a que se encontraba “*válidamente*” afiliada al régimen de ahorro individual.

Por lo anterior, pretende, no se ordene el retorno de la demandante al régimen de prima media sin solución de continuidad y en lugar de ello, se disponga a SKANDIA reconocer la pensión a la actora como si estuviese afiliada al régimen de prima media, por ser quien omitió el deber de información⁴ (CD folio 343, audiencia virtual concentrada artículos 77 y 80 del C.P.T, récord: 2:40:57, acta folios 344 y 345),

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante LUZ STELLA BONILLA PARDO, en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas a folios 86 a 88, las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos expuestos a folios 80 a 86, aspirando se declare la nulidad del traslado del régimen de prima media

⁴ “Sí señoría, respetuosamente me permito interponer recurso de apelación en contra de la sentencia que acaba de proferir el despacho teniendo en cuenta lo siguiente.

Le solicito al Honorable tribunal Sala Laboral, revocar la sentencia en lo desfavorable a COLPENSIONES, en atención a que se dejó de un lado el principio de la relatividad jurídica, en el entendido que COLPENSIONES es un tercero en el acto jurídico celebrado entre las partes y las AFP demandadas, razón por la cual los efectos jurídicos de estos actos jurídicos, no pueden a quienes no hayan intervenido en ellos, como lo es COLPENSIONES, razón por la cual, le solicito al Honorable Tribunal que no es posible que la condena impuesta de declarar la nulidad o ineficacia del traslado de efectuado por la demandante al régimen de ahorro individual, mi representada sea quien pague las consecuencias de dicha nulidad, consecuencias que se tienen claras que es la afectación a la sostenibilidad financiera del sistema pensional del régimen de prima media.

Esto en atención a que, como bien se dijo en la contestación de la demanda, con un regreso de la demandante al régimen de prima media y un eventual futuro reconocimiento pensional, se va a ver gravemente afectado el equilibrio financiero del sistema, en atención a que la demandante regresará a un régimen el cual no la tuvo en cuenta durante 25 años para proyecciones, cálculos o reservas presupuestales, en atención a que la demandante se encontraba, para mi representada, válidamente afiliada al régimen de ahorro individual.

Por lo que le solicito Honorable Tribunal, revoque la sentencia en lo desfavorable a COLPENSIONES y no ordene el retorno de la demandante al régimen de prima media sin solución de continuidad y en lugar de ello, si bien se está declarando la nulidad e ineficacia del traslado efectuado por la demandante al régimen de ahorro individual, le solicito al Tribunal se condene a la AFP que incurrió en la falta del deber de información, que en este caso, es la AFP SKANDIA u OLD MUTUAL, a que reconozca y pague a la demandante la pensión que la actora debería recibir si estuviese al régimen de prima media en razón a la falta de información en la que incurrió esta AFP, que la demandante se trasladó al régimen de ahorro individual perdiendo así, los beneficios del régimen de prima media.

De esta manera, expuestos mis argumentos del recurso de apelación, reiterándole al Honorable Tribunal revoque la sentencia en los desfavorable a COLPENSIONES. Gracias.”

al régimen de ahorro individual administrado por OLD MUTUA PENSIONES Y CESANTÍAS (antes PENSIONAR) realizado en diciembre de 1995, al igual que los traslados realizados posteriormente dentro del mismo régimen en octubre de 1999 y abril de 2017 a PORVENIR S.A, en septiembre de 2002 y agosto de 2014 a COLFONDOS. En consecuencia, se condene a PORVENIR S.A, a trasladar a COLPENSIONES todas las cotizaciones y rendimientos que reposen en su cuenta de ahorro individual ordenando a esta última recibir el respectivo traslado. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró la ineficacia el traslado de régimen pensional realizado por la actora a PENSIONAR (hoy SKANDIA o OLD MUTUAL), ordenando a PORVENIR, actual administradora de la demandante, la devolución de saldos de la cuenta de ahorro individual al Régimen de prima media con prestación definida junto con los rendimientos causados y el bono pensional si hubiere lugar, tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada OLD MUTUAL o SKANDIA (antes PENSIONAR) no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía con la demandante, al momento del traslado.

Para resolver la controversia, es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002⁵.

Así las cosas, en el CD de folio 127⁶, milita copia de la cédula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 27 de mayo de 1961, por lo que la edad de 57 años, los cumplió el mismo día y mes de 2018,

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”.

⁶ Expediente administrativo incorporado por COLPENSIONES.

procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante Colpensiones el 22 de mayo de 2018 (folios 23 y 24), es decir, cuando le faltaban menos de diez años para cumplir la edad requerida para adquirir el derecho pensional –tenía 56 años-. De otra parte, no tenía la demandante 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con 687,71 semanas de cotización (folios 122 a 124, Historia Laboral emitida por COLPENSIONES y historia válida para bono pensional expedida por el Ministerio de Hacienda, folios 290 a 292) equivalentes a 13,37 años, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante lo anterior, con fundamento en la ausencia del suministro de información, pretende la actora a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 22 de noviembre de 1995 (folios 195, 175 y 295) específicamente, conforme la información consignada en el formulario de afiliación a PENSIONAR S.A. (hoy OLD MUTUAL o SKANDIA), la historia laboral válida para bono pensional y el reporte SIAFP expedido por ASOFONDOS.

Así las cosas, frente a la ineficacia del traslado ya se ha pronunciado en múltiples ocasiones la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, reiterando que para el estudio de la procedencia de la misma, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando esta 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, la 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 PENSIONAR S.A. (hoy OLD MUTUAL o SKANDIA).

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

⁷ “Además, debe la Corte destacar que no fue objeto de controversia que el actor estuvo afiliado al régimen pensional que administra el Instituto de Seguros Sociales desde el 12 de marzo de 1969 hasta el 12 de agosto de 2002, fecha ésta en la que se trasladó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías

Protección S.A.; que nació el 13 de octubre de 1944, por lo que estaba amparado por el régimen de transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que cumplía con los requisitos a que alude la citada normativa.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“(…).

“Las administradoras de pensiones lo son de un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados, según lo prescribe el artículo 97 de la Ley 100 de 1993; la Ley radica en ellas el deber de gestión de los intereses de

quienes se vinculen a ellas, y cuyos deberes surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la

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

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

(…)

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

(…).

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

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, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la accionante en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues en manera alguna se encontró acreditado, siquiera de manera sumaria, que se le hubiera informado sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la demandante⁸, no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado al momento de la suscripción del formulario de afiliación, en tanto se limitó a indicar que a su lugar de trabajo llegaron los asesores de los fondos privados y en una reunión les manifestaron que el Instituto de Seguros Sociales se iba a privatizar, que lo mejor era pasarse a ese fondo por cuanto su pensión iba a ser 2 o 3 veces más alta de lo que le correspondería en el ISS además, que tendría derecho a un bono pensional, que se podía pensionar antes y heredar lo ahorrado; que los aportes en ambos regímenes se hacían exactamente igual y no requería hacer aportes adicionales. Desconoce los requisitos para pensionarse en uno u otro régimen, pues entiende que en ambos se requiere tener una edad mínima y determinado número de semanas cotizadas.

Tampoco deviene probado con las versiones vertidas por los testigos GONZALO SUAREZ ÁVILA⁹ y GUSTAVO ALONSO GARZÓN TORRES¹⁰, debido a que no estuvieron presentes al momento en que la demandante suscribió su traslado de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (folio 195), plasmado en el formulario de afiliación a PENSIONAR (hoy OLD MUTUAL o SKANDIA), 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

⁸ Cd folio 343, récord 22:31. Audiencia virtual.

⁹ Cd folio 343, récord 1:02:02 Audiencia virtual.

¹⁰ Cd folio 343, récord 1:16:21 Audiencia virtual.

explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada. (Sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019).

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada OLD MUTUAL o SKANDIA S.A. (antes PENSIONAR), omitió en el momento del traslado de régimen (22 de noviembre de 1995, folio 195) el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL 12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

Es menester precisar, el hecho que la demandante hubiese efectuado varios traslados entre AFP (folios 175) 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 a folios 175, 176, 245, 246 y 247, situación que por demás no es ni fue objeto de litigio. Frente al de traslado a diversas AFP memórese el pronunciamiento de la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia de radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011.

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 guardan relación con la información que se le debía suministrar cuando se trasladó de régimen, al respecto puede consultarse 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 del saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la actora, actualmente administrada por PORVENIR (folio 266), junto con sus rendimientos, así como la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, debiendo confirmar la sentencia de primer grado en este aspecto.

Conviene precisar, en autos no tiene relevancia la financiación del sistema, o que la convocante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues basta con señalar, 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. Es precisamente atendiendo esta última razón que no resulta procedente lo pretendido por COLPENSIONES, esto es, que se disponga el reconocimiento de la prestación a cargo de OLD MUTUAL o SKANDIA como AFP que omitió su deber de información, pues como se ve, la ineficacia del traslado entre regímenes equivale a la inexistencia de ese tránsito y ratifica la afiliación de la actora en el régimen de prima media que únicamente administra COLPENSIONES encontrándose por tanto a su cargo el reconocimiento de las prestaciones a que haya lugar a favor de la demandante siempre que se cumplan los requisitos de causación.

En lo que atañe a la excepción de prescripción¹¹ (fl. 117), 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 de ser la declaración de un estado jurídico, está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción, acogiendo esta 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, conforme las motivaciones que preceden, se confirmará la decisión de primer grado.

SIN COSTAS en esta instancia.

¹¹ Se tuvo por contestada la demanda de Colpensiones mediante auto del 3 de octubre de 2019 (fol. 199)

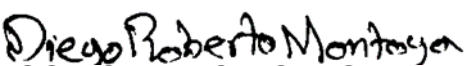
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

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

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

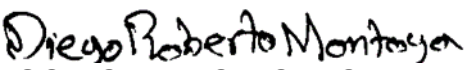
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MARIA CRISTINA
RINCÓN RIVERA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES –COLPENSIONES Y PORVENIR S.A. (RAD. 35 2019 00457 01).**

Bogotá D.C., treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020)

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la abogada LEIDY CAROLINA FUENTES SUAREZ, como apoderada sustituta de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, en los términos y para los efectos el poder de sustitución otorgado por la doctora CLAUDIA LILIANA VELA, en su calidad de representante legal de la sociedad CAL & NAF ABOGADOS S.A.S, apoderada principal, el cual se incorporó a las diligencias por medio electrónico el 6 de octubre de los corrientes.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por las partes mediante correos electrónicos del 1 y 6 de octubre de los corrientes, respectivamente, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente decisión,

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, contra la sentencia proferida

por el Juez Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 14 de septiembre de 2020 (Audiencia virtual, récord 34:47, acta de audiencia digital, expediente electrónico), en la que se resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER a las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A., de todas las pretensiones incoadas en su contra por la accionante **MARÍA CRISTINA RINCÓN RIVERA**, conforme a las razones indicadas en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: Se DECLARAN PROBADAS las excepciones denominadas inexistencia del derecho y falta de causa para pedir planteadas por COLPENSIONES e inexistencia de la obligación, propuesta por PORVENIR.

TERCERO: Se CONDENA en COSTAS a la señora **MARÍA CRISTINA RINCÓN RIVERA**, señalamos como agencias en derecho \$200.000 que se incluirán en la liquidación de costas a cargo y a favor de COLPENSIONES.

CUARTO: Si no es apelada la decisión, se remitirá al Tribunal Superior de Bogotá para que se tramite en el GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA.”

Inconforme con la decisión, la apoderada judicial de la demandante interpuso recurso de apelación solicitando se revoque la sentencia y, en su lugar, se acceda a las pretensiones de la demanda.

En sustento de ello refiere, en primer lugar, el formulario de afiliación incorporado a las diligencias no corresponde a la demandante pues si bien tienen el mismo nombre, la persona signante tiene 35 años de edad y es nacida en Táchira, por lo que claro resulta que el documento suscrito por la actora no obra en las diligencias, con lo cual advierte se contrarió el artículo 11 del Decreto 692 de 1994 y demás normas concordantes.

Por otra parte, resalta, PORVENIR no cumplió con su deber de información al momento del traslado realizado por la convocante el 6 de mayo de 1994, y como quiera que esta desconocía la incidencia que su traslado podía tener frente a sus derechos prestacionales, no puede entenderse que su manifestación fue libre y voluntaria, razón por la cual el tránsito es *“ineficaz y nulo”*.

Recuerda la jurisprudencia que entorno a la ineficacia del traslado ha construido la Corte Suprema de Justicia para ilustrar que no es necesario un formulario de afiliación para acreditar un consentimiento informado y la obligación en cabeza de la AFP de acreditar que entregó la misma de forma completa y comprensible

acerca de las características, ventajas, desventajas y consecuencias del tránsito de régimen.

Menciona, la demandante no absolvió interrogatorio de parte alguno con el que se pudiera determinar la información recibida por esta, advirtiendo, en todo caso, según los pronunciamientos del órgano de cierre de esta jurisdicción la carga de la prueba se invierte, pero PORVENIR no acreditó el cumplimiento de ese deber de información.

En esa misma línea, argumenta, para aplicar el precedente referido no se requería que la actora fuera beneficiaria del régimen de transición, estuviera próxima a pensionarse o tuviera una expectativa legítima y menos aún, demostrar un perjuicio irremediable, destacando, en la demanda se indicó sobre el déficit en la pensión que le correspondería en el fondo privado, pues esta resulta inferior a la que se le reconocería en el régimen de prima media.

Señala, no se requería acreditar vicios en el consentimiento y en los términos del artículo 1604 del C.C. la prueba de la diligencia o cuidado le correspondía a quien debía emplearla, esto es, a la administradora de fondo de pensiones convocada a la litis¹ (Audiencia virtual, récord 36:12, acta de audiencia digital, expediente electrónico).

¹ “Su señoría, respetuosamente me permito interponer recurso extraordinario de apelación de conformidad con el artículo 66 del Código Procesal del Trabajo y de la seguridad social, modificado por el artículo 10 de la ley 1149 de 2007 en razón a las siguientes manifestaciones.

Solicito al Tribunal revocar en la totalidad el fallo proferido en esta instancia por el Juez 35 Laboral en razón a que, primero, quiero hacer una acotación del formulario allegado por PORVENIR, no corresponde a mi representada toda vez que, si bien es un homónimo de mi representada, la señora MARÍA CRISTINA RINCÓN RIVERA que firma este formulario tiene 35 años de edad, es nacida en Táchira y no corresponde a mi representada, es decir, no hay formulario de afiliación dentro del proceso.

Por otra parte, solicito al Honorable Tribunal que se tenga en cuenta que la sociedad PORVENIR S.A., no le manifestó a mi representada al momento de traslado el 6 de mayo de 1994, conforme lo establece el artículo 1502 y 1508 del código civil, la suficiente información al estar vulnerando los artículos 13 literal B de la ley 100 de 1993 y da lugar a las sanciones previstas en el artículo 271 de la misma normatividad, ya que si el afiliado desconoce la incidencia que el traslado pueda tener frente a sus derechos prestacionales, no puede entenderse que exista una manifestación libre y voluntaria y, por lo tanto, es ineficaz y nulo el tránsito.

De la misma manera, cabe advertir que en el presente asunto no obra formulario de afiliación que formalizó el traslado o el negocio jurídico de traslado de régimen efectuado el 6 de mayo de 1994 por ende, es evidente que se vulneró el artículo 11 del decreto 692 de 1994 junto con los artículos 13 literal B, 114 y 271 de la ley 100 del 93.

Frente a los procesos de ineficacia del traslado, es pertinente mencionar que la Honorable Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, ha construido de manera pacífica, unificada y reiterada a través de las sentencia 31989 del 9 de septiembre del 2008, la 33083 del 22 de noviembre del 2011, 46292 del 3 de septiembre del 2014, recientes pronunciamientos como lo son la SL-2035 del 2020, donde manifiestan y son

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 CRISTINA RINCÓN RIVERA en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda (páginas 4 y 5 expediente digital) las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (págs. 5 a 7, expediente digital), aspirando se declare la nulidad y/o ineficacia de su traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR, realizado el 6 de mayo de 1994, por la “indebida y nula” información que le suministró el fondo privado para convencerla de trasladarse. En ese orden, se disponga a

claros en los puntos como, que no se requiere un formulario de afiliación para acreditar un consentimiento informado, que era obligación del fondo entregar al afiliado una información completa y comprensible, en la medida de una simetría de un afiliado lego, o información acerca de las características, ventajas, desventajas, consecuencias que ese traslado de régimen le podría afectar al afiliado lego.

Tampoco hubo en el expediente un interrogatorio de parte que de pronto esclareciera la situación en cuanto a la información que le suministraron a mi representada. Así mismo, la corte dice que en este tipo de asuntos se invierte la carga de la prueba, es decir que PORVENIR en ningún momento acreditó que le brindó a mi representada una información clara, completa y comprensible, tal como lo manifiesta y lo solicita la Corte Suprema de Justicia en sus más recientes pronunciamientos. No es necesario ser beneficiario del régimen de transición o estar próximo a pensionarse o tener una expectativa legítima para aplicar el precedente antes mencionado y, tampoco especifica en sus pronunciamientos la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, en sus sentencias, que se tenga que demostrar un perjuicio irremediable a mi representada, esto sencillo, de manera oficiosa se pudo haber solicitado a COLPENSIONES que allegara una proyección de la pensión que le correspondería a mi representada, en el caso que nos ocupa no ocurrió, deber que nosotros sí realizamos como apoderados, porque lo que manifesté en mis alegatos de conclusión está dentro de la demanda, dentro de la proyección de la demanda, el déficit que se encuentra entre la pensión que le correspondería a mi poderdante en COLPENSIONES como el que le correspondería a mi representante en el fondo privado y ahí, si bien no estaba probado por una entidad como lo era COLPENSIONES o el fondo privado, acreditar esta información o controvertirla, no lo hicieron dentro del plenario, no controvertieron la información, el deber ser era que hubieran allegado esa información al plenario si se requería que cada entidad lo suministrara para demostrar el perjuicio irremediable que era fundamental para el fallo de primera instancia.

Así mismo, manifiesta la Corte en sentencia 1688 de 2019 que no es necesario acreditar vicios en el consentimiento como lo es error, fuerza o dolo. Por otra parte, el artículo 1604 del Código Civil establece que la prueba de diligencia o cuidado corresponder a quien ha debido emplearla de lo que sí, es que al fondo de pensiones le correspondía acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias para que el afiliado conociera las implicaciones que podría traerle el traslado de régimen pensional. Así mismo, el artículo 167 del Código General del Proceso manifiesta que estaba a cargo de la demandada PORVENIR, allegar todos y cada uno de los documentos o pruebas que tenía en su poder, como lo manifestó su señoría también en el fallo. PORVENIR informó a mi representada que su pensión de vejez al RAIS sería \$828.266 con la proyección que se arrimó al expediente, fecha en la que cumplía ella 57 años de edad y en el régimen de prima media a los 57 años le correspondería una pensión de \$2,025.383, quedando más que demostrado el perjuicio irremediable y que la mesada ya que mi representada tenía un déficit de \$1,362.166.

Por todo lo anterior, solicito al honorable tribunal revocar en su totalidad el fallo proferido por el Juez 35 Laboral al no estar de acuerdo con el mismo. Muchísimas gracias su señoría.”

COLPENSIONES y PORVENIR S.A. realizar todas las gestiones administrativas pertinentes encaminadas a anular el traslado de régimen efectuado el 6 de mayo de 1994 y, en consecuencia, se ordene a PORVENIR trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que se encuentren depositados en su Cuenta de Ahorro Individual, disponiendo que esta última reciba su afiliación sin solución de continuidad desde el 19 de junio de 1987, además, corrija y actualice su historia laboral. **Obteniendo sentencia de primera instancia totalmente desfavorable a sus pretensiones**, por cuanto se absolvió a las demandadas y se impusieron costas a cargo de la activa. Lo anterior tras considerar, aunque la administradora de fondos de pensiones no acreditó la debida información a la demandante al momento del traslado, esta no demostró el perjuicio que le ocasionó el traslado según lo argumentado en la demanda.

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

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía de la demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 14 de junio de 1964 (folio 28³), por lo que la edad de 57 años, los cumpliría el mismo día y mes del año 2021, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES y PORVENIR el 5 de junio de 2019 (págs. 46 a 57 y 61 a 72⁴), esto es, cuando le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad requerida para adquirir el derecho pensional -tenía 55 años-, y de otra parte, no contaba con 15

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 Página 31 del expediente digital.

⁴ Expediente digital.

años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994⁵-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con 276,14 semanas de cotización (reporte de semanas expedido por Colpensiones, allegado con la contestación de la demanda) equivalentes a 5,29 años, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

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 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 6 de mayo de 1994 (página 36 y 156 a 157, expediente digital) específicamente conforme la información consignada en la certificación expedida por COLPENSIONES y la respuesta dada por PORVENIR a la petición realizada por la demandante en la que ratifican que *“la señora María Cristina Rincón diligenció la afiliación ante esta administradora 06 de mayo de 1994, quedando vigente a partir del 01 de junio de 1994 en Porvenir”*, **precisando** en este punto que en autos el acto de afiliación no fue objeto de debate pues la misma demandada PORVENIR desde la contestación de la demanda, aunque dijo no ser cierto *“como está redactado”* lo relatado por la actora en el hecho tercero⁶ (página 141, expediente electrónico), ello fue únicamente frente a la información suministrada a esta, empero ninguna manifestación u objeción realizó frente a la fecha indicada en tal supuesto fáctico (6 de mayo de 1994), sin que para el tema objeto de debate la presencia del formulario escrito constituya 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; imponiéndose entonces a esta demandada acreditar el consentimiento informado y en esa medida, resulta procedente el estudio de la viabilidad o no de la declaración de ineficacia conforme los argumentos expuestos en la alzada.

Así las cosas, debe precisarse, frente a la ineficacia o nulidad del traslado ya se ha pronunciado en múltiples ocasiones la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de justicia, reiterando que para el estudio de la procedencia de la misma,

⁵ Era trabajadora del sector privado.

⁶ En la que se refiere a su afiliación a PORVENIR

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(…)

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

(…).

Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en

“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.

mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

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

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen la demandante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la accionante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues en manera alguna se encontró acreditado, siquiera de manera sumaria, que se le informó sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

Al punto, en cuanto al comunicado de prensa incorporados por la llamada a juicio (páginas 154 a 155, expediente digital), es de anotarse, la transcripción de normas legales allí consignadas no suple el deber de información idónea referido a lo largo de este proveído, pues lo que allí se lee es la cita de normas relacionadas con la posibilidad de traslado, siendo el tema aquí en discusión absolutamente distinto a la oportunidad del traslado entre regímenes.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR, omitió en el momento del traslado de régimen (6 de mayo de 1994, página 36), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL 12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

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 servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar a la demandante cuando se trasladó de régimen, al respecto se puede consultar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia STL 11385 del 18 de julio de 2017, radicado 47646.

En ese orden, la ineficacia del traslado de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de PORVENIR como administradora de pensiones a la que se encuentra afiliada la actora, del saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la actora, junto con sus rendimientos y gastos de administración, y la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, de tal manera se revocará la decisión de primer grado en este aspecto.

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

Además, se advierte, los gastos de administración surgen como consecuencia de la afiliación, y en ese orden al declararse la ineficacia del traslado, resulta claro que dichos gastos quedan sin fundamento, pues lo que ocurre es que la situación de afiliación de la actora vuelve a su estado inicial es decir es como si dichos gastos no se hubiesen generado, razón por la cual es procedente la remisión de la totalidad de los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la actora a Colpensiones, 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.”

En lo que atañe a la excepción de prescripción⁸ (página 98 y 150), basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL 1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por las encartadas, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

⁸ Se tuvo por contestada la demanda por Colpensiones y PORVENIR mediante auto del 27 de agosto de 2020.

Agotada la competencia de la Sala por el estudio de los puntos de apelación, conforme las motivaciones que preceden, se revocará la decisión de primer grado.

SIN COSTAS en esta instancia. Las de primer grado se revocan y quedan a cargo de las demandadas.

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

REVOCAR la sentencia proferida por el Juez Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá y en su lugar se dispone:

PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA DEL TRASLADO de régimen pensional efectuado por la demandante el 6 de mayo de 1994 al Régimen de Ahorro Individual y, en consecuencia, para todos los efectos se tendrá que la señora MARIA CRISTINA RINCÓN RIVERA se encuentra válidamente afiliada al régimen de Prima Media con Prestación definida, administrado por COLPENSIONES.

SEGUNDO: DECLARAR NO PROBADA LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN, conforme a las consideraciones expuestas.

TERCERO: CONDENAR a la demandada **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 o gastos de administración.

CUARTO: CONDENAR a COLPENSIONES a recibir los saldos trasladados de la PORVENIR S.A., a favor de la accionante, teniéndola válidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida.

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia, las de primer grado se revocan y quedan a cargo de las demandadas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**ACTA DE AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO CELEBRADA DENTRO
DEL PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR FABIO ENRIQUE
CHAVEZ PUENTES CONTRA COOPERATIVA MULTIACTIVA DE
TRANSPORTADORES DE SAN MATEO "COOPTRANSANMATEO" (38 2018
0007 01).**

Bogotá D.C. treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020)

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

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la parte actora, contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 25 de agosto de 2020 (Record: 12:29 Audiencia Virtual Parte B), en la que se resolvió:

"PRIMERO: CONDENAR a la demandada COOPERATIVA MULTIACTIVA DE TRANSPORTADORES DE SAN MATEO –COOPTRANSANMATEO- a pagarle al demandante FABIO ENRIQUE CHAVEZ PUENTES la suma de \$278.100 por concepto de cesantías causadas en el año 2009.

SEGUNDO: ABSOLVER a la demandada COOPERATIVA MULTIACTIVA DE TRANSPORTADORES DE SAN MATEO COOPTRANSANMATEO de las demás pretensiones incoadas en su contra por el demandante, en la forma expresamente señalada por el despacho en la parte motiva de la presente sentencia.

TERCERO: EXCEPCIONES, dadas las resultas del juicio, el despacho declara probadas la excepción de prescripción respecto de los intereses de cesantía causados al 31 d enero del año 2010, la prima de servicios causada el 30 de junio del año 2010 y, la sanción por no consignación de la cesantía en un fondo del año

2009, causada el 14 de febrero del año 2010. No probadas las excepciones propuestas respecto de la condena infligida y las absoluciones reconocidas, el despacho se considera relevado del estudio de las propuestas.

CUARTO: COSTAS, lo serán a cargo de la parte demandada, 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, incluyendo adicionalmente lo que ya se había fijado en el marco del recurso de apelación que se tramitó en el curso del presente proceso."

Inconforme con la decisión el apoderado de la parte actora interpuso recurso de apelación de manera parcial, señalando que discrepa de la decisión de primera instancia, en primer lugar frente al estudio de la excepción de prescripción, manifestando que el a quo no tuvo en cuenta el artículo 489 del C.S.T. que habla sobre la interrupción de la prescripción, aduciendo el 27 de septiembre de 2018 se hizo la reclamación de los derechos laborales por lo que en su sentir no se abre paso a la prescripción.

Respecto de la indemnización por despido indirecto, expresa que la carta de renuncia si se encuentra motivada en el sentido de indicar que fueron los funcionarios de la cooperativa quienes lo indujeron a esa decisión.

En relación con el pago de aportes a seguridad social, señala que las planillas de aportes en línea traída por la enjuiciada no están suscritas por el demandante, precisando el propio actor en su interrogatorio señala que era el quien daba el dinero a la demandada para que los cancelara, lo cual fue reafirmado por los testigos Laura Chávez y Fabio Chávez, aduciendo que ni tan siquiera se probó que el propietario del vehículo cancelara dineros al accionante.

Así mismo manifiesta que el promotor del litigio trabajaba de manera exclusiva para la cooperativa y nunca recibió sus salarios, advirtiendo no entiende como la demandada no consigna a una cuenta bancaria la remuneración de sus trabajadores, señalando esta sería la única prueba válida de los pagos efectuados al actor, asegurando ello no aparece acreditado en el plenario.

Finalmente aduce que por la inasistencia de la demandada a la audiencia de conciliación el juez de primer grado, tuvo por ciertos los hechos 1 al 18 y 21 a 39, además de haber sido aceptados por la pasiva en su contestación los hechos 1 a

4, 21, 27 y 42, con lo cual en su sentir es suficiente para acceder a las suplicas de la demanda.¹ (Record: 14:55 Audiencia Virtual parte B)

¹ "Gracias su señoría Sin manifestación su señoría, el suscrito delantamente se permite manifestar al dispensador de justicia que soy muy respetuoso de las decisiones emanadas de nuestros jueces de la república, pero frente a lo decidido por el a quo, me permito deprecar parcialmente recurso de apelación en contra de lo decidido que absuelve a la pasiva con fundamento en lo siguiente, recurso este que sustento de la siguiente manera.

Sea lo primero traer a colación, señor juez, la siguiente norma del código sustantivo del trabajo, artículo 489 que enuncia "interrupciones de la prescripción: al simple reclamo escrito del trabajador recibido por el empleador acerca de un derecho debidamente determinado, interrumpe la prescripción por una sola vez, la cual principia a contarse de nuevo a partir del reclamo y por un lapso igual al señalado por la prescripción correspondiente" norma esta que en un inicio echa de menos el juzgador, pero no de mala fe, tal vez debido a la cantidad de trabajo que pulula al interior de estos despachos judiciales. Consecuente con lo anterior señor juez, dentro del presente procesos está plenamente probado que mi mandante el 27 de septiembre de 2018 hizo la reclamación de sus derechos laborales y, por ende, en mi modesto sentir, no se abre paso a la prescripción.

De otra parte, el señor juez en su juicioso análisis enuncia que en el escrito de la renuncia no fue individualizada la carta de renuncia con destino a determinada persona, pero su señoría, es que estamos al frente ,la pasiva es una persona jurídica y ponerse mi representado a enunciar que la carta iba contra el señor William, o que iba contra la señora "fulana de tal" no es de recibo su señoría, y esto lo enuncio con el mayor respeto y la mayor consideración hacia el operador de justicia, porque estamos frente a una persona jurídica denominada COOPTRANSANMATEO. De tal suerte y manera que, en mi humilde modo de ver, es suficiente con dirigir la renuncia motivada a la cooperativa.

JUEZ (18:04): Doctor, permítame lo interrumpo un segundo, pero lo que yo dije en la sentencia no era que la carta se hubiera dirigido a una persona determinada, sino que cuando se señalaba qué directivas lo estaban presionando, no se había determinado cuales eran esas directivas que lo presionaban. Para que le quede bien su recurso.

Dice su señoría que no se individualizó el funcionario de la cooperativa que lo estaba presionando, pero reitero su señoría, la carta de renuncia fue motivada en el sentido de decir funcionarios de la cooperativa. De toda suerte y manera su señoría, que tampoco se percató el despacho con sus buenos oficios en la abundante considerativa que hace en ese cuerpo de la sentencia sobre lo tocante o lo que arroja a los aportes en línea aportados por la pasiva en su defensa, esos aportes en línea no están suscritos por el señor FABIO ENRIQUE CHAVEZ, son aportes que dicen van de tal persona a tal persona, pero reitero, lo quiero reiterar, lo quiero iterar, no fue mala fe del despacho no haber observado con un poquito más de detenimiento tal aspecto, por ese hecho, cuando al señor FABIO CHAVEZ se le interroga en el día de hoy, él afirma que jamás recibió dinero alguno en relación con los salarios percibidos y explica de manera clara la forma como realizaba los aportes, una cosa es como realiza los aportes y la cooperativa de abroga tal situación como si hubiera sido la cooperativa la que hubiera pagado, pero aunado a ello y adicionado a ello, los testigos, la testificales que fueron vertidas en el día de hoy por la doctora LAURA KATHERINE CHÁVEZ PUENTES y el señor FABIO ANDRÉS CHAVEZ PUENTES, fueron contestes, fueron claros y fueron transparentes en afirmar la forma como el señor FABIO ENRIQUE CHÁVEZ PUENTES cancelaba desde el primer mes que entró a trabajar esos aportes.

Eso no es que haya habido abulia por parte de la demandante en no probar, aquí está probado claramente, su señoría, de que el FABIO ENRIQUE CHÁVEZ PUENTES eral el que pagaba esos aportes, de lo contrario no hubiera podido trabaja ni siquiera un mes, porque esa es la carrera que hace la cooperativa o la costumbre que aterrizza en realidad de la cooperativa en relación con esa circunstancia. Sin embargo, les reitero, los testigos fueron claros en manifestar la forma como él realizaba esos aportes y se dice por parte del despacho, que es inverosímil, por decir lo menos, que el señor Chávez debería haberse apartado al no recibir dineros mensuales frente a ciertos años trabajados y que la experiencia así lo indica. En mi modesto sentir, el señor juez, y así lo explico al a quem, lo que la experiencia nos indica, incluso con muchas trabajadoras del sector de servicio, y su despacho no ha sido la excepción en haber tenido procesos de esa naturaleza, hay muchas trabajadoras del servicio que se convierten en casi un miembro de la familia y pasan 10 años, 15 años y no le han pagado los patrones sus acreencias y sus salarios, y las mantienen durante todo ese tiempo diciéndoles "tranquila que el año entrante le pago y le pago con creces" ese es el caso calcado del señor FABIO ENRIQUE CHÁVEZ PUENTES , la cooperativa muy olímpicamente le habría podido decir a los 5 años "yo me voy de la empresa" pero sin una sola expectativa de dinero para su peculio, pero la cooperativa le dijo "tranquilo señor Chávez" y

así lo explicaron los testigos, “nosotros le vamos a pagar con creces, no se vaya, le vamos a pagar con creces, el año entrante le cancelamos” y así fue pasando el tiempo y así fue pasando el tiempo.

Entonces no es que sea ingenuo trabajar de forma gratuita, era preferible que él se hubiera esperado como así lo hizo, hasta el último momento resistió, y hubiera estado soportando, ósea sacando de su propio peculio, de sus propios ahorros para cumplir con esa carga fiscal y cumplir con otras situaciones personales. Ahora bien, se dice por parte del despacho que el señor FABIO CHÁVEZ incumplió el contrato con fundamento en que no tenía la licencia renovada, eso es que hay cosas, su señoría, que se convierten en imposibles, entonces vuelvo y reitero, no es por la abulia de la promotora de este proceso en que, según lo indica su honorable despacho, no haya cumplido con la carga de la prueba, no hubo ni negligencia ni hubo abulia, con la carga de la prueba se cumplió hasta el punto de que con lujo de detalles, reitero, los testigos explicaron la forma como se cumplía con la carga fiscal y parafiscal, cosa distinta es que yo realizo el pago y la cooperativa lo abroga como si lo hicieran ellos.

Pero adicionado a lo anterior su señoría, el contrato, que es ley para las partes, muestra con claridad meridiana, que el señor FABIO CHÁVEZ trabajaba de manera exclusiva para la cooperativa y que no recibió sus salarios, esa parte también la desconoció el señor juez, se le pasó por alto conocer esa parte, pero sí tomó la otra parte al no mirar con igual rasero, si tomo la otra parte, la que habla de unos aportes y de ahí emana de que el señor FABIO CHÁVEZ le entregaba al propietario del vehículo lo dineros y el propietario del vehículo cumplía con pagarle al señor FABIO CHÁVEZ, no aparece su señoría, una sola prueba que muestre con claridad, ni siquiera medianamente, no hay que hablar de claridad, ni siquiera medianamente, de que algún propietario de un vehículo hubiera venido o hubiera hecho un escrito en donde dijera “yo le pagué al señor FABIO CHÁVEZ las mensualidades de esta y esta manera” ¿por qué? Porque efectivamente no existe, ahí la situación era clara, en que el señor FABIO CHÁVEZ tenía que pagar de su propio peculio sus aportes.

Pero como si lo anterior fuera poco, este humilde abogado se coloca en contravía a lo manifestado por el despacho, cuando el despacho afirma que el señor FABIO ENRIQUE CHÁVEZ PUENTES.

En síntesis, su señoría, tampoco tuvo en cuenta que la cooperativa ni siquiera se dio a la tarea, y eso sí es de la media normal, por no utilizar el mismo término del a quo de inverosímil, eso sí es de la media normal que toda empresa cuenta cuando ingresa un trabajador a trabajar, lo primero que le dicen es “cuénteme, ¿usted tiene cuenta bancaria? Si no tiene cuenta bancaria, hágame el favor y la abre, como requisito sine qua non para que pueda entrar a trabajar con nosotros” porque no cabe en cabeza de nadie, de que una empresa de esta naturaleza, no le consigne a sus trabajadores los dineros en una respectiva cuenta bancaria, que ese sí es el soporte su señoría (onus probandi incumbit actori, reus excipiendo fit actori) y precisamente, con ese principio universal ha cumplido la actora, no aparece, ni siquiera asomo, sobre una cuenta bancaria en relación con un trabajador, eso se sale de la media normal, no hay una sola empresa que no le abra una cuenta o que no le exija una cuenta a un trabajador.

Sorprende, desde luego, que el despacho no haya dado paso a las suplicas de la demanda con todo el acervo probatorio que se encuentra a favor de la actora, y adicionado a ello, como si ello fuera poco, no es un saludo a la bandera, porque no puede ser un saludo a la bandera, que el despacho independientemente, y eso sí se lo aplaudo al señor juez, que conforme al principio de la inmediación se convierta en un juez garantista, ni más faltaba, plausible para el señor juez, pero no puede ser un saludo a la bandera que con calendas 2 de diciembre de 2019, en diligencia que tuvo su desarrollo al interior de su despacho, esa vez de manera presencial, con la tardanza con la que se hizo presente al despacho la pasiva, el señor juez con sus buenos oficios puso de presente que frente a lo mandado en el artículo 77 del código de procedimiento laboral, su despacho tuvo por ciertos los hechos de la demanda, entre otros, el 1 al 10, el 11 al 18, el 21 y del 21 al 39. Pero como si ello fuera poco, la pasiva aceptó los hechos primero al cuarto, 21, 27 y 42, razón por la cual, tal situación sería suficiente para acceder a las súplicas de la demanda, reitero, ese no es un saludo a la bandera, ello es la jurisprudencia, la doctrina, los señores jueces laborales con sus buenos oficios han echado mano de tales circunstancias y le han dado rigurosidad y aceptación a lo mandado en el artículo 77.

Con fundamento en ello y bajo esos parámetros, señor juez, es que el suscrito disiente de la sentencia emanada por su digno despacho, reitero, de manera parcial, a efecto de que los honorables magistrados del Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral con sus buenos oficios, al instante de emitir la sentencia de segundo grado, le abran paso a las súplicas de la demanda e los términos indicados en el libelo demandatorio con las consecuencias que de ello deviene, es decir, la condena en costas y perjuicios una vez resulte vencida la pasiva con base, reitero, en el caudal probatorio obrante en el proceso y las pruebas legal y debidamente ordenadas por el a quo. Gracias su señoría.”

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante en éste ordinario, las pretensiones visibles a folios 83 a 87 del expediente digital, las cuales fundó en los hechos narrados a folios 76 a 83, solicitando se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido el cual inició el 1° de julio del 2009 y terminó el 27 de septiembre del 2018 por causa achacable a la empleadora, época para la cual devengaba un salario de \$781.242, en consecuencia solicita se condene a la demandada a pagarle por todo el tiempo laborado: salarios, cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios, vacaciones causadas, no disfrutadas y no pagadas, indemnización por despido, indemnización moratoria, indemnización por no consignación de las cesantías, aportes a seguridad social cancelados de su patrimonio, derechos *ultra y extra petita* y costas del proceso. **Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus aspiraciones,** en tanto únicamente se condenó al pago de las cesantías del año 2009, absolviendo de las demás pretensiones en primer lugar por encontrarse prescritas las acreencias laborales causadas tres años antes de la presentación de la demanda y en segundo lugar por cuanto la demandada junto con la contestación de la demanda allegó la prueba del pago de salarios de junio de 2015 a septiembre de 2018, la consignación de las cesantías e intereses del 2010 al 2017 y el pago directamente al trabajador de las del 2018, como también el pago de las primas de servicios y vacaciones del 2010 en adelante. Respecto de los aportes a seguridad social señaló no encontrar prueba relacionada con el pago que aduce haber efectuado el actor de su patrimonio, así mismo absolvió de la indemnización por despido indirecto tras considerar que se trató de una renuncia voluntaria y no por causas imputables a su empleador y en cuanto a la indemnización moratoria señaló que si bien no se efectuó el pago de las cesantías del año 2009, tal conducta no puede considerarse de mala fe pues durante toda la relación laboral canceló debidamente las acreencias del accionante.

Pues bien, no es motivo de controversia en esta instancia, que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 1° de julio del 2009 hasta el 27 de septiembre del 2018, en virtud del cual el actor en calidad de

trabajador se desempeñó en el cargo conductor, devengando como salario el mínimo mensual legal vigente para cada anualidad, hechos que además de haber sido señalados por la *a quo* no fueron objeto de apelación y se corroboran con las documentales de folios 35 y 40 (expediente digital).

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

En cuanto al tema de la **prescripción** primer punto de apelación, baste con señalar esta Sala de decisión, que no pueden acogerse favorablemente los argumentos del apelante dirigidos a establecer que en el presente asunto no operó dicho fenómeno extintivo atendiendo la data en que finalizó el contrato de trabajo del accionante (27/09/2018) pues en dicha misiva nada se dice sobre la reclamación de sus derechos laborales (ver fl. 40 expediente digital), aunado a lo anterior debe recordarse que para la interrupción de la prescripción de los derechos laborales se deben determinar los derechos reclamados, en orden a establecer en primer lugar la fecha en que se causaron y la exigibilidad de los mismos.

Precisándose en el caso de autos, contrario a lo referido por el apelante las únicas acreencias que pueden ser exigidas a la terminación del vínculo laboral son las cesantías, la compensación en dinero de las vacaciones, la indemnización por despido y la indemnización moratoria, las restantes tales como los salarios, intereses a las cesantías, primas de servicios e indemnización por no consignación de cesantías, se hacen exigibles unas vez se causen, así:

- Salarios: A la finalización de cada mes, pues su pago se pactó de manera mensual (ver contrato de trabajo fl. 35 expediente digital).
- Intereses a las cesantías: El 31 de enero del año siguiente al año en que se causaron las cesantías (Ley 52 de 1975)
- Primas de servicios: 30 de junio y 20 de diciembre de cada anualidad (Art. 306 C.S.T.)

- Indemnización por no consignación de cesantías: A partir del 15 de febrero del cada año (Ley 50 de 1990 art. 99)

De modo que en el presente asunto y conforme a las consideraciones del Juez de primer grado, se tiene que éste determinó que la accionada canceló todas las acreencias laborales del promotor del litigio, refiriendo únicamente como prescritos los salarios causados tres años antes de la presentación de la demanda, los intereses a las cesantías del año 2009, la indemnización por no consignación de las cesantías del año 2009 y la prima de servicios del año 2010, por lo que dando una interpretación amplia a la apelación del accionante, se ha de entender que es sobre estos emolumentos sobre los cuales no se encuentra de acuerdo con su absolución, en punto al tema de la prescripción.

Advirtiéndose, conforme a las pruebas aportadas al plenario únicamente se encuentra una reclamación elevada por el señor CHAVEZ PUENTES el 29 de enero del 2018, donde solicita el pago de "*vacaciones, cesantías, intereses, horas extras, dominicales y primas*" (Carpeta digital "Pruebas allegadas con la contestación"), con la cual interrumpió el fenómeno extintivo de tales derechos y solo respeto de los causados tres años anteriores a tal data, esto es, los de 29 de enero del 2015 en adelante, pues no obra ningún otro reclamo que tenga la virtud de cobijar derechos causados antes del 2015 y en esa medida tal como lo señaló el juez de primera instancia los intereses a las cesantías del año 2009, la indemnización por no consignación de las cesantías del año 2009 y la prima de servicios del año 2010 se encuentran prescritos.

En relación con los salarios, ninguna reclamación obra frente a este punto por ende se ha de tomar la fecha de presentación de la demanda como la de reclamación de los mismos y en ese orden, dado que al actor acudió a la jurisdicción el 11 de diciembre del 2018 (ver acta de reparto fl. 74 expediente digital), estarían prescritos todos los salarios causados con anterioridad al 11 de diciembre del año 2015, conforme lo consideró el juez de primer grado, razones por las cuales y como ya se anotó no se pueden acoger de manera favorable los argumentos del apelante en este punto.

Ahora, respecto de la figura del **despido indirecto**, es menester recordar, a la luz de lo previsto por el artículo 167 del C.G.P., cuando se aduce su ocurrencia, es al ex trabajador demandante, a quien corresponde acreditar la alegación y existencia de la causa 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 mismo².

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, 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 63 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)

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).

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."

Así las cosas, procede la Sala a determinar si en autos se encuentra acreditada la alegación y existencia de una causa que justifique la renuncia motivada del demandante, para ello debemos remitirnos en primer lugar a la misiva por medio de la cual el actor dio terminación al contrato de trabajo obrante a folio 40 del expediente digital, en la cual expresó:

"...por medio del presente escrito manifiesto a esa COOPERATIVA MULTIACTIVA DE TRANSPORTADORES DE SAN MATEO COOPTRANSANMATEO que presento renuncia al cargo de conductor de vehículo de servicio público que vengo desempeñando desde el 1 de julio de 2009 de manera continua e ininterrumpida, y sin solución de continuidad toda vez que me he visto presionado por las directivas de dicha cooperativa a presentar esta, pues se argumenta que debido al infarto que padecí no estaba cumpliendo con mis deberes laborales lo que no es cierto.

Agradezco a Ustedes haberme acogido en su empresa por casi diez años"

Conforme lo anterior, las manifestaciones expuestas por el actor en la carta de renuncia, como motivantes para la terminación del vínculo, en síntesis hacen referencia a que su decisión, derivó a las presiones de las directivas a presentar la misma, por cuando dichas directivas afirmaban que debido a sus padecimientos de salud no estaba cumpliendo con sus deberes laborales.

No obstante lo anterior, una vez realizado el análisis íntegro del material probatorio recaudado en autos, puede la Sala establecer que las razones en las cuales el demandante fundó su decisión de finalizar el vínculo, no se acreditaron, pues ni tan siquiera hay certeza de cuales fueron las personas que lo presionaron a renunciar, por ende no son de recibo los argumentos expuestos por el apoderado recurrente en cuanto a que aduce que la carta de renuncia si se encontraba motivada, pues como se itera el acervo probatorio recaudado en autos no acredita de manera alguna las afirmaciones contenidas en dicha documental.

Por lo que a juicio de esta Sala de decisión resulta acertada la decisión del *a quo*, en cuanto señaló que no se evidencian las causas motivantes de la terminación del vínculo, lo que conlleva a que se entienda que la decisión del demandante de finalizar el vínculo laboral que lo ataba a la encartada, fue libre y voluntaria, tal y como se indicó desde el inicio de esta providencia.

En lo que tiene que ver con la **devolución del dinero de los aportes a seguridad social** si bien se encontró acreditada la existencia de una relación laboral, dentro de la cual era responsabilidad del empleador el pago de los aportes al sistema de seguridad social, se tiene que al plenario no se anexaron los correspondientes comprobantes de pago, con los cuales se pueda evidenciar que en efecto era el accionante quien daba el dinero a la accionada para que ésta cancelara sus aportes a seguridad social sin que para ello sea suficiente la declaración de los hijos del promotor del litigio (Laura Katerin y Fabio Andrés Chávez Márquez) pues si bien ellos refirieron que la salud era cancelada por su progenitor aquí demandante, lo cierto es que ninguna prueba existe frente a dichas afirmaciones, por el contrario lo que obra en autos son las planillas de pago en las que se advierte que la que cancelada tales cotizaciones era la sociedad aquí accionada (ver carpeta 2.5 Seguridad Social expediente digital), razones por las cuales no procede dicha condena, iterando brillan por su ausencia pruebas tendientes a demostrar que del patrimonio del actor salió el dinero para pagar tales aportes.

Por otro lado, respecto del pago de **salarios** respecto de los cuales se afirma en la alzada que estos nunca fueron recibidos y más porque durante el vínculo contractual no le dijeron al actor que abriera una cuenta bancaria, encuentra esta Corporación que la sociedad demandada aportó junto con la contestación de la demanda varios comprobantes de nómina los cuales fueron suficientes en primera instancia para acreditar el pago de los mismos, sin embargo en este punto debe indicarse que la demandada en la contestación del libelo adujo (fl. 167 expediente digitalizado):

“...la Cooperativa contrata directamente a los conductores que el “Asociado-Propietario” presenta a la Cooperativa, con los cuales se suscribe los correspondientes contratos laborales; adicional a lo anterior y en virtud de la solidaridad legal que se establece en la mentada norma, entre empresa y los propietarios, locatarios y/o poseedores de los vehículos afiliados, los pagos correspondientes al sistema general de seguridad social, prestaciones sociales y salarios se cancelan en conjunto.

Para el caso en cuestión el último propietario y/o tenedor del vehículo, el cual maniobro el demandante, en lo concerniente al pago de los salarios, fue el encargado de pagar el sueldo acordado, por intermedio de la Cooperativa, como acontece con todos los asociados y conductores en general; ahora bien tal como se demostrará, al demandante siempre se le pago el salario pactado y luego de recibirlos debía asistir a la cooperativa a suscribir al correspondiente planilla como prueba del mencionado pago”

Conforme a lo anterior, la prueba del pago de los salarios al demandante es la planilla de nómina debidamente suscrita por este, lo cual se pasara a revisar pero únicamente respecto de los salarios causados con posterioridad al 11 de diciembre del año 2015, pues como se indicó al inicio de esta providencia los anteriores a tal calenda se encuentran prescritos ante la falta de reclamo oportuno.

En este orden, encuentra esta Sala de decisión las planillas de nómina de los periodos que se indican a continuación no están suscritas por el accionante por lo que se ha de entender los salarios de los meses allí descritos no fueron pagados al no existir la firma en señal de aceptación, precisando si bien la testigo DIANA PAOLA AGUDELO AVILA⁴ (Jefe de personal de la demandada) aseguró que el demandante después de un tiempo no volvió a firmar las planillas de nómina, dicha afirmación no encuentra respaldo en otro medio de prueba que genere convicción a esta Sala de decisión que en verdad ello fue lo que ocurrió, razones por las cuales contrario a lo afirmado por el Juez de primera grado se ha de condenar a su pago así:

<i>Año</i>	<i>Mes</i>	<i>Salario</i>
2017	Junio	\$ 761.840
	Julio	\$ 720.270
	Agosto	\$ 761.840
	Septiembre	\$ 761.840
	Octubre	\$ 761.840
	Noviembre	\$ 761.840
	Diciembre	\$ 761.840
Subtotal		\$ 5.291.310
2018	Enero	\$ 806.954
	Febrero	\$ 806.954
	Marzo	\$ 806.954
	Abril	\$ 806.954
	Mayo	\$ 806.954
	Junio	\$ 806.954
	Julio	\$ 762.848
	Agosto	\$ 806.954
	Septiembre	\$ 806.954
Subtotal		\$ 7.218.480
TOTAL SALARIOS ADEUDADOS		\$ 12.509.790

De acuerdo a lo anterior se adicionará el fallo de primer grado, en cuanto a que se condena a la demandada a cancelar al señor FABIO ENRQUE CHAVEZ PUENTES la suma de \$12.509.790 por concepto de salarios no cancelados.

⁴ Record: 1:34:11 audiencia virtual.

Finalmente, en cuanto a la aplicación de las consecuencias por no haber asistido la demandada a la audiencia de conciliación, aspirando con ello el apelante se acceda a todas las pretensiones del libelo, baste con señalar que la presunción establecida en el artículo 77 del C.P.L. no opera de forma automática, pues su aplicación no puede ser entendida como la aceptación de la totalidad de hechos, sin que ello impida la valoración de los medios de prueba aportados, donde las conclusiones arribadas por el *a quo* son producto de la valoración de éstos, advirtiéndose las situaciones fácticas que se presumieron como ciertas (hechos 1 al 11, 18 y 19 al 39 Record: 2:13 a 4:08 Audiencia virtual), fueron desvirtuadas con las pruebas aportadas al plenario, razón por la cual no se accederá a la petición del apelante en este aspecto.

De esta manera, agotada la competencia en esta instancia por el estudio de los motivos de apelación y conforme las motivaciones precedentemente expuestas, lo que se sigue es adición de la sentencia apelada en relación con el pago de los salarios debidos anteriormente señalados, confirmándose en lo demás la sentencia de primer grado.

SIN COSTAS en esta instancia.

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

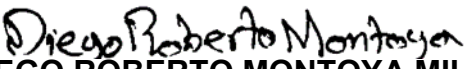
RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral **PRIMERO** del fallo de primer grado, para **CONDENAR** a la demandada al pago de **\$12.509.790** por concepto de salarios adeudados al demandante de junio de 2017 a septiembre del 2018, conforme a lo considerado.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las motivaciones precedentemente expuestas.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR JUAN CARLOS MUNERA URIBE CONTRA LA FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS (RAD. 38 2019 00374 01).

Bogotá D.C., treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia únicamente por la demandada FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS mediante correo electrónico remitido el 9 de octubre de los corrientes, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión de los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las partes, respectivamente, contra la sentencia proferida por el Juez Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 16 de septiembre de dos mil veinte (2020) (Audiencia virtual de trámite y juzgamiento, récord 32:11), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR que el demandante JUAN CARLOS MÚNERA URIBE es beneficiario de las prestaciones colectivas de trabajo suscritas entre la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA y la organización sindical SINTRAFEC.

SEGUNDO: CONDENAR a la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA a pagar al demandante JUAN CARLOS MÚNERA URIBE los siguientes valores por los conceptos que a continuación se indican:

1. Prima extralegal de servicios \$14,048.874
2. Prima extralegal de vacaciones \$ 4,867.852
3. Reliquidación de cesantías \$ 405.653
4. Reliquidación de intereses a las cesantías \$ 40.677

Teniendo en cuenta las condenas infligidas, debe señalar el despacho que las mismas

*deberán ser indexadas, tomando para el efecto, el Índice de Precios al Consumidor que certifique el DANE de acuerdo con la formula (índice final / índice inicial * valor histórico) que corresponde al valor de cada concepto = a valor indexado , así como índice inicial, se deberá tomar el correspondiente al del mes de causación de la respectiva obligación y como índice final, el del mes en que se verifique el pago por parte de la accionada.*

TERCERO: ABSOLVER a la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA de las pretensiones indemnizatorias deprecadas por el accionante, lo anterior por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia.

CUARTO: EXCEPCIONES. Dadas las results del juicio, el despacho **DECLARA** no probadas las propuestas respecto de las determinaciones adoptadas y frente a la absolución que procede, el despacho se considera relevado del estudio de las planteadas.

QUINTO: COSTAS. Lo serán a cargo de la demandada, en firme la presente providencia, por secretaría, practíquese la liquidación incluyendo en ella como agencias en derecho, la suma de \$1.500.000 en favor de la parte demandante.”

Inconforme con la decisión los apoderados de las partes interpusieron recurso de apelación.

En primer lugar, el demandante refiere su inconformidad únicamente en lo relativo a la absolución por concepto de la sanción por no consignación completa de las cesantías, advirtiendo, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicación 55436 del 20 de febrero de 2018 señaló que desde el 2006 ha reiterado a la Federación las razones para la aplicación de la Convención Colectiva y a pesar de ello insiste en inaplicarla sin justificación, conducta que no es constitutiva de buena fe¹ (Audiencia de trámite y juzgamiento, 16 de septiembre de 2020, récord 34:28).

A su turno, el apoderado de la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS pide se revoquen todas las condenas proferidas en su contra y, en su lugar, se le absuelva de todas las súplicas de la demanda.

¹ “Sí señor juez, respetuosamente me permito interponer el recurso de apelación para que me sea concedido ante el inmediato superior y pretendo con la alzada se revoque única y exclusivamente la parte de la sentencia que absolvió a la demandada del pago de las indemnizaciones moratorias que fueron solicitadas en el libelo demandatorio. Sustento el recurso de la siguiente manera.

En cuanto a la buena actuación de la demandada, en sentencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, de fecha 20 de febrero del 2018, radicación 55436 así se pronunció el supremo:

“Así las cosas, observa esta Sala que desde los años 2006, esta corporación de manera didáctica y reiterativa ha explicado al censor las razones para la aplicación de la convención colectiva y muy a pesar de ello, aquel insiste en inaplicarla a sus trabajadores sin justificación alguna, conducta que no es constitutiva de buena fe”

Dejo así sustentado el recurso señor juez. Muchas gracias.”

En sustento de ello, manifiesta, al actor no le asisten los derechos pretendidos por cuanto, a partir del año 1988 el sindicato SINTRAFEC pasó a ser minoritario y asociar solo el 23% de los trabajadores de la empresa y, desde ese año, ha venido decreciendo y a la fecha solo el 6% de los empleados de la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS y ALMACAFE están afiliados a este.

Con relación a los trabajadores no sindicalizados, aclara, a los vinculados con anterioridad al año 1988 se les continuó haciéndole extensivos los beneficios convencionales, no así respecto de los contratados con posterioridad a esa fecha con quienes se acordó que *“todos los conceptos y los derechos de carácter legal y que los que tuvieran algún desiderátum de extra-legalidad, no serían tenidos como factor salarial para efectos de la liquidación de prestaciones sociales”*.

De otro lado, menciona, desde el 28 de octubre de 2018, cuando el demandante se afilia al sindicato SINTRAFEC, le ha hecho extensivos todos los beneficios convencionales al trabajador tal como puede verificarse, dice, de los comprobantes de nómina incorporados al plenario.

Por otra parte, sostiene, para acreditar lo aseverado frente a la imposibilidad de extender los beneficios convencionales a trabajadores no sindicalizados, basta con remitirse a los artículos 3 de la Convención suscrita 1996-1998 y 1 de la Convención de 1998, de las cuales, asegura, se colige que la aplicación de los acuerdos colectivos a todos los trabajadores desapareció con la convención 1988-1990 cuando SINTRAFEC empezó a ser minoritario, y no volvió a aparecer en ninguno de los convenios subsiguientes.

Sugiere se tenga en cuenta la sentencia proferida por esta Corporación el 5 de diciembre de 2019, con ponencia del Dr. Luis Agustín Vega Carvajal, que confirmó la sentencia absolutoria emitida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso que en su contra promovió Dayana Katherin Hernández Páez, bajo el radicado 2017 00610.

Con relación a la reliquidación de las primas extralegales de servicios, considera, incurrió el juez en errores matemáticos por cuanto lo pretendido fue

1.5 veces el salario por este concepto y no 2 salarios como lo calculó el juzgador, por lo que las sumas ordenadas deben ser inferiores².

² “Gracias señor juez, con el respeto y comedimiento a usted debidos, me permito manifestar que interpongo recurso de apelación para ante la Sala Laboral del Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, contra la sentencia que se acaba de proferir en contra de la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA, para que se revoquen todas y cada una de las condenas proferidas en esta audiencia por concepto de primas extralegales de servicios, prima extralegal de vacaciones, reajustes a las cesantías, reajustes a los intereses de las cesantías, la indexación y las agencias en derecho. Sustento el recurso en las siguientes consideraciones señor juez.

En primer lugar, debo manifestar que al señor demandante JUAN CARLOS MUNERA URIBE no le asisten los derechos pretendidos en la demanda, habida consideración que el sindicato SINTRAFEC a partir de año 1988, cuando se firma la convención de este año con vigencia hasta el año 1990, se detecta que el sindicato SINTRAFEC es minoritario porque asocia en su organización solamente el 23% de los trabajadores de la empresa y ha venido decreciendo esa afiliación, hasta que en el momento que se contesta la demanda, solamente se encuentra afiliado a SINTRAFEC, el 6% de los trabajadores de la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA y de los ALMACENES GENERALES DE DEPOSITO DE CAFÉ S.A. Entonces, por ese motivo en la convención de 1988, se considera que el sindicato es minoritario, no solamente por la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA sino también por SINTRAFEC. Una de las pruebas de que SINTRAFEC aprueba esto, es porque nunca ha reclamado a la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS las cuotas sindicales por los trabajadores no sindicalizados.

Ahora bien, en cuanto a los trabajadores no sindicalizados se debe aclarar que, los trabajadores cuyos contratos de trabajo estaban vigentes con anterioridad al año 1988, cuando se detecta que SINTRAFEC es minoritario, la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA continuó haciéndole extensivos los beneficios convencionales, obviamente, por los derechos fundamentales y constitucionales de los derechos adquiridos y, cobrando las cuotas sindicales para el sindicato. Con los trabajadores que ingresaron a partir de 1988, se han contratado a través de la ley 50 de 1990 y las relaciones laborales, salariales y prestacionales, se rigieron por la cláusula segunda de los contratos de trabajo que se suscribieron con los trabajadores a partir de 1988, es el caso por ejemplo, del demandante JUAN CARLOS MUNERA URIBE quien ingresó a la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA el 1 de agosto de 2012 por un contrato de trabajo a término fijo, contrato que mutó el 1 de agosto de 2013 a contrato de duración indefinida. En la cláusula segunda, tanto del contrato del trabajo a término fijo como el que mutó a duración indefinida, se pactó que la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA le pagaría a señor MUNERA, todos los conceptos y los derechos de carácter legal y que los que tuvieran algún desiderátum de extra-legalidad no serían tenidos como factor salarial para efectos de la liquidación de prestaciones sociales.

El 28 de octubre de 2018, el demandante se afilia a SINTRAFEC y a partir del mes de noviembre de 2018, la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA le comienza a hacer extensivos todos los beneficios convencionales al trabajador como consta en los comprobantes de nómina que aportó la demandada como prueba documental en la contestación de la demanda.

Se puede probar que la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA, la convención colectiva de trabajo no se aplica para todos los trabajadores, para esto quiero traer a colación las convenciones colectivas de trabajo de 1996 y 1998, en el artículo tercero de la convención colectiva de trabajo suscrita entre la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA, los ALMACENES GENERALES DE DEPOSITO DE CAFÉ S.A. y SINTRAFEC en 1996, las partes acordaron que los aumentos que se pacten para los trabajadores beneficiados por la convención colectiva de trabajo, no podrán ser inferiores en un futuro, a los incrementos generales que se determinen para el personal que no se rija por la convención colectiva.

En igual sentido, en el parágrafo segundo del artículo primero de la convención colectiva de trabajo suscrita por la empresas y SINTRAFEC en 1998, última convención suscrita, porque no ha vuelto a existir otra, pactaron que para el año 1999, las empresas incrementarán el 1 de enero, el salario ordinario mensual de los trabajadores que se benefician de la presente convención en el porcentaje equivalente a la variación del índice de precios al consumidor (IPC nacional) correspondiente al año 1998, certificado por el DANE o la entidad que haga sus veces. Este incremento no podrá ser inferior al que las empresas indiquen en forma general para el personal que no se rija por la convención colectiva.

Del texto de las normas prenombradas se colige que la cláusula de aplicación de la convención colectiva de trabajo a todos los trabajadores de la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA 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 OSCAR BERNAL VALLEJO en este proceso, los relacionados en el acápite de pretensiones consignadas en la demanda a folios 1 a 2, las cuales encuentran sustento en los hechos relatados a folios 2 a 4, solicitando se condene a la demandada a pagar a su favor la prima extralegal de servicios de junio y diciembre de 2016, junio y diciembre de 2017 y junio de 2018, la prima extralegal vacacional por los periodos comprendidos entre el agosto de 2015 y agosto de 2016; agosto de 2016 y agosto de 2017, agosto de 2017 y agosto de 2018, por el tercer, cuarto y quinto periodo vacacional. Así mismo, se disponga la reliquidación de las

ALMACAFE S.A., acordada en la convención colectiva de trabajo suscrita en el año de 1965, desapareció de la convención colectiva de trabajo de 1988-1990, cuando SINTRAFEC comenzó a ser un sindicato minoritario, no volviendo a aparecer en las posteriores y aceptando el sindicato de las convenciones de 1996 y 1998, que en la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA y los ALMACENES GENERALES DE DEPOSITO DE CAFÉ S.A., laboran trabajadores que legalmente no se benefician de la convención colectiva de trabajo, que son todos los que han ingresado con posterioridad al año de 1988.

De otra parte, quiero referirme y advertir a la Honorable Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, que un proceso de la señora Dayana Katherin Hernández Páez con radicación 2017-00610, que cursó en el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia del 3 de diciembre del 2018, absolvió a la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, que eran exactamente semejantes a las de la demanda que nos está ocupando en esta sentencia y, la Sala Laboral del Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en sentencia de segunda instancia del 5 de diciembre de 2019, confirmó la sentencia absolutoria de primera instancia con ponencia del Honorable Magistrado Dr. Luis Agustín Vega Carvajal, es decir, acogió en un todo los argumentos de la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA en que disponen que realmente a los trabajadores no sindicalizados que ingresaron con posterioridad al año 1988 a la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA y que no se ha afiliado al sindicato, o que no ha hecho manifestación expresa de adherir a los beneficios convencionales, obviamente no le asisten tales beneficios convencionales.

Por otra parte, quiero hacer referencia muy especial y sin que implique aceptación o allanamiento a lo pretendido quiero manifestar que en la condena que se ha proferido en cuanto a la reliquidación de las primas extralegales de servicios, el juzgado se ha equivocado ha cometido errores matemáticos, errores aritméticos, pues porque en realidad, el trabajador lo que está reclamando 1.5 veces salarios de la prima extralegal de servicios, que es de dos salarios y en el año de 2016, el trabajador devengaba un salario de \$1,331.849 que se le aplica el 1.5%, que es lo que están reclamando, sería \$1,997.773.50, osea que para el año 2016, el reajuste pretendido para las primas de julio y diciembre arrojarían un total de \$3,995.547.

En el año 2017, el salario mensual del trabajador era de \$1,425.078, que aplicándole el 1.5 salarios, daría un reajuste de \$2,137.617 para un total por todo el año, osea, la prima de julio y la prima de diciembre, por un total de \$4,265.274 y para el año 2018, la prima de junio porque la de diciembre, como ya se había afiliado al sindicato en octubre de 2018, pues la federación ya le pagó la prima del mes de noviembre de 2018, entonces para el mes de junio de 2018 con un salario de \$1,510.583 aplicándole el 1.5, que es lo que se está reclamando, daría para ese año 2018 una prima extralegal de servicios para ese semestre, de \$2,265.874.50.

En estos términos, señor juez, dejo sustentado el recurso de apelación. Muchas gracias."

cesantías e intereses a las cesantías teniendo en cuenta la prima extralegal vacacional que es constitutiva de salario, junto con la sanción por la consignación incompleta de las cesantías de 2016 y 2017. **Obteniendo sentencia parcialmente favorable a sus aspiraciones**, por cuanto se declaró que el actor es beneficiario de las Convenciones Colectivas de Trabajo suscritas por la demandada con SINTRAFEC, disponiendo el pago de la prima extralegal de servicios y de vacaciones en los términos peticionadas en la demanda, así como el reajuste de cesantías e intereses a las mismas, debidamente indexado, absolviendo a la pasiva de la sanción por no consignación completa de las cesantías. Lo anterior, tras considerar que la cláusula contenida en la Convención Colectiva de 1965 suscrita entre la convocada y SINTRAFEC que disponía la aplicación de las disposiciones convencionales a todos los trabajadores de la Federación, no perdió vigencia, pues no se demostró su derogatoria expresa.

Con relación a la sanción por la consignación incompleta de las cesantías a un fondo, estimó, la enjuiciada actuó bajo el convencimiento que no debía pagar dicho emolumento a favor del trabajador, por lo que su conducta se enmarca en los postulados de la buena fe.

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

En el presente asunto no es objeto de discusión que entre las partes existe un contrato de trabajo desde el 1 de agosto de 2012 por el cual el demandante ocupa el cargo de auxiliar de servicios, ni los salarios percibidos en el 2016, 2017 y 2018, aspectos que además de no haber sido objeto de debate en el asunto por el reconocimiento de las partes de esa situación (hechos 11 a 15 - folio 3 cuaderno 1- y la contestación a los mismos -folio 372 y 373, cuaderno 2-), se constatan de la documental de folios 20 a 21, 396 a 397, 398, 399 a 400 y 447.

Tampoco se discute la afiliación realizada por el actor al sindicato SINTRAFEC el 28 de octubre de 2018, conclusión a la que arribó la juez de primer grado no controvertido en esta instancia y que se verifica a folio 401.

En ese orden, el problema jurídico que ocupa la atención de la Sala se circunscribe, en primer lugar, a determinar si el demandante ha sido beneficiario de las Convenciones Colectivas suscritas entre su empleador y la asociación sindical SINTRAFEC. De ser ello afirmativo, verificar si se liquidó correctamente la prima de servicios extralegal. Finalmente, si procede la sanción por incompleta consignación de las cesantías, en los términos del artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

Para solventar lo anterior, importante es precisar, si bien es cierto el demandante presentó afiliación al Sindicato de Trabajadores de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia -SINTRAFEC- el 28 de octubre de 2018 (folio 401), no lo es menos que el actor no estuvo afiliado a dicha organización sindical con anterioridad a tal calenda, pero pese a ello, atendiendo el contenido de las Convenciones Colectivas suscritas por su empleador y el mentado sindicato, considera ser beneficiario de tales instrumentos por haberse pactado su aplicación a todos los trabajadores de la Federación.

Pues bien, en el artículo 40 (folio 71) de la Convención Colectiva suscrita entre la Federación Nacional de Cafeteros y el Sindicato de Trabajadores de la misma federación -SINTRAFEC- 1965 se estipuló:

*“ARTÍCULO CUADRAGÉSIMO- APLICACIÓN DE LA CONVENCIÓN:
La presente Convención Colectiva será aplicada a todos los trabajadores
de la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA y de la
SOCIEDAD ANÓNIMA ALMACENES GENERALES DE DEPÓSITO DE
CAFÉ S.A. “ALMACAFE” (...)” (Negrilla y Subrayas de la Sala)*

Frente a tal punto, debe mirarse el tránsito histórico de las convenciones colectivas para determinar si la disposición se encuentra vigente o fue derogada.

Así, de las pruebas acopiadas al plenario se tiene, tal disposición fue replicada en los artículos 33 de la Convención Colectiva de 1974 (folio 118), 31 de la Convención vigente 1976 a 1978 (folio 162), 33 de la Convención 1978 a 1980

(folio 194), 28 de la Convención 1980 a 1982 (folio 223), 27 de la Convención de la Convención 1982 a 1984 (folio 246) y 16 de la Convención 1984 a 1986 (folio 255).

Ahora, aunque el Laudo Arbitral depositado el 11 de septiembre de 1986 (expediente electrónico³), no se refirió expresamente a la preceptiva analizada, para disponer su derogación, tampoco la modificó o reprodujo. Adicionalmente, en su artículo primero dispuso que *“quedan vigentes los acuerdos celebrados en las etapas de arreglo directo y mediación entre las empresas Federación de Cafeteros y Almacafé S.A. y el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Federación “Sintrafec”, que no se modifiquen por este Laudo”*, encontrándose que por acta del 2 de mayo de 1986 (página 274 expediente electrónico⁴) las partes acordaron:

“2. En cuanto a los puntos de : (sic) continuidad de prestaciones y derechos, compensación de prestaciones y derechos, publicación de la convención y aplicación e la convención, como están estipulados en las convenciones anteriores” (Negrilla y Subrayas de la Sala.)

Adicionalmente, en las convenciones posteriores, esto es, las celebradas entre 1988-1990 (folios 281 a 286), 1990 a 1992 (folios 288 a 292), 1992-1994 (folios 294 a 300), 1994 a 1996 (folios 306 a 313), 1996 a 1997 (folios 314 a 337), 1998 a 1999 (folios 335 a 343)⁵, tampoco hubo referencia expresa a la aplicación de la convención (ni para modificarla, suprimirla o reproducirla); sin embargo, en tales instrumentos se acordó que continuarían vigentes las estipulaciones de convenciones colectivas y laudos arbitrales anteriores que no hayan sido derogadas, modificadas o sustituidas por sus disposiciones (folios 284, 291, 299, 312, 332 y 341, respectivamente).

De otro lado, en el proceso no se adujo la pérdida de vigencia de la indicada norma -vigencia de estipulaciones anteriores- o su exclusión de la negociación colectiva con posterioridad al año 1999, lo que lleva a dar por sentado que la misma sigue siendo aplicable.

³ Carpeta 03Convenciones.

⁴ 01CuadernoFisico1.pdf

⁵ Todas las convenciones aportadas a las diligencias cuentan con la respectiva nota de depósito.

De lo expuesto, para la Sala, el juez acierta al inferir que la disposición analizada continúa vigente, en tanto nunca fue derogada expresamente por las disposiciones convencionales posteriores, además, en la medida en que cada convención y laudo arbitral salvaguardó la vigencia de las disposiciones que no fueron tratadas expresamente en sus artículos y en esa medida, dable es afirmar que las convenciones suscritas por la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS y SINTRAFEC es aplicable a todos los trabajadores de la Federación.

Ahora, aunque la demandada refirió en la alzada que la cláusula de extensión a todos los trabajadores se prolongó hasta 1988, cuando SINTRAFEC comenzó a ser un sindicato minoritario, esa no es la realidad que muestran las pruebas, pues a partir del laudo arbitral de 1986 si bien no se reprodujo textualmente la cláusula sí se garantizó la continuidad de las normas vigentes antes, de donde es dable deducir que la referida cláusula sobre extensión a todos los trabajadores, en los términos en que fue concebida en la convención que antecedió al laudo, continuó surtiendo plenos efectos hasta el momento en que terminó el contrato de trabajo del actor.

Valga decir, en asuntos similares al presente, la Corte Suprema de Justicia ha determinado que los beneficios convencionales aplican a todos los trabajadores con independencia de su afiliación o no al sindicato o de que este fuera minoritario, afirmación soportada en apartes de la sentencia del 22 de julio de 2009, radicación 35134, reiterada en la sentencia SL327 de 2018⁶. En esta última, precisó además esa Corporación:

“(…)

Lo anterior implica, que la aplicación de la convención a todos los empleados, cuya legalidad ha sido prohijada en innumerables pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral y de cuya extensa literatura forma parte la sentencia CSJ SL, 22 jul. 2009, rad. 35134, no fue una mera liberalidad de la demandada, como pretende darlo a entender el censor, sino que ha sido contemplada dentro del articulado en cita y ratificada en varios acuerdos convencionales sucesivos, que

⁶ En sentencia SL2209 de 2020 dijo además la Corte: “Bajo el anterior supuesto, no existe violación al compendio normativo acusado, especialmente los artículos 467, 471 y 400 del CST, toda vez, que para aplicar el acuerdo extralegal al actor, no había que acudir a las reglas normativas atinentes a la extensión de las convenciones colectivas a terceros, tampoco era óbice el carácter minoritario del sindicato, ni la falta de afiliación del accionante a esa Organización, por cuanto la calidad de beneficiario de tales acuerdos se derivó de la disposición de las partes que concertaron que cobijarían a todos los trabajadores de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia y de los Almacenes Generales de Depósito de Café S.A., Almacafé.”

según lo establece el artículo 467 del Código Sustantivo, son las que se celebran «entre uno o varios {empleadores} o asociaciones patronales, por una parte, y uno o varios sindicatos o federaciones sindicales de trabajadores, por la otra, para fijar las condiciones que regirán los contratos de trabajo durante su vigencia». Ello significa, nada menos, que se trata de convenios bilaterales no susceptibles de ser modificados y menos derribados por la sola voluntad de una de las partes.

Es por ello, que se estableció su vigencia incólume, mientras otro acuerdo convencional no la derogara, lo cual respeta el principio de que, en derecho, las cosas se deshacen como se hacen; así como, el artículo 1602 del Código Civil, que trata del efecto de las obligaciones y dice que «Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por consentimiento mutuo o por causas legales». Por manera que, pretender como se hace por la censura, que **pueda unilateralmente el empleador, deshacer un acuerdo bilateral plasmado en una convención colectiva de trabajo, so pretexto de que su permanencia, desestimularía a los empleadores a pactar ese tipo de acuerdos,** o que pudiera ser eternizado por la actitud pasiva de los sindicatos, que se negarían indefinidamente a deshacer esa mutua voluntad, desquiciaría el ordenamiento jurídico de manera grave. Tal sospecha, que constituye meras suposiciones sobre el semblante conductual de las partes, no tiene sustento factico.

De manera que se reafirma lo ya dicho sobre la vigencia de la extensión de la convención a todos los trabajadores de la demandada, incluido desde luego el demandante.

En este punto también resulta oportuno mencionar, las decisiones proferidas en similares asuntos por otras Salas de Decisión de esta Corporación no resultan aplicables, pues en sentir del órgano de cierre de esta jurisdicción, entre otras en sentencias STL 2416 de 2017 radicado 46128 y SL 4099 de 2019 radicado 59449, 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 otra parte, esta Sala de Decisión ha venido sosteniendo el criterio aquí esbozado, tal como se verifica, *verbi gratia*, en los fallos con radicación 11001310502820170046001 proferido el 2 de abril de 2019 y 11001310501920170082601 del 30 de septiembre de los corrientes.

Dilucidado ello, siendo el actor beneficiario de las convenciones colectivas reseñadas y encontrándose la prima de servicios (folio 67 y 115-116) y la prima de vacaciones extralegal (folios 112, 211, 242 y 332), contenidas en las convenciones mencionadas, es claro que el demandante tenía derecho a su

pago por parte de la demandada, por lo que habrá de confirmarse la sentencia de primer grado en este punto.

Precisado lo anterior, con relación a la liquidación efectuada por el juzgado respecto a la prima de servicios extralegal, valga advertir, contrario a lo señalado por la pasiva, lo pretendido en la demanda no fue la reliquidación de la prestación, sino su pago completo, como quiera que esta no había sido cancelada al trabajador en razón a la falta de afiliación con el sindicato, y en ese sentido, claro resulta que su cálculo debe sujetarse a lo previsto en el artículo 29 de la Convención Colectiva 1974-1976 que dispone (folio 115-116):

“ARTÍCULO VEINTINUEVE.- PRIMAS SEMESTRALES.-

Adicionalmente a lo existente, las Empresas pagarán a todos los trabajadores, por concepto de prima de servicios, veinte (20) días más del salario en la prima semestral de junio, quedando en consecuencia así: dos meses de salario (básico, prima de carestía, prima de antigüedad y sobrecargos nocturnos) en junio y dos meses de salario en diciembre. Dichos pagos se harán de acuerdo con las normas vigentes de las Empresas para esta prestación social. Este punto tendrá vigencia a partir del 1º de septiembre de 1974.”

En ese orden efectuados los cálculos correspondientes y considerando el valor del salario determinado por el juez de primera instancia -que no fue objeto de apelación- se obtiene por este concepto, para el año 2016 \$5.327.396⁷, para el 2017 \$ 5.700.312⁸ y para el 2018 \$3.021.166⁹, cifras que resultan consistentes con las condenadas en la sentencia objeto de reproche, razón por la cual se confirmará la misma en este punto.

Finalmente, en cuanto al recurso de la parte demandante, es de amplio conocimiento que la sanción contemplada en el numeral tercero del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, tiene un carácter eminentemente sancionatorio, toda vez que se generan cuando el empleador se sustrae, sin justificación atendible de la consignación de la cesantía en un fondo. Sin embargo, dicha sanción no opera de manera automática, pues para ello, es necesario analizar si la conducta del empleador estuvo enmarcada o no en los postulados de la buena fe, tal como se ha repetido recientemente en los fallos SL6621-2017, SL13050-2017, SL13050-2017, SL13442-2017, SL8216-2016 y STL10313-2017.

⁷ \$1.331.849 (salario 2016) x 4= \$ 5.327.396

⁸ \$1.425.978 (salario 2017) x 4= \$ 5.700.312

⁹ \$1.510.583 (salario 2018) x 2 (prima extralegal de junio, la de diciembre ya se pagó)= \$ 3.021.166

En el caso de autos pretende la encartada excusarse en el hecho de que el demandante no era beneficiario de las estipulaciones convencionales por no pertenecer al sindicato y en que este último, a su vez, era minoritario, razones que a juicio de la Sala resultan atendibles y desprovistas de mala fe, teniendo en cuenta que la demandada consignó oportunamente las cesantías en el fondo, encontrando sustento la pretensión en el hecho de no haberse cancelado de manera completa, lo cual, para esta Sala, no acarrea dicha sanción en tanto el empleador consignó la suma que consideraba en derecho le correspondía atendiendo la interpretación que, a su juicio, debía darse a las normas convencionales, sin que se evidencie una intención manifiesta de ocasionarle un perjuicio injustificado al trabajador.

Sobre el particular y al estudiar un tema similar contra la aquí demandada, la Sala Laboral de la Corte Suprema, en sentencia SL4613 de 2019, consideró:

“(…)

*En el caso bajo estudio, es dable colegir que la parte demandada **actuó desprovista de mala fe y deslealtad**, pues es claro que la razón que tuvo para no cancelar las primas de vacaciones convencionales y, por ende, abstenerse de reliquidar la cesantía y sus intereses, consistió en que, a su juicio, el demandante no era beneficiario de las convenciones colectivas de trabajo suscritas entre la Federación y el sindicato Sintrafec, por cuanto nunca se había afiliado a tal organización ni pagado la correspondiente cuota sindical.*

Por lo mismo, es plausible que la demandada creyera no ser sujeto de dicha obligación, pues al no ser el actor miembro del sindicato, tenía el convencimiento de que las prestaciones sociales y su respectiva liquidación final se efectuaba sin considerar beneficios convencionales, como en efecto se hizo, razón plenamente atendible para esta Sala, que además también acogió el juzgador de primera instancia.

En consecuencia, se absolverá a la empresa accionada del pago de la indemnización moratoria consagrada en el artículo 65 del CST, así como de la sanción establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.” (Negrilla y Subrayas del Despacho).

En ese sentido, habrá de confirmarse la decisión de primer grado en este aspecto, por cuanto absolvió del pago de la sanción por no consignación de las cesantías a la demandada.

De tal manera, agotada la competencia en esta instancia, analizados los puntos objeto de apelación, habrá de confirmar la sentencia en su integridad.

SIN COSTAS en esta instancia.

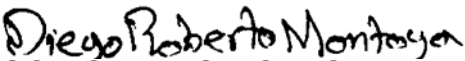
En mérito de lo expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., SALA LABORAL**, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

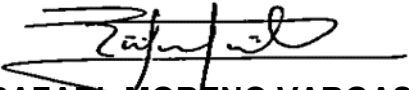
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO