

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

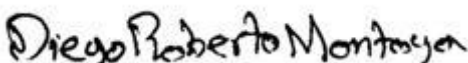
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR SANDRA LILIANA
BEJARANO BELTRÁN CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES -COLPENSIONES- y PROTECCIÓN S.A (RAD. 29 2019 00475 01).**

Bogotá D.C. treinta (30) de junio de dos mil veintiuno (2021)

AUTO

Reconocer personería adjetiva para actuar a la abogada AIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES apoderada sustituta de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por MARIA CAMILA BEDOYA GARCIA en su calidad de representante legal de la sociedad ARANGO GARCIA ABOGADOS ASOCIADOS, apoderada principal (Folios 126-129).


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por parte de COLPENSIONES (Folios 122-125), 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 COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de Consulta en su favor, contra la sentencia proferida por la Juez Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 15 de marzo de 2021 (Audiencia virtual, Cd. fl. 110, récord: 44:40), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado del régimen pensional que hiciese la señora SANDRA LILIANA BEJARANO BELTRAN identificada con la Cedula de Ciudadanía 51.770.716 ante la Administradora de Fondos Pensiones y Cesantías Colmena hoy Protección S.A el día 25 de julio de 1995, con efectividad a partir del 01 de agosto de 1995, por los motivos expuestos en esta providencia. En consecuencia **DECLARAR** que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al Régimen de Ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el Régimen de prima media con prestación definida.

SEGUNDO: ORDENAR a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** a devolver a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante SANDRA LILIANA BEJARANO BELTRAN por concepto de cotizaciones y rendimientos, sin lugar a descuento alguno, para lo cual se le concede el 30 de días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

TERCERO: ORDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-** a recibir de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A todos los valores que hubiere recibido por motivo de la afiliación de la actora por concepto de cotizaciones y rendimientos que se hubieren causado y actualizar la historia laboral.

CUARTO: SIN CONDENA en COSTAS.

QUINTO: De no ser apelada la presente sentencia por parte de Colpensiones enviarse en **CONSULTA** de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.”

Inconforme con la decisión, COLPENSIONES solicita se ordene a la administradora del fondo privado la devolución de los gastos de la administración conforme lo ha dispuesto la Corte Suprema de Justicia, quien ha dicho que al declararse la nulidad del negocio jurídico deben devolverse y tenerse como nunca celebrado el negocio jurídico. (Audiencia virtual Cd. fl. 101, record: 52:36)¹

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

¹ “Muchas gracias su señoría ateniendo lo decidido dentro del presente proceso por parte de su señoría, desestimar el fallo en el presente caso me permito interponer y sustentar recurso de apelación parcial en contra de la sentencia proferida en esta instancia, más exactamente en el numeral segundo para que el honorable tribunal superior ordene a la administradora del fondo privado la devolución de además los emolumentos de gastos enunciados en el fallo también los gastos de administración, lo anterior en atención a que hay fallos de la CSJ en los cuales pues ha reiterado que estos gastos de administración en atención a que se declaró la nulidad del negocio jurídico deberán pues devolverse y tenerse como nunca celebrado el negocio jurídico y en este sentido darle aplicación al artículo 1746 del condigo civil, este aplicado por analogía de la ineficacia donde dice que “ La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada da a las partes derecho de ser sustituidas al mismo estado en que se hallaría sino hubiese existido el acto contrario nulo sin perjuicio de lo prevenido del objeto y causa lícita” Su señoría en atención a lo anterior y dado que varias sentencias de la CSJ reiteran la devolución de estos gastos a la administradora de pensiones, le solicito al Honorable Tribunal Superior Condenar también a la devolución de los gastos de administración, muchas gracias su señoría ,así dejo sustentado el recurso, gracias.”

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante SANDRA LILIANA BEJARANO BELTRAN, en este proceso ordinario las pretensiones relacionadas a folios 25 y 26 del expediente, las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos expuestos a folios 23 a 25, aspirando, se declare la nulidad o en subsidio la ineficacia del traslado realizado al régimen de ahorro individual con solidaridad, en consecuencia se condene a Protección a restituir a Colpensiones los valores obtenidos en virtud de la vinculación, tales como cotizaciones y bonos pensionales con todos los rendimientos que se hubieren causado, derechos *ultra y extra petita*, costas y gastos del proceso. 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 S.A., ordenando a esa administradora devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones y rendimientos generados en su cuenta de ahorro individual, tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la AFP demandada no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía con la demandante, al momento del traslado, disponiendo que lo único que no debía devolver era lo relacionado con los gastos de administración dado que hacen parte de la gestión a favor de la actora mientras estuvo afiliada al RAIS.

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.

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”.

Así las cosas, a folio 4 milita copia de la cédula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 11 de octubre de 1964, por lo que la edad de 57 años, la cumpliría el mismo día y mes del año 2021, procediendo a solicitar su traslado mediante petición elevada ante COLPENSIONES el 7 de junio del 2019 (folios 15 y 16), es decir, cuando estaba a menos de 10 años para adquirir el derecho pensional. 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 96.71 semanas de cotización (Historia Laboral de fl. 114 impresa del Cd obrante a folio 89) equivalentes a 1 año, 10 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.

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 **25 de julio de 1995** (fls. 109) específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a COLMENA hoy PROTECCIÓN (rta hecho 2 Cd. fl. 89) y en esa medida, resulta procedente su estudio.

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 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 2011³, 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

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

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

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.

operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en desfavor de los consumidores financieros (...)”

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen, la demandante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, 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 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 el asesor del fondo de pensiones le manifestó que su mesada pensional sería mejor pues se podía pensionar a la edad que ella quisiera y con el valor que ella dispusiera, no obstante no le dieron mayores explicaciones de ello.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PROTECCIÓN, omitió en el momento del traslado de régimen (25 de julio de 1995 fl. 109) 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.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a COLMENA hoy PROTECCIÓN (folio 109), 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

⁴ Récord 12:48 Cd. fl. 101 Audiencia virtual.

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

Además, en cuanto al comunicado de prensa visto a folios 117 a 119, 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.

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, 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.

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

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

Ahora, para resolver la inconformidad expuesta en la alzada por COLPENSIONES, relacionada con la devolución de los gastos de administración, conviene precisar, estos surgen como consecuencia de la afiliación, y en ese orden al declararse la ineficacia del traslado, resulta claro que dichos gastos quedan sin fundamento, pues lo que ocurre es que la situación de afiliación de la actora vuelve a su estado inicial es decir es como si dichos gastos no se hubiesen generado, razón por la cual es procedente la remisión de la totalidad de los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la accionante a Colpensiones, incluyendo las sumas de gastos de administración, adicionándose en este punto el fallo de primer grado.

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.”

Así mismo en la sentencia SL1421-2019, Radicación N° 56174 del 10 de abril de 2019, se indicó:

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

Finalmente, en lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por Colpensiones, respecto de quien además de la apelación se estudia la decisión en el grado jurisdiccional de Consulta (Ver folio 77), 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, adicionándose en los términos anteriores.

SIN COSTAS en esta instancia.

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

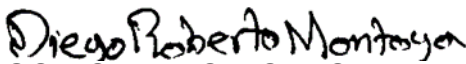
R E S U E L V E

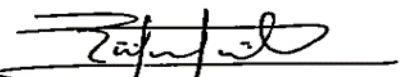
PRIMERO: ADICIONAR el numeral **SEGUNDO** del fallo de primer grado, en cuanto a que se ordena a la AFP PROTECCION a la devolución de los gastos de administración por el periodo de afiliación de la accionante a dicha administradora.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por la Juez 29 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 LUIS FERNANDO
VARGAS DÍAZ CONTRA CYRA INGENIERÍA S.A.S (RAD. 02 2018 00628 01).**

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintiuno (2021)

Vencido el término de traslado otorgado, sin que las partes hubieren presentado sus alegatos de conclusión, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 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 las partes, contra la sentencia proferida por la Juez Segunda Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 8 de abril de 2021 (Audiencia Virtual realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 1:56:54, CD folio 470, acta folios 464 a 465), en la que se resolvió:

“PRIMERO: CONDENAR a CYRA INGENIERIA S.A.S representada legalmente por el señor CESAR YERMEY RAMIREZ AREVALO o por quien haga sus veces, a pagar al señor LUIS FERNANDO VARGAS DIAZ identificado con cédula de ciudadanía 79.040.521 las siguientes sumas de dinero conforme lo expuse en la parte motiva de esta sentencia.

- 1. Por concepto de reliquidación del auxilio de cesantías del año 2015: la suma de \$532.416.*
- 2. Por concepto de reliquidación de intereses a las cesantías del año 2015 la suma de \$15.971.*
- 3. Por concepto de la prima de servicios del año 2015 la suma de \$532.416*
- 4. Por concepto de reliquidación del auxilio de las cesantías del año 2017 la suma de \$1.017.859 pesos*
- 5. Por concepto de la reliquidación de intereses a las cesantías del año 2017 la suma de \$120.023 pesos*
- 6. Por concepto de reliquidación de la prima de servicios del año 2017 la suma de \$1.016.856 pesos*
- 7. Por concepto de vacaciones del año 2017 la suma de \$1.193.359, la cual deberá ser cancelada debidamente indexada al momento de su pago*

SEGUNDO: CONDENAR a CYRA INGENIERIA S.A.S representada legalmente por el señor CESAR YERMEY RAMÍREZ ARÉVALO o quien haga sus veces, a pagar con destino a la administradora de pensiones en la que se encuentre afiliado el señor LUIS FERNANDO VARGAS DIAZ identificado con cédula de ciudadanía 79.040.521, previo cálculo actuarial del ente administrador, la diferencia salarial de \$2.522.000 pesos en relación con los aportes al sistema de seguridad en pensiones de los meses de octubre y noviembre del año 2015. La diferencia salarial de \$2.420.000 pesos en relación con el aporte al sistema de seguridad social en pensión del mes de enero de 2017 y la diferencia salarial de \$2 200 000 pesos en relación con los aportes al sistema de seguridad social respecto de los meses de febrero a junio del 2017 y con el porcentaje que le corresponde al empleador conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR a CYRA INGENIERIA S.A.S representada legalmente por el señor CESAR YERMEY RAMÍREZ ARÉVALO o quien haga sus veces a pagar al señor LUIS FERNANDO VARGAS DIAZ identificado con cédula de ciudadanía 79.040.521 la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del Código del Trabajo y de la Seguridad Social, se concreta en un día de salario por cada retardo por valor de \$46.666 pesos a partir del 04 de mayo del 2018 y hasta el 04 de mayo del 2020 para un total de \$33.559.520 y a partir del 5 de enero del 2020, intereses moratorios a la tasa máxima de crédito de libre asignación, certificados por la Superintendencia Financiera, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

CUARTO: CONDENAR a la demandada CYRA INGENIERIA S.A.S representada legalmente por el señor CESAR YERMEY RAMÍREZ ARÉVALO a pagar al señor LUIS FERNANDO VARGAS DIAZ identificado con cédula de ciudadanía 79.040.521 la suma de \$38.286.737 por concepto de sanción por no consignación al fondo de cesantías, conforme lo expuse en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: DECLARAR no probada la excepción de pago a las obligaciones propuestas por la demandada y se releva del estudio de los demás medio exceptivos por las resultas del proceso, conforme lo expuse en la parte motiva de esta sentencia.

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

SÉPTIMO: CONDENAR en COSTAS a la parte demandada dentro de las cuales deberán incluirse por concepto de agencias en derecho la suma equivalente a dos (2) salarios mínimos mensuales legales vigentes.”

Inconformes con la decisión tanto el demandante como la demandada la apelaron.

Inicialmente la parte actora, advierte, el juzgado indicó que las comisiones no se causaron de manera permanente, argumentando para el efecto, que las cuentas de cobro que se aportaron obedecieron a la remuneración por una prestación de servicios; sin embargo, invita a esta Corporación a efectuar una lectura distinta y dar un alcance diferente a la tabla de comisiones calendada 21 de diciembre de 2015 el cual, dice, da cuenta que las comisiones estaban pactadas por seis o siete meses y por ende, de allí se deriva que para el 2016 su salario era de un básico de \$1.000.000 más las comisiones conforme a los porcentajes acordados en la aludida tabla, anotando, si se considera que al día siguiente se certificó que el

trabajador devengaba \$2.500.000 mensuales de comisiones, podría considerarse que había continuidad en dichos pagos y que se generaron hasta la mitad del año 2016.

Por otra parte alude a la comunicación del 18 de julio de 2017, la cual no fue tachada de falsa, en la cual consta que existía un salario fijo por \$2.500.000 y \$1.000.000 por comisiones y de la que advierte probado que al menos en el segundo semestre de 2016 eso fue lo que recibió, sugiriendo, el juzgado fue engañado por la demandada quien de manera “*mentirosa*” le dijo que nunca pagó comisiones al demandante.

Sostiene, aunque es cierto que a nadie le está permitido fabricar su propia prueba, debió considerarse la relación de comisiones y clientes entregada por el actor, la cual además daba cuenta de su periodicidad, por resultar ello consistente con lo dicho por este en su interrogatorio en el que planteó cómo debían leerse las cuentas de cobro incorporadas y sobre las que se consideró por la *a quo* correspondían a la prestación de servicios personales.

Alude, resulta descabellado pensar que al demandante le pagaban solo un millón de pesos como Gerente Comercial con una supuesta calidad de profesional, insistiendo, en el proceso hubo fraude procesal y falso testimonio y se actuó de mala fe por parte de la pasiva.

Con todo, expone, hay lugar a reliquidar las prestaciones sociales de los años 2016 a 2018 partiendo de la certificación del 21 de diciembre de 2015 y el interrogatorio que bajo la gravedad del juramento rindió el demandante y arguye, harán una investigación en las bases de datos de los bancos para acreditar que CYRA INGENIERIA S.A.S si le consignó \$80.000.000 de pesos durante los 31 meses que duró la vigencia de la relación laboral, anotando que “*si no se acreditó eso yo lo asumiré*”¹ (Audiencia Virtual realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 1:56:54, CD folio 470).

¹ “Su señoría me permito respetuosamente interponer recurso de apelación frente a su decisión y procedo a sustentarlo cuando me dé la palabra.

Gracias. Me permito a continuación presentar recurso de apelación frente a la decisión que acaba de tomar la Jueza Segunda Laboral del Circuito de Bogotá en los siguientes términos: Primero los motivos de inconformidad concretos que tengo sobre la argumentación esbozada, desplegada por el Juzgado Segundo Laboral radican en lo siguiente: frente a la solución que le dio el *a quo* al primer problema jurídico y al segundo problema jurídico.

Frente al primer problema jurídico la juzgadora la doctora Carolina Planteó que no acogía la tesis que las obligaciones fueron de manera permanentes, esto atendiendo a los argumentos con base en los cuales se hizo

alusión a que las cuentas de cobro del año 2016, por ejemplo que se presentaron en su momento por la demandada que obedecían era a un objeto de prestación de servicios y que de manera alguna, allí para el año 2016 ocasionaron lesiones, igualmente el despacho, entiende este apoderado que para el 2018 también desaprobó la tesis de que se hubieran generado comisiones a favor del señor Luis Fernando Vargas con ocasión del trabajo, de tal manera que como argumento que presento a la segunda instancia al ad quem para efectos que revoquen este aparte de la decisión, de la parte motiva de la sentencia del juzgado segundo laboral y de la resolutive, se encamina a hacer otra lectura que en mi opinión respetuosa, claro sopesando el análisis juicioso, mesurado, complejo que realizó el Juzgado frente al problema jurídico planteado si debo decir que no se le dio el alcance que se deriva del documento fechado 21 de diciembre del año 2015; esto es la tabla de comisiones, porque hay que decir que ese documento que obra a folio 9 del expediente da cuenta que para ese año las comisiones se pactaban por seis o siete meses, en este momento no tengo el dato a la mano, pero decía que se pactaba por seis o siete meses, por simple y llana lógica, un documento que no fue tachado de falso y que predica que las comisiones se pactaban por seis o siete meses como mínimo arrojaba que para el año 2016 el salario devengado, iba a ser básico que para esa época era de \$1.000.000 de pesos más las comisiones que se fijaban allí en los porcentajes que el juzgado incluso hoy expuso, de tal manera que si se hace, aunado a lo anterior el documento obrante a folio, el documento de fecha del 22 de diciembre del año 2015, es decir al otro día en que se pactaron esas comisiones y allí se dijo que el trabajador devengaba \$1.000.000 de pesos más \$2.500.000 mensuales en comisiones, de tal manera que si se hace una lectura sistemática de estos dos elementos, sencillamente encontramos que como mínimo para efectos de probar la continuidad en el pago de comisiones, que no solamente se dieron al inicio de la relación laboral sino en el semestre inicial del año 2016, conforme a esa lectura del 21 de diciembre del 2015, se entendería como hasta la mitad del año 2016 se había generado las comisiones, faltando repito la lectura de las dos cartas que existen en precedencia.

(interrupción)

Planteaba que como mínimo de acuerdo con esta lectura que somete a consideración de la segunda instancia de manera este abogado tendríamos que así hasta el año 2016 primer semestre, teniendo en cuenta el documento del 21 de diciembre del 2015, se dice que esta tabla de comisiones va por un año y con una vigencia de siete meses, pues arroja como mínimo junio-julio del 2016, de tal manera que por ello me aparto de manera muy respetuosa del análisis juicioso que hizo el juzgado segundo laboral en el sentido que deslegitimó la frecuencia de la permanencia de las comisiones en el tiempo desde el inicio de la relación laboral hasta su finiquito esto en mayo del 2018.

Y por supuesto que tengo que decir como segundo elemento de argumento, frente a que si hubo una periodicidad de frecuencia, permanencia del tiempo de las comisiones, tengo que citar que por supuesto la carta del 18 de julio del 2017, es que la carta del 18 de julio del 2017 en efecto como bien lo planteó la señora jueza, pues no fue tachada de falsa y las manifestaciones que se plantearon allí no deslegitiman la información y que en efecto hacia el 2017 había un pago por un salario fijo por \$2.500.000 y un \$1.000.000 de pesos en comisiones, de tal manera que el entimema y lo que no se dijo y lo que estaba oculto y que quizás el juzgado omitió, desconociendo incluso la prueba inferencial tiene que ver con la pregunta muy sugestiva respecto de qué pasó en el año 2016, segundo semestre del 2016 y el primer semestre del 2017, en ese año ¿Qué paso en ese año? Por supuesto se propuso por el juzgador como hipótesis para responder esa pregunta que por carga de la prueba que este abogado o mejor la parte demandante no acreditó la ocurrencia de esas comisiones, presentó documentos donde se advertía y se reflejara que en efecto se devengaron esas comisiones, pero es que aquí acudo al tema probatorio que refulge para solucionar este problema jurídico y tiene que ver qué pues es que hubiese habido un ius variandi y si el trabajador devengaba \$2.500.000 hasta mínimo el primer semestre del 2016, entonces muy seguramente no significa que en ese año no devengo comisiones, por supuesto por efectos de la carga probatoria yo si lo que tengo que decir de manera muy respetuosa al juzgado a quo con relación al argumento de mi apelación frente a la segunda instancia y es que sencillamente el juzgado a quo fue asaltado en su buena fe, el fraude procesal y el falso testimonio que se dio en este proceso porque es que no puede concebirse que una persona como Cesar Ramírez el gerente de CYRA S.A.S. haya venido a decir mentiras respecto de las comisiones, mintió y en eso concuerdo con la señora jueza segunda laboral porque aquí se advirtió la postura de la parte pasiva fue desconocer a raja tabla la insistencia de las comisiones ¿y qué aconteció? Que por el contrario pues la sola prueba documental arroja luz para encontrar al juzgador para encontrar como mínimo si habían esas comisiones, Ahora bien la otra pregunta es si fueron de manera frecuente como se planteaba con el primer problema jurídico a lo que tengo que decir que si bien se sugirió el tema de que nadie puede fabricar su propia prueba en el entendido de que mi representado allegó 3 folios contentivos de tres hojas en los que relaciona unas comisiones y refleja unos clientes que el llevo a CYRA INGENIERIA S.A.S y frente a los cuales él dice que fueron sobre los que se generan unas comisiones, pues lo que yo tengo que decir al respecto es que para eso hubo aquí un interrogatorio de parte frente al señor Luis Fernando Vargas, que el señor Luis Fernando Vargas dijo la verdad y en mi opinión y esto es argumento para el ad quem solicito que se revise y se haga una valoración integral del interrogatorio y del testimonio del señor Luis Fernando Vargas en asocio con otros elementos porque el sí dijo que las comisiones fueron permanentes, el planteo cuales fueron las lecturas de las cuentas de cobro que la honorable jueza la doctora Carolina encontró que por un efecto de prestaciones de servicios en asocio con supuestamente la calidad de ingeniero mecánico y que esa cuentas de cobro que no fueron

A su turno la demandada CYRA INGENIERIA S.A.S., razona, si bien se ha reconocido que el trabajador es la parte débil de la relación contractual no puede perderse de vista que en este caso tal premisa reviste de una precisión especial por cuanto la empresa fue engañada al momento de vincular al demandante quien se presentó con una calidad profesional que no tenía. Además, dice, de buena fe y dada la relación que tenía el representante legal de esa sociedad con el actor, le fue entregada a este último una certificación con el fin de que mejorara su condición ante el sistema y se reflejaran mejores ingresos a efectos de que realizara un préstamo, conscientes de que la jurisprudencia laboral le ha llamado

como tal comisiones aludiendo al año 2016 , pues lo que yo tengo que decir es que aquí al juzgado sencillamente lo asaltaron en su buena fe y sencillamente la demandada CYRA INGENIERIA a través de apoderado judicial fue la que presentó esas cuentas de cobro, que recuerdo que cuando yo hice el interrogatorio al señor Cesar al gerente y a la contadora Elsa Garcés, pregunté sobre las cuentas de cobro de siete millones cuatrocientos, sobre las de millón y pico, las de dos millones ¿y que acontece? Pues sencillamente que el argumento débil y sofisticado y engañoso es que esos eran prestaciones de servicios y correlacionando lo que dijo mi cliente con, haciendo un análisis y una valoración conjunta se tiene que es totalmente descabellado pensar que el señor Luis Fernando Vargas le pagaban un \$1.000.000 de pesos como gerente comercial supuestamente con una calidad de profesional, únicamente por estar en la oficina gerenciando porque dijo la contadora de que ella lo veía ahí, No la verdad es señores del Tribunal Superior de Bogotá Sala laboral, la verdad es que aquí hubo un fraude procesal y un falso testimonio y aquí llegaron a decirle mentiras a una jueza de la república , a decirle que esas cuentas de cobro que paso el señor Luis Fernando había sido por un tema de ingeniería mecánica, eso es mentira y por eso yo dije en mis alegatos de conclusión que con gallardía y de manera frentera yo asumo esta demanda pero que yo no estoy de acuerdo con que se le mienta a una jueza de República, de tal manera que, por supuesto sin el análisis del problema jurídico en la solución el Tribunal confirma yo sencillamente aceptaré el tema pero en mi opinión no se puede aludiendo al argumento de que nadie puede fabricar su propia prueba esto es que el señor Luis Fernando presento una relación de clientes y cuáles eran las comisiones que el presento a CYRA y llevo a CYRA, no se puede descalificar a priori ese elemento, aunado sencillamente al tema de que aquí la mala fe no solo ha sido en cuanto a la actuación procesal, laboral con mi cliente Luis Fernando Vargas Díaz frente al desconocimiento de sus prestaciones sociales, sino también la mala fe ha sido procesal, aquí no se puede premiar de ninguna manera la mala fe procesal.

Ahora bien ya aunado a este tema tengo que decir que frente al segundo problema jurídico esto es la reliquidación de las prestaciones sociales correspondientes al año 2016 y 2018, pues hay lugar a re liquidarlas solo atendiendo a la carta del 21 de diciembre del año 2015 que da cuenta que estas comisiones se pactaban por el término de los siete meses siguientes, ahí no más hay lugar a re liquidar ese tópico y a la vez del 2018 yo encuentro que también hay lugar a re liquidar las prestaciones del 2018 porque es que el interrogatorio de mi cliente fue claro, él estaba bajo la gravedad de juramento y él dijo la verdad y sencillamente nosotros vamos hasta el final, vamos a hacer una investigación ya en temas de búsquedas en la base de datos respecto a los bancos para acreditar en efecto que CYRA INGENIERIA S.A.S si le consignó \$80.000.000 de pesos a mi cliente a la cuenta de caja social durante los 31 meses que duró la vigencia de la relación laboral, si no se acreditó eso yo lo asumiré, pero en mi opinión no había otras formas paralelas de probar y la prueba inferencial por ejemplo el interrogatorio del señor Luis Fernando Vargas Díaz para poder completar la Hipótesis y acreditar en efecto aquí si hubo unas comisiones frecuentes, permanentes durante el vínculo laboral, de todas maneras ya me resta sencillamente decir que quiero exaltar que el juzgado segundo laboral del circuito pues debe presumir la buena fe y debe entender de que incluso la parte pasiva actúa con mala fe procesal pero aquí se demostró todo lo contrario, pero pues naturalmente que bueno eso ya será motivo de otras actuaciones y también debo decir que yo estoy satisfecho con el análisis del juzgado segundo laboral que fue realmente minucioso y detallado y que frente a la resolución de los problemas jurídicos restantes de los cuales estoy totalmente de acuerdo, sencillamente no estuve conforme con la solución especialmente el primer problema jurídico frente a lo no concurrencia de las no comisiones de manera permanente y parcialmente mi motivo de inconformidad que planteé en esta apelación y que exprese en mis motivos de disenso de la misma fue con relación a la solución que se le dio al juzgador frente al segundo problema jurídico, pero de resto estoy conforme con la decisión, su señoría muchas gracias, solicito que se me conceda el recurso para que el Tribunal Superior de Bogotá de acuerdo con los argumentos esbozados revoque parcialmente la decisión que ha proferido la jueza segunda laboral del circuito de Bogotá, muchas gracias.

la atención a los empresarios a efectos de que no emitan ese tipo de certificaciones o constancias.

Refiere, la certificación se tomó como una situación objetiva debidamente probada pero no se analizó que la misma se emitió como “*firma a favor*”, lo cual, asevera, se corroboró con el interrogatorio de parte del actor, destacando, esos rubros no se encuentra identificados dentro de la contabilidad de la compañía, por lo que es clara la mala fe en el actuar de quien promueve el litigio.

Explica, en virtud de la carga de la prueba las comisiones debían ser probadas por el demandante, era a este a quien le correspondía demostrar las diligencias de las dos partes, empero, lo que logró fue aportar como prueba una certificación que “*el mismo fabricó*” porque la intención de ese documento no era determinar comisiones sino una situación personal por sus bajos ingresos, adicionando, aunque el demandante manifestó que se vio obligado a suscribirla, no considera que ello haya sido así pues lo allí consignado le favorecía.

Propone se establezca una jurisprudencia que dinamice la carga de la prueba y que no se siga un criterio solo por el hecho de que el trabajador va a ser desprotegido, sin verificarse la mala fe con la que este actúa.

Critica, se tome una determinación con fundamento en una certificación que el empleador otorgó de buena fe y con la que se benefició el trabajador, y se acredite con ella unas comisiones que jamás existieron y que probatoria y contablemente se demostraron² (Audiencia Virtual realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 1:56:54, CD folio 470).

² “Su señoría gracias por concederme la palabra, también solicito se me conceda el recurso de apelación frente a la decisión tomada por su despacho, argumento tres circunstancias: Si bien es cierto en cualquier forma contractual va ínsita el principio de la buena fe, con una pequeña excepción en materia laboral que es la protección de los derechos del trabajador por ser la parte débil en el vínculo contractual hay que determinar que este caso tiene una circunstancia especial. Primero el engaño que tuvo la empresa al momento del vínculo contractual cuando el señor Luis Fernando Argumento una calidad que no tenía y que el interrogatorio de parte del señor Luis Fernando omitió haber sustentado esa calidad ¿Qué pasa acá? Se persistió del engaño al establecer que el señor Luis Fernando acudiendo al principio de buena fe, reitero y al colegaje que tenía con el representante legal de la empresa CYRA a buscar unas certificaciones de índole personal ¿sí? Con el fin de conseguir unos empréstitos y préstamos para mejorar su condición de vida ante el sistema financiero dado que sus recursos por conceptos de ingresos no daban para el promedio deseado para el empréstito, en estas circunstancias ¿sí? Volvemos al mismo punto si bien es cierto nuestra jurisprudencia laboral ha llamado a los empresarios a que por favor, no bajo un acto de buena voluntad expidan certificaciones, constancias ¿sí? De rubros laborales fuera del contexto laboral ¿sí? Se debe probar ¿sí? Que esas certificaciones, el uso de las certificaciones, en este caso la prueba se tomó en mi concepto muy respetablemente como una situación objetiva debidamente probada pero no se analizó que la misma certificación y la misma constancia que hay en las certificaciones se dieron para aspectos de una firma a favor ¿sí? Y se corroboro con el interrogatorio de parte que absolvió el gerente ¿sí? Si sobre esta situación

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante LUIS FERNANDO VARGAS DÍAZ en este ordinario, las pretensiones relacionadas a folios 72 a 77, las cuales encuentran fundamento en los hechos consignados a folios 77 a 79, aspirando declare que las comisiones inicialmente pactadas entre las partes

y los rubros que contablemente están en la contabilidad de la empresa y en la cuenta de ingresos del señor Luis Fernando, en idéntica situación ¿sí? Bajo acto de apremio del testimonio brindado y solicitado por el demandante ¿sí? Testimonio de carácter técnico, contable porque fue un contador dijo aquí no aparecen ingresos de retenciones en la fuente, es lógico que si una persona tiene otros ingresos ¿sí? Por otros conceptos ¿sí? Si se hubiera probado mínimamente que tenía que generarse una retenciones o unos cargos a favor del fisco, tampoco ingresos que tampoco declaro el señor Luis Fernando ante la DIAN, entonces tenemos tres circunstancias la buena fe se desvirtúa en este caso por parte del trabajador porque desde el momento de su etapa pre contractual hasta el finiquito de la relación laboral siempre actuó bajo el sentido de la mala fe que lo probamos nosotros, ese es mi primer criterio.

El otro aspecto de mi inconformismo con la decisión es el principio de certeza, el principio de certeza dice que se debe probar que existe esas comisiones, esas digamos así, esas diligencias por parte de las dos partes situación que no probó el señor Luis Fernando, sino que logró como prueba la certificación que el mismo fabrico porque la intención de la certificación no era determinar comisiones, era una situación de carácter personal por el concepto de sus bajos ingreso, y fuera de eso en el interrogatorio de parte el manifestó que se vio obligado, su señoría uno laboralmente, profesionalmente, dignamente uno no acepta, ni por ninguna empresa, ni por ninguna persona que se le obligue, que se le mancille y más cuando esa certificación lo está favoreciendo a él, ese es el motivo de mi inconformismo, por lo tanto ruego a su señoría que no es la decisión del despacho, no es el trabajo juicioso del despacho es la situación de que nuestros honorables magistrados de la sala laboral emitan una jurisprudencia sobre los criterios de buena fe del empleador frente a los criterios de mala fe del trabajador cuando utiliza-abusa del principio de la buena fe ¿sí? Bajo unos conceptos de desprotección total laboral, es por ello que se debe revisar esta sentencia en estos criterios y ojalá se diera una jurisprudencia en aras a que se dinamice la carga de la prueba, no que sigamos con el criterio de por el solo hecho de que es solo trabajador la persona va a seguir siendo desprotegida ¿sí? Siempre si no se observa el análisis probatorio de la mala fe pues aquí se está condenando al empleador es por una certificación que dio de buena fe en la que se benefició el trabajador ¿sí? Porque logro su cometido como fue el mejoramiento de su calidad de vida pero en contraposición utilizó una certificación para acreditar unas comisiones que nunca existieron y que probatoriamente, contablemente se demostraron bajo criterio meramente profesional y que se ratificó también con la declaración del testigo especializado profesional en contabilidad que le llevaba la declaración de renta del demandado, por eso es consecuente que ojalá se fije una jurisprudencia sobre el principio de buena fe, sin desconocer los derechos laborales, ni atentar contra la dignidad de las personas.

En frente a otro punto y otro reparo pues me gustaría si es procedente la expresión del defensor de la parte demandada que siempre ha mantenido un criterio de mala fe, de practica de fraude procesal ¿sí? Pues yo considero a criterio personal de que esta situación no es digna de un profesional en derecho el solo hecho de que uno pierda o gane un proceso ¿sí? O no este conforme con la decisión o no este conforme con la gestión del profesional contraparte ¿sí? Manifieste un fraude procesal ¿sí? Manifieste una falsedad, haga alusión a que el despacho fue timado en estas circunstancias, pues yo si solicitaría que parte la apelación se viera en el sentido de que se determine unos poderes correccionales y hasta donde deba ese criterio de ya indilgar un delito y determinar personas a través no del ejercicio ilícito de la profesión sino a través de sus palabras en una actuación judicial ¿sí? No sé porque el señor apoderado no ha presentado la respectiva denuncia penal, esas son mis apreciaciones de inconformidad frente a la apelación, frente al tratamiento acucioso del despacho para el manejo de esta decisión, el manejo probatorio quedo prácticamente satisfecho porque el despacho analizo todo el proceso ¿sí? Pero pues aquí es el análisis respecto de la intención de la prueba, no solamente que la prueba sea objetiva porque el empleador es la parte fuerte y el del trabajador es la parte débil, entonces como allego esa certificación demos por válido de esas certificaciones son comisiones, sino se analizó que esas comisiones nunca se reflejaron contablemente, nunca se probó la existencia de esas comisiones, gracias su señoría ese es el punto de mi inconformismo.”

fueron permanentes y frecuentes a lo largo del vínculo laboral que las ató y por ende eran constitutivas de salario. En consecuencia, se condene a la demandada a reajustar los valores liquidados al sistema de seguridad social en salud y pensiones, las cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios y vacaciones causadas en vigencia de la relación laboral junto con la sanción por no consignación de las cesantías y la sanción moratoria. Pide además, se imponga el pago de los salarios y aportes a seguridad social adeudados, y se pague la indexación sobre las sumas que resulten condenadas. **Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus aspiraciones**, por cuanto se condenó a la demandada CYRA INGENIERÍA S.A.S. a reliquidar a favor del actor las cesantías, intereses a las cesantías y primas de servicios de las anualidades 2015 y 2017, a pagar las vacaciones de ese último año, a reajustar los aportes a seguridad social de esos mismos años y reconocer la sanción por no consignación completa de las cesantías y la sanción moratoria, absolviéndola de las demás pretensiones incoadas en su contra. Lo anterior tras considerar que con las certificaciones expedidas por el empleador el 22 de diciembre de 2015 y el 18 de julio de 2017 se encontraban probadas las comisiones del 1 de octubre al 30 de noviembre de 2015 y del 1 de enero al 30 de junio de 2017, respectivamente, por lo que había lugar a la reliquidación de las prestaciones causadas y el consecuente pago de las diferencias generadas con el ajuste del salario promedio de esos años. Por otra parte, adujo no haber cumplido por parte del demandante con la carga probatoria que le incumbía respecto a la continuidad y periodicidad de esas comisiones, esto es, que las devengó durante toda la vigencia de la relación laboral.

Con relación a las sanciones moratoria y por no consignación de las cesantías, estimó su procedencia porque no encontró una razón que justificara el actuar de la demandada, especialmente porque durante todo el trámite negó el pago de las comisiones a favor del trabajador lo cual reñía con la realidad advertida por ese Juzgado y, por ende, su actuar no fue de buena fe.

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

En esa dirección, se advierte, en el asunto no se presenta controversia frente a la existencia del contrato de trabajo entre las partes, el cual tuvo vigencia entre el 1 de octubre de 2015 y el 3 de mayo de 2018, situación que además de ser excluida del debate probatorio ante la ausencia de oposición de la pasiva frente a ese asunto, fue una conclusión a la que arribó la juzgadora de primer grado sin que respecto a ello se presentara reparo alguno en la alzada.

En tal sentido y atendiendo las inconformidades de los recurrentes, iniciará la Sala por establecer si en vigencia de la relación laboral el demandante devengó comisiones. De ser afirmativo ello, determinar si estas le fueron pagadas mensualmente y durante todo el tiempo que estuvo en vigor el contrato y, en consecuencia, si deben reliquidarse todas las acreencias laborales causadas a su favor.

Para solventar la primera cuestión advierte la Sala, se procedió al análisis riguroso de los medios de convicción incorporados a los autos, de los cuales, a juicio de esta Corporación y contrario a lo concluido por la juzgadora de primer grado, no deviene acreditado en manera alguna que el actor percibió durante su vinculación con la empresa CYRA INGENIERÍA S.A.S valor alguno por concepto de comisiones, tal como pasa a explicarse.

El 1 de octubre de 2015, las partes suscriben un contrato de trabajo a término indefinido para desempeñar el cargo de GERENTE COMERCIAL, devengando un salario de \$1.000.000 (folios 3 a 6). En lo que toca a la remuneración, los suscribientes acordaron expresamente:

“CLÁUSULA SEGUNDA:

REMUNERACIÓN.

El empleador pagará al Trabajador por la prestación de sus servicios el salario indicado -\$1.000.000-, pagadero en las oportunidades mensualmente (sic) sin que ello signifique que unilateralmente el Empleador pueda pagar por periodos menores.

Parágrafo: El trabajador autoriza al Empleador para que la retribución así como cualquier otro beneficio, sea prestacional, descanso, vacaciones, etc. Originado en la existencia y/o terminación del contrato sean consignadas o trasladadas a cuenta que desde ya el Trabajador autoriza al Empleador para que sea abierta a su nombre en una institución financiera”

De la lectura de dicha cláusula factible es concluir que se acordó una

remuneración fija y no variable por la labor del trabajador, precisándose, en el contrato, ninguna estipulación, diferente a la citada, refiere a la retribución del demandante, así como tampoco al pago de comisiones a favor del empleado.

Valga anotar igualmente, no se evidencia la celebración de otrosí o modificaciones –verbales o escritos- al contrato laboral, en el que se convenga el pago de comisiones o las condiciones de causación.

Ahora, en el expediente reposa copia de un documento denominado “*tabla de comisiones*” (folio 8) signada por LUIS FERNANDO VARGAS y CESAR YERMEY RAMIREZ, en calidad de Gerente General de CYRA INGENIERÍA S.A.S, en la cual se lee:

“(…)

La presente tabla tiene una vigencia de siete meses contados a partir de 01 de Diciembre de 2015 hasta el 30 de junio de 2016. Los porcentajes de comisión son:

CONCEPTO	VALORES	PORCENTAJE
NUEVAS INSTALACIONES		3%
MODERNIZACIONES	+ 15 MILLONES	3%
	-15 MILLONES	5%
REPARACIONES	+10 MILLONES	3%
	-10 MILLONES	5%
OBRAS CIVILES		5%

MANTENIMIENTO	VALOR
CONTRATO DE DOCE MESES	EL PAGO SERA EL VALOR DEL PRIMER MES
CONTRATO MENOR A DOCE MESES	EL VALOR SERA PROPOCIONAL A LOS MESES CONTRATADOS

NOTA: LOS PAGOS DE ESTAS COMISIONES SERÁN DEFINIDOS EN SU MOMENTO POR MUTUO ACUERDO ENTRE LAS PARTES

Se firma en la ciudad de Bogotá a los 21 días del mes de diciembre de 2019.

(…)” (Subrayas dobles de la Sala. Negrillas de origen).

Dicho legajo, para esta Corporación, no da cuenta certera del pacto a favor del trabajador aquí demandante del pago de comisiones, pues si bien se determinan unos porcentajes, no se establecen las condiciones de causación y pago de las mismas y tampoco se precisa a favor de quién se pagarán y qué actividad se debe

desarrollar para hacerse beneficiario de estas; de hecho, allí se advierte que “los pagos de estas comisiones **serán definidos en su momento por mutuo acuerdo entre las partes**”, es decir, el reconocimiento de los porcentajes detallados en la tabla estaba supeditado a la celebración de un nuevo arreglo entre el empleador y el empleado, el cual no se avista en autos.

Al dossier se arrimó “*certificación de pagos realizados por CYRA INGENIERIA a LUIS FERNANDO VARGAS DIAZ según soportes contables y pagos realizados salud y pensión según normatividad vigente*”, expedida por ELSA OLIVA PUENTES GARCES, contadora de la demandada (folios 114 y 115), en la que se detallan los valores y conceptos cancelados al convocante entre octubre de 2015 y abril de 2018³. Esta relación no discrimina suma alguna pagada al demandante bajo el rubro comisiones u otro equivalente, resaltando la Sala, por concepto de “*suelo*” se pagó lo acordado en el contrato de trabajo -\$1.000.000- para el 2015, el que incrementó proporcionalmente hasta la suma de \$1.400.000 para el 2018.

La información certificada por la contadora, a la que se hizo alusión, resulta consistente con lo consignado en los desprendibles de nómina que militan a folios 340 a 357 y 425 a 442, en los cuales tampoco se refleja pago alguno por concepto de comisiones o factor salarial distinto al salario básico, esto es, solo figuran conceptos como salario básico, auxilio de transporte, prestaciones sociales, vacaciones, incapacidades y “*transportes adicionales*”. Además, la liquidación de contrato que reposa a folio 7, no incluyó pago de comisiones o similar.

Del mismo modo, se aprecian extractos de una cuenta de ahorros en la que figura como titular el señor VARGAS DIAZ, y que fueron expedidos por el Banco Caja Social, específicamente para los periodos enero a abril de 2018 (folios 11 a 13 y 26) y enero a diciembre de 2017 (folios 14 a 25), en los cuales aparecen consignaciones bajo la transacción “*ABONO NOMINA*” seguidos por la anotación “*9006535601 NOMINA PROCYRA (...)*”. Esta documental aunque da cuenta clara de las sumas que le eran depositadas al demandante por la empresa convocada a juicio, lo que no puede determinar es bajo qué concepto se hizo la operación financiera, y menos aún, que corresponden al pago de comisiones.

³ Los conceptos cancelados en el periodo anotado fueron: sueldo, auxilio de transporte, prima, cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones transporte por visitas a obra, descuento FONDECY autorizado empleado y descuento autorizado para JORDAN OTAVO.

Tampoco resulta posible extraer la causación y pago de comisiones al empleado ahora demandante, del borrador de la declaración de renta presentada por VARGAS DÍAZ ante la DIAN para el año gravable 2017 (folio 30), de los certificados de movimientos financieros (folios 39 a 42), ni de los certificados de ingresos y retenciones para personas naturales empleados de los años gravables 2016 a 2018 (folios 27 a 29), como quiera que ninguna alusión se hace al recibo de comisiones y tampoco se discriminan valores cancelados por el empleador bajo otros conceptos.

En esa misma línea, resulta insuficiente para demostrar el devengo de comisiones en vigencia del contrato de trabajo, las cuentas de cobro que militan a folios 133 a 147, por cuanto, si bien fueron presentadas ante la compañía accionada por el convocante, ello fue por concepto de asesorías de obra (folios 133, 134, 135, 138, 145, 146 y 147) y transporte (folios 139, 140, 141, 142, 143 y 144); y aunque al absolver el interrogatorio el demandante⁴ aseguró que las primeras obedecían en realidad al pago de comisiones, como se ha venido explicando, no hay evidencia probatoria en el expediente, si quiera indiciaria, que permita inferir tal cosa de la documental referida, a lo que se suma, el representante legal de la pasiva en su interrogatorio⁵ fue enfático en señalar que esos obedecían a la retribución por una prestación de servicios que se ejecutaba de manera paralela al contrato de trabajo no pudiendo derivarse de tales aseveraciones una confesión que favorezca la tesis del actor.

Así mismo, aunque se incorporó un cuadro en el que se discriminan clientes, fecha, valor antes de IVA, concepto y valor de comisión (folios 31 y 32 y 33 a 34) se desconoce la procedencia del documento por cuanto no cuenta con firmas o distintivos, anotando, según lo indicado en el acápite probatorio de la demanda (folio 91), ese detalle fue realizado por el mismo promotor del juicio, precisándose frente a este medio de convicción que es principio general de derecho probatorio y de profundo contenido lógico, que la parte no puede crearse a su favor su propia prueba, por ello, quien afirma un hecho en un proceso tiene la carga procesal de demostrarlo.

⁴ Audiencia del 3 de febrero de 2021, récord 41:35.

⁵ Audiencia del 3 de febrero de 2021, récord 18:29.

De igual manera, se advierte, los testigos WILSON GIOVANNY ALFONSO CORTES⁶ y ELSA OLIVA PUENTES GARCÉS⁷ no resultan ser muy útiles a los intereses probatorios del actor, toda vez que, al primero nada le consta sobre la relación laboral que existió entre las partes en tanto solo funge como contador del demandante y, en ejercicio de sus obligaciones, solo puede dar fe que VARGAS DÍAZ recibía dineros en su cuenta de ahorros por parte de la compañía llamada a juicio, pero desconoce a título de qué se efectuaron los mismos; y la segunda, contadora de la demandada, indicó que en los soportes contables de la compañía no existe evidencia alguna de que al actor se le hubiese pagado suma alguna por comisiones, las que de hecho dijo, no causaba.

Incluso, véase, del interrogatorio realizado al representante legal de CYRA INGENIERÍA S.A.S. ni de la contestación de la demanda, se obtuvo confesión alguna que diera cuenta si quiera de la causación de comisiones por el trabajador, pues de manera enérgica, categórica y reiterada, negó el reconocimiento y pago de estas a su empleado, no siendo posible tener en consideración únicamente las manifestaciones e ilustraciones hechas por el demandante en su declaración hecha ante estrados⁸ en la que aseguró haber recibido comisiones en vigencia de su contrato porque en la realidad no fungía como gerente comercial sino como asesor de ventas, pues, se itera, es un principio universal reiterado que nadie puede crear su propia prueba para luego valerse, sacar provecho o beneficio de la misma, pues deviene indiscutible no solo la presunción, sino la plena convicción de la existencia de circunstancias que afectan su credibilidad e imparcialidad.

Ahora bien, aunque al expediente se incorporaron dos certificaciones laborales emitidas por CYRA INGENIERÍA S.A.S. el 22 de diciembre de 2015 (folio 9) y el 18 de julio de 2017 (folio 10), en las que se hace constar que el trabajador devengaba un salario básico y un promedio mensual de comisiones (en la primera \$1.000.000 –básico- y \$2.500.000 –comisiones y en la segunda \$2.500.000 –básico- y \$1.000.000 –comisiones-) las cuales, en principio podrían reputarse idóneas para acreditar que, como se pretende en la demanda, el trabajador devengó comisiones en vigencia del vínculo laboral que lo ató a la demandada, por ser documentos provenientes del empleador y no haber sido desconocidos ni tachados de falsos; lo cierto es que, pese a que jurisprudencialmente se ha conceptuado que los hechos consignados en los certificados laborales deben

⁶ Audiencia del 3 de febrero de 2021, récord 18:29.

⁷ Audiencia del 3 de febrero de 2021, récord 18:29.

⁸ Audiencia del 3 de febrero de 2021, récord 41:35.

reputarse como ciertos, paralelamente también se ha sostenido que el empleador tiene la posibilidad de desvirtuar su contenido mediante una labor demostrativa y persuasiva sólida⁹ y ello fue lo que aquí ocurrió, ya que, con independencia de las razones que motivaron la emisión de tales certificaciones, armonizado su contenido con los demás medios de convicción, los cuales fueron valorados bajo las reglas de la sana crítica por esta Sala de Decisión, se advierte una abierta discordancia con los pagos que se le reconocieron, a partir de los cuales se puede concluir que en la realidad esas comisiones fueron inexistentes.

Por ello, si bien la sociedad llamada a la litis certificó que el actor recibía un promedio mensual de comisiones, lo que se hizo constar en esos legajos no se acompasa con la realidad, en tanto, tal como se analizó de manera precedente, ni en la contabilidad de la compañía, ni en los desprendibles de nómina se advierten pagos por este concepto, de hecho, ni siquiera hay constancia de su pacto entre las partes, fuera verbal o escrito, en el que se determinaran las condiciones en que las mismas se causarían y pagarían al convocante del juicio por la labor desempeñada en virtud del contrato de trabajo que sostenía con la demandada.

Tal carencia demostrativa conllevaba al fracaso de las pretensiones del libelo introductor las cuales dependían inexorablemente de la prosperidad de la aspiración principal, esto es, de la declaración que en vigencia del contrato de trabajo el actor devengaba de manera permanente comisiones que tenían el carácter salarial.

Recuérdese, en los términos del artículo 167 del C.G.P., es carga de quien alega un hecho acreditar sus afirmaciones y en el caso bajo estudio, quien tenía el interés jurídico de que resultaran probadas sus aserciones era la parte demandante, la cual quedó expuesta a lo que Carnelutti llama "EL RIESGO DE FALTA DE LA PRUEBA", sufriendo entonces, la consecuencia desfavorable de la misma.

En todo caso, y aun cuando se hubiesen tenido en cuenta esas certificaciones para acreditar el pago de comisiones al trabajador, ellas no resultaban suficientes para demostrar su devengo en los interregnos indicados por la juez de primer grado en su sentencia, esto es, para concluir que las recibió entre octubre y

⁹ SL2600-2018.

diciembre de 2015, y enero a julio de 2017, pues ello no es lo que se deriva de su lectura.

En esas circunstancias, habrá de revocarse la sentencia de primera instancia en tanto encontró probado el pago de comisiones con carácter salarial a favor del demandante, condenó a la demandada a reliquidar las prestaciones a favor del trabajador y a pagar las sanciones moratoria y por no consignación completa de las cesantías, para en su lugar, absolver a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra, por ser aquellas consecuentes, se itera, de la prosperidad de la pretensión principal encaminada a que se determinara que el actor devengaba comisiones con incidencia salarial, las que como se expuso, no se hallaron acreditadas

Atendiendo las consideraciones que vienen de exponerse y por sustracción de materia, la Sala se releva del estudio de la alzada propuesta por la parte actora.

Agotada como se encuentra la competencia de esta instancia por el estudio de los puntos objeto de apelación, lo que sigue es revocatoria de la sentencia apelada, para en su lugar, absolver a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra, conforme a lo motivado.

SIN COSTAS en esta instancia, las de primera instancia se revocan y correrán a cargo de la parte actora.

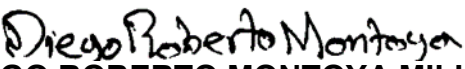
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

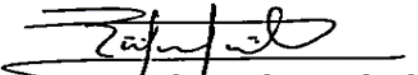
R E S U E L V E

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, y, en su lugar, **ABSOLVER** a la sociedad CYRA INGENIERIA S.A.S de todas las pretensiones incoadas en su contra por LUIS FERNANDO VARGAS DIAZ, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia, las de primera se revocan y correrán a cargo del demandante.

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 LESLEY ELIZABETH ANNE DAVIDSON DUFFY CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- y PROTECCIÓN S.A. (RAD. 07 2019 00679 01)

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintiuno (2021)

AUTO

Reconocer personería adjetiva para actuar al abogado SIMON ENRIQUE ANGARITA VILLAMIZAR como apoderado sustituto de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – 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, apoderada principal (Correo electrónico 27 de junio del 2021).



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por la parte demandante (correo electrónico del 31 de mayo del 2021), las demandadas PROTECCION S.A(correo electrónico del 26 de mayo del 2021) y COLPENSIONES (correo electrónico 27 de mayo del 2021), 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 y COLPENSIONES, así

como el grado jurisdiccional de consulta a favor de ésta, contra la sentencia proferida por el Juez Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 12 de abril del 2021 (Audencia virtual realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 34:22), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por la señora demandante la señora LESLEY ELIZABETH ANNE DAVIDSON DUFFY en formulario N° 34368 de 29 de agosto de 1994, con la AFP COLMENA HOY PROTECCION S.A.

SEGUNDO: ORDENAR a PROTECCIÓN., a trasladar la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la que es titular la demandante dineros que deben incluir los rendimientos que se hubieren generado hasta que se haga efectivo dicho traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES.

TERCERO: Igualmente, PROTECCIÓN debe devolver a Colpensiones todos los gastos de administración, comisiones o cualquier otro emolumento que se hubiesen descontado de los aportes pensionales de la demandante, valores que debe ser reintegrados y devueltos a COLPENSIONES debidamente indexados, a título de actualización monetaria.

CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES a recibir sin solución de continuidad como su afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida a la señora demandante desde su afiliación inicial al entonces Instituto de seguros sociales.

QUINTO: Dadas las results del proceso Se DECLARAN no probadas las excepciones presentadas por COLPENSIONES Y PROTECCIÓN.

SEXTO: Las COSTAS son a cargo de PROTECCION. Las agencias en derecho se tasan a favor de la demandante 2 SMMMLV, al momento del pago. No hay lugar a condena en COSTAS contra COLPENSIONES.

SEPTIMO: ORDENESE la CONSULTA de esta sentencia ante el superior a favor de Colpensiones como entidad garantizada por la nación y a fin que se revise la legalidad de lo decidido.”

Inconforme con la decisión, los apoderados de las demandadas recurrieron la decisión así:

COLPENSIONES indica no existen elementos que evidencien vicios de consentimiento o dolo en el presente caso y no había una expectativa legítima para la actora, como quiera que cuando elevó solicitud de traslado ya contaba con 57 años de edad, precisa en cuanto al deber de información éste solo se materializó a través de la ley 1748 del 2014 y el decreto 2071 del 2015 por lo cual los fondos privados solo cuentan expresamente con el consentimiento vertido en el formulario de afiliación para probar el consentimiento libre, voluntario .sin presiones e informado y del afiliado respecto del traslado, por lo que asegura entre 1993 y 2014 no se exigía nada diferente al documento de afiliación donde

constaba la plena intención de pertenecer al RAIS, siendo el caso de la actora el cual suscribió el formulario y realizó el traslado en el año de 1994.

Por otro lado, señala se debe tener en cuenta la descapitalización del sistema ya que nadie puede resultar subsidiado a costa de los recursos recaudados de manera obligatoria de los otros afiliados, dado que el régimen solidario de prestación definida se descapitalizaría, solicitando se revoque la sentencia de primer grado. (Audiencia virtual 12 de abril del 2021, record: 36:02)¹

PROTECCIÓN solicita se revoque de manera parcial la sentencia en cuanto a la condena de trasladar los aportes de los gastos de administración y los seguros previsiones, toda vez que los descuentos que realizó la AFP Colmena o la AFP Protección en el transcurso que estuvo la afiliada la actora en el RAIS se hicieron de acuerdo a la norma que se encuentra en el artículo 20 de la ley 100 de 1993 que dispuso el pago de los gastos en los que incurre el fondo de pensiones para administrar los recurso consignados en la cuenta de ahorro individual, considerando se desconoció el principio de igualdad pues se olvidó por completo la gestión potencial realizada por el fondo para que dichos recursos crecieran exponencialmente situación que perjudica a su representada y en cuanto a los seguros previsionales señala que se cumplió con la obligación de contratar estas pólizas en caso de que a la parte actora se le hubiese generado un incidente, toda vez que si se le hubiese calificado por una pérdida de invalidez inmediatamente la póliza cubriría un pensión de invalidez o una pensión de sobreviviente en caso de su fallecimiento, por lo cual esos dineros si fueron utilizados en su momento y no tiene razón de ser que se pretendan devolver estos gastos cuando los mismos

¹ “Gracias su señoría, interpongo recurso de apelación ante el Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en su sala laboral para que revoque la sentencia emitida por parte del fallador de instancia, sustento mi recurso de apelación de la siguiente forma, la primera razón que voy a interponer mi argumento es la prohibición legal, al momento de la solicitud el demandante al RPM se evocó el día 14 de agosto de 2018, contando en esta calenda con 57 años pues nació el 21 de enero de 1962 y teniendo en cuenta la normatividad la ley 797 de 2003 la cual manifiesta que después de vigencia de dicha el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltare diez años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión.

En cuanto a los vicios del consentimiento dentro del expediente no obra prueba alguna que demuestre lo, que estemos en presencia de algún vicio del consentimiento, teniendo en cuenta el artículo 1740 del código civil El acto jurídico o contrato celebrado entre el demandante y protección, no obstante teniendo en cuenta también esta normatividad referida el artículo 1750 del código civil norma la cual señala un plazo para pedir la rescisión de los contratos; la cual da un término de 4 años , teniendo en cuenta que la demandante firmó un contrato en 1994 la señora demandante tenía un término de 4 años hasta 1998 para pedir la rescisión del contrato”

cumplieron su función en todo el transcurso del periodo que ella estuvo vinculada con Protección (Audiencia virtual 12 de abril del 2021, record: 40:37)²

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante LESLEY DAVIDSON DUFFY en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda (páginas 24 y 25 Expediente digital Archivo 1) las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (página 23 Expediente digital Archivo 1), aspirando se declare la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual o en subsidio la nulidad del traslado, en consecuencia se ordene a Protección a trasladar a Colpensiones los dineros recaudados por concepto de aportes pensionales y sus rendimientos, como también los gastos de administración debidamente indexados y a Colpensiones a recibir dichos aportes y registrarla como su afiliada sin solución de continuidad, costas y agencias en derecho, declaraciones *ultra y extra petita*. Obteniendo sentencia de primera

² “Gracias su señoría, dentro del término legal me permito presentar mi recurso de apelación solicitando amablemente a los honorables magistrados se sirvan revocar de manera parcial la sentencia el numeral 3 de la sentencia proferida por el juzgado séptimo en lo que nos condena a trasladar los aportes de los gastos de administración y los gastos previsionales que se refieren pues a los descuentos para sufragar el pago a las aseguradoras y lo cual debería ser indexado, lo anterior no es procedente toda vez que los descuentos que realizó la AFP Colmena o la AFP Protección en el transcurso que estuvo la afiliada en el RAIS se hicieron de acuerdo a la norma que se encuentra en el artículo 20 de la ley 100 de 1993 que dispuso el pago de los gastos en los que incurre el fondo de pensiones para administrar los recursos consignados en la cuenta de ahorro individual, que posteriormente fue ratificado en la ley 797 del 2003 en su artículo séptimo, desconoce además el fallador de primera instancia el principio de igualdad que debe existir entre las partes toda vez que en la sentencia le concede a la demandante la devolución de los gastos de administración y su vez reconoce la devolución de los rendimientos que se generaron olvidando por completo la gestión potencial realizada por el fondo para que dichos recursos crecieran exponencialmente situación que abiertamente perjudica a mi representada. Téngase en cuenta Honorables magistrados que no se puede desconocer el trabajo del fondo porque sin él no hubiera frutos o rendimientos que reclamar los que fueron ordenados en este momento remitir a Colpensiones, también por el fallador de primera instancia, en ese orden de ideas y como quiera que la tarea de generar rendimientos no puede ser a título gratuito, máxime cuando mi representada tuvo que sufragar los costos que por concepto de honorarios se le cancelaron a los funcionarios que hicieron lo posible por realizar una buena administración de los dineros depositados en la cuenta de ahorro individual de la afiliada y es que no se puede perder de vista que de haber permanecido vinculada la misma al RPM esta se encontraba también de cancelar a Colpensiones unos gastos de administración por lo que de confirmar esta condena se estaría auspiciando un reconocimiento sin causa a la demandante.

De igual manera en el tema de los gastos referentes a los seguros previsionales la AFP Colmena y la AFP Protección Cumplieron con su obligación de contratar estas pólizas en caso de que a la parte actora se le hubiese generado un incidente de un accidente toda vez que si a ella se le hubiese calificado por una pérdida de invalidez inmediatamente la póliza cubriría una pensión de invalidez o una pensión de sobreviviente en caso de su fallecimiento, por lo cual estos dineros si fueron utilizados en su momento pues no tiene razón de ser que se pretendan devolver estos gastos cuando los mismos cumplieron su función en todo el transcurso del periodo que ella estuvo vinculada con Protección, con esto finalizo mi recurso de apelación para que sea estudiado por el Honorable Tribunal, muchas gracias”

instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró la ineficacia el traslado de régimen pensional realizado por la actora a PROTECCIÓN, ordenando a esa AFP a trasladar la totalidad de los valores depositados en la cuenta de ahorro individual que deben incluir los rendimientos, junto o cualquier otro emolumento que se hubiese descontado de los aportes pensionales, los cuales deben ser reintegrados y devueltos a Colpensiones debidamente indexados. Lo anterior tras considerar que la AFP demandada, no cumplió con la carga probatoria de demostrar el suministro de la información suficiente a la actora al momento en que se realizó el traslado de régimen, destacando que dicha carga probatoria se impone a ésta AFP demandada en aplicación del criterio sentado por el órgano de cierre de la jurisdicción.

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

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía de la demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 21 de enero de 1962 (folio 21 Archivo 1 expediente digital), por lo que la edad de 57 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2019, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 14 de agosto del 2019 (fls. 8 y 9), esto es, cuando ya había alcanzado la edad requerida para adquirir el derecho pensional, y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos había prestado sus servicios por espacio de 6

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”.

años y 13 días o 310,43 semanas (*historia laboral visible a folio 80 Archivo 1 expediente digital*), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

Ahora, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende la actora a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el **29 de agosto de 1994** (*folios 69 Archivo 1 expediente digital*) específicamente conforme la información consignada en el formulario de afiliación a COLMENA hoy PROTECCIÓN (*rta hecho 3 folio 53 Archivo 1 expediente digital*).

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

En efecto, la jurisprudencia que sobre el particular ha dejado sentada la Corporación de cierre de esta jurisdicción, ha entendido que la expresión “*libre y voluntaria*” contenida en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, supone necesariamente el conocimiento, lo que sólo es posible alcanzar cuando se saben a conciencia las consecuencias de una decisión de esta envergadura. Frente al tema, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 12136, radicación No. 46.292 de 2014, enseñó:

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

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

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

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

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

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

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

“(…)

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

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

En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena

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

fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.

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

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

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

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

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

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.

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 del 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

“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.

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, para la Sala 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 la demandante (Audiencia virtual 12 de marzo del 2021 record: 19:58) no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado al momento de la suscripción del formulario de afiliación, en tanto solo refirió que el asesor le dijo que el ISS se acabaría y le indicó debía firmar el correspondiente formulario.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a COLMENA hoy PROTECCIÓN (folio 69), 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) y en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus*, pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que brillan por su ausencia en el plenario.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PROTECCIÓN antes COLMENA, omitió en el momento del traslado de régimen (19 de agosto de 1994, folio 69), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL 12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

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

En ese orden, la ineficacia del traslado de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de PROTECCIÓN como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliada la actora, 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.

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

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

Asimismo, y en punto a la apelación de PROTECCIÓN 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 de la actora, 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.”

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

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

Conforme a lo anterior, se agota la competencia de la Sala y habiéndose surtido el grado jurisdiccional de consulta y el estudio de los puntos de apelación, de acuerdo a las motivaciones que preceden, se confirmará la decisión de primer grado, sin que se pueda efectuar estudio alguno sobre la prescripción pues la

misma no fue propuesta por Colpensiones en su contestación, entidad respecto de la cual se surte la Consulta.

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,

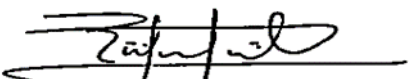
RESUELVE

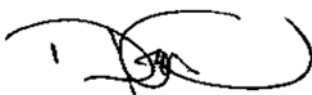
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 7° Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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 LILIANE FLOREZ RODRIGUEZ CONTRA COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A. (RAD. 09 2018 00611 02).

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintiuno (2021)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia únicamente por la demandada COLPENSIONES (folios 270 y 271), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con el fin de resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de PROTECCIÓN y de COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de ésta, contra la sentencia proferida por la Juez Novena Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 22 de abril del 2021 (Acta folios 261 a 264, Cd. fl. 260 audiencia virtual record: 49:34), en la que se resolvió:

***“PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia de traslado de régimen realizado por la demandante LILIANE FLOREZ RODRIGUEZ el día 02 de abril de 1997 del régimen de prima media administrado por el entonces Instituto de Seguros Sociales hoy Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones al régimen de ahorro individual administrado por la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A, por lo considerado.*

***SEGUNDO: ORDENAR** a la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A. a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones el capital que se encuentra en la cuenta de ahorro individual de la señora LILIAN FLORES RODRIGUEZ junto con los rendimientos financieros y los gastos de administración con cargo a sus propias utilidades y a su vez se **ORDENA** a Colpensiones a reactivar la afiliación de la demandante y a recibir los conceptos que le fueren trasladados.*

TERCERO: DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por las demandadas en sus contestaciones de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

CUARTO: COSTAS serán a cargo de Protección S.A, tásense por secretaria, fíjense como agencias en derecho la suma correspondiente a un salario mínimo legal mensual vigente.

QUINTO: REMÍTASE Este asunto ante la Sala de decisión laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a fin de que se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de Colpensiones, de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del Código procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.”

Inconforme con la decisión COLPENSIONES recurrió la decisión manifestando que en el presente asunto no existen elementos que evidencien vicios del consentimiento o dolo, pues no era una expectativa legítima para la demandante como quiera que a la hora del traslado la actora contaba con menos de 760 semanas y le faltaban más de veinte años para acceder a la pensión, además no era beneficiaria del régimen de transición para proceder su regreso en cualquier tiempo, por lo que expresa la actora deberá someterse a los mandatos del sistema general de pensión en el régimen en el cual se encuentra afiliada,

Manifiesta que en el presente caso existió una reasesoría la cual si bien fue posterior a la fecha del traslado, es válida, como quiera que la misma fue para el año 2006 donde la AFP le indicó que no le convenía seguir afiliada al RAIS, cumpliendo así el fondo con la carga de la prueba y suministrando información suficiente a tiempo para que la actora retornara a Colpensiones, evidenciándose la demandante decidió seguir cotizando al RAIS de manera libre y voluntaria.

Razones por las cuales considera en el presente caso no se logró probar una información equivocada o falaz por parte del fondo, máxime si se tiene en cuenta que para el año del traslado de la demandante los fondos solo tenían la obligación de brindar información sobre las condiciones a la hora del traslado, por lo tanto indica no hay lugar a la ineficacia solicitada. (Cd. fl. 260, record: 51:26)¹

¹ “Gracias su señoría interpongo recurso de apelación ante el Honorable Tribunal Superior de Bogotá sala laboral, en primera medida honorables magistrados no existen elementos que evidencien vicios del consentimiento o dolo en el presente caso, pues no era una expectativa legítima para la demandante como quiera que a la hora del traslado la actora contaba con menos de 760 semanas y faltaban más de veinte años para acceder a la pensión, además ténganse en cuenta que no era beneficiaria del régimen de transición para proceder su regreso en cualquier tiempo como lo manifiesta la sentencia SU 130 del 2013 por lo que la actora deberá someterse a los mandatos del sistema general de pensión en el régimen en el cual se encuentra afiliada, además téngase en cuenta que en el presente caso existió una reasesoría a la demandante, si bien fue posterior a la fecha del traslado, es válida, como quiera que la misma fue para el año 2006 donde la AFP le indicó que no le convenía seguir afiliada al RAIS y teniendo en cuenta que para esa fecha contaba la actora con 46 años de edad, siendo así que no se encontraba inmersa en lo establecido en el literal e del artículo dos de la ley 797 de 2003, cumpliendo así el fondo con la carga de la prueba y suministrando

La AFP PROTECCIÓN apeló la decisión respecto a la condena de trasladar los gastos de administración a Colpensiones, señalando su representada realizó una excelente gestión de la cuenta de ahorro individual de la demandante, lo cual se evidenció en sus rendimientos pues superaron incluso un doble o más de sus aportes, manifestando que ordenar ahora a Protección trasladar esas cuotas de administración a Colpensiones, sería como castigarla por la excelente gestión de administración de los recursos, generando un enriquecimiento sin causa para Colpensiones.

Adicionalmente expresa que en gracia de discusión se podría hablar de prescripción parcial de esas cuotas de administración porque tienen una naturaleza completamente diferente a la naturaleza de la pensión, y en ese orden algunas estarían prescritas, aunado a que no obra prueba ni siquiera sumaria de un daño, ni juramento estimatorio de perjuicio alguno respecto de dichos gastos de administración, por lo que solicita se revoque parcialmente la sentencia en este punto. (Cd. fl. 260, record: 54:02)²

información suficiente a tiempo para que la actora retornara a Colpensiones, siendo así que se evidencia que la demandante decidió seguir cotizando al RAIS de manera libre y voluntaria.

Ahora bien honorables magistrados, téngase en cuenta la sentencia con radicado 2016-087 del 17 de enero del 2017 del tribunal superior de Pereira la cual indica que la simple manifestación de inconformidad del que el valor a la pensión a recibir en este momento en el RPM pueda resultar superior a la que pueda recibir en el RAIS por sí solo no constituye prueba de que cuando realizó el traslado la actora, lo haya hecho movido por un engaño o por una equivocada información por parte del fondo, siendo así que en el presente caso no se logró probar una información equivocada o falaz por parte del fondo, máxime si se tiene en cuenta que para el año del traslado de la demandante los fondos solo tenían la obligación de brindar información sobre las condiciones a la hora del traslado, por lo tanto no hay lugar a la ineficacia solicitada, por lo anterior señores magistrados solicito se revoque la sentencia de primera instancia y no se decrete la ineficacia solicitada, muchas gracias.”

² “Muchas gracias su señoría siendo el momento procesal oportuno me permito interponer recurso de apelación parcial de la sentencia ante el Honorable tribunal superior de Bogotá, sustento este recurso en los siguientes términos:

En primer lugar tal y como lo, bueno primero voy a advertir a que va dirigida mi apelación, se apela concretamente el aspecto a la condena en que se ordena a mi representada a trasladar cuotas de administración a Colpensiones. Este recurso se sustenta en tanto como quedo probado en el expediente y en los alegatos de conclusión, mi representada realizó una excelente gestión de la cuenta de ahorro individual de la demandante, esto se evidencia en sus rendimientos que superan incluso en un doble o más de un doble sus aportes, es importante manifestar que ordenar ahora a protección a trasladar estas cuotas de administración a Colpensiones, sería como castigarla por esta excelente gestión de administración de los recursos y se generaría un enriquecimiento sin causa para Colpensiones, entidad que nunca administro la cuenta de ahorro individual de la demandante.

Adicionalmente se estaría desconociendo el derecho a las restituciones mutuas establecido en el artículo 1746 del código civil, también en gracia de discusión se podría hablar de prescripción parcial de estas cuotas de administración porque tienen una naturaleza completamente diferente a la naturaleza de la pensión, entonces podríamos decir que algunas cuotas de administración se encuentran prescritas. También es importante poner de presente que se entiende que esas cuotas de administración son cobradas a las administradoras como un perjuicio y dentro del plenario no obra prueba ni siquiera sumaria de un daño, de un nexo causal con actuación alguna de mi representada, ni juramento estimatorio de perjuicio alguno, por lo

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 LILIANE FLOREZ RODRÍGUEZ, en éste proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de subsanación de la demanda a folios 66 y 67 del expediente, las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos expuestos a folios 67 a 70, aspirando de manera principal se declare nula la vinculación y traslado de régimen realizado a Protección S.A., en consecuencia se ordene el retorno a Colpensiones, disponiendo a la AFP Protección la devolución de todos los valores que hubiere recibido con motivo de su afiliación tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, junto con las 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 la AFP PORTECCIÓN 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 dicha AFP a trasladar a Colpensiones los saldos de la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con sus rendimientos y lo descontado por concepto de gastos de administración con cargo a sus propias utilidades.

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.

anterior le ruego al tribunal superior de Bogotá revoque parcialmente la sentencia en el punto exacto en el que se condenó a mi representada a trasladar cuotas de administración, muchas gracias.”

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

Así las cosas, en el folio 3 (copia cédula de ciudadanía) se registra como fecha de nacimiento de la actora el 25 de noviembre de 1959, por lo que la edad de 57 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2016, sin que obre prueba de haber solicitado su traslado cuando le faltaban más 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 409,86 semanas de cotización (resumen historia laboral fl. 228) equivalentes a 7 años, 11 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 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 **4 de febrero de 1997** (fl. 230), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a PROTECCIÓN precisándose en este aspecto el fallo apelado, pues la Juez de primer grado indicó que había sido el 2 de abril.

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

preferieran 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 efecto, la jurisprudencia que sobre el particular ha dejado sentada la Corporación de cierre de esta jurisdicción, ha entendido que la expresión “libre y voluntaria” contenida en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, supone necesariamente el conocimiento, lo que sólo es posible alcanzar cuando se saben a conciencia las consecuencias de una decisión de esta envergadura. Frente al tema, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 12136, radicación No. 46.292 de 2014, enseñó:

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

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

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

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

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

En consecuencia, no solo es menester demostrar la existencia del traslado, sino que impone verificarse que este acto se produjo bajo el presupuesto de la libertad informada, pues de no cumplirse con dicho presupuesto, se incurriría en un vicio que invalidaría dicho acto jurídico, lo que trae como consecuencia o efecto retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, con ineficacia ex tunc⁴.

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

Así pues, ha asentado reiteradamente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de justicia, que para el estudio de la procedencia de la ineficacia del traslado, se traslada la carga de la prueba quedando esta en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa dicho acto 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, 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.

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.

(…).

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

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

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

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

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

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

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

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en desfavor 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 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 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 litigio (cd. fl. 260, record: 10:23), no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado al momento de la suscripción del formulario de afiliación a PROTECCIÓN, en tanto aseguró que su motivación para trasladarse fue porque su empleador le indicó que afiliándose al fondo de pensiones podría en caso de fallecer trasladar su pensión a su esposo e hijos aunado a que el ISS se iba a acabar.

A más de lo anterior, se advierte la documental obrante a folios 231 a 233, relacionada con una reasesoría pensional, no prueba de forma alguna el suministro de información señalado en esta providencia, pues conforme se ha venido señalando, **debe ser suministrada es para 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 la misma data del 25 de septiembre del 2006 y el traslado de régimen mediante la afiliación a Protección se dio 4 de febrero de 1997 (fl. 230).

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (fl. 230), plasmado en el formulario de afiliación a 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 la AFP demandada (sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019) y en todo caso, éste no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus*, pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que brillan por su ausencia en el plenario.

Además, en cuanto al comunicado de prensa visto a folios 239 a 241, 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 que la demandada PROTECCIÓN omitió en el momento del traslado de régimen (4 de febrero de 1997 fl. 230), 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 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, administrada por PROTECCIÓN 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.

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.

En relación con los argumentos de apelación de PROTECCIÓN relacionados con los gastos de administración, resulta que estos surgen como consecuencia de la afiliación, y en ese orden, al declararse la ineficacia del traslado resulta claro que los mismos quedan sin fundamento, pues lo que ocurre es que la situación de vinculación del actora vuelve a su estado inicial, es decir es como si dichos gastos y seguros 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.

Frente a los gastos de administración 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, 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 (fl. 121⁶) respecto de quien se surte el grado jurisdiccional de Consulta y alegada por Protección en su apelación frente a los gastos de administración, 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 ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática y en esa medida, las consecuencias que deriven de la declaratoria de ineficacia, tales como la devolución de los gastos de administración y demás restituciones hace inoperante dicho fenómeno extintivo frente a los mismos.

⁶ Por auto del 16 de diciembre del 2020 se tuvo por contestada la demanda (fl. 244).

En cuanto al tema de la prescripción la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2611, Radicación N° 67972 del 1° de julio de 2020, indicó:

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

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

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

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

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

SIN COSTAS en esta instancia.

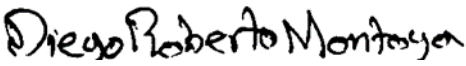
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Noveno (9°) Laboral del Circuito de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, precisando la fecha de traslado de régimen fue el **4 de febrero de 1997**.

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 DANIEL ANTONIO RIVEROS BOCANEGRA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y OLD MUTUAL S.A. (RAD. 09 2018 00697 01).

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintiuno (2021)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por PORVENIR S.A. (folios 376 a 379), OLD MUTUAL (412 a 415) y COLPENSIONES (folio 410), 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 por las demandadas PORVENIR, SKANDIA (OLD MUTUAL) y COLPENSIONES, respectivamente, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, contra la sentencia proferida por la Juez Novena (9) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 23 de febrero de 2021 (Audiencia virtual concentrada artículos 77 y 80 del C.P.T. realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 1:26:01, CD folio 368A, acta folios 369 a 372), en la que se resolvió:

***“PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia del traslado que realizó el demandante DANIEL ANTONIO RIVEROS BOCANEGRA entre el Régimen de Prima Media administrado por el entonces ISS hoy COLPENSIONES al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por PORVENIR S.A, el 20 de enero de 2004.*

***SEGUNDO: CONDENAR** a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A y a SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES*

COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos por concepto, o por la afiliación del señor DANIEL ANTONIO RIVEROS BOCANEGRA por conceptos de aportes, frutos, rendimientos financieros y bonos pensionales que se encuentren o no en la cuenta de ahorro individual sin descontar valor alguno por cuotas de administración y comisiones de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión

TERCERO: CONDENAR a Colpensiones a recibir de PORVENIR y SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A todos los valores que le fueren trasladados y abonarlos en el fondo común que administra convalidando en la historia laboral del demandante, las correspondientes semanas para considerarlas a efectos de definir la situación pensional del mismo, de acuerdo con lo motivado.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas en sus contestaciones

QUINTO: COSTAS serán a cargo de PORVENIR S.A. Tásense por secretaría. Fíjense como agencias en derecho la suma de un salario mínimo legal mensual vigente, conforme a lo motivado.

SEXTO: REMÍTASE el presente asunto ante la Sala de decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a fin de que se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de Colpensiones, de conformidad con el artículo 69 del Código procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.”

Inconformes con la decisión las demandadas la apelaron.

En primer lugar, COLPENSIONES asevera, no existen elementos que evidencien vicios en el consentimiento, por cuanto no existía una expectativa legítima para el demandante pues para la fecha en que este efectuó el traslado, contaba con menos de 750 semanas, le faltaban más de veinte años para acceder a la pensión y no era beneficiario del régimen de transición para disponer su retorno en cualquier tiempo.

Por otro lado, señala, debe tenerse en cuenta la sentencia con radicado 2016-087 del 17 de enero de 2017 proferida por el Tribunal Superior de Pereira en la que se indica que “*la simple manifestación de inconformidad de que el valor de la pensión a recibir en este momento en el régimen de prima media pueda resultar superior al que puede recibir en el RAIS por sí sola no constituye una prueba de que cuando se realizó el traslado, el actor lo haya hecho movido por un engaño o una equivocada información por parte del fondo*”.

Adiciona, no se logró acreditar una información falaz dada por el fondo y recuerda que para la época del tránsito de régimen las AFP sólo tenían la obligación de brindar información sobre las condiciones existentes a esa fecha.

Anota, el demandante decidió seguir cotizando de manera libre y voluntaria al RAIS¹ (CD folio 368A, récord 1:28:06, acta folios 369 a 372).

Por su parte PORVENIR S.A. destaca, la afiliación del actor, según lo dicho por este en el interrogatorio, fue libre y voluntaria y ocurrió en cumplimiento de las obligaciones que en materia de información le incumbía en ese momento como administradora de pensiones, pues para esa época, sólo “*le era oponible el Decreto 663 de 1993*”, esto es, no tenía el deber de realizar comparaciones, dar un buen consejo o realizar una doble asesoría.

De otro lado, indica, el demandante era plenamente capaz y consciente del acto jurídico que realizaba, atendiendo a sus preferencias personales y pensionales, precisando, su voluntad se ratificó con los eventos de relacionamiento que realizó dentro del RAIS, tales como el traslado entre administradoras del mismo régimen, el recibo de extractos mensuales y la ausencia de manifestación de inconformidad o descontento, por lo que, en su sentir, no existe en la realidad ningún argumento fáctico o jurídico que conduzca a declarar la ineficacia pretendida, máxime cuando el convocante incumplió con sus obligaciones como consumidor financiero que le imponían indagar sobre el tránsito pensional que estaba suscribiendo.

Enfatiza, la verdadera inconformidad del promotor versa sobre la diferencia en el valor de la mesada que recibiría en el régimen de prima media, la cual, dice, no puede ser considerada como un factor invalidante de su voluntad o consentimiento

¹ “*Gracias su señoría interpongo recurso de apelación ante el Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral, en primera medida Honorables Magistrados no existen elementos que evidencien vicios del consentimiento o dolo en el presente caso, pues no había una expectativa legítima para el actor como quiera que a la hora del traslado del demandante contaba con menos de 750 semanas y le faltaban más de veinte años para acceder a la pensión, además téngase en cuenta que no era beneficiaria del régimen de transición para proceder su regreso en cualquier tiempo como manifiesta la sentencia SU-130 del 2013, por lo que el actor deberá someterse a los mandatos del sistema general de pensiones en el régimen que actualmente se encuentra afiliado.*

Ahora bien Honorables Magistrados téngase en cuenta la sentencia con radicado 2016-087 del 17 de enero del 2017 del Tribunal Superior de Pereira la cual indica que la simple manifestación de inconformidad de que el valor de la pensión a recibir en este momento en el RPM pueda resultar a la que pueda recibir en el RAIS por sí sola no constituye prueba de que cuando realizó el traslado el actor lo haya hecho movido por un engaño o una equivocada información por parte del fondo, siendo en realidad que en el presente caso no se logró probar una información equivocada o falaz por parte del fondo, máxime si se tiene en cuenta que para el año del actor los fondos solo tenían obligación de brindar información sobre las condiciones a la hora del traslado, por lo tanto no hay lugar a la ineficacia solicitada, pues lo que existió fue un desinterés o descuido por parte del demandante y evidencia que el mismo desea seguir cotizando al RAIS de manera libre y voluntaria, por lo anterior señores magistrados solicito se revoque la sentencia de primera instancia y no se decrete la ineficacia solicitada, muchas gracias.”

por cuanto las prestaciones que se causan en uno u otro régimen no son comparables.

Advierte, el accionante tuvo múltiples oportunidades para retornar al régimen de prima media, pero no lo hizo, contrario a eso, continuó en el régimen de ahorro individual con solidaridad.

Peticiona, de confirmarse la decisión del *a quo*, se modifique lo atinente a la devolución de los gastos de administración y seguros previsionales, toda vez que estos tienen una destinación específica que fue cumplida por esa administradora y fueron invertidos en los términos previstos en la ley por lo que ya no se encuentran en su poder y en el caso puntual de los seguros previsionales, sostiene, estos fueron trasladados a la compañía aseguradora con la que se contrató la cobertura del pago de sumas adicionales necesarias para financiar las contingencias derivadas de la invalidez y la sobrevivencia, resultando material y jurídicamente imposible su retorno² (CD folio 368A, récord 1:29:55, acta folios 369 a 372).

² “Gracias su señoría, siendo el momento procesal pertinente me permito presentar el recurso de apelación, con el fin de que pues sea revocada la sentencia en primer grado en razón de las siguientes consideraciones: En primer lugar cabe resaltar que la afiliación realizada por el aquí demandante al RAIS claramente se realiza de manera libre y voluntaria tal y como se expresó en el interrogatorio de parte, igualmente cabe resaltar que mi representada cumplió con sus obligaciones en materia de información en la medida en que únicamente le era oponible el decreto 663 de 1993, es decir contrario a lo que expresa en el escrito de la demanda, claramente mi representada no tenía la obligación de realizar comparaciones, dar un buen consejo o realizar una doble asesoría en esta medida pues mi representada cumplió entonces a cabalidad con cada una de las obligaciones que le imponía la ley.

Igualmente se resalta según el artículo 1503 del Código Civil el aquí demandante era una persona completamente capaz y consciente del acto jurídico que estaba pues realizando y suscribiendo en esta medida, el mismo lo realizó por voluntad propia, en la medida en que se adaptaba a sus preferencias pensionales y personales. Igualmente, que dicha voluntad se ratifica no solamente por los diferentes actos de relacionamiento que el demandante efectuó no solamente estando afiliado al RAIS tales como trasladarse dentro del mismo régimen sino también en recibir los extractos mensuales o trimestrales a los que hizo referencia en su interrogatorio de parte y no generar ningún tipo de manifestación o descontento alguno, por esta razón no existe en realidad ningún tipo de descontento fáctico o jurídico que conduzca a declarar la presente ineficacia o nulidad del acto jurídico, más cuando para el momento del traslado del aquí el demandante el mismo no cumplió con sus obligaciones de consumidor financiero indagando así sobre el acto jurídico que se estaba suscribiendo.

Igualmente se resalta que la inconformidad del demandante en realidad se puede desprender del interrogatorio de parte del mismo, la cual únicamente yace de la diferencia pensional que este podría recibir en el RPM diferenciado al de RAIS, no obstante este factor no se puede considerar como un vicio la voluntad del demandante o el consentimiento del mismo en tanto las prestaciones que se reconocen en uno u otro régimen no son comparables, razón por la cual no se puede desprender de la misma inconformidad una nulidad o una ineficacia es claro entonces que el demandante además de tener conocimiento del acto jurídico suscrito tuvo múltiples oportunidades para regresar al RPM, entre esta pues se resaltan que su retorno a Porvenir, específicamente a Horizonte- Porvenir se dio en el año 2012, cuando este afiliado a un no tenía las limitaciones temporales exigidas o consagradas en la ley para que este retornara al RPM, no obstante decidió pertenecer y trasladarse dentro del RAIS, Sin embargo si el Honorable tribunal decide confirmar la presente sentencia, únicamente solicito que se modifique en cuanto los gastos de administración o de seguros previsionales, en la medida de que los gastos de administración tienen una destinación específica por mandato legal, la cual se reitera fue plenamente cumplida por mi representada pues estas sumas fueron debidamente invertidas en la forma en la que se exige la ley y no se encuentran en poder de mi representada, las mismas se pueden ver expresadas de manera notoria en los rendimientos que cada uno de los ahorros y

A su turno, SKANDIA (OLD MUTUAL), con fundamento en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, advierte que no tiene en su poder ningún emolumento que deba ser objeto de devolución, como quiera que en el 2012, cuando el señor RIVEROS BOCANEGRA suscribió su traslado entre administradoras, todos los recursos de su cuenta de ahorro individual como frutos, rendimientos, entre otros, fueron trasladados a PORVENIR donde se encuentra afiliado. Adicionalmente, considera, la decisión de la juez que lo afecta directa y gravemente en su patrimonio es la atinente a la devolución de las cuotas de administración y comisiones pues con ello se desconoce la facultad legal que se le otorgó a las administradoras para descontar esos recursos, bien en el régimen de ahorro individual ora en el de prima media, los cuales cumplieron una destinación específica que se encuentra causada y agotada.

Subraya, misma consideración debe tenerse en cuenta respecto a los seguros previsionales dirigidos a cubrir ciertas contingencias que, aunque no se presentaron, estuvieron aseguradas³ (CD folio 368A, récord 1:35:22, acta folios 369 a 372).

aportes que ha realizado el actor, pues se han generado mes a mes. Además se reitera y se expresa se encontraban en los diferentes extractos que se le enviaban y se le hacían llegar al demandante
Ahora lo que corresponde a la restitución de primas de seguros previsionales, pues no se pueden desconocer entonces que dichos conceptos ya fueron trasladados a una compañía aseguradora con la que se contrató la cobertura del pago de sumas adicionales necesarias para financiar aquellas contingencias derivadas de la invalidez y sobrevivencia, cuyo objetivo efectivamente se cumplió y pues esta cobertura se hizo efectiva, razón por la cual no se puede retrotraer en el tiempo, pues los presentes pagos y resulta material y jurídicamente imposible para mi representada asumir los mismos, más cuando estos no hacen referencia alguna a la financiación de la posible mesada pensional o pensión de vejez que pretende aquí el demandante, en esta medida concluyo y sustento mi apelación, muchísimas gracias.”

³ “Gracias su señoría muy respetuosamente y dirigiéndome al Tribunal Superior de Bogotá interpongo y sustento recurso de apelación en los siguientes términos: Si bien es cierto la administradora que represento no fue condenada en relación a esa primera pretensión que despliego ellos es la ineficacia del traslado de administradoras o de régimen, si lo fue y se encuentra afectada digamos en una de las condenas de la parte resolutive y considerativa de la sentencia que ello impugna, ello concierne honorables magistrados a la condena de trasladar la totalidad de los valores que haya recibido Skandia como frutos, rendimientos, aportes y bonos pensionales; aportes incluyendo las cuotas de administración y comisiones ello es el objeto propiamente de este recurso de apelación y el argumento básicamente es lo contenido en el artículo 20 de la ley 100 de 1993 , partiendo de dos situaciones: La primera es que mi representada no tiene en su poder ningún tipo de emolumento que deba ser objeto de devolución al señor Daniel Riveros, Toda vez que en el año 2012 cuando este realizo el traslado entre administradoras todo lo que tenía en su cuenta de ahorro individual, ello incluye todas estas sumas como frutos, rendimientos y obviamente los dineros que se poseían su cuenta de ahorro individual fueron debidamente trasladados a la administradora en la que se encuentra aún afiliado, es por lo anterior que básicamente lo que subyace de esa condena y que afecta directamente a mi representada es lo que tiene que ver con las posibles cuotas de administración y las comisiones entre las cuales podría incluirse el descuento por seguros previsionales, ellos a todas luces afecta directamente a mi representada porque primero desconoce la facultad legal que ha tenido mi representada para descontar este tipo de cuotas o aportes y que se encuentra contenido en el artículo 20 de la ley 100 de 1993, indicando que tanto para el RPM como para el RAIS es posible extraer un porcentaje que va directamente a la administradora como gastos de administración, es decir que vendría a hacer algo ilógico pretender que un gasto de administración que también se hubiese propiciado en el RPM llegue a exigirse únicamente a la administradora que represento, máxime cuando también se ha dicho de paso estos gastos de administración han cumplido una destinación específica que ya se encuentra causada y que se encuentra agotada desde el punto de vista factico y jurídico, por lo tanto condenar en este caso como lo ha hecho la jueza de primera

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 DANIEL ANTONIO RIVEROS BOCANEGRA en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda (folios 45 a 46) las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (folios 46 a 49), aspirando principalmente se declare la nulidad del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad realizado a PORVENIR S.A. al no haberle proporcionado dicha administradora de fondos de pensiones una información completa y comprensible acerca de su traslado, omitiéndole información sobre los riesgos que debía asumir, así como de las desventajas de vincularse a esa AFP, incumpliendo con su deber de buen consejo. Asimismo, que PORVENIR y OLD MUTUAL incurrieron en omisión en el deber de información con relación a la comunicación al afiliado de todas las ventajas y desventajas existentes en cada uno de los regímenes pensionales y que está afiliado al régimen de prima media con prestación definida. En consecuencia, se condene a PORVENIR S.A. a trasladar los aportes cotizados en el RAIS a COLPENSIONES, ordenando a esta última registrarlo como su afiliado sin solución de continuidad desde el 10 de enero de 1985. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por el actor a PORVENIR, disponiendo a esta última, como actual administradora a la que se encuentra vinculado y a OLD MUTUAL, devolver los saldos de la cuenta de ahorro individual al régimen de prima media con prestación definida, tales como aportes,**

instancia, respetuosamente desconoce esos principios de la ley puesto que están dejando sin efectos necesariamente ese artículo 20 de la ley 100 de 1993 las condiciones, adunado a que está afectando gravemente el patrimonio de mi representada, puesto que sería de devolver estas sumas de dinero que ya se encontraron causadas y canceladas sería básicamente incrementar de manera infundada el patrimonio de quien hoy se refuta como demandante, ello aplica también para concepto de los descuentos por seguros previsionales esto estaba destinado y estaba previsto desde el punto de vista legal de la ley 100 de 1993 y tenía un enfoque y una destinación específica que era cubrir ciertas contingencias que si bien es cierto no se han presentado al día de hoy puesto que el señor demandante afortunadamente goza de salud y vida pues si pudieron haberse generado y pudo haberse, digamos afectado esa contingencia como tal y por lo tanto se encontraba cubierta tal como lo exige esa norma múltiplemente indicada, estos son los argumentos por los cuales respetuosamente considero que la sentencia debe ser modificada única y exclusivamente en lo que respecta a mi representada Skandia y en relación a ese numeral que la condena a la devolución de estas cuotas de administración y a este tipo de comisiones o descuentos en los que puede incluirse esos descuentos por los seguros previsionales, respetuosamente entonces le solicito al honorable tribunal disponer la modificación de la sentencia en este punto ya impugnado, muchísimas gracias señora juez.”

frutos, rendimientos financieros y bonos pensionales, sin descontar valor alguno por cuotas de administración y comisiones. Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada PORVENIR no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía con el demandante, al momento del traslado.

Pues bien, para resolver la controversia, es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002⁴.

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía del demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 27 de junio de 1959 (folio 3), por lo que la edad de 62 años, los cumplió el mismo día y mes del año 2021, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 25 de septiembre de 2018 (folio 37) y a PORVENIR el 27 siguiente (folio 34 a 36), esto es, cuando le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad requerida para adquirir el derecho pensional -tenía 59 años-; de otra parte, se tiene, el actor no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con 461.57 semanas cotizadas (historia válida para bono expedida por el Ministerio de Hacienda, folios 200 a 201) equivalentes a 8,8 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.

⁴ En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: “Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez”, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002”.

Ahora, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende el actor a efectos de continuar válidamente vinculado al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el **20 de enero de 2004** (folios 175 y 178) específicamente conforme a la información consignada en el formulario de afiliación a PORVENIR S.A. y el reporte SIAFP expedido por ASOFONDOS.

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

En efecto, la jurisprudencia que sobre el particular ha dejado sentada la Corporación de cierre de esta jurisdicción, ha entendido que la expresión “*libre y voluntaria*” contenida en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, supone necesariamente el conocimiento, lo que sólo es posible alcanzar cuando se saben a conciencia las consecuencias de una decisión de esta envergadura. Frente al tema, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 12136, radicación No. 46.292 de 2014, enseñó:

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

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

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

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

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

En consecuencia, no solo es menester demostrar la existencia del traslado, sino que impone verificarse que este acto se produjo bajo el presupuesto de la libertad informada, pues de no cumplirse con dicho presupuesto, se incurriría en un vicio que invalidaría dicho acto jurídico, lo que trae como consecuencia o efecto retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, con ineficacia ex tunc⁵, en los términos del artículo 1746 del Código Civil, ante la inexistencia de una norma distinta que de manera explícita regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico.

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

“(…)

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

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

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

Entonces, según la norma precedente, el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas

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

en tal disposición. *En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.*

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

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

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

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

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

(…)

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

“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.

pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión (...).

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

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

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen el demandante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, 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 demandante⁷ no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado al momento de la suscripción del formulario de afiliación, en tanto solo refirió que el asesor le indicó que recibiría una pensión en ese fondo, mejor a la que obtendría con el ISS, que este último se acabaría por lo que existía la posibilidad de perder lo aportado y que podría pensionarse anticipadamente, empero, ninguna explicación efectuó frente a las condiciones del régimen, los requisitos para pensionarse en uno u otro, entre otros aspectos.

⁷ Audiencia virtual realizada el 23 de febrero de 2021, récord 31:04

Tampoco se verifican con lo manifestado ante estrados por la representante legal de PORVENIR⁸ toda vez que en realidad no le consta lo que le dijo el asesor al actor en el momento de la afiliación y solo refirió a las políticas que tiene establecidas la compañía, precisando, no existe documento alguno del que se pueda verificar lo ilustrado al demandante diferente al formulario de afiliación, insistiendo, para la época esa era la única exigencia legal.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR (folio 175), este no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada (sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019) y, en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus*, pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que se advierte ausentes en el plenario.

Respecto al comunicado de prensa (folios 215 a 217), 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 (20 de enero de 2004, folio 175 y 178), 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.

⁸ Audiencia virtual realizada el 23 de febrero de 2021, récord 26:12.

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

Tampoco, incide el hecho que el demandante hubiese efectuado varios traslados entre AFP (folio 175) en tanto ello no conlleva a que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en el RAIS, máxime si se tiene en cuenta que si bien se trató de traslados los mismos fueron dentro del mismo régimen de ahorro individual, según se observa en el historial de vinculación, y en esa medida, esa circunstancia no implica una ratificación de la voluntad del afiliado de permanecer en el RAIS. Frente al de traslado a diversas AFP memórense los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, entre otros, aquel con radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011 y más recientemente la sentencia SL1004-2021 Rad. 72930 del 1° de marzo del 2021, última en la cual se indicó:

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

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

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

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

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

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

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

como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

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

[...]

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

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

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

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

Igualmente, es menester precisar, no tiene incidencia alguna que el demandante no sea beneficiario del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación con la información que se le debía suministrar cuando se trasladó de régimen. Al respecto se puede consultar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia 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 las administradoras de pensiones, del saldo existente en la cuenta de ahorro individual 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 se precisa frente a la alzada de SKANDIA, aunque es cierto que esa AFP trasladó unos recursos a HORIZONTE S.A. en 2012 en virtud de la afiliación que el actor hiciera a esta última sociedad -según se observa a folio 106-, no se tiene certeza que ello comprendió la integridad de los recursos que componían la cuenta de ahorro individual del demandante, entre estos los gastos de administración, las cuotas de administración y cualquier otro concepto que eventualmente haya sido recibido esa administradora mientras el demandante estuvo allí afiliado y que estos correlativamente fueron entregados a quien actualmente ejerce la administración de los recursos pensionales del señor RIVEROS BOCANEGRA, por lo que no se modificarán los términos en los que se consignó la orden a SKANDIA en la sentencia objeto de alzada.

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

Asimismo, advierte la Sala, en relación con los argumentos de apelación de PORVENIR y SKANDIA (OLD MUTUAL) relacionados con los gastos de administración y el porcentaje dirigido a financiar las prestaciones por invalidez y sobrevivencia, resulta que estos surgen como consecuencia de la afiliación, y en ese orden, al declararse la ineficacia del traslado resulta claro que 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 y seguros 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 convocante, a Colpensiones, incluyendo, como ya se dijo, las sumas correspondientes a los gastos de administración y seguros previsionales.

Así fue consignado en sentencia SL 2914 del 22 de julio del 2020 de la CSJ Sala Laboral, que reitera la del 8 septiembre 2008, radicado 31989, en la cual se asentó:

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

[...]

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

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

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

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

“Conforme a lo establecido en sede de casación, fuerza concluir entonces, que debe declararse la ineficacia de la afiliación de la demandante al sistema pensional de

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

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

"(...)

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

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por Colpensiones respecto de quien se surte el grado jurisdiccional de Consulta⁹ (folio 85), basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL 1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por las encartadas, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática. Es de anotar en este punto, dado que la pretensión principal, esto es la ineficacia del traslado, no se encuentra afectada con el fenómeno prescriptivo, las consecuencias derivadas de dicha declaratoria sobre el acto jurídico de traslado deben correr la misma suerte de imprescriptibilidad y es por ello que lo relativo a la devolución de gastos de administración y demás restituciones, por ser accesorios a la ineficacia del acto jurídico, tampoco se encuentran afectadas por la prescripción, haciendo inoperante el fenómeno extintivo frente a las mismas.

⁹ Se tuvo por contestada la demanda mediante auto del 1 de octubre de 2020 (folio 208).

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

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

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

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

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

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

SIN COSTAS en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Noveno 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 ANA CRISTINA VILLARRAGA BEJARANO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. Y PORVENIR S.A. (RAD. 09 2019 00006 01)

Bogotá D.C. treinta (30) de junio de dos mil veintiuno (2021)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por la parte demandante (folios 332-336) y las demandadas PORVENIR S.A (folio 338) y COLPENSIONES (folios 340 y 341), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver los recursos de apelación interpuestos por PORVENIR y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, contra la sentencia proferida por el Juez Novena (9) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 21 de abril de 2021 (Audiencia virtual concentrada artículos 77 y 80 del C.P.T. realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 47:24, CD folio 321, acta folios 322 a 326), en la que se resolvió:

***“PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia del traslado que realizó la demandante ANA CRISTINA VILLARRAGA 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 COLPATRIA hoy PORVENIR el 28 de septiembre de 1999.*

***SEGUNDO: CONDENAR** a COLFONDOS S.A pensiones y cesantías a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES los valores generados por conceptos de aportes, frutos, rendimientos financieros y bonos pensionales que se encuentren en la cuenta de la demandante ANA CRISTINA*

VILLARRAGA BEJARANO sin descontar valor alguno por cuotas de administración y comisiones de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión

TERCERO: CONDENAR a la sociedad administradora de fondos de pensiones y cesantías PORVENIR S.A a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES los valores correspondientes a cuotas de administración y comisiones que se dedujeron de la cuenta de ahorro individual de la demandante ANA CRISTINA VILLARRAGA BEJARANO durante la vigencia de su afiliación a ese fondo de pensiones, por lo considerado.

CUARTO: CONDENAR a Colpensiones a recibir de COLFONDOS y PORVENIR todos los valores que le fueren trasladados y abonarlos en el fondo común que administra, convalidando en la historia laboral de la demandante las correspondientes semanas de acuerdo con lo motivado.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por las demandadas en sus contestaciones.

SEXTO: COSTAS serán a cargo de PORVENIR S.A, tásense por secretaria. Fíjense como agencias en derecho la suma correspondiente a Un salario mínimo legal mensual vigente., de conformidad con la parte considerativa de este fallo.

SEPTIMO: REMÍTASE este asunto ante la sala del Tribunal Superior de Bogotá a fin de que se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de la administradora colombiana de pensiones Colpensiones de conformidad con el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social ”.

Inconformes con la decisión, los apoderados de las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A., la apelaron.

Inicialmente COLPENSIONES advierte, no existen elementos que evidencien vicios en el consentimiento, por cuanto no existía una expectativa legítima para la demandante pues para la fecha en que esta efectuó el traslado, contaba con menos de 750 semanas, le faltaban más de veinte años para acceder a la pensión y no era beneficiaria del régimen de transición para disponer su retorno en cualquier tiempo.

Por otro lado, señala, debe tenerse en cuenta la sentencia SL1687 del 17 de enero de 2017 proferida por el “Tribunal Superior de Pereira” en la que se indica que “la simple manifestación de inconformidad de que el valor de la pensión a recibir en este momento en el régimen de prima media pueda resultar superior al que puede recibir en el RAIS por sí sola no constituye una prueba de que cuando se realizó el traslado, la demandante lo haya hecho movido por un engaño o una equivocada información”, adicionando, para la época del tránsito de régimen las

administradoras de fondos de pensiones sólo tenían la obligación de brindar información sobre las condiciones existentes a esa fecha.

Anota, la demandante decidió seguir cotizando de manera libre y voluntaria al RAIS¹ (Audiencia virtual concentrada artículos 77 y 80 del C.P.T. realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 49:37, CD folio 321, acta folios 322 a 326).

A su turno, PORVENIR S.A., ratifica los argumentos expuestos en sus alegatos de conclusión en los que resalta la transparencia y buena fe con la que actuó en la asesoría brindada a la demandante al momento de su traslado en 1999.

Igualmente indica, en similares términos a la alzada presentada por COLPENSIONES, que debe tenerse en cuenta que la actora no es beneficiaria del régimen de transición por edad ni por tiempo de servicio, le faltaban más de 23 años para acceder a una pensión en el régimen de prima media, por ende no existía una expectativa legítima bajo el régimen anterior ni en el actual, y en ese sentido, al momento de trasladarse, cualquiera de los dos regímenes podía ser favorable, precisando, no es que se desconozca la obligatoriedad de la AFP de prestar la asesoría adecuada.

Refiere, existe una expresa contradicción de la demandante entre lo aludido en el interrogatorio y lo manifestado en el libelo introductor, pues mientras en el primero indica que la razón por la que se trasladó al RAIS es que el seguro social se iba a acabar y que sus aportes desaparecerían, en la demanda precisa que esa administradora le dejó muy claras algunas características relacionadas con el

¹ “Gracias su señoría interpongo recurso de apelación ante el tribunal superior de Bogotá sala laboral. En primera medida honorables magistrados no existen elementos que evidencien vicios del consentimiento o dolo en el presente caso pues no había una expectativa legítima para la demandante como quiera que para la hora del traslado la misma contaba con menos de 750 semanas y le faltaban más de veinte años para acceder a la pensión, además téngase en cuenta que no era beneficiaria del régimen de transición para proceder su regreso en cualquier tiempo. Como lo manifiesta la sentencia SU 130 del 2013 por lo que la actora deberá someterse a los mandatos del sistema general de pensiones en el régimen al cual se encuentra afiliada. Ahora bien Honorables magistrados téngase en cuenta la sentencia con radicado SL 1687 del 17 de enero del 2017 del Tribunal Superior de Pereira la cual indica que la simple manifestación de inconformidad de que el valor a la pensión a recibir en este momento en el RPM pueda resultar superior al que puede recibir en el RAIS por sí sola no constituye prueba de que cuando se realizó el traslado la demandante lo haya hecho movido por un engaño o una equivocada información por parte del fondo, siendo realidad que en el presente caso no se logró probar una información equivocada o falaz por parte del fondo, máxime que si se tiene en cuenta que para el año del traslado de la demandante los fondos solo tenían la obligación de brindar información sobre las condiciones a la hora del traslado, por lo tanto no hay lugar a la ineficacia solicitada pues lo que existió fue un desinterés o descuido por parte de la demandante y se evidencia que la misma decide seguir cotizando al RAIS de manera libre y voluntaria, por lo anterior señores magistrados solicito se revoque la sentencia de primera instancia y no se decrete la ineficacia solicitada, muchas gracias.”

RAIS, entre ellas la posibilidad de pensionarse con el 110% del capital ahorrado en su cuenta de ahorro individual.

De otra parte, ilustra, para la época de traslado no existía la obligación para las AFP de documentar las herramientas financieras utilizadas, generar proyecciones o generar escritos en los que constara el tipo de información o asesoría brindada, y en esa medida, debe darse valor probatorio al interrogatorio y al formulario de afiliación suscrito por la convocante de manera libre y voluntaria. Además, recuerda, solo hasta la expedición de la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015 fue claro el deber legal de las administradoras de poner a disposición de sus afiliados las herramientas financieras que les permita conocer las consecuencias de su traslado.

Arguye, no puede echarse de menos que la razón genuina de quien promueve el litigio se circunscribe al monto de la mesada pensional, la cual solo se define al momento de su causación o exigencia y no cuando se produce la afiliación, momento para el cual solo se podrían obtener un presupuesto basado en variables futuras e inciertas, que no tienen la virtualidad de invalidar dicho tránsito.

Recuerda, las normas laborales prevén que la mesada pensional no puede ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente por lo que el mayor valor depende de las circunstancias propias de la vida personal y laboral del afiliado.

Con relación a los gastos de administración, memora, estos son expresamente autorizados por mandato legal para las administradoras de ambos regímenes y corresponden a una contraprestación por los servicios de operación y administración de los recursos existentes en la cuenta individual del afiliado, además de otros servicios de intermediación realizados por la AFP, mismos que fueron causados, por lo que solicitar la devolución de los mismos constituye un enriquecimiento sin causa a favor de la demandante² (Audiencia virtual

² “Gracias su señoría estando dentro del momento procesal oportuno me permito interponer el recurso de apelación ante los honorables magistrados del Tribunal superior de Distrito Judicial de Bogotá Sala Laboral y en cumplimiento de las normas objetivas que rigen este recurso de apelación, lo sustento en los siguientes términos:

Señores magistrados en primer término me permito ratificar los argumentos expuestos ante el a quo en relación con los alegatos en donde queda clara absolutamente la transparencia y la buena fe por parte de mi representada en relación con la forma y el modo de la asesoría prestada a la hoy demandante en el momento del traslado de régimen, en su momento en el año 1999.

Igualmente señores magistrados es importante tener en cuenta que de una parte la demandante, como también lo ha manifestado el apoderado de Colpensiones pues no es beneficiaria del régimen de transición,

ni por edad ni por tiempos de servicios, y de la otra pues que al momento del traslado de régimen, ni siquiera tenía cumplido ni siquiera ninguno de los requisitos para acceder a una pensión de vejez y le faltaban 23 años para acceder a una pensión en el RPM por lo que no se puede hablarse de que tuviera una expectativa legítima de pensionarse, ni bajo el régimen normativo anterior, ni bajo el vigente para ese momento, ni mucho menos tenía algún tipo de derechos adquiridos, razón por la cual para la fecha que se trasladó al RAIS cualquiera de los dos regímenes le podía ser favorable, no con ello señores magistrados esta apoderada está desconociendo la obligatoriedad por parte de las AFP de prestar la asesoría adecuada y es que déjenme señores magistrados referirme a los mismos, fíjese como el mismo a quo en sus consideraciones al dictar su fallo condenatorio en contra de mi representada al declarar la ineficacia del traslado lo que queda en evidencia y se reconoce es que efectivamente existe una expresa contradicción por parte de la demandante en relación con lo manifestado en su interrogatorio de parte, no solamente cuando se le pregunta por parte del apoderado de Colpensiones, sino también por el de Colfondos en el cual se insiste de manera clara y categórica que efectivamente las razones por las cuales ella se traslada es porque se le había dejado de manera expresa muy claro por parte de la AFP que represento que el seguro social se iba a terminar y que de hecho sus aportes se iban a acabar y que la única solución quedaría en manos de la AFP, razón por la cual ella se traslada por la razón expuesta, lo que contradice a todas claras que de cara a los hechos que son expuestos en el escrito de demanda presentado ante el despacho de conocimiento de primera instancia el cual se afirma por parte del apoderado de la demandante que efectivamente mi representada le dejó muy claro dentro de algunas de las características relacionadas con la naturaleza jurídica de las AFP concretamente con Porvenir, con quien se realizó el traslado y era que ella podía pensionarse con el 110% del capital ahorrado en su cuenta individual y de hecho como también lo manifesté en mis alegatos contra el a quo se dejó clara constancia de la destinación de beneficiarios de ley quienes eran sus hijos para el momento de traslado, lo que a todas claras deja muy muy en entre dicho el hecho de que ella asevere que no se le facilitó ningún tipo de información y solicito señores magistrados sea tenido en cuenta esta consideración expuesta por esta apoderada que si bien el a quo reconoce que hubo esa clara contradicción no le da el valor probatorio que merece para no decretar la ineficacia como sucede en el presente fallo.

Así mismo señores magistrados es importante mencionar que igual a mi representada y es lo que el a quo pretende y se menciona la carga de la prueba en la cual nosotros tenemos que demostrar efectivamente que se le haya prestado la asesoría que para el momento exigía la ley, pero recordemos muy bien como los magistrados lo conocen para la época del traslado que estamos mencionando no existía obligatoriedad legal por parte de las AFP para dejar documentado las herramientas financieras que tenía que utilizar, me refiero a proyecciones o documentos escritos en los cuales hubiese quedado constancia del tipo de información o asesoría por eso soy reiterativa en el hecho de que se le de valor probatorio a lo manifestado en el interrogatorio de la señora y valor probatorio al formulario que ella expresamente de manera voluntaria y espontánea suscribió en el momento del traslado y donde repito designo beneficiarios de ley. Recordemos que hasta la expedición de la ley 1748 del 2014 y el decreto 2071 del 2015 fue claro el deber legal de las administradoras de poner a disposición de sus afiliados las herramientas financieras que permitía conocer las consecuencias de su traslado, por lo que en vigencia del instituto de seguros sociales los traslados realizados por fuera de la vigencia de estas disposiciones la asesoría podía no contar necesariamente con ilustración correspondiente a la favorabilidad en cuanto al monto de la pensión etc...

Así mismo señores magistrados solicito que se tenga en cuenta en el caso que nos ocupa no puede desconocerse que la razón genuina para promover por parte de la hoy demandante la acción se contrae en la inconformidad del monto de la mesada pensional y sobre el particular es de anotar que en cualquiera de los regímenes el monto de la pensión se define al momento de causar o exigir la pensión, una vez cumplidos los requisitos que para el caso que nos ocupa le faltaban todavía veintitrés años en el RPM y no al momento de la vinculación, en la medida que dicho monto dependen de muchos factores que se presentan durante toda la vida laboral de la persona, en el caso en concreto recordemos que después de que se trasladó con mi representada ha permanecido por más de veinte años en Colfondos, la vida laboral de la persona en el RPM en el cumplimiento de requisitos, tiempos de cotizaciones y salarios base de cotizaciones en el RAIS de los aportes a la cuenta individual, bonos pensionales, aportes voluntarios, rendimientos y edad que se escoja para el retiro de tal manera que tal proyección que se realice al momento de la afiliación como lo define la norma es solo un presupuesto basado en variables futuras e inciertas y la falta de dichos presupuestos no tiene la virtualidad de afectar la voluntad del afiliado, ni la eficacia del acto jurídico del traslado que se presentó en el año 1999- 2000 porque no era un requisito exigido por la ley.

Adicionalmente señores magistrados se debe señalar que el monto que se protege con las normas laborales es el que la mesada pensional no puede ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente de tal manera que el mayor o menor valor de esas sumas superior al salario mínimo dependen de las circunstancias propias de la vida personal y laboral del afiliado al sistema general de pensiones y por ello en cada régimen se encontraran personas con mesadas pensionales con sumas mayores y menores comparativamente, aun dentro de cada administradora de pensiones dadas las diferencias de los afiliados por las situaciones particulares lo cual no atenta contra el principio protector de las normas laborales ya que lo se garantiza es la contingencia de la vejez y no monto determinado porque la liquidación dependerá de los parámetros que se encuentran definidos por la ley y que definitivamente señores magistrados la señora hoy demandante desconoció por la negligencia que generó durante todo el tiempo que ha permanecido en el RAIS

concentrada artículos 77 y 80 del C.P.T. realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 51:25, CD folio 321, acta folios 322 a 326).

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de subsanación de la demanda (folio 106) las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (folios 104 a 106), aspirando se declare que PORVENIR S.A. la asesoró de manera errada e inadecuada, sin un análisis juicioso y profesional sobre las reales circunstancias y las desventajas que implicaba el traslado del ISS en “noviembre de 2001” al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS), colocando en riesgo la probabilidad de poder gozara de una pensión acorde con sus ingresos. Asimismo, se declare la nulidad del contrato de administración de aportes celebrado con COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS por su incumplimiento de entregarle la información completa y oportuna, que le permitiera tomar una decisión adecuada en materia de capital, que debía ahorrar para asegurar la mesada pensional que consideraba adecuada en el momento de su retiro laboral. En consecuencia de ello, pretende, se decrete la nulidad del traslado al RAIS efectuado con PORVENIR S.A., ordenando a COLFONDOS trasladar a COLPENSIONES los aportes, rendimientos, semanas cotizadas, en las mismas condiciones, como si nunca se hubiese surtido el traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, disponiendo a COLPENSIONES que reciba su traslado. Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por la

Y Finalmente señores magistrados quiero solicitar pues que sean revocadas todas y cada una de las condenas impartidas a mi representada por supuesto, pero quiero también referirme concretamente pues a los gastos de administración a lo que hace alusión el a quo y recordemos que pues lo mismos son expresamente autorizados por mandato de la ley a favor tanto a las AFP como al RPM, los cuales son una contraprestación por los servicios de operación y administración de los recursos existentes en la cuenta individual de la afiliado, además de los otros servicios de intermediación que realiza la administradora, gastos que fueron causados y pagados por la AFP en este caso y que fueron trasladados a Colfondos y que fueron igualmente estos gastos de administración invertidos en portafolios de la cuenta misma de la afiliada y de la cual se vio beneficiada directamente de los rendimientos en los cuales se abonaron como repito en la cuenta individual en el momento que fueron trasladados todos los recursos a la nueva cuenta me refiero a la AFP Colfondos, solicitarle y exigirle a mi representada la devolución de los mismos es un enriquecimiento sin causa para a favor del demandante lo cual pues no es de recibo de acuerdo a la ley. Con base en lo anterior señores magistrados solicito como repito sean revocadas todas y cada una de las condenas impuestas a mi representada, muchas gracias”

actora a COLPATRIA hoy PORVENIR, disponiendo a COLFONDOS como actual administradora a la que se encuentra vinculada, devolver los saldos de la cuenta de ahorro individual al régimen de prima media con prestación definida, junto con los rendimientos y gastos de administración. De igual forma, condenó a PORVENIR a retornar los gastos de administración causados en el periodo que estuvo vigente la afiliación de la demandante en esa administradora. Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada PORVENIR (antes COLPATRIA) no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía con la demandante al momento del traslado.

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

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía de la demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 3 de noviembre de 1964 (folio 3), 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 el 1 de junio de 2018 (folios 31 y 32) y ante COLFONDOS el 28 de agosto siguiente (folios 24 a 26), esto es, cuando le faltaban menos de diez años para tener la edad requerida para adquirir el derecho pensional -tenía 53 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 236,86 semanas

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

cotizadas que corresponden a 4,5 años (historia laboral expedida por el Ministerio de Hacienda, folios 196 a 199 y reporte de semanas cotizadas en pensiones emitido por COLPENSIONES –folios 163 a 170), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

Ahora, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende la actora a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el **28 de septiembre de 1999** (folio 188 y 216) específicamente conforme la información consignada en el formulario de afiliación a COLPATRIA y el reporte SIAFP expedido por ASOFONDOS.

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

En efecto, la jurisprudencia que sobre el particular ha dejado sentada la Corporación de cierre de esta jurisdicción, ha entendido que la expresión “*libre y voluntaria*” contenida en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, supone necesariamente el conocimiento, lo que sólo es posible alcanzar cuando se saben a conciencia las consecuencias de una decisión de esta envergadura. Frente al tema, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 12136, radicación No. 46.292 de 2014, enseñó:

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

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

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

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

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

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

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

“(…)

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

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

En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras

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

necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(…)

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

(…).

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

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

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen la demandante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, 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, para la Sala 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 la demandante⁶ no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones pues se limitó a señalar que el asesor les indicó que el ISS se acabaría y podrían perder lo ahorrado, empero, ninguna referencia hizo frente a

⁶ Cd folio 321, récord. 12:57.

que se le hubiera explicado aspectos como la causación de la prestación u otras condiciones propias del régimen.

Valga precisar en este punto, aunque en el libelo introductorio la demandante aludió que al momento del traslado la AFP le puso de presente algunas características propias del RAIS como la posibilidad de pensionarse en cualquier momento siempre y cuando ahorrara el 110% del capital que se requería para pensionarse con un salario mínimo, lo cierto es que la misma no resulta suficiente para concluir que el tránsito estuvo precedido de una decisión suficientemente ilustrada por cuanto esta es apenas una de las características de ese régimen pensional y no hay evidencia alguna dentro del plenario que dé cuenta que se le pusieron de presente otros aspectos como las modalidades de pensión, los fondos de inversión, entre otros.

En ese orden, claro resulta que la demandante no contaba con una ilustración suficiente, clara y comprensible que le permitiera conocer las implicaciones de su traslado, pues si bien recibió información sobre situaciones específicas, particulares y propias del régimen de ahorro individual, se olvidó la AFP de ponerle de presente otros aspectos importantes como los factores a tener en cuenta para calcular el monto de la mesada pensional, los que de conocerlos, pudieron haber incidido en la decisión tomada por la actora. Estas características estaban contenidas en las regulaciones vigentes al momento del traslado y era lo mínimo que debía conocer la convocante del juicio con antelación a suscribir su afiliación al RAIS.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a COLPATRIA (hoy PORVENIR) (folio 216), 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) y en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus*, pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que se advierte ausentes en el plenario.

Respecto al comunicado de prensa (folios 220 a 222), 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 (antes COLPATRIA), omitió en el momento del traslado de régimen (28 de septiembre de 1999, folio 216), 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.

De igual forma, se anota, 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 (folio 188). 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 2011⁷.

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

⁷ “(...) 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 ese orden, la ineficacia del tránsito de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de COLFONDOS como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliada la actora (folio 189), del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos y gastos de administración, y la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, de tal manera se confirmará 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, 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 demandante a Colpensiones (actual administradora del RPM), incluyendo las sumas de gastos de administración. Así fue consignado en sentencia de la CSJ Sala Laboral SL 2914 del 22 de julio del 2020, en la que cita la del 8 septiembre 2008, radicado 31989, donde se dijo:

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

[...]

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

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

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

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

“(…)

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

En lo que atañe a la excepción de prescripción⁸ (folio 153), 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

⁸ Se tuvo por contestada la demanda en auto del 15 de diciembre de 2020, folio 246.

prescripción propuesta por las encartadas, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática. Es de anotar en este punto, dado que la pretensión principal, esto es, la ineficacia del traslado, no se encuentra afectada con el fenómeno prescriptivo, las consecuencias derivadas de dicha declaratoria sobre el acto jurídico de traslado deben correr la misma suerte de imprescriptibilidad y es por ello que lo relativo a la devolución de gastos de administración, por ser accesorios a la ineficacia del acto jurídico, tampoco se encuentran afectadas por la prescripción.

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

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

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

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

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

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

SIN COSTAS en esta instancia.

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

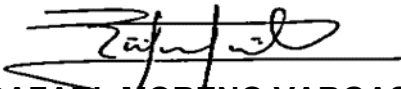
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Noveno (9) 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 DERLY AURORA
BARRERA CAMARGO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES -COLPENSIONES- (RAD. 13 2019 00845 01).**

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintiuno (2021)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por la parte demandante (folios 65 y 66), 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 del recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la demandante, contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta (13) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 15 de abril del 2021 (Cd. folio 52, record: 1:16:55, acta a folio 51), en la que se resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER a la demandada Colpensiones de la totalidad de las pretensiones que en su contra fueron invocadas por la señora DERLY AURORA BARRERA CAMARGO, conforme a lo expuesto precedentemente.

SEGUNDO: DECLARAR probada la excepción de cobro de lo no debido, conforme a lo estudiado en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: Sin CONDENA EN COSTAS en esta instancia, por cuanto no fueron causadas.

CUARTO: En caso de no apelarse esta decisión, remítase el proceso a la sala laboral del Tribunal Superior de Bogotá en grado jurisdiccional de CONSULTA en favor de la demandante, por cuanto sus pretensiones fueron despachadas totalmente adversas a lo pretendido.

QUINTO: *Por secretaria remítase copia de esta sentencia a la Agencia Nacional de Defensa jurídica del estado, conforme lo establece el artículo 48 de la ley 2080 de 2021.*”

Inconforme con la decisión el apoderado de la demandante, interpuso recurso de apelación señalando que la cohabitación con el causante se interrumpió por una justa causa que fue la enfermedad que tenía el de cujus e igualmente las discrepancias de carácter familiar que tenían con la hija de aquel, precisando que si bien no hubo una relación física la misma continuo, tan es así que el fallecido seguía pagándole la afiliación a salud, advierte que si bien su poderdante ya no tenía vida marital con el señor Juvenal Pinzón y adquirió un vínculo matrimonial éste se dio mucho tiempo después de estar con el fallecido, asegurando que incluso ese matrimonio fue consentido por Juvenal Pinzón, solicitando se revoque la decisión y se accedan a sus pretensiones. (Cd. folio 52, récord 1:18:28)¹

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante DERLY AURORA BARRERA CAMARGO, las pretensiones que relacionó en la demanda a folio 4, las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos consignados a folios 3 y

¹ “Si doctora muchas gracias, respetuosamente me permito manifestarle que interpongo recurso de apelación a la providencia proferida por el despacho; a la sentencia, fundamentó mi deprecante en el hecho que no es razonable alegar el derecho de sustitución pensional a mi poderdante, máxime cuando la cohabitación entre el causante y esta se interrumpió por una justa causa ¿Cuál fue esa justa causa? La justa causa fue la enfermedad que tenía el señor, e igualmente las discrepancias de carácter familiar que tenían con la hija del señor Juvenal, es así que ella continuo con el señor Juvenal, si bien es cierto mi poderdante habla sobre la relación, esa relación que contesto tanto al despacho a la pregunta de la parte demandada de la apoderada de la parte demandada, esa relación era una relación de carácter física y por lo tanto ella entendió esa relación de carácter física, sino que la relación como tal continuaba y también toca tenerse en cuenta frente a la afiliación, esa afiliación continuo y ella explica y da sus motivos porque esa afiliación termino y como se terminó y que el después de terminar esa afiliación continuaba pagándole la afiliación. Es de anotar que si hay otra persona que está solicitando esa sustitución pensional, pero esa persona que solicita que no está aquí en estrados, el despacho no conoce quien es esa persona pero es una persona que es la tía de la hija del señor Juvenal, entonces todo esto fue una maniobra que se hizo para dejar a mi poderdante sin ese beneficio como tal y si pues mi poderdante ya no tenía una vida marital con el señor Juvenal y Posteriormente adquiere un vínculo matrimonial, pero ese vínculo matrimonial que adquiere; lo adquiere es en la medida de mucho tiempo después de estar con el señor Juvenal, ese vínculo que adquiere es un vínculo que incluso fue hasta consentido por parte del señor Juvenal en las continuas reuniones que se hacían frecuentemente entre mi poderdante y el señor Juvenal y basándome en esa jurisprudencia de la sentencia de la corte constitucional sentencia de unificación 108-20 pues solicito al Honorable tribunal superior de Bogotá sala civil revocar la sentencia proferida por su despacho y en su lugar acceder a las suplicas de la demanda, reservándome así mismo el derecho de ampliar mis argumentos ante el Honorable tribunal, especificando cada uno de los hechos de este fallo proferido por usted que no comparto pero por lo cual solicito se conceda el recurso de apelación, muchas gracias su señoría.”

4, solicitando se reconozca la sustitución pensional desde la fecha de muerte del causante debidamente indexada o ajustada con base en el IPC y sus correspondientes intereses moratorios, junto con las costas del proceso. **Obteniendo sentencia totalmente desfavorable a sus aspiraciones** por cuanto se absolvió a la encartada de las pretensiones incoadas en su contra por la demandante. Lo anterior, tras considerar la juez *a quo* que la actora no había logrado acreditar la convivencia efectiva con el causante en los cinco años anteriores a su deceso. Ello por cuanto, en sentir de la juzgadora, el material probatorio recaudado no le permitía adquirir certeza sobre la convivencia que se asegura en la demanda.

De esta manera ha de señalarse, no es motivo de controversia en esta instancia que el señor JUVENAL PINZÓN falleció el **27 de marzo del 2019**, conforme se señala en el registro civil de defunción visible a folio 10, como tampoco que mediante Resolución No.020055 del 5 de diciembre de 1997 el ISS le reconoció una pensión de vejez por un valor de \$541.987 (fl. 56 *información extraída del expediente administrativo aportado por Colpensiones en medio magnético fl. 39*).

Así las cosas, el problema jurídico en esta instancia, se circunscribe en determinar si la señora DERLY AURORA BARRERA CAMARGO, en calidad de compañera permanente supérstite, acreditó los requisitos previstos en la norma para ser beneficiaria de la prestación reclamada, advirtiendo la Sala conforme a la providencia dictada por la Sala de Familia de esta Corporación el 23 de febrero del 2017 se declaró que existió una unión marital de hecho desde el 16 de mayo del 2008 hasta el 17 de noviembre del 2013, entre el señor JUVENAL PINZÓN y la demandante (fls. 57 a 62 *información extraída del expediente administrativo aportado por Colpensiones en medio magnético fl. 39*)

En esta dirección, habida cuenta de la fecha de fallecimiento del causante -27 de marzo del 2019 folio 10-, la norma que regula la situación planteada corresponde a los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificados por los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, vigentes para la data del deceso, que en sus partes pertinentes señalan que tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes, en forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad.

Por otro lado, ha de tenerse en cuenta para que proceda el reconocimiento pensional dentro del presente asunto donde el fallecido es un **pensionado**, se requiere, en el caso de la compañera permanente acreditar que convivió con el causante en los últimos 5 años anteriores al deceso, esto es, por lo menos del 27 de marzo del 2014 al 27 de marzo del 2019.

En ese orden, en primer lugar, se tiene que la promotora del litigio nació el 17 de agosto de 1978 (*ver fl. 9 y fl. 17 Resolución SUB 254727 del 17 septiembre de 2019*), por lo que a la fecha de fallecimiento del causante (27/03/2019) contaba con 39 años de edad, acreditando así el primero de los requisitos.

Así las cosas y en aras de acreditar la calidad de compañera permanente del causante y la convivencia requerida, de la señora BARRERA CAMARGO, por el lapso exigido en la norma (Art. 47 Ley 100 de 1993 modificado por la Ley 797 del 2003), debe acudir al acervo probatorio recaudado en autos.

En esa dirección, se absolvió el interrogatorio de la demandante² quien refirió que se encuentra casada con el señor ALFONSO MEJIA desde el 31 de agosto del 2018, comentando haber conocido al señor JUVENAL PINZÓN en noviembre del año 2007, iniciando su relación sentimental y posterior convivencia del 16 de mayo del 2008 al 17 de noviembre del 2013, refiriendo que si bien en esa data se separaron de cuerpos la relación continuo hasta el año 2017, aduciendo que luego de esa calenda lo acompañaba a las citas médicas y lo ayudaba en su tratamiento, aduciendo que era el de cujus quien le pagaba la salud.

Como prueba documental se aportó la siguiente:

- Declaraciones extraprocerales rendidas por las señoras ANGELA YAMILE PEREZ CARRILLO y FRANCY LENEY CAMARGO BARRERA quienes refirieron que la demandante y el de cujus convivieron bajo el mismo techo, lecho y mesa de manera permanente e ininterrumpida por espacio de 5 años desde el 16 de mayo del 2008 hasta el 17 de noviembre del 2013 (fls. 11 y 12).
- Certificación de la NUEVA EPS en la que se señala que el estado de la afiliación de la actora es “*CANCELADO EXCLUSIÓN POR SEPARACIÓN*”

² Cd folio 52, récord 20:38.

19/05/2017” sin referir los datos del cotizante que la tenía afiliada como beneficiaria. (fl. 14).

Así las cosas, una vez analizadas en conjunto las pruebas bajo las reglas de la sana crítica, pues recuérdese que la decisión se funda en la libre formación del convencimiento del fallador (artículo 61 del C.P.L.) sin que existan tarifas probatorias o pruebas irrefutables, advierte la Sala que además de 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 DERLY BARRERA y JUVENAL PINZÓN (q.e.p.d) tenían un proyecto de vida como pareja, forjado en el apoyo y socorro mutuos, después de la declaración de su unión marital de hecho, esto es, desde el 18 de noviembre del 2013 hasta el 27 de marzo del 2019.

Advirtiéndose, las declaraciones extrajuicio allegadas por la actora no dan cuenta de los dichos de los declarantes pues no se narran las circunstancias de tiempo, modo y lugar del porqué conocen las situaciones allí descritas y aún en gracia de la discusión de tenerlas en cuenta, resulta que tan solo se acreditaría una convivencia hasta el 17 de noviembre del 2013, desconociendo ésta Corporación lo sucedido del 18 de noviembre del 2013 hasta el 27 de marzo del 2019 fecha en que el pensionado falleció, no probándose así la convivencia continua e ininterrumpida por lo menos del 2014 al 2019 (5 años anteriores al deceso del señor Juvenal Pinzón).

En esta misma dirección, se tiene que las afirmaciones expuestas por la demandante en su interrogatorio de parte relacionadas con el hecho de que la relación de pareja continuo hasta el deceso del señor Juvenal Pinzón, no pueden ser tenidas en cuenta, pues ninguno de sus dichos se corrobora con el restante material probatorio obrante en autos, aunado a que es la propia actora quien confiesa en su declaración de parte que la relación amorosa terminó en el año 2017, adquiriendo un vínculo matrimonial con el señor Alfonso Mejía el 31 de agosto del 2018, llamando dicha situación la atención a esta Sala de decisión en tanto la muerte del pensionado se dio con posterioridad, es decir, el 27 de marzo del 2019, resultando claro que desde el 2018 cuando la actora contrajo matrimonio con otra persona no tenía ningún tipo de convivencia con el de cujus.

Advirtiéndose 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.

Recuérdese que conforme lo ha establecido la Honorable Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencia SL1399, Radicación No. 45779 del 25 de abril del 2018 la convivencia es *“aquella «comunidad de vida, forjada en el crisol del amor responsable, la ayuda mutua, el afecto entrañable, el apoyo económico, la asistencia solidaria y el acompañamiento espiritual, que refleje el propósito de realizar un proyecto de vida de pareja responsable y estable, a la par de una convivencia real efectiva y afectiva- durante los años anteriores al fallecimiento del afiliado o del pensionado”*, precisando la misma Corporación que *“la convivencia real y efectiva entraña una comunidad de vida estable, permanente y firme, de mutua comprensión, soporte en los pesos de la vida, apoyo espiritual y físico, y camino hacia un destino común”* **excluyendo de ésta “encuentros pasajeros, casuales o esporádicos, e incluso las relaciones que, a pesar de ser prolongadas, no engendren las condiciones necesarias de una comunidad de vida.”**, situación que ocurrió en autos pues a pesar que de la demandante acompañó al pensionado fallecido por aproximadamente 12 años no se probó una verdadera comunidad de vida.

Conforme a todo lo anterior, para esta Sala de decisión, 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 JUVENAL PINZÓN (2014-2019), precisándose si bien el de cujus pudo tener una relación sentimental con la demandante después del 2013 (*fecha hasta la cual se declaró judicialmente la unión marital de hecho fl. 62*) no tuvo el ánimo de crear una comunidad de vida con ella dirigida a un destino común, pues nada de ello se pudo acreditar en autos, 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 DERLY AURORA BARRERA CAMARGO, 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.

COSTAS en esta instancia a cargo de la demandante.

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

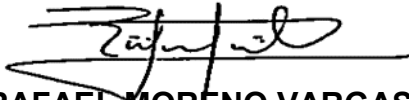
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el JUZGADO 13 LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C. el 15 de abril del 2021.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS
(ACLARA 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 ALVARO DE JESÚS ARISTIZABAL OSORIO CONTRA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL- UGPP (RAD. 13 2019 00881 01¹)

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintiuno (2021)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por el demandante (correo electrónico del 21 de junio del 2021) y la demandada UGPP (correo electrónico del 22 de junio del 2021), 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 la Juez Primero Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 25 de mayo de 2021 (Audiencia virtual concentrada artículos 77 y 80 del C.P.T y la S.S. realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, archivo 08, expediente digital, récord 35:21), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR PROBADA LA EXCEPCION DE INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION propuesta por la entidad demandada. En consecuencia, ABSOLVER A LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL-UGPP de las pretensiones planteadas en el escrito de demanda, conforme se enunció en la parte motiva de este proveído.

¹ El proceso fue remitido al Juzgado Primero Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá en virtud del Acuerdo PCSJA21-11766 del 11 de marzo de 2021, Despacho que mediante auto del 12 de mayo de los corrientes avocó el conocimiento del mismo.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante a favor de la UGPP. Fíjese la suma de \$300.000 como agencias en derecho a favor del actor (sic).

TERCERO: REMÍTASE el expediente al H. Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral, a fin de que se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor del actor en caso de que la decisión no sea objeto del recurso de apelación.”

Inconforme con la decisión la apoderada judicial del actor, la apeló solicitando su revocatoria, para que, en su lugar, se acceda a las súplicas de la demanda.

Con ese propósito, indica, aunque la Corte Suprema de Justicia venía asumiendo una postura negativa frente al reconocimiento de la pensión prevista en el artículo 98 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita por el ISS con el sindicato de trabajadores, dicho criterio fue rectificado en la sentencia con radicación 74271 de 2020 en la cual se establecen tres reglas, siendo la primera, dice, aplicable al asunto y que indica “*las convenciones colectivas que se encontraran vigentes a la expedición del acto legislativo 01 del 2005 y tuvieran vigencia posterior al 31 de julio del año 2010, mantendría su vigencia hasta el vencimiento del plazo inicialmente estipulado*”, en su sentir, con dicha providencia se explicó lo relativo a la limitación de la vigencia de las convenciones con el Acto Legislativo 01 de 2005, protegiendo las expectativas legítimas.

Bajo tal entendido, anota, debe tenerse en cuenta que en la cláusula convencional mencionada se fijaron plazos posteriores a la vigencia de dicho acto, encontrándose el actor en el periodo comprendido entre 2007 y 2016 y por ende, su pensión debe ser liquidada con el 100% del promedio de los últimos 3 años² (Audiencia virtual concentrada artículos 77 y 80 del C.P.T y la

² “Muchas gracias su señoría en este estado de la diligencia me permito presentar recurso de apelación en contra de fallo que acabo de dictar su despacho, para que el honorable tribunal superior de Bogotá lo revoque en su totalidad y en su lugar acceda al reconocimiento de la pensión de jubilación convencional de mi poderdante a partir del día 25 de abril del 2015, se liquide su pensión de jubilación teniendo en cuenta el 100% de lo percibido en los últimos tres años de servicio, tal como lo consagra el artículo 98 de la convención colectiva suscrita entre el ISS y el sindicato de trabajadores, para esto se debe tener en cuenta que la corte suprema de justicia, en efecto, antes del año 2020 con la sentencia de radicado 74271 y las posteriores venía con una postura negativa respecto de este tipo de temas, pero en esta sentencia y ellos mismos lo dicen rectifica su criterio sentado en las sentencias precitadas y en su lugar precisa que en materia pensional consagradas en las convenciones colectivas de trabajo, laudos o pactos a la luz del acto legislativo 01 del 2005 pacta las siguientes reglas y la primera de ellas nos indica que las convenciones colectivas que se encontraran vigentes a la expedición del acto legislativo 01 del 2005 y tuvieran vigencia posterior al 31 de julio del año 2010, mantendría su vigencia hasta el vencimiento del plazo inicialmente estipulado, en el artículo 98 de la convención colectiva del año 2001 se fijaron plazos

S.S. realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, archivo 08, expediente digital, récord 36:31).

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 ALVARO DE JESÚS ARISTIZABAL OSORIO en este ordinario, las pretensiones relacionadas a folio 5 (01. Cuaderno principal, expediente digital), las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos narrados a folios 5 a 9 (ibíd.) solicitando se condene a la demandada a reconocer la pensión de jubilación convencional a partir del 25 de abril de 2015, bajo los parámetros y condiciones del artículo 98 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre el ISS y SINTRASEGURIDADSOCIAL el 31 de octubre de 2001, teniendo en cuenta una tasa de reemplazo equivalente al 100% del promedio de lo percibido durante los últimos 3 años de servicio exclusivos al ISS, incluyendo todos los factores de remuneración percibidos, junto con los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y la indexación. Obteniendo sentencia de primera instancia desfavorable a sus aspiraciones, por cuanto se absolvió a la UGPP de las pretensiones incoadas en su contra por el actor, tras considerar que la pensión no se causó antes del 31 de julio de 2010,

posteriores más allá del 2017, en el entendido de que las personas que se jubilen a partir del 01 de enero del año 2017 tendrían derecho a que se liquidará su pensión, teniendo en cuenta el 100% de lo percibido en los últimos cuatro años, el parágrafo al que se ajusta mi poderdante está comprendido entre el año 2007 y el año 2016 y encontramos que al se le debe liquidar su pensión teniendo en cuenta el promedio del 100% de los últimos tres años, con esta sentencia la Corte Suprema de Justicia lo que hizo fue explicar el tema del acto legislativo 01 del 2005 el cual había limitado la vigencia de las convenciones colectivas hasta el 31 de julio del año 2010 protegiendo a los trabajadores que ya tuvieran una expectativa legítima y esa expectativa legítima era todo el tiempo que habían trabajado en el ISS y que habían quedado cobijadas por la misma convención colectiva, entonces no se entiende como en esta instancia se falla en este proceso, se niegan las pretensiones de la demanda, las pretensiones de mi poderdante a su derecho pensional con unas sentencias del año 2007 cuando la CSJ en el año 2020 aclaró todos estos puntos y nos fijó estas tres reglas las cuales son claras en establecer que el termino inicialmente pactado se respetaría aún más allá del acto legislativo 01 del 2005 el cual fijó la aplicabilidad de esta misma convención hasta el 31 de julio del 2010 y este plazo inicialmente estipulado debe respetarse hasta cuando la personas cumplan con cada uno de los requisitos de la convención colectiva porque así quedo estipulado desde el artículo 98 y desde el artículo segundo de la misma convención, que fijo una vigencia diferencial, entonces en atención a estos argumentos señores magistrados solicito que se revoque la sentencia atacada y en su lugar se acceda a las pretensiones de la demanda, muchísimas gracias”

y por ende, no podía beneficiarse de la convención por disposición del acto legislativo 01 de 2015 (sic) y no tener un derecho adquirido.

Así las cosas, valga señalar inicialmente, se encuentra acreditado en autos que el demandante laboró para el Instituto de Seguros Sociales por espacio de 23 años, 1 mes y 19 días, conforme se verifica de la certificación de información laboral (folio 25, archivo 01), en la cual consta que el demandante se vinculó al liquidado Instituto de los Seguros Sociales del 12 de febrero de 1992 al 31 de marzo de 2015 en el cargo de AYUDANTE.

Ahora, de acuerdo al libelo introductor, el fundamento jurídico de las pretensiones del demandante lo es una norma de carácter convencional, siendo aportado al expediente copia del texto contentivo del acuerdo extralegal celebrado entre el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES y el SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DE LA SEGURIDAD SOCIAL - SINTRASEGURIDAD SOCIAL, fechada el 31 de octubre del 2001 (páginas 42 a 111, archivo 01, expediente digital) el cual cuenta con su respectiva constancia de depósito (pág. 111, ibíd.)³, sin que ahora se discuta la aplicabilidad de los beneficios convencionales al actor.

Pues bien, para resolver es importante, asegura el demandante en su escrito introductor que cumple con los requisitos previstos en el artículo 98 de la convención colectiva aludida, disposición que en su tenor literal establece (página 73, archivo 001, expediente digital):

“ARTÍCULO 98. PENSION DE JUBILACIÓN

El Trabajador Oficial que cumpla veinte (20) años de servicio continuo o discontinuo al Instituto y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años si es hombre y cincuenta (50) años si es mujer, tendrá derecho a la pensión de jubilación en cuantía equivalente al 100% del promedio de lo percibido en el periodo que se indica a continuación para cada grupo de trabajadores oficiales:

- (i) *Para quienes se jubilen entre el primero de enero de 2002 y treinta y uno de diciembre de 2006, 100% del promedio mensual de lo percibido en los dos últimos años de servicio.*

³ Del 31 de octubre de 2001, por lo que, encontrándose depositada en los términos previstos en el artículo 469 del C.S.T., dicho instrumento produce todos los efectos.

- (ii) Para quienes se jubilen entre el primero de enero de 2007 y treinta y uno de diciembre de 2016, 100% del promedio mensual de lo percibido en los tres últimos años de servicio.
- (iii) Para quienes se jubilen a partir del primero de enero de 2017, 100% del promedio mensual de lo percibido en los cuatro últimos años de servicio.

Para estos efectos se tendrán en cuenta los siguientes factores de remuneración:

- a. Asignación básica mensual
- b. Prima de servicios y vacaciones
- c. Auxilio de alimentación y transporte
- d. Valor trabajo nocturno, suplementario y en horas extras
- e. Valor del trabajo en días dominicales y feriados

No obstante lo anterior, cuando hubiere lugar a la acumulación de las pensiones de jubilación y de vejez, por ningún motivo podrá recibirse en conjunto, por uno y otro concepto, más del ciento por ciento (100%) del promedio a que se refiere el presente artículo. Por consiguiente, en dicho caso el monto de la pensión de jubilación será equivalente a la diferencia entre el referido porcentaje y el valor de la pensión de vejez. (...)”.

Del contenido de la norma convencional arriba transcrita, se extrae que el beneficiario de dicha cláusula debe cumplir el tiempo de servicio, presupuesto indispensable para acceder al derecho pensional, precisándose, aunque venía considerándose por esta Corporación que la edad era igualmente un requisito de causación del derecho, ha de acogerse el criterio recientemente sentado por la Corte Suprema de Justicia, como órgano de cierre de esta jurisdicción en el que se indica que al tenor de la disposición en cita, la edad es un requisito de exigibilidad.

Así lo adocrinó, entre otras, en la sentencia SL5116 de 2020, en la que señaló:

“(…)”

Lo anterior, dado que esta Sala ya ha manifestado que en tratándose de la pensión establecida en el artículo 98 de la Convención 2001-2004 suscrita con el ISS –a la cual remite el citado artículo 101 para efectos de verificar requisitos de causación y exigibilidad de la prestación-, la edad es un requisito de exigibilidad y no de causación, conforme quedó plasmado en sentencias CSJ SL262-2019 y CSJ SL3343-2020.

Ello es así, toda vez que las convenciones colectivas de trabajo son fuente formal del derecho y, por tanto, sus enunciados normativos deben interpretarse a la luz de los principios y métodos de la hermenéutica jurídica laboral, dentro de los cuales se encuentra la favorabilidad, de acuerdo con el artículo 53 de la Constitución Política.

Por este motivo, la intelección de las disposiciones convencionales de índole pensional debe realizarse de acuerdo con sus características y su finalidad, tal como lo adocrinó la Sala en sentencia CSJ SL16811-2017, en la que dispuso que los textos normativos, dentro de ellos, los acuerdos convencionales, deben ser comprendidos como «un todo y, por tanto, su interpretación debe ser integral, armónica y útil a los intereses y expectativas razonables de ambas partes», lo que naturalmente excluye interpretaciones textualistas, focalizadas en frases, palabras o expresiones elaboradas al margen de los sujetos y los contextos.

Entonces, la referida normativa convencional prevé lo siguiente:

El trabajador oficial que cumpla veinte (20) años de servicio continuo o discontinuo al instituto y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años si es hombre y cincuenta (50) años si es mujer, tendrá derecho a la pensión de jubilación en cuantía equivalente al ciento por ciento (100%) del promedio de lo percibido en el periodo que se indica a continuación para cada grupo de trabajadores oficiales (...).

De ahí que, en lo que concierne a la hermenéutica concreta de dicha cláusula convencional, para la Corte deriva que el derecho pensional puede ser adquirido por los ex trabajadores que al momento del retiro tengan acreditado el tiempo de servicios pero no la edad y, si ello es así para quienes ya no trabajan en la entidad, también puede serlo para quienes siguieron vinculados a la misma.

Al respecto, es relevante destacar que los derechos pensionales gozan de la particularidad de que se concedan para compensar el desgaste físico que sufre el trabajador como consecuencia de muchos años de servicios. Por ello, el eje central de tal prestación es el tiempo de servicios, toda vez que es el trabajo el que genera la merma laboral. La edad simplemente corresponde a una condición futura, connatural al ser humano.

Específicamente, en el marco de las relaciones de trabajo, es un hecho usual, que las pensiones se ofrezcan a los trabajadores como un aliciente a la prestación de los servicios personales en favor de un empleador, de tal suerte que, además de compensar el deterioro laboral, también funcionan como premio a la fidelidad con aquel.

Ahora, si bien por regla general, las convenciones colectivas gobiernan las condiciones de trabajo de los contratos vigentes, según lo preceptúa el artículo 476 del Código Sustantivo de Trabajo, de modo que los beneficios y prerrogativas extensivos a terceros deben ser explícitos y claros, también lo es que esta regla en materia pensional opera en forma diferente, dadas las características especiales y la finalidad de esta prestación.

*Por tanto, **frente a las exigencias para causar la prestación, esta Sala ha manifestado que la misma se origina únicamente con el cumplimiento del tiempo de servicio, pues la edad es un mero requisito de exigibilidad**, razón por la cual, el derecho a la prestación se radicó en cabeza del actor cuando cumplió 20 años de servicios a entidades de derecho público, esto es, el 21 de agosto de 2008. Lo anterior, significa que el beneficio surgió con anterioridad al plazo máximo para*

cumplir los requisitos consagrados en el Acto Legislativo 01 de 2005 -31 de julio de 2010-.

*Así las cosas, se reitera, **al ser la edad un mero requisito para disfrutar de la pensión**, esta se causó el 21 de agosto de 2008; sin embargo, no se hizo exigible cuando cumplió la edad, pues el accionante continuó trabajando para el ISS hasta el 31 de diciembre de 2014, data a partir de la cual se podía reclamar la prestación, en virtud del retiro del servicio, tal como lo ha estipulado esta Corporación al manifestar que ello es necesario para poder disfrutar de la pensión.”*

Ahora, en lo que atañe a la vigencia de la convención esta Sala venía exponiendo que dada la vigencia inicial de la precitada convención se pactó hasta el 31 de octubre de 2004 y que la referida convención es fuente de derechos adquiridos hasta cuando culmine su vigencia, se imponía determinar que, si la misma siguió vigente por la automática reconducción, la prestación debía causarse a más tardar el 31 de julio del 2010, con ocasión de lo dispuesto en el Acto Legislativo 01 del 2005, por manera que quienes pretendieran acceder a la pensión convencional aludida requerían acreditar el lleno de los requisitos antes de la mentada data.

Al punto memórese, el Acto Legislativo 01 de 2005 en materia de vigencia de las reglas pensionales que se hubieren encontrado vigentes a la fecha de este Acto Legislativo, en los parágrafos 2º y del transitorio 3º, perdieron vigencia el 31 de julio de 2010, así:

***“Parágrafo 2o.:** A partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán establecerse en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acto jurídico alguno, condiciones pensionales diferentes a las establecidas en las leyes del Sistema General de Pensiones”.*

***“Parágrafo Transitorio 3o:** Las reglas de carácter pensional que rigen a la fecha de vigencia de este Acto Legislativo contenidas en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acuerdos válidamente celebrados, se mantendrán por el término inicialmente estipulado. En los pactos, convenciones o laudos que se suscriban entre la vigencia de este Acto Legislativo y el 31 de julio de 2010, no podrán estipularse condiciones pensionales más favorables que las que se encuentren actualmente vigentes. En todo caso perderán vigencia el 31 de julio de 2010.”.*

La Corte Constitucional en interpretación del referido Acto Legislativo, fue quien determinó que la vigencia de las normas convencionales que regulan

pensiones, vigentes a la fecha del referido Acto Legislativo, sólo regían hasta el 31 de julio de 2010. Así, en sentencia SU-555 de 2014 explicó:

“... la primera frase del párrafo transitorio 3° cuando aludió a que “las reglas de carácter pensional que rigen a la fecha de vigencia de este Acto Legislativo contenidas en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acuerdos válidamente celebrados, se mantendrán por el término inicialmente estipulado”, protegía tanto los derechos adquiridos como las expectativas legítimas de acceso a la pensión de jubilación contenida en los pactos o convenciones colectivas existentes antes de la entrada en vigencia del Acto Legislativo”, y precisó que “seguirán rigiendo hasta el término inicialmente pactado en la respectiva convención o pacto colectivo”.

“[...] la segunda parte de este párrafo transitorio crea una norma de transición para las reglas de carácter pensional contenidas en los pactos o convenciones colectivas que se suscribieran entre el 29 de julio de 2005 hasta el 31 de julio de 2010, señalando que en ellas no podrán consagrarse reglas pensionales que resulten más favorables a las que se encontraban vigentes a esa fecha, resaltando, de manera inequívoca, que las mismas perderán su vigor el 31 de julio de 2010, de manera que, después de esa fecha, sólo regirán las normas contenidas en las leyes del Sistema General de Pensiones.”

En el mismo sentido, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia interpretó y aplicó en el sentido antes expuesto el Acto Legislativo 01 de 2005, ratificando que la vigencia de las normas convencionales que estaban vigentes cuando el Acto Legislativo entró en vigor, fenecieron el 31 de julio de 2010, en sentencias tales como la SL 1409 de 2015 en la cual rememoró la sentencia 31000 de enero 31 de 2007, iterado en la sentencia SL 4540 de 2019.

No obstante, el referido criterio fue rectificado por la Corporación de cierre de esta jurisdicción en la sentencia SL-3635 del 16 de septiembre del 2020, oportunidad en la cual indicó:

“Bajo ese contexto, tal como se determinó en la sentencia CSJ SL2543-2020, en principio, no es posible extender los efectos de las cláusulas convencionales de carácter pensional más allá del 31 de julio de 2010. Sin embargo, asevera la Sala que, cuando Radicación N.º 74271 SCLAJPT-10 V.00 10 una disposición colectiva consagre una vigencia que cubre un periodo superior a esa data, debe respetarse, pues, es claro, de una parte, que si se previó de esa manera desde su inicio, es porque la voluntad de las partes fue la de darle a dichas disposiciones jubilatorias mayor estabilidad en el tiempo y, de otra, al quedar incorporadas en el texto convencional, constituyen derechos adquiridos y garantía a la legítima

expectativa de adquirir el derecho pensional de acuerdo a las reglas del pacto o convención colectiva de trabajo que firmaron, mientras continúe vigente, así esa vigencia supere el límite del 31 de julio de 2010.

“Así es, porque los compromisos consagrados en las convenciones colectivas de trabajo constituyen derechos adquiridos, bien porque ya se han causado o bien porque hacen parte de aquellas prerrogativas concretas que, aunque no estén consolidadas, sí han determinado una expectativa válida respecto de la permanencia de sus cláusulas, basadas en el principio de la buena fe que atención al principio de la confianza legítima, significa, en el horizonte, que se alcanzarán los requisitos para su afianzamiento durante el término de su vigencia.

“Ello, porque tal como tantas veces lo ha dicho esta Sala, la convención colectiva de trabajo es una verdadera fuente de derechos y obligaciones por lo menos durante el tiempo en que la misma o algunas de sus cláusulas conserven su vigencia, de modo que su ámbito de protección cubija los derechos consolidados y trasciende a las expectativas que eventualmente se alcancen durante el término pactado.

“Esa y no otra, fue la intención del constituyente secundario al consagrar en los parágrafos transitorios 2.º y 3.º del Acto Legislativo 01 de 2005, el respeto por los derechos adquiridos, sujetándolos al término inicialmente pactado por las partes hasta su extinción, incluso más allá del 31 de julio de 2010, el cual incluye las prórrogas automáticas, estas sí con límite hasta esa data, tal como lo dejó sentado la Corte en las sentencias CSJ SL2543-2020, CSJ SL2798-2020 y CSJ SL2986-2020.

“En conclusión, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, rectifica parcialmente su criterio sentado en las sentencias precitadas y, en su lugar, precisa que, en materia pensional consagrada en convenciones colectivas de trabajo, laudos o pactos, a la luz del Acto Legislativo 01 de 2005 las pautas que regulan el asunto, son las siguientes:

a) En los eventos en que las reglas pensionales de carácter convencional suscritas antes de la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005 y al 29 de julio del mismo año se encontraban en curso, mantendrá su eficacia por el término inicialmente pactado, aún con posterioridad al 31 de julio de 2010, hasta cuando se llegue al plazo acordado.

b) Si al 29 de julio de 2005, fecha de entrada en vigencia del acto legislativo en mención, respecto del convenio colectivo estaba operando la prórroga automática consagrada en el artículo 478 del Código Sustantivo de Trabajo y las partes no presentaron la denuncia en los términos del artículo 479 ibidem, las prerrogativas pensionales se extendieron solo hasta el 31 de julio de 2010.

c) Si la convención colectiva de trabajo se denunció y se trabó el conflicto colectivo, los acuerdos pensionales, por ministerio de la ley se mantuvieron según las reglas legales de la prórroga automática, hasta el 31 de julio de 2010 y, en tal caso, ni las partes ni los árbitros podían establecer condiciones más

favorables a las previstas en el sistema general de pensiones entre la fecha en la que entró en vigencia el Acto Legislativo y el 31 de julio de 2010.

“[...]

“Tal como se refirió en los antecedentes, la accionante propugna por el derecho pensional consagrado en la convención colectiva de trabajo cuya vigencia general se estableció de 2001 a 2004, y previó, respecto de algunas cláusulas, otra más amplia según lo acordado en los artículos 2.º y 98, entre otros, así:

“Por su parte, el artículo 2.º, prevé que el acuerdo colectivo:

“Tendrá una vigencia de tres años contados a partir del primero (1) de noviembre de dos mil uno (2001) hasta el 31 de octubre de dos mil cuatro (2004). Salvo los artículos que en la presente convención se les haya fijado una vigencia diferente.

“A su vez, el artículo 98 consagra la pensión de jubilación solicitada, bajo las siguientes reglas:

“El trabajador oficial que cumpla veinte (20) años de servicio continuo o discontinuo al instituto y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años si es hombre y cincuenta (50) años si es mujer, tendrá derecho a la pensión de jubilación en cuantía equivalente al 100% del promedio de lo percibido en el periodo que se indica a continuación para cada grupo de trabajadores oficiales:

(i) Para quienes se jubilen entre el primero de enero de 2002 y treinta y uno de diciembre de 2006, 100% del promedio mensual de lo percibido en los dos últimos años de servicio.

(ii) Para quienes se jubilen entre el primero de enero de 2007 y treinta y uno de diciembre de 2016, 100% del promedio mensual de lo percibido en los tres últimos años de servicio.

(iii) Para quienes se jubilen a partir del primero de enero de 2017, 100% del promedio mensual de lo percibido en los cuatro últimos años de servicio.

(...).

“De la literalidad de las citadas cláusulas se extrae que en materia jubilatoria las partes previeron una vigencia posterior a aquella establecida de forma general, tal como lo determinó esta Sala en sentencia CSJ SL, 29 nov. 2011, rad. 39808, que reiteró la CSJ SL, 14 sep. 2010, rad. 35588, en la que señaló:

Ahora bien, el Tribunal incurrió en otro yerro fáctico derivado de la errónea apreciación de la Convención Colectiva 2001-2004, al no darse cuenta que ésta tuvo vigencia para los trabajadores oficiales que en esa misma condición pasaron a las E.S.E.s, (sic) más allá del 31 de octubre de 2004.

Al respecto se ha de precisar que un estudio armónico de las cláusulas de dicha convención conduce a concluir que varias de sus prerrogativas y concretamente las relativas a la pensión de jubilación tienen una vigencia superior a esa fecha.

(...)

Esto significa que la misma convención previó que algunas de sus disposiciones rigieran más allá del 31 de octubre de 2004, como es el caso de la cláusula 98 que consagra el derecho a la pensión de jubilación.

(...)

Este razonamiento está acorde con el criterio sostenido por la Sala en sentencia de 14 de septiembre de 2010, rad. N° 35588 donde en un caso similar al presente y analizando la misma Convención, sostuvo:

“Armonizando estas dos disposiciones (artículo 2 y 98), ejercicio que el Tribunal, pese a que valoró la convención colectiva, no hizo, pues apreció de manera parcial el artículo segundo, se concluye que el derecho a la pensión de jubilación consagrado en el artículo 98, se hallaba vigente para quienes ostentaran la condición de trabajadores oficiales para el 21 de enero de 2005, fecha en la que la actora cumplió con los requisitos exigidos en esa norma, esto es, 20 años de servicio y 50 años de edad”. (Resaltado fuera de texto original).

Asimismo, en sentencia CSJ SL1409-2015, frente a este preciso asunto, la Corporación indicó:

En punto a la vigencia de la convención colectiva de trabajo 2001-2004, la misma se hizo extensiva a los trabajadores oficiales que en esa misma condición pasaron a las E.S.E. y según su artículo 2, su vigencia tendría “una vigencia de tres años contados a partir del primero (1) de noviembre de dos mil uno (2001) hasta el 31 de octubre de dos mil cuatro (2004). Salvo los artículos que en la presente convención se les haya fijado una vigencia diferente”. Frente a ello, podría decirse que algunas cláusulas de esa convención lleva (sic) al convencimiento de que varias de sus prerrogativas y concretamente las relativas a la pensión de jubilación tienen una vigencia superior al 31 de octubre de 2004, en tanto de conformidad con el artículo 98 su vigencia se extiende hasta el año 2017. Asimismo, importa resaltar que no obra en el expediente una convención colectiva de trabajo celebrada con posterioridad a la mencionada anteriormente (Resaltado fuera del texto).

“En consecuencia, a la entrada en vigor del Acto Legislativo 01 de 2005 la referida cláusula convencional venía rigiendo y, de acuerdo con el plazo inicialmente pactado entre las partes, tenía vigencia hasta el año 2017. Dicho de otro modo, en armonía con los postulados de la enmienda constitucional, las partes acordaron darle al artículo 98 de la convención colectiva de trabajo mayor estabilidad en el tiempo y, de esa forma, fijaron derechos adquiridos frente a los compromisos pensionales pactados, por los menos, durante su plazo de vigencia.” (Subrayado fuera de texto)

Con base en la anterior hermenéutica, que es la acogida por esta Sala de decisión, la pensión prevista en el artículo 98 de la Convención Colectiva suscrita con el ISS al fijar una vigencia diferente a la estipulada en su artículo 2.º, la cual se extiende hasta el 2017, plazo inicialmente pactado por las partes que, el mismo ha de respetarse, quedando por determinar si para el año 2017 el demandante cumplía con los requisitos establecidos en la norma convencional para acceder a la pensión de jubilación reclamada.

Precisado lo anterior, frente al presupuesto de causación, esto es, el tiempo de servicios, de conformidad con el certificado de información laboral expedido por el Ministerio de Salud y Protección Social (pág. 25, archivo 001, expediente digital), el actor laboró al servicio del Instituto del Seguro Social entre el 12 de febrero de 1992 al 31 de marzo de 2015, esto es, por espacio de 23 años, 1 mes y 19 días tiempo durante el cual se desempeñó como trabajador oficial.

En ese orden de ideas, atendiendo que el actor cumplió la edad de 55 años el 25 de abril de 2015⁴ (pág. 15, archivo 001, expediente digital), calenda para la cual ya superaba con suficiencia el presupuesto de tiempos de servicio al ISS, plausible es concluir el cumplimiento de los requisitos de que trata el artículo 98 de la Convención Colectiva suscrita entre el ISS y SINTRASEGURIDADSOCIAL, por tanto, el actor tiene derecho a que se le reconozca la prestación reclamada.

En lo tocante al monto de la pensión anhelada, se constata que el articulado convencional previamente citado que debe ser liquidada con una tasa de reemplazo del 100% del promedio de lo percibido en los tres años anteriores al reconocimiento de la prestación, como lo previó el segundo inciso del artículo 98 convencional -dada la fecha de causación de la prestación, 2012 (año en que completó 20 años de servicios)-, tomando como factores salariales los siguientes:

“(…)

- a. *Asignación básica mensual.*
- b. *Prima de servicios y vacaciones.*
- c. *Auxilio de alimentación y transporte.*

⁴ El demandante nació el 25 de abril de 1960.

- d. Valor trabajo nocturno, suplementario y en horas extras.
- e. Valor del trabajo en día dominicales y festivos.”

Así las cosas, de conformidad con el certificado de salario visible a folios 26 a 29 del archivo 01 (expediente digital) en el que constan los rubros devengados por el actor durante la vigencia de su relación laboral, advierte la Sala que el promedio mensual de lo percibido por el promotor del litigio en los 3 últimos años laborales (marzo de 2012 a marzo de 2015) corresponde a **\$1.238.819,18⁵** el cual incluye los factores señalados en el artículo 98 Convencional que fueron devengados por el demandante de acuerdo a las pruebas traídas al litigio, esto es, la asignación básica, la prima de servicios, la prima de vacaciones, el auxilio de alimentación y las horas extras, recargos dominicales y festivos, por lo que al aplicarle la tasa de reemplazo del 100%, la primera mesada pensional asciende a **\$ 1.238.819,18**.

Por ello, la demandada deberá pagar a favor de la parte actora la suma de **\$113.384.603,83⁶** por las mesadas pensionales causadas y no pagadas entre el 26 de abril de 2015 y el 31 de mayo de 2021, sin perjuicio de las que se causen con posterioridad, precisando, dado el carácter compartido de esta prestación con aquella que eventualmente pudiera reconocer el Sistema

5

Cálculo Ultimos Tres Años de Vida Laboral							
AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual
2012	300	76,190	82,47	1,082	\$ 919.858,99	\$ 995.678,84	\$ 9.956.788,37
2013	360	78,050	82,47	1,057	\$ 1.220.955,58	\$ 1.290.098,74	\$ 15.481.184,93
2014	360	79,560	82,47	1,037	\$ 1.337.747,92	\$ 1.386.677,61	\$ 16.640.131,33
2015	60	82,470	82,47	1,000	\$ 1.259.693,00	\$ 1.259.693,00	\$ 2.519.386,00
Total días	1080	Total devengado actualizado a: 2015					\$ 44.597.490,62
Total semanas	154,29	Ingreso Base Liquidación					\$ 1.238.819,18
Total Años	3,00	Porcentaje aplicado					100%
		Primera mesada					\$ 1.238.819,18
		Salario Mínimo Mensual Legal Vigente Año 2015					\$ 644.350,00

6

Tabla Retroactivo Pensional					
Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	Valor mesada calculada	Nº. Mesadas	Subtotal
26/04/15	31/12/15	3,66%	\$ 1.238.819,00	9,17	\$ 11.355.840,8
01/01/16	31/12/16	6,77%	\$ 1.322.687,00	13,00	\$ 17.194.931,0
01/01/17	31/12/17	5,75%	\$ 1.398.742,00	13,00	\$ 18.183.646,0
01/01/18	31/12/18	4,09%	\$ 1.455.951,00	13,00	\$ 18.927.363,0
01/01/19	31/12/19	3,18%	\$ 1.502.250,00	13,00	\$ 19.529.250,0
01/01/20	31/12/20	3,80%	\$ 1.559.336,00	13,00	\$ 20.271.368,0
01/01/21	31/05/21	1,61%	\$ 1.584.441,00	5,00	\$ 7.922.205,0
Total retroactivo				\$ 113.384.603,83	

General de Pensiones, si ya no lo hizo, la demandada solo estaría obligada a cancelar el mayor valor si lo hubiere.

Vale apuntar que se autorizará a la UGPP a descontar del anterior retroactivo pensional lo correspondientes a reliquidación de aportes a salud, en virtud de lo previsto en el artículo 42 de la Ley 100 de 1993 que permitió a las entidades pagadoras *"descontar la cotización para salud y transferirlo a la EPS o entidad a la cual este afiliado el pensionado en salud"*.

En lo que toca a los intereses moratorios rogados, previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, valga memorar, tiene por sentado la H. Corte Suprema de Justicia Sala Laboral que los mismos únicamente resultan procedentes cuando quiera que se trate de pensiones de orden legal y no convencional, como en el presente caso. Sobre el particular se recuerda que en la sentencia SL3887 del 2020, se puntualizó:

"El tercer cargo plantea la equivocación del Tribunal por no acceder a la imposición de los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993. Ello no es así, pues si bien con la reciente sentencia CSJ SL2802-2020 se varió el criterio sobre la aplicación exclusiva de dicha norma frente a las pensiones otorgadas al amparo de la Ley 100 de 1993, para extenderlo a todas las legales, ningún cambio operó frente al entendimiento tradicional de que no son aplicables los intereses cuando se trata de pensiones de origen convencional."

Siendo ello así, como quiera que en el sub lite la pensión concedida es de origen convencional la Sala no accederá al reconocimiento de los intereses moratorios anhelados; en su lugar se dispondrá el pago del retroactivo causado a favor del demandante, debidamente indexado al momento de su pago.

En lo que toca a la prescripción -excepción oportunamente propuesta por la encartada⁷-, si se tiene en cuenta que el derecho se hizo exigible el 25 de abril de 2015 -fecha en que el actor cumplió los 55 años de edad-, se presentó la reclamación administrativa ante la UGPP el 7 de febrero de 2018 según se desprende de la Resolución RDP 017496 (páginas 18 a 20, archivo 01, expediente digital) y se radicó la demanda el 13 de diciembre de 2019, claro resulta que no operó dicho fenómeno.

⁷ En la contestación de la demanda -pág.131, archivo 01, expediente digital-, la cual se tuvo por contestada en auto del 22 de abril de 2021 -págs. 143 y 144, ibíd.-

De esta manera se agota la competencia de la Sala, por el estudio de los argumentos expuestos por el recurrente en la alzada procediendo a la revocatoria de la sentencia de primer grado para en su lugar condenar a la demandada a reconocer y pagar a favor del demandante la pensión convencional objeto de reclamo.

SIN COSTAS en esta instancia, las de primera se revocarán y correrán a cargo de la UGPP.

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 Juzgado Primero Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso de la referencia, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP a reconocer y pagar a ALVARO DE JESÚS ARISTIZABAL OSORIO la pensión de jubilación convencional a partir del 26 de abril de 2015, en cuantía inicial de **\$1.238.819,18** con sus respectivos reajustes anuales, la cual tendrá carácter compartido con aquella que eventualmente pudiera reconocer el Sistema General de Seguridad Social.

TERCERO: CONDENAR a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP a pagar a favor de ALVARO DE JESÚS ARISTIZABAL OSORIO la suma de **\$113.384.603,83** por concepto de retroactivo pensional causado entre el 26 de abril de 2015 y el 31 de mayo de 2021, sin perjuicio de las mesadas que con posterioridad se causen, debidamente indexado a la fecha en que se haga efectivo su pago. Desde

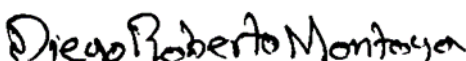
luego, y atendiendo los efectos de la compartibilidad, en el evento en que se hubiese reconocido pensión de vejez, el retroactivo a cargo de la demandada corresponderá a las diferencias por el mayor valor, si lo hubiere.

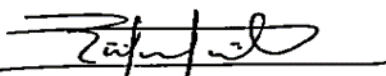
CUARTO: AUTORIZAR a la parte demandada, que verifique el respectivo descuento de los aportes destinados al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

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

SEXTO: SIN COSTAS en esta instancia, las de primera correrán a cargo de la entidad 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 DORIS PATRICIA
ROJAS SILVA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES- COLPENSIONES y PORVENIR S.A. (RAD. 15 2019 00043 01)**

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintiuno (2021)

AUTO

Reconocer 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 MARIA CAMILA BEDOYA GARCIA en su calidad de representante legal de la sociedad ARANGO GARCIA ABOGADOS ASOCIADOS , apoderada principal (folios 303-306).


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por las demandadas PORVENIR S.A (folios 308-312) y COLPENSIONES (folios 299-302), 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 la parte demandante y PORVENIR, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, contra la

sentencia proferida por el Juez Quince Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 19 de abril del 2021 (Audiencia virtual, Cd fl. 251, récord 1:43:29, acta de audiencia folios 291 y 292), en la que se resolvió:

”PRIMERO: DECLARAR INEFICAZ la afiliación o traslado efectuado por la demandante DORIS PATRICIA ROJAS SILVA del régimen de prima media al Régimen de ahorro individual a través de la administradora Porvenir el día 27 de octubre del año 1998, como consecuencia de lo anterior ORDENAR a dicho fondo Porvenir que traslade los recursos, sumas que obran en su cuenta de ahorro individual a la Administradora del Régimen de prima media Colpensiones, a esta que reciba dichos recursos, los acredite como semanas debidamente cotizadas en el sistema general de pensiones régimen de prima media, teniendo en cuenta para todos sus efectos como si nunca se hubiera trasladado al régimen de ahorro individual, dada las consecuencia natural de esta ineficacia.

SEGUNDO: DECLARAR que la señora DORIS PATRICIA ROJAS SILVA acreditó los requisitos para su derecho pensional bajo las preceptivas del régimen de prima media y conforme a las previsiones de los artículos 33 y 34 de la ley 100 de 1993, la cual se hará exigible una vez, y se liquidará bajo estas preceptivas y se hará exigible, una vez se acredita la desafiliación al sistema general de pensiones por parte de la señora demandante, conforme se expuso en la parte motiva de la presente providencia.

TERCERO: ABSOLVER a las partes demandadas de las demás pretensiones invocadas en la acción y frente a esta DECLARAR entonces demostradas las excepciones de cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación propuestas por estas partes demandadas tales como devolución de aportes debidamente indexados, traslado de gastos de administración, entre otras pretensiones que invocaba la parte actora y conforme se expuso en la parte motiva.

CUARTO: NO CONDENAR en COSTAS ni a favor ni en contra de ninguna de las partes, conforme se expuso en la parte motiva.

QUINTO: Si la presente providencia no fuere impugnada por parte de Colpensiones y dada la naturaleza jurídica de la misma, se remitirá las diligencias al superior para que las revise en el grado jurisdiccional de CONSULTA.”

Inconforme con la decisión, el apoderado de la DEMANDANTE recurre la decisión en cuanto a la fecha de reconocimiento de la pensión de vejez, señalando que resulta ser desproporcionado exigirle a la actora que se quede sin pensión y sin trabajo, por cuanto si hubiese continuado en el RPM seguramente su retiro del sistema sería en el 2016, pero solo con esta sentencia se obtuvo el traslado de régimen y en esa medida aduce no se le puede exigir la desafiliación porque resulta ser una carga exagerada, solicitando se acceda al reconocimiento de la pensión desde el 29 de junio del 2016 junto con el retroactivo y la indexación correspondiente. (Cd. fl. 250, record: 1:45:55)¹

¹ “Señoría conforme con la mayoría del fallo, sin embargo si interpongo recurso de apelación respecto de la fecha en la cual se reconozca la pensión de la señora Doris Patricia, fundamentado en que si bien existe el requisito de causación pues para el caso que nos ocupa por tratarse de una nulidad o ineficacia de traslado

PORVENIR interpuso recurso de apelación, manifestando que no se debe aplicar el precedente del órgano de cierre de la jurisdicción de manera objetiva ya que se deben analizar las circunstancias de cada caso en concreto, por lo que no puede el fallador de primera instancia declarar la ineficacia del traslado con base en la falta de información cuando no le era obligatorio a su representada brindar la misma a la demandante teniendo en cuenta la circular 19 de 1998 emitida por la Superintendencia Financiera de Colombia, la cual tenía como única exigencia establecida a efectos de que se entendiera valido el traslado de régimen pensional que el afiliado expresara su voluntad a través del diligenciamiento del formulario de conformidad con las disposiciones vigentes del particular tal como ocurrió en el presente asunto de manera de que cumplió con la totalidad de la obligación a su cargo, asegurando la permanencia de la actora en el régimen de ahorro individual administrado por Porvenir ha sido una decisión libre, voluntaria e informada que se ha ratificado con el tiempo.

Señala haber brindado a la demandante una asesoría oportuna, donde le informo el tramite sobre las condiciones pensionales tal como se aprecia en el formulario suscrito por la demandante, considerando de existir un vicio tuvo que ser advertido en 1998 ante la información brindada, por lo que a partir de la fecha debe contarse con el plazo de cuatro años con el que contaba la demandante para pedir la recisión del traslado de conformidad con lo expuesto en el artículo 1750 del código civil y que tampoco lo hizo, lo cual debe entenderse como una ratificación tacita del acto que sana cualquier nulidad. (Cd. fl. 250, record: 1:47:57)²

pues resulta para el apelante desproporcionado exigirle a la ciudadana que se quede sin pensión, que se quede sin trabajo y adicionalmente porque esta no es la condición más beneficiosa, es decir si ella estuviera afiliada hoy al RPM pues se habría o seguramente se hubiera retirado a sus treinta y tantos años en el 2016 y no estuviera a la expectativa de hoy si regresa al régimen o no digo al RPM apenas con esta sentencia si así lo confirmara el Honorable tribunal sala laboral de Bogotá apenas esta señora volvería donde nunca debió salir , pero no podemos decir a la señora que pero como usted vuelve usted debió haberse desafiliado porque le resulta al recurrente una carga exagerada, desproporcionada y porque no resulta ser esta la condición más beneficiosa , en ese orden de ideas señoría interpongo el recurso de apelación los sustentare al Tribunal en la oportunidad procesal pertinente alegando que y solicitando nuevamente al tribunal que se le otorgue el beneficio de la pensión a mi proijada de la pensión de vejez del 29 de junio del 2016, causándose el retroactivo y la indexación que a ello hubiere lugar, gracias señor juez.”

² “Muchas gracias su señoría muy respetuosamente interpongo el recurso de apelación ante el honorable tribunal superior de Bogotá sala laboral para que se revoque en su totalidad el fallo proferido el cual me permito sustentar así: Señores magistrados expongo a su consideración que si bien existe un precedente del órgano de cierre de la jurisdicción como el citado en el a quo para los argumentos que ha manifestado el honorable tribunal en diferentes salas, no se debe aplicar el precedente de manera objetiva ya que se deben analizar las circunstancias de cada caso en concreto, en este caso no le asiste al fallador de primera instancia en declarar la ineficacia del traslado con base a la falta de información cuando no le era obligatorio a mi representado brindar la misma a la demandante teniendo en cuenta la circular 19 de 1998 emitida por la Superintendencia Financiera de Colombia la cual tenía como única exigencia establecida a efectos de que se entendiera que solamente era materializado sino valido el traslado de régimen pensional que el afiliado

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 DORIS PATRICIA ROJAS SILVA en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de la reforma de la demanda (folios 185 y 186) las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (folios 171 y 172), aspirando se declare la nulidad de la afiliación realizada al fondo de pensiones administrado por la AFP PORVENIR, se ordene realizar todos los trámites pertinentes para el retorno a Colpensiones, incluyendo los aportes, rendimientos, bonos pensionales si hubiere lugar, como también las cuotas de administración entre otros, así mismo se ordene a Colpensiones a recibir dicho capital, como también se ordene el reconocimiento de la pensión de vejez desde el 29 de junio del 2016, junto con el retroactivo de mesadas pensionales, la devolución de los aportes, indexación, derechos *ultra y extra petita*, y costas procesales. **Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por la actora a COLPENSIONES, disponiendo a PORVENIR como actual administradora a la que se encuentra vinculada la demandante, devolver los saldos de la cuenta de ahorro individual incluyendo todos los rendimientos financieros. Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte**

expresar su voluntad a través del diligenciamiento del formulario de conformidad con las disposiciones vigentes del particular tal como ocurrió en el presente asunto de manera de que mi representada cumplió con la totalidad de la obligación a su cargo y la permanencia actora de su régimen de ahorro individual administrado por mi representada ha sido una decisión libre, voluntaria e informada la que se ha ratificado con el tiempo y que incluso lo indico en su interrogatorio de parte.

Tampoco es razonable deducir que la razón de la ineficacia del traslado se da por faltas del consentimiento propicios del mismo, toda vez que Porvenir brindo a la demandante una asesoría oportuna, donde le informo el trámite sobre las condiciones pensionales tal como se aprecia en el formulario suscrito por la demandante y si bien existió el vicio alegado del traslado de régimen ocurrido en 1998, el mismo tuvo que ser advertido en esa oportunidad ante la información brindada por lo que a partir de la fecha debe contarse con el plazo de cuatro años con la que contaba la demandante para pedir la rescisión del traslado de conformidad con lo expuesto en el artículo 1750 del código civil y que tampoco lo hizo, este hecho debe entenderse como una ratificación tacita del acto que sanea cualquier nulidad, adicional el artículo sexto del código civil “ el desconocimiento de la ley no es excusa de su incumplimiento” es así como nos encontramos frente a un error de derecho y no una causal de nulidad.

Así dejo presentado mi recurso de apelación sin otra particularidad las cuales no se han condenado a mi representada ya que no se encontraron acreditadas y en consecuencia solicito de manera respetuosa al honorable tribunal revocar en su totalidad la condena impuesta a mi representada en este proceso y en consecuencia absolverla de todas y cada una de las pretensiones de esta demanda, muchísimas gracias su señoría.”

Suprema de Justicia, la demandada PORVENIR no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía con la demandante al momento del traslado, igualmente señaló haber acreditado la actora los requisitos para su derecho pensional establecidos en los artículos 33 y 34 de la Ley 100 de 1993, no obstante adujo que ésta se haría exigible únicamente con la desafiliación del sistema, absolviendo de las demás pretensiones incoadas.

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

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía de la demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 29 de junio de 1959 (folio 296 impresa para mayor claridad del expediente administrativo allegado por Colpensiones en medio magnético a folio 107), por lo que la edad de 57 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2016, procediendo a solicitar su traslado mediante la peticiones elevadas ante COLPENSIONES y PORVENIR el día 5 de diciembre de 2018 (fl. 27), esto es, cuando ya había alcanzado la edad requerida para adquirir el derecho pensional, y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1° de julio de 1995⁴-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos contaba con 683,14 semanas equivalentes a de 13 años, 3 meses y 13 días de servicios (ver Historia válida para bono pensional folio 214), por lo que no se

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 Trabajaba en el Hospital Salazar de Villeta conforme certificado de folio 49, donde se indica que para dicha entidad entro en vigencia el SGP el 1° de julio de 1995.

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

No obstante lo anterior, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende la actora a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el **27 de octubre de 1998** (folios 70 y 209 vto) específicamente conforme la información consignada en el formulario de afiliación a PORVENIR y en el reporte SIAFP expedido por ASOFONDOS.

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

En efecto, la jurisprudencia que sobre el particular ha dejado sentada la Corporación de cierre de esta jurisdicción, ha entendido que la expresión “*libre y voluntaria*” contenida en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, supone necesariamente el conocimiento, lo que sólo es posible alcanzar cuando se saben a conciencia las consecuencias de una decisión de esta envergadura. Frente al tema, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 12136, radicación No. 46.292 de 2014, enseñó:

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

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

Para este tipo de asuntos, se repite, tales asertos no comprenden solo los beneficios que dispense el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no

de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.

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

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

En consecuencia, no solo es menester demostrar la existencia del traslado, sino que impone verificarse que este acto se produjo bajo el presupuesto de la libertad informada, pues de no cumplirse con dicho presupuesto, se incurriría en un vicio que invalidaría dicho acto jurídico, lo que trae como consecuencia o efecto retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, con ineficacia ex tunc⁵, en los términos del artículo 1746 del Código Civil, ante la inexistencia de una norma distinta que de manera explícita regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico.

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

“(…)

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

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

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

Entonces, según la norma precedente, el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o

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

contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.

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

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

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

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

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

“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, para la Sala 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 la demandante⁷ no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado al momento de la suscripción del formulario de afiliación, en tanto solo refirió que el asesor le dijo que el ISS se acabaría, que obtendría una mejor pensión y que ésta le podía ser heredada a sus hijos.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR (folio 70), este no constituye en manera alguna, medio

⁷ Cd fl. 290, récord 20:17.

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

Respecto al comunicado de prensa visto a folios 165 a 167, 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 (27 de octubre de 1998, folio 70), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL 12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

Por otro lado, se ha de advertir no tiene incidencia alguna que la demandante no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación con la información que se le debía suministrar cuando se trasladó de régimen, al respecto se puede consultar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia STL 11385 del 18 de julio de 2017, radicado 47646.

En ese orden, la ineficacia del traslado de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de PORVENIR, del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus y la activación de su afiliación en el

régimen de prima media con prestación definida, de tal manera se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto.

Por otro lado 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 de la demandante.

En lo que atañe a la excepción de prescripción⁸ (folio 98 y 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 está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por Colpensiones respecto de quien se surte el grado jurisdiccional de Consulta, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

En otro giro, dado que la actora solicitó el reconocimiento del derecho pensional, se procede a su estudio en atención al recurso de apelación interpuesto por la parte actora y el grado jurisdiccional de Consulta en favor de Colpensiones, advirtiendo en virtud de la ineficacia del traslado, e iterando que la actora NO es beneficiaria del régimen de transición, conforme se expuso desde el inicio de esta providencia, se advierte la prestación pensional de la accionante en efecto deber ser estudiada con fundamento en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993⁹,

⁸ Se tuvo por contestada la reforma de la demanda mediante auto del 29 de enero del 201 (folio 272)

⁹ *“Artículo 33. Requisitos para obtener la Pensión de Vejez. Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:*

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

2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo. A partir del 1° de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1° de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015”.

disposición que exige para el caso de los mujeres haber alcanzado 57 años en tanto a partir del 1° de enero del 2014 la edad se incrementó, y cotizaciones en total de 1.000 semanas las cuales se aumentaron desde el 1° de enero del año 2005 en 50 y a partir del 1° de enero de 2006 en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas.

Precisando si bien la actora no presentó petición de reconocimiento pensional previo a acudir a la jurisdicción, ello no tendría repercusiones en la decisión ahora objeto de estudio, por cuanto la falta de reclamación derivaría en una falta de competencia, la cual estaría saneada por cuanto en la contestación de la reforma de la demanda de la administradora del régimen de prima media (fls. 191 a 193) no se presentó la excepción correspondiente (art. 102 C.G.P) destacando igualmente, ha sido criterio de esta Sala de Decisión, compartiendo lo expuesto reiteradamente de vieja data por la jurisprudencia que, en el evento de no haberse agotado la reclamación administrativa al momento de dictar sentencia, la falta de competencia resulta saneada. Al respecto puede consultarse la sentencia de Casación Laboral proferida el 13 de octubre de 1999, Rad. 12.221, en la que la H. Corte advirtió que si el proceso cursa sin que se hubiere puesto de manifiesto en la oportunidad procesal pertinente la falta de agotamiento de la reclamación administrativa, el proceso debe fallarse de fondo, con lo cual se salvaguardan los *“principios de economía procesal, de saneamiento de las nulidades por incompetencia y de prevalencia del derecho sustancial sobre el formal, instituciones estas que constituyen soporte esencial para los propósitos del derecho procesal laboral: hacer efectiva la concepción social y tutelar del derecho laboral sustancial”* y también la SL 13128-2014 (Rad. No. 45819) del 24 de septiembre de 2014¹⁰.

De esta manera, como ya se mencionó se encuentra a folio 296 copia del documento de identidad de la accionante, en el cual se consigna como fecha de

¹⁰ “(...) Como se observa, esta Corporación es del criterio de que el agotamiento de la reclamación administrativa es un factor de competencia del juez laboral, por lo que la ausencia de dicha reclamación conlleva a la falta de competencia del juez por un factor diferente del funcional, falta de competencia que es saneable si no se alega como excepción previa, según las voces del numeral 5 del artículo 144 del Código de Procedimiento Civil, aplicable al proceso laboral por remisión analógica del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. Dado que en este caso la entidad demandada no propuso la excepción previa correspondiente, la eventual falta de competencia por no haberse agotado la reclamación administrativa en relación con los intereses de mora, quedó saneada. Además de lo anterior, de vieja data esta Corporación ha adocinado que aquellas reclamaciones que son accesorias o dependientes y que constituyen simples consecuencias previstos en la ley por el retardo en el pago de determinado derecho, como en este caso los intereses moratorios causados sobre las mesadas pensionales adeudadas, no requieren del agotamiento de la reclamación administrativa, como acertadamente lo consideró el ad quem.”

nacimiento el 29 de junio de 1959, por lo que acreditó la edad exigida de 57 años, el mismo día y mes del año **2016**; ahora bien, en cuanto a la cantidad de semanas de cotización para tal calenda, se encuentra a folios 223 a 235 la HISTORIA LABORAL generada por la AFP PORVENIR en las que se incluyen 920 semanas cotizadas a Colpensiones y 1122 a dicha AFP para un total de **2042** semanas a septiembre del 2020 (fl. 235), razón por la cual es claro que para la data en que la actora cumplió los 57 años de edad, esto es, el 29 de junio del 2016 tenía reunidas las 1300 semanas exigidas por la Ley, reuniendo con ello los requisitos previstos en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993.

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

No obstante lo anterior, como bien lo adujo el juzgado de primer grado en autos no hay certeza frente a la última cotización efectuada por la actora, contrario a ello para la data de presentación de la demanda (17 de enero del 2019, fol. 73) la demandante se encontraba activa y cotizando, pues de la historia laboral aportada por Porvenir el último ciclo registrado es de septiembre de 2020 (fol. 235) sin que exista novedad de retiro, razón por la cual el reconocimiento pensional deberá supeditarse al día siguiente de la fecha de la última cotización o cuando se reporte la novedad de retiro, pues si bien el derecho pensional se causó el 29 de junio del 2016 por el cumplimiento de los requisitos exigidos para la pensión de vejez, no es posible disfrutarla ni exigirla sino hasta el momento en que se haya efectuado el retiro del sistema de la actora, por lo que la sentencia en este punto se confirmará, **precisando** frente al numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia, en lo que respecta al monto de la mesada, este deberá ser calculado conforme lo previsto en el inciso 3º del artículo 21 de la ley 100 de 1993, esto es con lo devengado en toda la vida o durante los 10 últimos años anteriores al reconocimiento dependiendo lo que le resulte más favorable, dado que como quedo visto la demandante cuenta con más de 1250 semanas de cotización y al cual se deberá aplicar la tasa de remplazo que se obtenga de conformidad con el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, todo ello al momento del retiro del servicio.

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

SIN COSTAS en esta instancia.

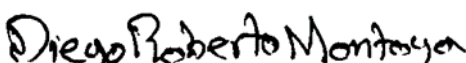
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

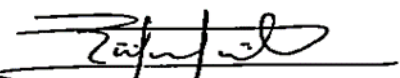
RESUELVE

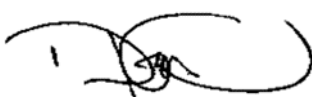
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 15 Laboral del Circuito de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, con la **precisión** efectuada al numeral segundo de la parte resolutive de la providencia de primer grado, anotada en las consideraciones de esta sentencia.

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 JOSE ROBERTO POVEDA
ALFONSO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES–. (RAD. 17 2019 00507 01).**

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintiuno (2021)

AUTO

Reconocer personería adjetiva para actuar al abogado WINDERSON JOSE MONCADA RAMIREZ como apoderado sustituto de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por MARIA JULIANA MEJIA GIRALDO en su calidad de representante legal de la sociedad MEJIA Y ASOCIADOS ABOGADOS S.A.S, apoderada principal (folios 140 a 142).


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por el demandante (Folios 145 a 146) y la demandada COLPENSIONES (Folios 136 a 139), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, 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 interpuesto por la demandada COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en su favor, de la sentencia proferida por la Juez Segunda Laboral del Circuito Transitorio de Bogotá D.C., el pasado 15 de marzo de 2021, obrando de conformidad con el Acuerdo No. PCSJA21-11766 del 11 de

marzo del 2021 (Audiencia virtual realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 47:05, Cd folio 121, acta folios 120 y 121), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR que el señor JOSE ROBERTO POVEDA ALFONSO, tiene derecho a que Colpensiones reconozca y pague la pensión especial de vejez por hija en condición de discapacidad.

SEGUNDO: CONDENAR a Colpensiones a pagar la pensión especial por hija en condición de discapacidad al demandante JOSE ROBERTO POVEDA ALFONSO a partir del 09 de agosto del 2016, con un valor de mesada inicial de \$2.585 262,57 y por trece mesadas al año. Se aclara que el reconocimiento y pago de la prestación tiene lugar sin perjuicio de que, eventualmente el demandante opte por renunciar a esta pensión especial y reclamar su pensión de vejez en el caso de que reúna los requisitos del sistema general de pensiones que le corresponda.

TERCERO: CONDENAR a Colpensiones a pagar al demandante JOSE ROBERTO POVEDA ALFONSO la suma de \$177.537.465,67 por concepto de retroactivo pensional causado desde el 09 de agosto del 2016 hasta el 30 de abril del 2021, cifra de la cual la entidad descontara lo correspondiente a aportes del sistema general de seguridad social en salud, así mismo se ordena la indexación de las mesadas adeudadas desde la exigibilidad de cada y hasta que se realice el pago efectivo, para lo cual se debe aplicar la formula descrita en la parte motiva.

CUARTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones de prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido y buena fe.

SEXTO: CONDENAR en **COSTAS** a la parte demandada Colpensiones, como se indicó en la parte motiva.

SEPTIMO: CONCEDER el grado jurisdiccional de **CONSULTA** a favor de la demandada Colpensiones de conformidad con el inciso tercero artículo 69 del Código de procedimiento del trabajo y de la seguridad social. ”

Inconforme con la decisión la apoderada de Colpensiones interpuso recurso de apelación, señalando que el demandante no cuenta con la condición de padre cabeza de familia y no reúne los requisitos establecidos por la Ley para ser acreedor del derecho, no siendo procedente acceder a las pretensiones de la demanda. (Cd a folio 119, record 49:38)¹.

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

CONSIDERACIONES

¹ “Su señoría presento recurso de apelación encontrándome en los términos procesales para tal fin, teniendo en cuenta como lo reitero en los alegatos el demandante no cuenta con la condición de padre cabeza de familia y no reúne los requisitos establecidos en las normas señaladas por lo cual no es procedente acceder a las pretensiones de la demanda.”

Constituyeron los anhelos del demandante **JOSÉ ROBERTO POVEDA ALFONSO** en este proceso ordinario, **las pretensiones relacionadas en el respectivo acápite, a folio 2, las cuales encuentran sustento en los hechos relatados a folio 3**, aspirando principalmente se declare tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión especial anticipada por discapacidad de su hija Andrea Poveda Celis de conformidad con el inciso segundo del parágrafo 4 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 a partir del 9 de agosto del 2016, en consecuencia se condene a su reconocimiento y pago desde el 9 de agosto del 2016, junto con el retroactivo correspondiente, intereses moratorios, indexación, costas del proceso y agencias en derecho. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus aspiraciones**, por cuanto se condenó al reconocimiento de la pensión solicitada a partir del retiro del sistema como trabajador dependiente -9 de agosto del 2016- en cuantía de \$2.585.262,57 con 13 mesadas al año y un retroactivo de \$177.537.465,67 debidamente indexado a la fecha de pago, lo anterior tras considerar que el demandante acreditó la dependencia económica de su hija discapacitada, considerando que incluso el demandante se tuvo que retirar de trabajar para dedicarle más tiempo a su hijo razones por las cuales acreditó todos los requisitos para ser acreedor de ésta especial prestación pensional.

De tal manera, habida cuenta que se conoce del presente proceso además del recurso de apelación interpuesto por el extremo demandado, en virtud del grado jurisdiccional de consulta, se procederá al estudio de las condenas impuestas a cargo de la demandada.

Así las cosas, previo a abordar el estudio de fondo de la controversia puesta en consideración, inicialmente habrá de señalarse, la pensión solicitada es la prevista en el inciso 2º del parágrafo 4º del artículo 9º de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, el cual reza:

“PARÁGRAFO 4o. La madre trabajadora cuyo hijo menor de 18 años padezca invalidez física o mental, debidamente calificada y hasta tanto permanezca en este estado y continúe como dependiente de la madre, tendrá derecho a recibir la pensión especial de vejez a cualquier edad, siempre que haya cotizado al Sistema General de Pensiones cuando menos el mínimo de semanas exigido en el régimen de prima media para acceder a la pensión de vejez. Este beneficio se suspenderá si la trabajadora se reincorpora a la fuerza laboral. Si la madre ha fallecido y el padre tiene la patria potestad del menor inválido, podrá pensionarse con los requisitos y en las condiciones establecidas en este artículo”.

La norma en cita fue objeto de dos estudios de constitucionalidad, mediante sentencias C-227 de 2004 y C-989 de 2006, en los cuales, en su orden, se declaró inexecutable y executable condicionalmente los apartes “*menor de 18 años*” y “*madre*” en ella contenidos, con argumentos que fueron sintetizados por la Corte Constitucional en sentencia T- 651 de 2009, apreciándose, a voces de la H. Corte Constitucional, la norma en cuestión se encaminó a facilitarle a la madre o al padre de una persona con discapacidad grave de orden físico o mental, bien sea un menor de edad o un adulto, ocuparse del cuidado y atención necesaria de su hijo que se encuentra en imposibilidad de valerse por sí mismo, tanto en el aspecto personal como en el económico, con el propósito de brindarle unas condiciones de vida digna y propiciar su rehabilitación.

Así, de la norma citada puede inferirse que los requisitos para el otorgamiento de la pensión especial de vejez son los siguientes:

- 1) Demostrar la condición de padre o madre cuyo hijo dependa de éste.
- 2) Que el afiliado al sistema de pensiones tenga a su cargo un hijo que padezca invalidez física o mental.
- 3) Que el afiliado haya cotizado el mínimo de semanas exigidas en el régimen de prima media, para el reconocimiento de la pensión de vejez.

De ésta manera en el caso presente, se encontraron reunidos el parentesco del demandante con su hija ANDREA POVEDA CELIS (ver registro civil de nacimiento fl. 32) y la condición de invalida de éste conforme a la certificación expedida por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca de folio 29 donde se señala el 62.85% del porcentaje de P.C.L.

Ahora en cuanto a la dependencia económica del hijo discapacitado respecto actor, punto objeto de discusión en esta instancia pues fue el fundamento para negar la prestación por Colpensiones (ver Resolución SUB 243085 del 17 de septiembre del 2018 fls. 128 a 133), se tiene que dentro del proceso únicamente se escucharon las declaraciones de JESÚS DAVID RODRÍGUEZ² cónyuge de la hija menor del actor y PILAR CELIS ACERO³ cuñada del demandante, declaraciones que se analizarán por parte de la Sala con mayor rigurosidad en

² Cd. fl. 111, record: 20:38

³ Cd. fl. 111, record: 20:38

tanto por su grado de familiaridad con el demandante, pueden tener interés en las resultas del proceso, favoreciendo con sus dichos al promotor de la Litis.

El demandante en el interrogatorio de parte adujo que se dedica al cuidado de su hija, la lleva al médico y depende económicamente de él, vive con su esposa María Celis Acero quien es pensionada y trabaja realizando consultorías. (Cd. fl. 111, record: 11:40)

Por su parte, los testigos señalaron que la familia del demandante está conformada por su esposa y dos hijas, una de ellas ANDREA POVEDA CELIS en estado de incapacidad con quien viven en la actualidad, expresando que el demandante hace como 5 años se retiró de su trabajo y es quien cuida de ella, señalando que si bien los gastos del hogar los asume tanto el accionante como su cónyuge ya que ésta es pensionada y trabaja realizando asesorías, expresan la mayor carga económica la tiene el demandante frente a su hija invalida, no obstante frente a este punto los testigos no expresaron las circunstancias de tiempo, modo y lugar del por qué conocen de la situación económica que refieren, ni tan siquiera explicaron por qué fue necesaria la desvinculación del accionante de la fuerza laboral para dedicarse al cuidado de su hija con discapacidad, tampoco mencionaron la razón por la cual solo el promotor del litigio es quien cuida de la hija con discapacidad aun cuando vive con la progenitora de la misma y según los dichos de los deponentes ella tiene un trabajo semipresencial.

En este orden de ideas y para resolver la apelación de Colpensiones, lo primero que se advierte es que el inciso 2º del párrafo 4º del artículo 9º de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, no exige en manera alguna que el padre o la madre quien pretende la pensión especial tenga la calidad de “*cabeza de familia*” ni que la dependencia económica del hijo invalido respecto de una de ellos sea exclusiva, así lo sostuvo la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 17898, Radicado No. 47492 del 30 de noviembre del 2016 al expresar:

“Así, se ha de advertir que en la exposición de motivos que acompañó la presentación del proyecto 98 de 2002 - Senado⁴, se señaló que el objetivo de la norma era concederle el beneficio de esta especial pensión de vejez, a la madre responsable de la manutención del hijo afectado por una invalidez física o mental, con el fin de facilitarle su acompañamiento y, en esa medida, propender por su cuidado y rehabilitación.

⁴ Gaceta del Congreso N° 428 de 11 de octubre de 2002, pág. 1 a 5.

En tal perspectiva, se tiene que con dicha prestación especial se busca relevar al padre o la madre, del esfuerzo diario de obtener ingresos para la subsistencia no solo de su hijo sino también la propia, pues al beneficiarse de tal prestación se asegura el flujo monetario que le posibilitará compensar con su cuidado personal las insuficiencias de este último.

Y es precisamente, en ese sentido que la dependencia económica del hijo inválido respecto del progenitor que persigue la pensión especial, constituye uno de los condicionamientos para acceder a la misma. Sin embargo, para la Sala, contrario a lo entendido por Tribunal, tal exigencia no puede ser equiparada al concepto de «madre cabeza de familia» que, conforme al punto 1.3 del artículo 1 del Decreto 190 de 2003, corresponde a: «Mujer con hijos menores de 18 años de edad, biológicos o adoptivos, o hijos inválidos que dependan económicamente y de manera exclusiva de ellas, y cuyo ingreso familiar corresponde únicamente al salario que devenga del organismo o entidad pública a la cual se encuentra vinculada» (resalta la Sala).

Lo anterior, por cuanto de la lectura desprevenida de esa última disposición, es dable concluir que deben converger dos situaciones para que las madres puedan ser catalogadas como «cabeza de familia». La primera, que sus hijos (menores o inválidos) dependan económicamente de ella y, la segunda, que tal subordinación financiera sea «exclusiva» o, lo que es igual, que sea la única proveedora de ingresos monetarios para el sostenimiento de sus descendientes.

Sin embargo, esa exigencia no se incluyó en la norma que establece la pensión especial pretendida en este asunto, pues en ninguno de sus apartes se refirió en sentido estricto a la calidad de madre cabeza de familia ni tampoco incluyó el requisito de «exclusividad» a que se hizo referencia.

Así pues, de acuerdo con el texto normativo y su espíritu teleológico al que se hizo alusión, para la Corte la interpretación de la norma en punto al requisito de dependencia económica del hijo inválido respecto del progenitor que persigue la pensión especial de vejez, debe observarse en los términos que se consagra la obligación de la manutención de los hijos -menores o incapacitados- que, como se sabe, se encuentra a cargo de ambos padres.

En efecto, el numeral 7 del artículo 42 de la Constitución Política, establece que «La pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, y deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos» (resaltado no es original). De ahí que por su consagración constitucional, el derecho de alimentos -entendido como: todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica, recreación, educación o instrucción y, en general, todo lo que es necesario para el desarrollo integral de los niños, las niñas y los adolescentes, así como la obligación de proporcionar a la madre los gastos de embarazo y parto⁵-, constituya por excelencia un derecho fundamental de toda persona, por tanto, la ley y la jurisprudencia deben propender por ubicar esta figura en claros escenarios de prevalencia.

Ahora, en los términos del artículo 413 del Código Civil, los alimentos pueden ser congruos o necesarios y comprenden la obligación de ambos padres, de proporcionarlos a sus hijos hasta el advenimiento de la mayoría de edad, es decir, hasta los dieciocho (18) años según lo establece la Ley 27 de 1977. Esta limitante de la mayoría de edad, claramente resulta intrascendente, en el caso de que los hijos sean inválidos como en el sub lite, pues en tal caso, la obligación permanecerá indemne hasta tanto persista esa condición.

Y es que la obligación alimentaria de los padres respecto de los hijos, se ubica en forma primigenia dentro de los deberes que se generan en el seno de una familia, y pese a que se trata de un tema preciso y específico del campo civil, varias

⁵ Artículo 24 de la Ley 1098 de 2006.

disposiciones nacionales se ocupan del tema. Para no ir más lejos, en materia de seguridad social, en tratándose de las pensiones de sobrevivientes, cuando los beneficiarios son hijos menores de edad, esta Sala ha sostenido que se presume la dependencia económica respecto del causante, posición que también ha sido avalada por la Corte Constitucional.

Entonces, la falta de la condición de madre cabeza de familia, no puede erigirse como un elemento constitutivo de marginación para acceder a la prestación reclamada, cuando, por lo visto, los hijos menores e inválidos, por ley dependen económicamente de sus dos progenitores, y precisamente, la pensión especial propende porque uno de ellos pueda dedicarse al cuidado de su descendiente inválido, sin perjuicio del ingreso económico indispensable para la supervivencia no solo del discapacitado sino de su padre o madre según el caso.”

No obstante lo anterior, en primer lugar se ha de establecer si en autos se acreditó la necesidad que tuvo el demandante de dejar de ejercer una actividad remuneratoria, con el fin de cuidar de manera exclusiva a su hija calificada como invalida desde su nacimiento (folios 26 y 27)

Así las cosas, se tiene que dentro del presente litigio no existen elementos de convicción que permitan extraer que el demandante sea quien cuide en mayor grado de su hija, ni que ésta dependa económicamente de él, pues si bien así lo refieren los testigos traídos a este juicio, lo cierto es que sus declaraciones no pueden ser tenidas en cuenta por esta Corporación en tanto no acreditaron las razones de sus dichos situación que impide a la Sala darle credibilidad a tales manifestaciones, por ende contrario a lo establecido por la Juez de primer grado en el *sub lite* NO se logró demostrar que por las circunstancias especiales de la enfermedad de ANDREA POVEDA CELIS y las necesidades de cuidado personal que ésta requiere, implicaran que fuera menester el retiro del demandante de la fuerza laboral con el fin de dedicarse al cuidado exclusivo de su descendiente inválida, sin que como ya se dijo tampoco se acreditara en autos que el padre de la persona que se encuentra en una situación de debilidad manifiesta sea quien asuma en mayor medida los gastos económicos de aquella para pregonar de allí la dependencia económica exigida por la ley, pues brillan por su ausencia las razones por las cuales así se afirmó en el libelo.

Precisándose, si bien es una decisión familiar la escogencia de quien se hace cargo de los hijos, no puede soslayarse, en punto a la dependencia económica la cual no requiere ser exclusiva por parte de uno de los progenitores del hijo invalido, que en el presente caso se itera ni tan siquiera se probó en autos con certeza que el promotor del litigio fuera quien asumiera los gastos de su hija en estado de discapacidad mientras éste se encontraba laborando, quedando estas circunstancias en las meras afirmaciones del actor y de los testigos.

Nótese que el espíritu de esta pensión excepcional radica en facilitarle al padre o madre el tiempo y el dinero necesarios para atender a aquellos hijos que están afectados por una invalidez física o mental, que no les permita valerse por sí mismos, con lo cual el progenitor pueda compensar con su cuidado personal las insuficiencias de sus hijos, para impulsarlos en su proceso de rehabilitación o para ayudarlos a sobrevivir en una forma digna, lo cual no podría realizarse si se estuviera ejerciendo una actividad laboral, por ende se hace necesario que el cuidador del hijo discapacitado se dedique en un 100% a éste, situación que dentro del sub lite no se apreció, en tanto no se demostró por parte del actor que por estar ejerciendo labores se impidiera el cuidado de ANDREA POVEDA CELIS.

Frente a este aspecto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 12931 del 29 de noviembre del 2017, radicación No. 53395, expresó:

“La finalidad de la prestación especial en comento, es proveer al padre o madre trabajador (a) – (en los términos de la sentencia CSJ SL 6 nov. 2013, rad. 40517) - con hijos afectados por una situación de invalidez, física o mental, que dependan de ellos, el ingreso que les permita retirarse anticipadamente de la fuerza laboral, a fin de que puedan dedicar su actividad a la atención y cuidado de estas personas colocadas en situación de debilidad manifiesta, para facilitar su rehabilitación y desarrollo dentro del marco de una vida digna.

En sentencia de instancia CSJ SL, 12 nov. 2004, rad. 40517, dijo la Corte:

(la pensión especial en comento) crea la posibilidad de que el responsable familiarmente (madre o padre trabajador(a) tenga la oportunidad de brindar los cuidados al incapacitado, en el hogar, y pueda llevar a cabo esta actividad sin perjuicio de una remuneración que beneficie no solo al hijo que no puede valerse por sí mismo y recibe su sustento por cuenta de su cuidador, sino al progenitor que proporciona los servicios de cuidado. Para que de esta manera, la madre, o el padre, pueda conciliar su necesidad de trabajar para obtener su sustento y el de su hijo, con la responsabilidad de cuidado a favor del dependiente discapacitado en el hogar.

De la lectura atenta de la norma se infiere, que la motivación del legislador para eximir al padre o a la madre del requisito de la edad para efectos del disfrute de la pensión de vejez, es que se pueda dedicar al descendiente afectado por una situación de invalidez quien requiere de la atención y cuidado por parte del progenitor del que deriva su sustento, en un grado que no le permite a éste el ejercicio de una actividad laboral distinta, lo que justifica la intervención de la seguridad social para asegurar el ingreso indispensable para la subsistencia familiar.

(...)

En ese orden de ideas, resulta medular en la configuración del derecho pensional especial, el grado o intensidad del requerimiento de cuidado personal del hijo afectado por el estado de incapacidad, respecto del progenitor que hace incompatible el cumplimiento de esa obligación con el desarrollo de una actividad económica remunerada, lo cual debe ser acreditado en cada caso y analizado por el juez.

(...)

Por lo demás, no demostró el actor ante el tribunal de casación y a través de la vía idónea, que por circunstancias especiales del hijo, o de la madre que ejerce en forma preponderante la labor de cuidadora en este caso, las necesidades de cuidado personal impliquen que sea menester su retiro de la fuerza laboral y la intervención de la seguridad social mediante el reconocimiento de la pensión especial de vejez.” (Subrayas y negrillas fuera de texto)

Corolario de lo dicho, atendiendo tanto lo dispuesto por la ley como por la jurisprudencia citada, se tiene que en autos no se cumplieron con las premisas que dan lugar al reconocimiento de la pensión especial por hija inválida, concretamente lo relacionado con la dependencia económica, como se anunció.

Destacando la Sala, 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 el demandante, el cual quedó expuesto 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 expresando a lo largo de esta providencia, para la Sala no se acreditó el requisito de dependencia económica exigido por la normatividad aplicable y en ese orden se debe proceder a la revocatoria de la sentencia para en su lugar ABSOLVER a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

Sin **COSTAS** en esta instancia. Se revocan las de primer grado, las cuales corren a cargo de la parte demandante.

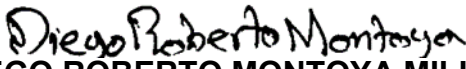
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

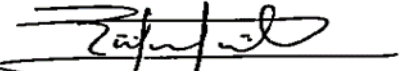
R E S U E L V E

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida en primera instancia para en su lugar **ABSOLVER a COLPENSIONES**, de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el señor **JOSE ROBERTO POVEDA ALFONSO**.

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR HECTOR CAMPO MONROY CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS Y LA NACIÓN- MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO (RAD. 21 2019 00017 02).

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintiuno (2021)

AUTO

Reconocer personería adjetiva para actuar al abogado SIMON ENRIQUE ANGARITA VILLAMIZAR como apoderado sustituto de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – 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, apoderada principal (folios 247 a 249).


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por, 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 la parte actora, contra la sentencia proferida

por el Juez Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 30 de abril de 2021 (Audiencia virtual concentrada, artículos 77 y 80 del C.P.T, realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, CD folio 237, récord 1:06:19, acta de audiencia folio 235 vto. a 236), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR probadas las excepciones de inexistencia de la obligación, ausencia de responsabilidad de la NACIÓN MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, propuesta por la NACIÓN MINISTERIO DE HACIENDA, así mismo, la de inexistencia del derecho reclamado formulado por Colpensiones e inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, falta de causa de las pretensiones de la demanda, ausencia del derecho sustantivo, carencia del derecho y carencia de acción formuladas por COLFONDOS.

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones incoadas en la demanda formuladas por HECTOR CAMPOS en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS y la NACIÓN- MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PUBLICO.

TERCERO: SIN CONDENA en COSTAS

CUARTO: Por ser adversa esta decisión a la parte demandante, si no es apelada CONSÚLTESE con el superior, por ser como se dijo por ser adversa a este. Este es el Honorable Tribunal.”

La ausencia de apelación contra la providencia anterior explica la presencia de las diligencias en esta sede judicial a efectos de que se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de la parte demandante, 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 HÉCTOR CAMPO MONROY en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda (folios 109 y vto.) las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (folios 107 a 109), aspirando principalmente se declare que al 30 de septiembre de 2003, por tener un total de 1.114,86 semanas “sin que haya cotizado con posterioridad a la entrada en vigencia del acto legislativo 1 de 2005, mantuvo su régimen de transición”. En consecuencia se condene a COLPENSIONES a reconocer y pagar a su favor la pensión de vejez bajo los parámetros del régimen de transición y en aplicación del Decreto 758 de 1990 desde el 29 de marzo de 2016, fecha en que cumplió la edad, junto con los intereses moratorios o la indexación.

En subsidio de lo anterior pidió se declare que el traslado efectuado del RAIS al RPMD efectuado con ocasión de las peticiones del 21 y 22 de diciembre de 2016 ante COLFONDOS y COLPENSIONES, respectivamente, *“no tuvo efecto o es ineficaz en ocasión que no se cumplió con la condición a la cual estaba supeditada dicha petición de traslado”*. En consecuencia, se ordene a COLPENSIONES dejar sin efectos el traslado del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al Régimen de Prima Media con Prestación Definida que le fue autorizado desde el 1 de febrero de 2017 manteniendo su vinculación al RAIS, ordenando a COLPENSIONES reversar los aportes a ella transferidos por el fondo privado, junto con el bono pensional a que haya lugar, a su cuenta de ahorro individual. Adicionalmente, pretende se declare que tiene derecho a una pensión de vejez a cargo de COLFONDOS desde el 29 de marzo de 2018 o a la devolución de saldos con bono pensional junto con sus rendimientos, indexación e intereses, frutos y *“demás propios de la prestación”*. Solicita se imponga el pago de intereses moratorios indemnizatorios desde la causación de la prestación y hasta que se verifique el pago total de la obligación, o la indexación de las sumas ordenadas.

Por otra parte solicita se ordene al MINISTERIO DE HACIENDA girar a la entidad que sea condenada, el valor del bono correspondiente al tiempo cotizado o servido por el actor antes de 1995

Obteniendo sentencia de primera instancia desfavorable a sus pretensiones, por cuanto se absolvió a las demandadas de las pretensiones incoadas en su contra, tras considerar, frente a las pretensiones principales, que en razón a que el demandante está válidamente afiliado al RAIS, no había lugar a estudiar la prestación por vejez atendiendo los parámetros del régimen de transición que son propios del RPM, precisando, en gracia de la discusión, el demandante no podía trasladarse a COLPENSIONES en virtud de las sentencias de unificación emanadas de la Corte Constitucional porque al 1 de abril de 1994 no contaba con las 750 semanas para efectuar el tránsito en cualquier tiempo, y le aclaró que aun cuando se determinara que podía afiliarse a la administradora de prima media, tampoco hubiera podido reconocerse la prestación con fundamento en el régimen de transición, toda vez que, además de no ser beneficiario de él, este se extinguió en el año 2014 y los 60 años los cumplió en el 2016.

Con relación a las peticiones subsidiarias, adujo la imposibilidad de verificar el cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez como quiera que no se tiene certeza de los recursos que conforman la cuenta de ahorro individual del actor, particularmente, en razón a que no se han cumplido todos los pasos para la emisión del bono pensional el cual se encuentra en estado de liquidación provisional, a lo cual se suma el desconocimiento de las variables que resultan determinantes para calcular la pensión. Misma suerte, dijo, corre lo relativo a la devolución de saldos, porque primero debe determinarse la suficiencia del capital para descartar el reconocimiento de una pensión.

Pues bien para resolver, sea importante precisar, atendiendo los términos en que fue formulada la demanda, entiende la Sala, lo pretendido principalmente por el demandante a través del presente juicio es el reconocimiento y pago de una pensión a cargo de COLPENSIONES en virtud del régimen de transición del cual se considera beneficiario, determinándose para el efecto que contaba con una expectativa legítima a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 por contar con las semanas mínimas requeridas en el Acuerdo 049 de 1990 para acceder a la pensión, la cual, asegura, no puede ser desconocida con dicho acto, por ende, aunque cumplió los 60 años de edad en el 2016 debe otorgarse la prestación en los términos reclamados en aplicación de los principios de favorabilidad y condición más beneficiosa, estimando además, la edad es una condición resolutoria para el otorgamiento de la pensión.

Para solventar ello, lo primero que se resalta es que de conformidad con el material probatorio acopiado a los autos, si bien al momento de incoarse la demanda COLPENSIONES había aceptado el traslado del demandante a ese régimen en aplicación de la Sentencia SU-062 de 2010, desde el 1 de febrero de 2017 (folios 30 y 69), lo cierto es que, conforme lo informado por COLFONDOS al contestar la demanda, dicho tránsito fue anulado por las administradoras porque, luego de un proceso de definición de cuentas de afiliados trasladados a COLPENSIONES bajo sentencia SU-062 DE 2010, estas determinaron que HECTOR CAMPOS MONROY no cumplía con las 750 semanas al 1 de abril de 1994 que eran requeridas para el cambio de régimen, generándose novedad de

anulación que se procesó el 24 de noviembre de 2019, quedando por tanto el actor válidamente afiliado a COLFONDOS, AFP del régimen de ahorro individual con solidaridad. Puntualmente dijo COLFONDOS (pág. 18, CD folio 172):

“(…)

Mediante proceso entre las administradoras Colpensiones y Colfondos en fecha 11 de Septiembre de 2019, en definición de cuentas de afiliados trasladados hacia Colpensiones bajo sentencia unificada SU-062 de 2010, se establece mediante acta de revisión 001 que el afiliado HECTOR CAMPOS MONROY identificado con cedula de ciudadanía 19385867, que al momento de su traslado hacia Colpensiones, no cumplía con las 750 semanas al 01 de Abril de 1994 requeridas para el cambio de régimen, por lo que dicho proceso carece de validez.

De acuerdo a esto se genera proceso de novedad de anulación de vigencia la cual fue procesada de manera exitosa en fecha 24 de Noviembre de 2019, quedando el señor CAMPOS MONROY válidamente vinculado en Colfondos a partir del 01 de Agosto de 2000 información que se encuentra debidamente sincronizada en consulta SIAFP y AS400.

Producto de esta normalización la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones realiza la devolución de los aportes en fecha 21 de Abril de 2020 bajo concepto de (Devolución Pago) por valor de \$17.911.348, aporte que se encuentra debidamente acreditado en la respectiva cuenta de ahorro individual en fecha 06 de Mayo de 2020.

De acuerdo a lo anterior el demandante se encuentra válidamente vinculado a Colfondos S.A, y debe resaltar que el demandante no ha presentado solicitud formal ante Colfondos S.A de estudio de reconocimiento de prestación alguna.

“(…)”

Lo anterior encuentra soporte en los documentos que militan a folios 31 a 43 del archivo que reposa en medio magnético de folio 172, específicamente del acta de revisión No. 01 “*TRASLADOS POR SENTENCIAS SU_062 DE 2010 QUE NO PRESENTARON 750 SEMANAS AL 01 DE ABRIL DE 1994 O 30 DE JUNIO DE 1995*” suscrita por un responsable de COLPENSIONES y uno de COLFONDOS, en la cual se consignó (pág. 34 ibíd.):

“En el marco de la validación de 24 solicitudes de traslado de Colfondos a Colpensiones aprobadas por sentencia unificada SU062-2010, se ha identificado hasta la fecha que, al momento de la revisión, los diez (10) casos que se adjuntan a la presente acta –entre ellos el demandante- no cumplían con el requisito de contar con 750 semanas cotizadas al 1° de abril de 1994 o al 30 de junio de 1995 para entidades territoriales.

La anterior evidencia fue notificada a cada una de las personas cuya solicitud de traslado fue aprobada, para que allegaran los soportes que permitieran identificar la existencia de las 750 semanas cotizadas al 1° de abril de 1994.

Teniendo en cuenta que los afiliados a quienes se les notificó la situación anterior no remitieron los soportes que demostraran que sí tenían las 750 semanas al 01 de abril de 1994, o al 30 de junio de 1995, para el caso de afiliados vinculados a entidades territoriales, se constata y logra establecer que estas solicitudes de traslado quedaron sin sustento legal habilitante, razón por la cual las mismas resultan ineficaces no produciendo efecto legal alguno.

Como consecuencia de lo anterior, se procede a la reversión de los traslados, por lo cual Colpensiones mediante la suscripción de esta ata, procede a la demarcación de su base de datos de estos traslados, con la consecuente devolución a las AFP de los aportes con sus rendimientos que recibió por parte del RAIS por el proceso de traslados y lo que esos recursos rentaron mientras estuvieron en Colpensiones, dentro de los (60 días) siguientes a la suscripción del acta de comité.

(...)

En constancia se firma a los 11 días del mes de septiembre de 2019, por parte de Colpensiones y de la Administradora de Fondo de Pensiones Colfondos”

Del mismo modo, la afiliación a COLFONDOS se verifica del reporte SIAFP expedido por ASOFONDOS (pág. 33 ibídem.) y de la “consulta afiliado” realizada por esa AFP (págs. 32 y 33, CD folio 172) en los que se evidencia que el demandante se encuentra afiliado a esta administradora desde el 1 de agosto de 2000 proveniente de la AFP HORIZONTE y en el RAIS desde el 1 de octubre de 1999 por traslado que hiciera el 30 de agosto de ese mismo año proveniente de COLPENSIONES; tal circunstancia también se desprende de la liquidación provisional de bono pensional Tipo A, modalidad 2, realizada el 22 de abril de 2021 por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público en el que se indica como fecha de afiliación al RAIS el 30 de agosto de 1999.

Igualmente, se constata el traslado de recursos efectuado por COLPENSIONES a COLFONDOS del “*reporte estado de cuenta del afiliado*” actualizada el 19 de enero de 2020 (páginas 36 a 44, ibídem).

Atendiendo lo anterior, esto es, que HECTOR CAMPOS MONROY se encuentra actualmente afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP COLFONDOS, claro resulta que las prestaciones a las que pueda tener derecho deben ajustarse a los lineamientos normativos que regulan dicho régimen

y que sea COLFONDOS y no COLPENSIONES la llamada a garantizar el reconocimiento y pago de tales beneficios, de acreditar los presupuestos exigidos para ello.

Al punto memórese, el sistema general de seguridad social en pensiones introducido con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, previó la coexistencia de dos regímenes solidarios excluyentes, aunque con aspectos en común, a saber: el régimen de prima media con prestación definida -RPM- (sistema de reparto) y el régimen de ahorro individual con solidaridad -RAIS- (sistema de capitalización privado)¹.

¹ Artículo 12 de la Ley 100 de 1993.

Sobre el particular explicó la Corte en sentencia SL4108 de 2020:

“1. Diferencias de los regímenes pensionales a partir de la Ley 100 de 1993 y objetivos comunes

De acuerdo con las prescripciones de la Ley 100 de 1993, la satisfacción del derecho constitucional a la seguridad social y la ampliación de su cobertura quedó de manera preferente en manos de dos regímenes pensionales que se distinguen en su estructura, organización y técnica de financiamiento de las pensiones.

Por un lado, el régimen de prima media con prestación definida preservó el esquema de reparto, de corte solidario, en el cual los aportes de los afiliados constituyen un fondo común de naturaleza pública que se distribuye entre sus beneficiarios para cubrir las cargas del sistema. Por el otro, el de ahorro individual con solidaridad está ideado bajo un esquema de capitalización individual en el que los aportes se incorporan en cuentas de ahorro personalizadas, las cuales son patrimonios autónomos de propiedad de cada afiliado - artículo 90 de la Ley 100 de 1993. Esto les permite a las personas crear una reserva propia, que incrementada con los rendimientos recibidos y el bono pensional si hay lugar a él, está destinada a financiar las prestaciones correspondientes.

Ahora, pese a estas diferencias estructurales, la jurisprudencia de la Corte ha destacado que los objetivos y valores que legitiman su arquitectura como subsistemas pensionales son transversales y, por lo tanto, deben tener como fin común la garantía y cobertura progresiva de todas las contingencias que afecten la salud y las condiciones económicas de los habitantes del territorio nacional, sin discriminación alguna -preámbulo, artículos 1 a 3 de la Ley 100 de 1993, CSJ SL929-2018.

Esta premisa se ampara en los principios de universalidad e integralidad, los cuales sirven como pilares para comprender el sistema pues propenden «por la protección de todas las personas, sin discriminación alguna, así como por la cobertura de todas las contingencias que afectan la salud, la capacidad económica y en general las condiciones de vida de toda la población» (CSJ SL4350-2019); lo anterior, «independientemente del mecanismo utilizado, (...) regulándose para ello, un principio de justicia, esto es que cada persona deba contribuir según su capacidad y reciba lo necesario para atender de manera digna aquellas vicisitudes» (CSJ SL929-2018).

Estos mandatos de optimización del sistema de pensiones a su vez desarrollan la exigencia constitucional de brindar una garantía mínima y fundamental a la seguridad social -artículo 53 Constitución Política de 1991-, derecho que al tenor del artículo 48 ibidem es irrenunciable y se materializa en un servicio público obligatorio que debe prestarse a toda la ciudadanía con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley. Además, este conjunto normativo local es reafirmado en varios instrumentos internacionales que integran el bloque de constitucionalidad, como los preceptos 22 y 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (C-504-2007 de la Corte Constitucional).

[4: Artículo 22. Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.] [5: Artículo 25. 1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo

En el primero, empleadores y trabajadores realizan sus contribuciones a un fondo común del cual se extraen los recursos requeridos para soportar las pensiones que reconozca el sistema y el segundo, por el contrario, tiene una dinámica de financiación basada en la acumulación del capital individual, a partir del cual el propio afiliado financia las prestaciones a las que tiene derecho.

Así, si bien es cierto el conjunto de prestaciones económicas que reconocen los dos regímenes coinciden en su mayoría, en cuanto a su denominación y propósito, también lo es que para su consolidación se prevén requisitos y métodos disímiles.

Lo anterior con el fin de hacer ver al demandante que la pensión de vejez, aunque es una prestación regulada en el sistema general de pensiones, que se concede en ambos regímenes, está sujeta a presupuestos o requisitos distintos en uno y otro, precisándose, el régimen de transición no está previsto para quienes se encuentran vinculados al RAIS y solo resulta aplicable para las personas afiliadas al RPMPD para quienes la prestación se causa teniendo en cuenta un número mínimo de semanas cotizadas y la edad del afiliado.

Bajo tales consideraciones, clara resulta la improcedencia de las pretensiones rogadas de manera principal por el actor.

No obstante, en el *sub judice* ilustrativo resulta indicar, si bien la Ley 100 de 1993 permite a los afiliados transitar entre los diferentes regímenes pensionales a lo largo de su vida laboral, ello es posible con ciertas restricciones temporales. Así, 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

derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad. (...).]

De modo que los regímenes pensionales existentes, aún con sus diferencias, deben articularse de tal modo que la garantía de los referidos objetivos de la seguridad social sea real, eficiente y efectiva. Esta referencia es clara en el artículo 12 de la Ley 100 de 1993, que contempla que los modelos vigentes en Colombia son excluyentes pero coexistentes. Y adviértase que la premisa del principio de unidad establecido en el artículo 2.º ibidem es justamente «la articulación de políticas, instituciones, regímenes, procedimientos y prestaciones para alcanzar los fines de la seguridad social».

En el anterior contexto, la Corte reitera que las diferencias entre los regímenes pensionales no son restricciones a los derechos pensionales de los afiliados, ni de los objetivos y valores que le dan vigencia y utilidad al sistema de pensiones, pues ambos esquemas de administración están convocados a potencializarlos en su mayor medida, siempre y cuando no se transgredan los límites que impone la propia Constitución Política”

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.

Para el caso del convocante, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía en la que se registra como fecha de nacimiento el 29 de marzo de 1956 (folio 13), por lo que la edad de 62 los cumplió el mismo día y mes del año 2018, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada a COLPENSIONES el 22 de diciembre de 2016 (folios 27 a 29), esto es, cuando le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad requerida para adquirir el derecho pensional -tenía 60 años-; de otra parte, se tiene, el actor no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con 738,43 semanas cotizadas (historia laboral expedida por el Ministerio de Hacienda, válida para bono –páginas 38 a 43, CD folio 172-) equivalentes a 14,16 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.

En ese orden, tal como lo determinaron las administradoras demandadas (COLPENSIONES y COLFONDOS), improcedente resultaba el retorno del afiliado ahora a demandante a COLPENSIONES pues de una parte, se encontraba inmerso en la prohibición temporal prevista en la Ley 797 de 2003 por tener menos de 10 años para adquirir la edad prevista en el RPM para pensión, y de otra, no contaba con 15 o más años de servicio a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 por lo que no podía beneficiarse de los pronunciamientos que sobre el particular emitió la Corte Constitucional, situación que conlleva a tener por válida

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”.

la última vinculación hecha al RAIS, cuya eficacia no fue objeto de discusión en este litigio porque de hecho, la pretensión subsidiaria apuntaba a que se invalidara la afiliación hecha a COLPENSIONES en el 2017 y se ordenara su regreso al RAIS. Por ende, no sería posible autorizar el traslado del demandante a COLPENSIONES, aunque se hubiere pretendido de esa forma, para habilitar así el estudio de la pensión de vejez conforme los lineamientos previstos para el régimen de prima media, entre estos, la transición, como fue pretendido de manera principal.

Por lo dicho, y sin necesidad de más disquisiciones al respecto, puntualmente frente a la discusión que se quiere suscitar frente a la aplicabilidad del Acto Legislativo 01 de 2005 y la extensión del régimen de transición, se insiste, no hay lugar a acceder a las aspiraciones del libelo introductorio.

Ahora bien, en lo que toca a las peticiones rogadas de manera subsidiaria, debe precisarse en primer lugar que aunque se pidió *“se declare que el traslado del RAIS al RPMPD efectuado en ocasión de las peticiones del 21 y 22 de diciembre de 2016 ante el fondo privado COLFONDOS y ante COLPENSIONES, respectivamente, no tuvo efecto o es ineficaz en ocasión (sic) que no se cumplió con la condición a la cual estaba supeditada dicha petición de traslado”* (folio 109 y vto.), inocuo resulta pronunciamiento alguno sobre el particular por las razones vertidas con anterioridad, en las que se concluyó que, actualmente, el demandante está válidamente afiliado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, pues el tránsito entre regímenes realizado en 2017 fue invalidado por las administradoras de pensiones (COLPENSIONES y COLFONDOS) en el año 2019 por no cumplirse el requisito de 750 semanas a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 a las que se refiere la sentencia SU-062 de 2010.

Aclarado ello, en lo que corresponde a la pensión de vejez, pertinente resulta acudir al contenido del artículo 64 de la Ley 100 de 1993, el cual prevé:

“ARTÍCULO 64. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE VEJEZ. Los afiliados al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, tendrán derecho a una pensión de vejez, a la edad que escojan, siempre y cuando el capital acumulado en su cuenta de ahorro individual les permita obtener una pensión mensual, superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de expedición de esta Ley, reajustado anualmente según la variación porcentual del Índice de Precios al

Consumidor certificado por el DANE. Para el cálculo de dicho monto se tendrá en cuenta el valor del bono pensional, cuando a éste <sic> hubiere lugar.

Cuando a pesar de cumplir los requisitos para acceder a la pensión en los términos del inciso anterior, el trabajador opte por continuar cotizando, el empleador estará obligado a efectuar las cotizaciones a su cargo, mientras dure la relación laboral, legal o reglamentaria, y hasta la fecha en la cual el trabajador cumpla sesenta (60) años si es mujer y sesenta y dos (62) años de edad si es hombre.”

Al tenor de dicha disposición, los afiliados pueden acceder a esta prestación “*a la edad que escojan*” -de allí que pueda ser anticipada- y siempre que tengan el capital necesario para financiarla, producto de su esfuerzo individual de ahorro., de modo que en este régimen a diferencia del RPM no sólo basta con cumplir con una edad y semanas específicas, sino que es requisito *sine quo non* contar con el capital suficiente para financiar la prestación, estableciendo el citado artículo 64 que para el cálculo de ese 110% se debe tener en cuenta el valor del bono pensional si a éste hubiere lugar, como ocurre en el caso de autos, pues el demandante tenía derecho al bono pensional tipo A modalidad 2 dado el traslado efectuado desde el régimen de prima media en el año 1999 y en razón a que contaba con más de 150 semanas cotizadas en el ISS.

En este orden de ideas, como la pensión de vejez del accionante debe financiarse además del dinero que posee en su cuenta de ahorro individual, con el valor del bono pensional tal como lo señala el artículo 68 *ibídem*, para resolver el problema jurídico en esta instancia se debe acudir a las normas que regulan este tema, iniciando con el Decreto 510 del 2003 el cual en su artículo 7 señala:

“Para los efectos del párrafo 1° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003, la obligación de los fondos encargados de reconocer la pensión, dentro del término legal establecido, procederá una vez se presente la solicitud de reconocimiento junto con la documentación requerida para acreditar el derecho, a través de la cual se prueben los presupuestos de hecho y de derecho de la norma que confiere la respectiva prestación de vejez, de invalidez o de sobrevivientes.

Cuando la pensión se financie a través de bono pensional o cuota parte de bono pensional no se requiere que estos hayan sido expedidos, pero será necesario que el bono pensional o cuota parte de bono pensional hayan sido emitidos conforme a lo señalado por el artículo 1° del Decreto 1513 de 1998.”

A su vez el Decreto 1513 de 1998 indica en su artículo 1° indica:

"Emisión de bono. Se entiende por tal el momento en que se confirma o certifica la información contenida en la liquidación provisional, en el caso de emisores privados, o el momento en que queda en firme el acto administrativo que reconoce el derecho al bono pensional, en el caso de emisores públicos."

Conforme lo anterior para el presente asunto el reconocimiento de la pensión de vejez del demandante al ser financiada con un bono pensional, su reconocimiento depende de la emisión de ese bono, esto es, únicamente se puede proceder a su reconocimiento a partir del momento en que quede en firme el acto administrativo que reconozca el derecho al bono pensional, dado que se trata de un emisor público, aclarando los emisores son las entidades obligadas a liquidar, emitir y expedir el Bono Pensional y en el presente caso el emisor es la Nación que reconoce las cotizaciones que se efectuaron al Instituto de Seguro Social – ISS hasta marzo 31 de 1994 (Art. 16 Decreto 1299 de 1994)³. Sin embargo, tal como se advierte a folios 233 vto. a 235, el bono pensional a favor del demandante solo se encuentra en estado de liquidación provisional.

Recapitulando, conforme las disposiciones traídas a colación, la exigibilidad de la pensión de vejez en el RAIS depende de que en la cuenta de ahorro individual del afiliado se halle el valor real del capital necesario para financiar la prestación y no el presunto, esto es, cuando el guarismo es calculado con la inclusión aparente del bono. Así lo consideró la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL3378-2020, en la cual discurrió:

³ **ARTICULO 16. BONOS PENSIONALES Y CUOTAS PARTES A CARGO DE LA NACION.** La Nación emitirá el bono pensional a los afiliados al Sistema General de Pensiones, cuando la responsabilidad corresponda al Instituto de Seguros Sociales, a la Caja Nacional de Previsión Social o a cualesquiera otra Caja, Fondo o entidad del sector público sustituido por el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel nacional y asumirá el pago de las cuotas partes a cargo de estas entidades.

Los bonos a cargo de la Nación se emitirán con relación a los afiliados de las entidades anteriormente citadas que estuviesen vinculados con anterioridad al 1o. de abril de 1994.

El valor correspondiente a la deuda imputable por concepto de bonos pensionales o cuotas partes de bono, a partir del 1o. de abril de 1994 y hasta la fecha del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, estará a cargo del ISS en los casos que le corresponda, quien deberá contribuir a la Nación con la cuota parte financiera respectiva. En todo caso la Nación expedirá el bono pensional por la totalidad de su valor.

La cuota parte financiera a que hace referencia el inciso anterior, se calculará restando al valor de emisión del bono pensional con cargo a la Nación, el monto correspondiente al valor del bono calculado al 1o de abril de 1994, actualizado a la fecha de su emisión con la tasa de interés DTF pensional.

PARAGRAFO. En cada vigencia fiscal se incluirá en la ley anual de presupuesto los recursos necesarios para cancelar el valor de los bonos pensionales a cargo de la Nación que sean redimibles durante ese período y de las cuotas partes a cargo de esta.

“Para la Sala, en ningún error jurídico pudo incurrir el Tribunal, porque como bien lo razonó, conforme al artículo 64 de la Ley 100 de 1993, la exigibilidad de la pensión de vejez en el RAIS pende de que en la cuenta de ahorro individual del afiliado se halle el valor real del capital necesario para financiar la prestación y no el presunto, esto es, cuando el guarismo es calculado con la inclusión aparente del bono.

En otros términos, si bien como lo alega la recurrente, los fondos de pensiones tienen la obligación de mantener actualizada la información referida al cumplimiento de los requisitos pensionales por parte de sus afiliados, así como el valor de los bonos a que tengan derecho, también lo es, que la exigibilidad de la pensión se sujeta a que en la cuenta de ahorro individual se refleje el capital real necesario para financiar la misma, situación no acontecida para el 21 de septiembre de 2011 en que la actora alcanzó la edad pensional, pues hasta allí, el capital no era suficiente para conceder la pensión de vejez y estaba condicionado a la redención de un bono que ni siquiera estaba próximo a ser emitido por la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, porque María Clemencia Ramírez Mutis no había llegado a la edad de 60 años, por lo que, mal podía sostenerse que, en este caso, a partir de la solicitud pensional comenzaba a agotarse el plazo cuatro de meses para el otorgamiento de la pensión, siendo que es un hecho indiscutido que fue necesario negociar el bono anticipadamente en el mercado de valores para poder completar el capital requerido.”

Sobre el tema, no puede perderse de vista que para que el afiliado acceda a las prestaciones que reclama debe cumplir no solo el requisito previsto en la ley sino también prestar su colaboración en los trámites en los que se exija una actuación de su parte. Esto resulta de vital trascendencia en materia de bonos pensionales, ya que en muchos casos implican procesos complejos que, aunque ejecutados y coordinados por la AFP, requieren de la intervención del asegurado⁴, y en esa medida, si esto no se lleva a cabo, en criterio de la Corte, “no puede exigir el pago de la pensión y menos a cargo del patrimonio de la administradora de fondos de pensiones en cuanto no medie un comportamiento irregular de su parte, pues de lo contrario podría conllevar consecuencias jurídicas como el reconocimiento de una pensión provisional -artículo 21 del Decreto 656 de 1994”⁵.

Además de desconocerse el valor real de la cuenta de ahorro individual del demandante por no haber sido emitido el bono pensional –cuyo trámite no se encuentra acreditado en autos–, lo cierto es que el demandante tampoco expresó la modalidad pensional por la que desea optar, ni acreditó quiénes eran sus

⁴ Sobre el tema puede consultarse la sentencia SL4305-2018.

⁵ SL196-2019, reiterada SL2188 de 2021.

beneficiarios a efectos de realizar el cálculo del capital disponible para financiar una pensión.

Al respecto, debe tenerse en cuenta que el monto de la prestación dependerá no solo del capital total acumulado, los rendimientos y el bono pensional, sino además de la modalidad pensional elegida (retiro programado, renta vitalicia y retiro programado con renta vitalicia diferida, artículo 79 Ley 100 de 1993⁶).

Y es que no puede perderse de vista que *“las pensiones de vejez en este régimen –RAIS- son esencialmente variables y, según lo establece el artículo 5° del Decreto 692 de 1994, dependen «fundamentalmente de la cantidad de recursos acumulados en las cuentas de ahorro individual y de las decisiones y deseos personales»* (SL1168-2019, reiterada SL2188 de 2021).

Con relación a la selección de modalidad pensional, aunque no se prevé en la norma como un requisito para que proceda el reconocimiento de la pensión, ha dicho la Corte que *“ello sí es indispensable para que la entidad administradora tenga certeza en relación con la forma de cumplir la obligación, pues de lo contrario se generaría una situación de incertidumbre tanto para ella como para los asegurados y los beneficiarios (CSJ SL2645-2016)”*,

Bajo tal escenario, ha estimado el órgano de cierre de esta jurisdicción que la pensión de vejez, salvo las precisas excepciones legales, se causa y disfruta una vez esta se reconoce en función de la voluntad del afiliado y la acreditación del capital suficiente para financiarla, esto es, cuando efectivamente se pensione (SL1168-2019, reiterada recientemente en SL2188 de 2021). Así, esa Corporación expuso:

“(…) en el RAIS no puede hablarse de una fecha de causación y disfrute de la pensión, estrictamente fijada, pues, se reitera, salvo en lo que tiene que ver con la garantía de pensión mínima, todo depende de la voluntad libre del afiliado y de los recursos existentes en su cuenta de ahorro individual. En ese sentido, el artículo 64 de la Ley 100 de 1993 dispone diáfananamente que los afiliados «...tendrán derecho a una pensión de vejez, a la edad que escojan, siempre y cuando el capital acumulado en su cuenta de ahorro individual les

⁶ La Superintendencia Financiera mediante Circular 013 de 2012, que agregó otras modalidades, a saber: renta temporal variable con renta vitalicia diferida, renta temporal variable con renta vitalicia inmediata, retiro programado sin negociación del bono pensional y renta temporal cierta con renta vitalicia de diferimiento cierto.

permita obtener una pensión mensual, superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de expedición de esta Ley...»

A su turno, el artículo 12 del Decreto 1889 de 1994 dispone que «...para los efectos del literal a) del artículo 74 de la Ley 100 de 1993, en el Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, se entiende que el afiliado cumplió los requisitos para tener derecho a una pensión de vejez cuando efectivamente se pensione por haber cumplido los requisitos establecidos en el artículo 64 de la Ley 100 de 1993.»

Ahora bien, aunque en el RAIS no es posible identificar una regla fija e invariable de causación y disfrute de la pensión, lo cierto es que la figura del retroactivo pensional no es del todo ajena a su naturaleza y reglas, pues, en todo caso, existe una fecha cierta a partir de la cual se empieza a pagar la prestación, en función de la voluntad del afiliado y la acreditación del capital suficiente. En ese sentido, una vez reconocida la pensión desde determinada fecha, es a partir de allí que se puede entender configurado el derecho a cualquier pago relativo a la prestación (subrayas originales).

En suma, la Sala no encuentra elementos de juicio para establecer si los recursos de la cuenta de ahorro individual del demandante resultan suficientes o no para acceder a la pensión de vejez pretendida o para disponer una devolución de saldos porque, se insiste, se desconoce a cuánto asciende el capital ante la falta de emisión del bono pensional. Lo anterior no obsta para que en su momento, una vez emitido el bono y consolidado el capital real de la cuenta de ahorro individual del demandante, se habilite el eventual reconocimiento de prestaciones a su favor.

Conforme lo expuesto, tampoco encuentran prosperidad las pretensiones subsidiarias.

Agotada como se encuentra la competencia de esta instancia por haberse surtido la consulta, lo que sigue es la CONFIRMACIÓN de la sentencia de primer grado, de conformidad con las razones esbozadas por esta Sala de Decisión.

SIN COSTAS en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO ROBERTO MONTOYA 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 DIDIA DEL CARMEN CERMEÑO PEREZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. Y LA CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DE CORDOBA -COMFACOR¹ (RAD. 21 2019 00069 01).

Bogotá D.C. treinta (30) de junio de dos mil veintiuno (2021)

AUTO

Reconocer personería adjetiva para actuar a la abogada CINDY JULIETH VILLA NAVARRO apoderada sustituta de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por CLAUDIA LILIANA VELA en su calidad de representante legal de la sociedad CAL&NAF ABOGADOS S.A.S, apoderada principal (folios 354-356).


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia únicamente por COLPENSIONES (folios 351 y 352), 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

¹ Mediante escrito radicado el 9 de septiembre de 2019 (folio 187) la demandante desistió de la demanda contra COMFACOR, desistimiento que fue aprobado por el Juzgado mediante auto del 11 de diciembre de 2020 (folio 308).

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 Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 18 de marzo de 2021 (Audiencia virtual de trámite y juzgamiento, realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, CD folio 343, audio 2, récord 22:33, acta a folios 344 y 345), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado del régimen pensional efectuado por la señora DIDIA DEL CARMEN CERMEÑO PEREZ al régimen de ahorro de individual del 8 de febrero de 1999, con fecha de efectividad a partir del 01 de abril 1999 por intermedio de la administradora de fondos de pensiones y Cesantías COLMENA hoy ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES PROTECCIÓN y en consecuencia DECLARAR como afiliación válida la del Régimen de Prima media con prestación definida administrada por COLPENSIONES.

SEGUNDO: CONDENAR a PROTECCIÓN a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que recibió por motivo de la afiliación de la señora demandante DIDIA DEL CARMEN CERMEÑO PEREZ tales como aportes pensionales, cotizaciones, bonos pensionales incluyendo los rendimientos generados por estos y los dineros destinados para la garantía de pensión mínima, así como los gastos de administración, los cuales deben ser asumidos a con cargo a sus propios recursos, sin deducción alguna por gastos de traslado, para eso se concede el término de un mes.

TERCERO: CONDENAR a COLPENSIONES a activar la afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida y actualizar su historia laboral.

CUARTO: ABSOLVER de las demás pretensiones incoadas en su contra, en atención a Colpensiones, en consideración a lo aquí motivado.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones de PROTECCIÓN y COLPENSIONES.

SEXTO: COSTAS en esta instancia a cargo de PROTECCIÓN a favor de la parte demandante, donde serán liquidadas por secretaría y se incluirán como agencias en derecho la suma de \$1.500.000 pesos

SÉPTIMO: CONSÚLTESE esta decisión con el superior por ser adversa a los intereses de Colpensiones”

Inconforme con la decisión los apoderados de las demandadas PROTECCIÓN y COLPENSIONES la apelaron.

Así, PROTECCIÓN pide se revoque parcialmente la providencia impugnada, específicamente en lo que toca a la condena por gastos de administración. Ello, con sustento en que dicha comisión es un descuento autorizado por la ley, en la cual se permite a los fondos de ambos regímenes deducir un porcentaje de las cotizaciones a efectos de cubrir los gastos de administración como retribución a la gestión realizada por la AFP por la cual se generan los rendimientos o ganancias de los aportes realizados por la actora.

Sostiene, ordenar dicho descuento con cargo a los recursos de PROTECCIÓN constituye un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES, puntualizando, los mismos no están destinados a financiar la pensión de vejez y no existe razón para que se imponga su devolución porque eso no sería retornar las cosas a su estado anterior.

Por último, señala, en los términos impuestos, la condena resulta ser un pago de perjuicios que, en su sentir, debe revisarse a la luz de una responsabilidad civil con los elementos propios de este juicio y en el asunto no quedó demostrada su causación, como quiera que la inversión de la carga de la prueba operó frente a la pretensión de la ineficacia y no con relación a perjuicios² (Audiencia virtual de

² “Gracias su señoría estando dentro de la oportunidad procesal pertinente me permito presentar recurso de apelación, solicitándole a los magistrados del Tribunal revocar parcialmente la sentencia que se acaba de proferir solo en lo relativo a condenar a Protección a trasladar a Colpensiones lo descontado en gastos de administración, lo anterior teniendo en cuenta los siguientes argumentos: Lo primero es que la comisión de administración es un descuento autorizado legalmente que faculta a los fondos privados para realizar una deducción del porcentaje sobre el valor de las cotizaciones que realizan los afiliados al sistema general de pensiones; este descuento se utiliza para cubrir estos gastos de administración y opera en ambos regímenes tanto en el RAIS como en el RPM y prueba de ello es como lo mencione en los alegatos el certificado de rendimientos que se aportó con la contestación en la demanda, donde se demuestra que los aportes de la demandante al fondo privado tuvieron unos rendimientos y unas ganancias que al final demuestran que los mismos fueron debidamente administrados por mi representada y pues con la condena de primera instancia que ordena a Protección a devolver todo lo de la cuenta individual más los rendimientos, sin descontar lo que se cobró por gastos de administración, al final se estaría constituyendo en un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones y de la misma demandante por recibir ellos una comisión que no es destinada a financiar la pensión de vejez, pues que adicionalmente como se realizó una gestión de administración mi representada tiene derecho a conservar esa comisión como restitución mutua a su favor sin que exista razón alguna para tener que trasladársela a Colpensiones, además si se ve la figura de la ineficacia como es las cosas deben volver a su estado anterior, entonces ¿Por qué protección tendría que trasladar los rendimientos que se dan única y exclusivamente por la afiliación que se genera al RAIS? Pues es que los mismos o el valor de los rendimientos no sería igual si al demandante hubiera estado desde el principio afiliada al ISS y posteriormente a Colpensiones.

Ahora bien, ya para finalizar se debe tener presente que en caso de confirmar condena de primera instancia a mi representada y esta debe asumir con su propio patrimonio los valores de los descuentos permitidos por mandato legal como lo es la comisión de administración se estaría en presencia de una condena en perjuicios en contra de Protección la cual debe revisarse a la luz de una responsabilidad civil con los elementos propios de esta y en el presente proceso no fue materia de prueba ni quedo demostrado la causación de los mismos, toda vez que la inversión de la carga de la prueba operó frente a la pretensión de la ineficacia y nulidad de la afiliación y no un tema de perjuicios los cuales tampoco fueron demostrados por la parte demandante como lo regula la normatividad vigente, en ese sentido dejó sustentado mi recurso de apelación, solicitando se

trámite y juzgamiento, realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, CD folio 343, audio 2, récord 24:08, acta a folios 344 y 345).

A su turno COLPENSIONES, asegura, en el asunto no se advierte la existencia de dolo en la afiliación que la demandante suscribió con PROTECCIÓN y, por el contrario, las pruebas dan cuenta que el formulario se firmó de manera libre, voluntaria y sin presiones, en los términos del literal b del artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

Con relación a la carga de la prueba, precisa, no es el fondo de pensiones el que debe asumir la misma pues ello se derivó de una errónea interpretación al artículo 1604 del Código Civil.

En lo que toca al deber de información, sostiene, el mismo solo se materializó con la expedición de la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, por lo que con anterioridad a tales disposiciones, el consentimiento solo consta en el formulario de afiliación, única exigencia de la época, único elemento con el que cuenta la AFP para acreditar que cumplió con su deber legal.

Por otro lado, considera, no es posible que una persona que no ha estado afiliada por más de 20 años al régimen de prima media, pretenda ahora beneficiarse de aportes que no ha realizado porque ello pone en riesgo el sistema pensional y el futuro pago de prestaciones económicas a aquellas personas que sí han efectuado su cotizaciones en ese régimen.

Por último, apunta, de no acogerse los argumentos expuestos, debe condicionarse el cumplimiento de la sentencia por parte de esa administradora al acatamiento de la decisión por parte de la AFP, esto es, a que se efectúe el reintegro de los recursos que estaban en cabeza de esta última. Igualmente, peticiona, no se impongan costas a su cargo³ (Audiencia virtual de trámite y juzgamiento, realizada

revoque parcialmente la sentencia que acaba de proferir la juzgadora de primera instancia absolviendo a mi representada de devolver a Colpensiones los gastos de administración, muchas gracias su señoría.

³ “Gracias su señoría de manera respetuosa me permito interponer recurso de apelación ante el Honorable Tribunal Sala laboral de Bogotá y esto en atención a la parte resolutive de la sentencia proferida por el juez de primera instancia en lo que tiene que ver en lo que declara la ineficacia del traslado que efectuó la demandante para el año de 1999 con la AFP Colmena y hoy Protección y que condena a Colpensiones a actualizar la historia laboral y los datos de la demandante y activar la afiliación de la demandante en el régimen de prima media administrado hoy por Colpensiones, es de tener en cuenta pues que en el presente caso no se deslumbra la existencia de un dolo consistente en artificio a provocar errores en la demandante con respecto a la afiliación que se surtió con la AFP Protección y de las pruebas que se allegan al plenario

a través de la plataforma Microsoft Teams, CD folio 343, audio 2, récord 27:52, acta a 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 DIDIA DEL CARMEN CERMEÑO PÉREZ, en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en la demanda visibles a folio 2 a 4, las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos expuestos a folios 5 a 9, aspirando se declare que ha laborado sin solución de continuidad para la empresa CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DE CORDOBA – COMFACOR, desde el 8 de febrero de 1982, desempeñando distintos cargos en el área financiera, además, que esa entidad presenta omisión en el pago de los aportes a la seguridad social en pensiones por el periodo comprendido entre el 8 de febrero de 1982 y el 31 de enero de 1995 por

pues se logra evidenciar claramente que lo firmo de manera libre voluntaria y sin presiones además de conformidad con lo establecido con el artículo 13 de la ley 100 de 1993 en su literal b.

Respecto de la carga de la prueba pues en el presente caso no existe prueba que permita acreditar si existió o no algún vicio del consentimiento entendido como el deber de información pues en un contrato de afiliación, es el afiliado es el que le debe al fondo la realización de sus aportes y que sólo hasta que se pensione se invierte las partes por lo cual el fondo de pensiones no es al que le compete la carga de la prueba pues existe una o indebida y errónea interpretación del artículo 1604 del código civil.

Respecto al deber de información, aunque el precedente de la CSJ utiliza para la aplicación del deber de información el Decreto 663 de 1993, sin embargo, este deber solo se materializo a través de la ley 1748 del 2014 y el decreto 2071 del 2015, pues los fondos privados cuentan exclusivamente con el consentimiento vertido en el formulario de afiliación para probar el consentimiento libre, voluntario, sin presiones e informado por cuanto las leyes que surtieron dentro del año de 1993 y el 2104 no exigían nada diferente al documento de afiliación, donde constaba la plena intención de pertenecer al RAIS, siendo este el caso de la actora la cual suscribió el formulario y realizó los respectivos traslado para el año de 1999.

Por otra parte, es de tener en cuenta que una persona que no ha estado afiliada por más de veinte años al RPM pretenda que ahora el sistema sea solidario y requiera beneficiarse de aportes que no ha realizado pues esto pondría en riesgo el sistema pensional y el futuro pago de las pensiones de las personas que por el contrario siempre han cotizado al mismo, por lo que en este orden de ideas solicito al Honorable tribunal se revoque el fallo y se absuelva en lo que es tendiente a las condenas interpuestas en contra de mi representada,

De igual manera de forma subsidiaria y en caso de acogerse a los argumentos anteriormente expuestos solicito se condicione el cumplimiento de la sentencia por parte de la administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones previo al cumplimiento de la devolución de la totalidad de las sumas obrante en la cuenta de ahorro individual de la demandante como son las cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales y gastos de administración y los demás a los que hubiera lugar debidamente indexados por el periodo por el cual permaneció afiliada la demandante al fondo privado, como quiera que mi representada no podrá dar cumplimiento al fallo hasta tanto la AFP no reintegre los recursos

En igual sentido solicito a los honorables magistrados no se condene en Costas a mi representada toda vez que no participo en el acto que se presume ineficaz o nulo y es un tercero al que se le causa un daño injustificado en un contrato entre dos partes ajenas a Colpensiones, en este sentido dejo pues sustentado mi recurso de alzada, gracias.”

lo que está obligada a realizar el cálculo actuarial por dicho interregno en los términos del Decreto 1887 de 1994.

Por otra parte pide se declare que pertenece al régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 por cuanto al 1 de abril de 1994 contaba con 39 años de edad y al 31 de diciembre de 2014 tenía más de 1000 semanas de cotización.

También pretende se declare que fue inducida a error por parte de COLMENA IG hoy PROTECCIÓN, al no ser informada suficiente, veraz e idóneamente sobre las eventuales condiciones pensionales a las que tendría derecho, de acuerdo con el deber profesional que obliga a los fondos privados de pensiones sobre las consecuencias del traslado de régimen de ahorro individual y omitir sus obligaciones y responsabilidades al no suministrar la información mínima y necesaria para suscribir su afiliación. En consecuencia, se declare la nulidad y/o ineficacia de la afiliación realizada al régimen de ahorro individual con solidaridad el 8 de febrero de 1999, se condene a PROTECCIÓN a trasladar los valores que posee en su cuenta de ahorro individual como aportes obligatorios, bono pensional, título pensional, rendimientos, gastos administrativos y comisiones cobradas a COLPENSIONES, ordenando a esta última reciba los valores, previa verificación satisfactoria de la integralidad de los aportes realizados en el RAIS y, hecho ello, reconozca la pensión de vejez conforme lo previsto en el artículo 20 del Decreto 758 de 1990 con una tasa de reemplazo del 90%, sobre el IBL de los últimos 10 años, junto con el retroactivo respectivo, los intereses moratorios y las costas⁴. **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 COLMENA hoy PROTECCIÓN, ordenando a esa AFP como actual administradora de la demandante, a devolver los saldos de la cuenta de ahorro individual al Régimen de Prima Media con Prestación Definida junto con

⁴ Es importante anotar que la demandante, a través de su apoderado, desistió de la demanda formulada contra COMFACOR, así como de las pretensiones relativas al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a cargo de Colpensiones, mediante escritos del 9 de septiembre de 2019 (folio 187) y 3 de agosto de 2020 (folios 285 a 286), peticiones que fueron aceptadas por el Juzgado mediante proveídos del 11 de diciembre de 2020 (folio 308) y 2 de marzo de 2021, respectivamente.

Del mismo modo, se advierte, en la fijación del litigio se excluyeron las pretensiones incoadas contra COMFACOR y el reconocimiento pensional, circunscribiendo el problema jurídico únicamente a lo relativo a la ineficacia del traslado y a las consecuencias derivadas del mismo.

Por otra parte, aunque al proceso se vinculó a OLD MUTUAL (mediante auto del 13 de marzo de 2020), la misma fue desvinculada en la etapa de saneamiento adelantada en la audiencia de que trata el artículo 77 del C.P.T -18 de marzo de 2021-al considerarse que su integración se había dado de manera equivocada pues la demandante no tenía ni tuvo relación alguna con esa sociedad.

los valores que hubiere recibido por motivo de la afiliación de la demandante, tales como aportes pensionales, cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, gastos de administración y dineros destinados para la garantía de pensión mínima. Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada PROTECCIÓN (antes COLMENA) 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.

En ese orden, conforme la copia de la cédula de ciudadanía obrante en el plenario (folio 35), la actora nació el 5 de abril de 1955, por lo que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es a 1 de abril de 1994, contaba con más de 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 8 de febrero de 1999 (*folio 79 y pág. 52 subsanación contestación PROTECCIÓN, CD folio 282*) y que para el 1 de abril de 1994 contaba apenas con 642,43 semanas -equivalentes a 12,32 años de servicio- (folios 167 a 172), 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 2002⁶, por lo que

⁵ En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 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 “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 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.”*

Así las cosas, con fundamento en la ausencia del suministro de información, pretende la demandante a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la 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 febrero de 1999** (folio 79 y págs. 52 y 53 subsanación contestación PROTECCIÓN, CD folio 282) específicamente, conforme el formulario de afiliación a COLMENA AIG (hoy PROTECCIÓN) y el reporte SIAFP expedido por ASOFONDOS.

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

En efecto, la jurisprudencia que sobre el particular ha dejado sentada la Corporación de cierre de esta jurisdicción, ha entendido que la expresión “*libre y voluntaria*” contenida en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, supone necesariamente el conocimiento, lo que sólo es posible alcanzar cuando se saben a conciencia las consecuencias de una decisión de esta envergadura. Frente al tema, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 12136, radicación No. 46.292 de 2014, enseñó:

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

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

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

controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.

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

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

En consecuencia, no solo es menester demostrar la existencia del traslado, sino que impone verificarse que este acto se produjo bajo el presupuesto de la libertad informada, pues de no cumplirse con dicho elemento, se incurriría en un vicio que invalidaría el negocio jurídico, lo que trae como consecuencia o efecto retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, con ineficacia ex tunc⁷, en los términos del artículo 1746 del Código Civil, ante la inexistencia de una norma distinta que de manera explícita regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico.

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

“(…)

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

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

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

⁷ Al tema puede consultarse la sentencia SL2877 de 2020 y SL4875 de 2020

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

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

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

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

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

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

“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.

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

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la 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 sus aportes corrían riesgo en el ISS y que en ese fondo obtendría mayores beneficios, sin especificar a cuáles se refería.

⁹ Audiencia realizada el 18 de marzo de 2021, CD folio 343, audio 1, récord 32:55, acta folios 344 a 345.

Conforme tal medio de prueba, y como ya se advirtió, para la Sala, emana evidente que la accionante no contaba con una ilustración suficiente, clara y comprensible que le permitiera conocer las implicaciones de su traslado, pues se olvidó la AFP de ponerle de presente aspectos tan importantes como el requisito para acceder al derecho pensional en ese régimen, las modalidades de pensión y los factores a tener en cuenta para calcular el monto de la mesada pensional, los que de conocerlos, pudieron haber incidido en su decisión. Estas características estaban contenidas en las regulaciones vigentes al momento del traslado y era lo mínimo que debía conocer la convocante del juicio con antelación a suscribir su afiliación al RAIS.

El deber de información tampoco deviene probado con el interrogatorio de la representante legal de PROTECCIÓN¹⁰ toda vez que no le consta directamente lo indicado por el asesor a la actora al momento de la afiliación y solo cuenta con el formulario de afiliación como soporte de la asesoría brindada a la convocante.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a COLMENA AIG (folio 79), este no constituye en manera alguna medio probatorio que permita inferir que a la promotora del juicio se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada (sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019) y, en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus*, pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que brillan por su ausencia en el plenario.

Además, en cuanto al comunicado de prensa incorporado con la subsanación de la contestación de la demanda (págs. 138 a 140, CD folio 282), 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.

¹⁰ Audiencia realizada el 18 de marzo de 2021, CD folio 343, audio 1, récord 27:07, acta folios 344 a 345.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión, la demandada PROTECCIÓN (antes COLMENA) omitió en el momento del traslado de régimen (8 de febrero de 1999, folio 79), el deber de información para con la demandante, 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 de la actora, actualmente administrada por PROTECCIÓN, 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 a retornar al régimen de prima media con prestación definida, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual de la demandante.

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

Así fue consignado en sentencia SL 2914 del 22 de julio del 2020 de la CSJ Sala Laboral, que reitera la del 8 septiembre 2008, radicado 31989, en la cual se asentó:

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

[...]

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

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

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

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

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

*sentencias CSJ SL17595-2017 y CSJSL4989-2018, donde se rememoró la CSJ SL, 8
sep. 2008, rad. 31989 (...)*”.

Aquí resulta pertinente acotar, la devolución de los gastos de administración no corresponde a una reparación de perjuicios que pudieran ocasionarse a COLPENSIONES como lo sugiere en la alzada PROTECCIÓN, pues, como quedó visto, resulta ser una consecuencia de la declaratoria de ineficacia que obliga a retrotraer las cosas a su estado inicial, y aunque se precisó en la providencia objeto de reproche que dichos dineros deben ser con cargo al patrimonio de la AFP, ello es en razón a que los gastos de administración ya fueron descontadas del aporte y no están en la cuenta de ahorro individual, de allí que deban ser reintegrados por quien los cobró, esto es, la administradora de pensiones.

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por Colpensiones respecto de quien se surte el grado jurisdiccional de Consulta¹¹ (folio 154), basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL 1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por la encartada, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática. Es de anotar en este punto, dado que la pretensión principal, esto es la ineficacia del traslado, no se encuentra afectada con el fenómeno prescriptivo, las consecuencias derivadas de dicha declaratoria sobre el acto jurídico de traslado deben correr la misma suerte de imprescriptibilidad y es por ello que lo relativo a la devolución de gastos de administración y demás restituciones, por ser accesorios a la ineficacia del acto jurídico, tampoco se encuentran afectadas por la prescripción, haciendo inoperante el fenómeno extintivo frente a las mismas.

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

¹¹ Se tuvo por contestada la demanda mediante auto del 13 de marzo de 2020, folio 279.

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

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

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

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

Finalmente, frente a la petición realizada por COLPENSIONES de condicionar el cumplimiento de las órdenes impuestas en su contra al previo acatamiento de lo dispuesto a cargo de PROTECCIÓN, baste con indicar, la acción de “recibir”, en un entendimiento lógico y obvio no puede materializarse si no hay algo que se entregue, siendo claro que sólo a partir del momento en que ingresen la información y dineros que traslade la AFP al RPM, podrá hacer las actualizaciones respectivas dentro de la historia laboral, lo que hace innecesaria precisión o condicionamiento alguno en la parte resolutive de la providencia.

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,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintiuno (21) 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**

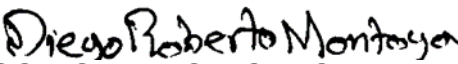
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MARTHA CECILIA ESCOBAR PINZÓN CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS (RAD. 21 2019 00133 01)

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintiuno (2021)

AUTO

Reconocer personería adjetiva para actuar a la abogada CINDY JULIETH VILLA NAVARRO como apoderada sustituta de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por CLAUDIA LILIANA VELA en su calidad de representante legal de la sociedad CAL&NAF ABOGADOS S.A.S, apoderada principal (folios 151-152).


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia únicamente por la demandada COLPENSIONES (Folios 153 y 154), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por COLFONDOS y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de ésta, contra la sentencia proferida por

la Juez Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 25 de marzo del 2021 (Audiencia virtual, Cd fl. 143, récord 52:04, acta de audiencia folios 144 y 145), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de traslado de régimen efectuada por la señora MARTHA CECILIA ESCOBAR PINZON al régimen de ahorro individual dada el 09 de noviembre del año 2000, con fecha de efectividad a partir de 01 enero del año 2001, por intermedio que se hiciera de Colfondos S.A pensiones y cesantías y como consecuencia **DECLARAR** como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.

SEGUNDO: CONDENAR a Colfondos S.A pensiones y cesantías a trasladar a Colpensiones la totalidad de los dineros que recibió por motivo de la afiliación de la demandante señora MARTHA CECILIA ESCOBAR PINZON tales como aportes pensionales, cotizaciones, bonos pensionales, incluyendo los rendimientos generados por estos y los dineros destinados a la garantía de la pensión mínima, así como los gastos de administración los cuales deben ser asumidos bajo sus propios recurso y utilidades sin excepción alguna tampoco por gastos de traslado, para ello se le concede el término de un mes.

TERCERO: CONDENAR a Colpensiones a activar la afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida y actualizar su historia laboral.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por Colpensiones, conforme lo motivado.

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia.

SEXTO: CONSÚLTESE esta decisión con el superior por ser adversa a los intereses de Colpensiones.”

Inconforme con la decisión, los apoderados de las demandadas recurrieron la decisión así:

COLFONDOS apela la sentencia en lo que tiene que ver con la orden de devolver los gastos de administración y los descuentos por garantía de pensión mínima, solicitando se revoque la condena, teniendo en cuenta que los gastos de administración son un descuento que se realiza conforme a una disposición legal, válida exequible y vigente, por lo tanto estos descuentos se realizan tanto en el RPM como en el RAIS y tienen unas destinaciones específicas como es la adquisición de una póliza de seguro previsional para mantener cubiertas las eventualidades de invalidez y sobrevivencia, eventualidades para las cuales la aquí demandante siempre ha estado cubierta y por lo tanto estos dineros o estos porcentajes no ingresan al patrimonio de su representada.

Señala que no se puede desconocer que la AFP ha generado unos rendimientos que han duplicado o triplicado la cuenta de ahorro individual de la demandante y en ese orden estaría devolviendo más de un cien por ciento de lo que corresponde a la cotización que hubiese realizado la actora en el RPM.

Aduce que esos descuentos son conceptos de tracto sucesivo que se causan por el tiempo que le impone la ley y aquellos que no fueron reclamados dentro de los tres años siguientes a su causación se encuentran prescritos, considerando se les debe aplicar la prescripción teniendo en cuenta que no ingresan a la cuenta de ahorro individual y tampoco entran a la cuenta global de Colpensiones por lo tanto no hacen parte del capital con el cual se va a financiar la pensión de vejez de la demandante, por lo que en su sentir si son susceptibles de la prescripción. (Cd fl. 143, record: 53:37)¹

COLPENSIONES manifiesta que de las pruebas allegadas al plenario se logra evidenciar claramente que la demandante firmó el formulario de afiliación a la AFP

¹ “Gracias señoría, estando en el momento procesal oportuno, me permito presentar recurso de apelación parcial a la sentencia proferida por este honorable despacho en lo que tiene que ver con la devolución y la orden de devolver los gastos de administración y los descuentos por garantía de pensión mínima a mi representada. Se debe señalar honorables magistrados y solicitarles que se revoque esta condena impuesta a mi representada teniendo en cuenta que los gastos de administración son un descuento que se realiza conforme a consagración legal, por lo tanto, estos descuentos se realizan tanto como en el RPM como en el RAIS y estos conceptos se realizaron conforme a una disposición legal, valida exequible y vigente. Se debe señalar que estos gastos de administración tienen unas destinaciones específicas como es la adquisición de una póliza de seguro previsional para mantener cubiertas las eventualidades de invalidez y sobrevivencia; Eventualidades para las cuales la aquí demandante siempre ha estado cubierta y por lo tanto estos dineros o estos porcentajes no ingresan al patrimonio de mi representada, por otra parte se utiliza un porcentaje para lo que es de inversiones que realiza mi representada; inversiones que son utilizadas para generar los rendimientos que se encuentran depositados en la cuenta de ahorro individual.

No se puede desconocer que mi representada ha generado unos rendimientos que han duplicado o triplicado la cuenta de ahorro individual de la demandante, por lo tanto honorables magistrados solicito se absuelva a mi representada de lo que corresponde a devolver los gastos de administración, teniendo en cuenta que al ordenar devolver los rendimientos más los aportes pensionales que se encuentran en la cuenta de ahorro individual, mi representada estaría devolviendo más de un cien por ciento de lo que corresponde a la cotización que hubiese realizado la demandante en el RPM.

Se debe tener presente que los gastos de administración se tratan de comisiones ya pagadas y causadas durante un periodo en lo que Colfondos ha administrado los recursos y generado unos rendimientos que en todo caso son mayores a los que se hubieren generado en el RPM, estos descuentos son conceptos de tracto sucesivo que se causan por el tiempo que le impone la ley y por lo tanto honorables magistrados aquellos que no fueron reclamados dentro de los tres años siguientes a su causación se encuentran prescritos.

Se debe señalar que para estos conceptos si es susceptible aplicarle la prescripción teniendo en cuenta que estos descuentos no entran a la cuenta de ahorro individual y tampoco entran a la cuenta global de Colpensiones por lo tanto no hacen parte del capital con el cual se va a financiar la pensión de vejez de la demandante, con lo cual si son susceptibles de la prescripción, téngase en cuenta que al no ser estos aportes al no ser destinados al capital de financiación de la pensión si son susceptibles de la prescripción, teniendo en cuenta esto solicito honorables magistrados se revoque la condena impuesta a mi representada de devolver lo que corresponde a los gastos de administración y se tenga en cuenta los rendimientos que realizo y la gestión que ha realizado mi representada durante todo el tiempo que ha administrado los aportes pensionales de la demandante, gracias.”

Colfondos de manera libre y voluntaria, de conformidad con lo establecido en el artículo 13 de la ley 100 de 1993 en su literal b, por lo cual en este sentido la afiliación tiene plena validez y goza de toda legalidad.

Respecto de la carga de la prueba aduce, no existe prueba que permita acreditar si existió o no vicio de consentimiento y aunque la corte traslade la carga de la prueba a los fondos privados en relación a estos casos no debería ser Colpensiones quien asuma tal carga pues afectaría el principio de la sostenibilidad financiera toda vez que la demandante no ha realizado aportes por más de veinte años, señalando dicho deber de información solo se materializó a través de la Ley 1748 del 2014 y el Decreto 2071 del 2015 pues los fondos privados cuentan únicamente con el consentimiento vertido en el formulario de afiliación para poder probar el conocimiento libre, voluntario y sin presiones e informado, por cuanto las leyes que se surtieron entre el año de 1993 y 2014 no exigían nada diferente al documento de afiliación donde contaba la plena intención de querer pertenecer al RAIS.

Indica que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición al entrar en vigencia la ley 100 de 1993 pues no contaba con la edad requerida, ni con las 750 semanas de cotizaciones al sistema por lo que se puede colegir que no tenía una expectativa real sobre su derecho a la pensión para poder regresar al RPM en cualquier momento.

Manifiesta que nada tuvo que ver su representada en el negocio jurídico que celebro la actora con la AFP Colfondos, por lo que no es de recibido que tenga que responder Colpensiones por la situación pensional de la demandante, solicitando se dé aplicación a la sanción expuesta en el artículo 271 de la ley 100 de 1993, por lo perjuicios causados.

Finalmente indica, en caso de confirmarse la decisión se condicione el cumplimiento de la sentencia por parte de la Administradora Colombiana de pensiones Colpensiones previo al cumplimiento de la devolución de la totalidad de las sumas obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante como son las cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales y gastos de administración y a los demás que hubiera lugar debidamente indexados por el periodo que permaneció afiliada al fondo privado la demandante , como quiera que

su representada no podrá dar cumplimiento hasta tanto la AFP no reintegre los recursos.

De igual manera solicita no se condene en costas toda vez que no participo en el acto que se presume ineficaz o nulo. (Cd fl. 143, record: 56:53)²

² “Gracias su señoría muy respetuosamente me permito interponer recurso de apelación ante el Honorable Tribunal Sala Laboral de Bogotá, y este en atención a la sentencia proferida por la señora juez de primera instancia al declarar la ineficacia que surtió la demandante con la AFP Colfondos para el año 2000 y la cual declara como afiliación válida la del RPM administrado hoy por Colpensiones y pues condena también a Colpensiones a activar la afiliación y a actualizar la historia laboral. En este sentido me permito manifestar que de las pruebas allegadas al plenario se logra evidenciar claramente que la demandante firmo el formulario de afiliación a la AFP Colfondos de manera libre, voluntaria, de conformidad con lo establecido en el artículo 13 de la ley 100 de 1993 en su literal b, por lo cual en este sentido la afiliación tiene plena validez y goza de toda legalidad.

Respecto de la carga de la prueba en este caso, no existe prueba que permita acreditar si existió o no vicio de consentimiento entendido como el deber de información y aunque la corte traslade la carga de la prueba a los fondos privados en relación a estos casos no debería ser Colpensiones quien asuma tal carga pues afectaría el principio de la sostenibilidad financiera toda vez que la demandante no ha realizado aportes a mi representada por más de veinte años.

Respecto al deber de información aunque el precedente de la CSJ utiliza como norma para la aplicación del deber de información el decreto 663 de 1993, sin embargo este deber solo se materializo a través de la ley 1748 del 2014 y el decreto 2071 del 2015 pues los fondos privados cuentan únicamente con el consentimiento vertido en el formulario de afiliación para poder probar el conocimiento libre, voluntario y sin presiones e informado, por cuanto las leyes que se surtieron entre el año de 1993 y 2014 no exigían nada diferente al documento de afiliación donde contaba la plena intención de querer pertenecer al RAIS siendo pues este el caso de aquí la demandante la cual suscribió el formulario y realizo el respectivo traslado para el año 2000.

Por otra parte pues nótese que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición al entrar en vigencia la ley 100 de 1993 esto el 01 de abril de 1994, no contaba con la edad requerida, ni con las 750 semanas de cotizaciones al sistema por lo que se puede colegir que no tenía una expectativa real sobre su derecho a la pensión para poder regresar al RPM en cualquier momento.

Por otra parte se debe analizar cada caso en concreto y si en la presunta falta de información se produce un efecto como lo es perder el régimen de transición pensional o si bien se trata de como lo es bien aquí el caso objeto de estudio la demandante busca ignorar las normas que regulan de forma clara los términos y oportunidades que deben surtir la movilidad entre regímenes pues porque ahora no se encuentra conforme con la mesada pensional que va a recibir en el RAIS y pues este último escenario y como se ha reiterado en varias jurisprudencias no es el objeto ni la protección ni el alcance de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia toda vez que si procede termina por socavar los principios fundamentales sobre los cuales se rige todo el sistema general de la seguridad social, como lo es la autonomía de la voluntad del afiliado y la libre elección del régimen pensional.

Además, se debe tener en cuenta que una persona que no ha estado afiliada por más de veinte años al RPM pretende ahora que el sistema sea solidario con ella y requiera beneficiarse de aportes que no ha realizado pues esto pondría en riesgo el sistema pensional y el futuro pago de las pensiones que por el contrario siempre han cotizado al mismo.

De igual manera me permito manifestar que nada tuvo que ver mi representada en el negocio jurídico que celebro con la AFP Colfondos no es de recibido que tenga que responder Colpensiones por la situación pensional de la demandante, sumado al hecho de que la AFP Colfondos no se opuso a las pretensiones de la demanda y pues como ya lo manifesté aduce tener una posición pacífica por librarse de una condena en costas cuando en este actuar ratifica el perjuicio actual que le causo no solamente a la demandante sino también el que le causa a Colpensiones entidad de la cual no intervino en la decisión de la afiliada al momento del traslado al RAIS y no es responsable del deber de información que se impone en la doble asesoría y que solo se establece a partir del año 2014 con la expedición de la ley 1748, por lo que muy respetuosamente solicito al honorable tribunal se de aplicación a la sanción expuesta en el artículo 271 de la ley 100 de 1993.

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda (folios 3 vto y 4) las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (folios 4 y 4 vto), aspirando se declare la invalidez, ineficacia o nulidad del formulario de afiliación mediante el cual se afilió al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Colfondos, en consecuencia se condene a dicha AFP al traslado de los aportes cotizados a Colpensiones y a ésta entidad a recibir dichos aportes y registrarla como su afiliada, 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 el traslado de régimen pensional realizado por la actora a COLFONDOS S.A., 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, frutos e intereses, sin posibilidad de descontar gastos de administración, tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la AFP demandada no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía con el demandante, al momento del traslado.

Pues bien, para resolver la controversia, es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 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

De igual manera de forma subsidiaria en caso de no acogerse los argumentos anteriormente expuestos por mi representada y se confirme la sentencia objeto de alzada solicito se condicione el cumplimiento de la sentencia por parte de la Administradora Colombiana de pensiones Colpensiones previo al cumplimiento de la devolución de la totalidad de las sumas obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante como son las cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales y gastos de administración y a los demás que hubiera lugar debidamente indexados por el periodo que permaneció afiliada al fondo privado la demandante , como quiera que mi representada no podrá dar cumplimiento hasta tanto la AFP no reintegre los recursos.

De igual sentido solicito a los honorables magistrados no se condene en costas a mi representada toda vez que no participo en el acto que se presume ineficaz o nulo y este interfiere a que se le cause un daño celebrado entre las partes ajena a Colpensiones, en este sentido dejo sustentado mi recurso de alzada, muchas gracias.”

la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002³.

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía de la demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 8 de noviembre de 1967 (folio 26), por lo que la edad de 57 años, la cumpliría el mismo día y mes del año 2024, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 22 de noviembre del 2018 (fls. 46 y 47) y ante COLFONDOS el 14 de noviembre del 2018 (fls. 50 a 53), esto es, cuando le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad requerida para adquirir el derecho pensional, y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos había prestado sus servicios por espacio de 3 años, 4 meses y 27 días o 175.28 semanas (*historia laboral visible a folio 135 aportada por Colfondos*), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

Ahora, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende la actora a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 9 de noviembre del 2000 (folio 59) específicamente conforme la información consignada en el formulario de afiliación a COLFONDOS.

Así las cosas, parte la Sala por indicar, las entidades encargadas de la administración y dirección de los diferentes regímenes pensionales tienen el deber de garantizar que existió una decisión informada, y que ésta fue verdaderamente

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”.

autónoma, libre, voluntaria y consciente por parte del afiliado; además, tal información debe ser objetivamente verificable, en el entendido de que aquél debe conocer los riesgos del traslado, pero a su vez, los beneficios que aquel le reportaría, de otro modo no puede explicarse el cambio de un régimen al otro.

En efecto, la jurisprudencia que sobre el particular ha dejado sentada la Corporación de cierre de esta jurisdicción, ha entendido que la expresión “*libre y voluntaria*” contenida en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, supone necesariamente el conocimiento, lo que sólo es posible alcanzar cuando se saben a conciencia las consecuencias de una decisión de esta envergadura. Frente al tema, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 12136, radicación No. 46.292 de 2014, enseñó:

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

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

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

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

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

En consecuencia, no solo es menester demostrar la existencia del traslado, sino que impone verificarse que este acto se produjo bajo el presupuesto de la libertad

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

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

“(…)

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

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

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

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

Así pues, ha asentado reiteradamente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que para el estudio de la procedencia de la ineficacia del traslado, se traslada la carga de la prueba quedando ésta en cabeza de las AFP, 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

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

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

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

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

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

“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, para la Sala 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 la demandante (Cd. fl. 143, record: 16:20) no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado al momento de la suscripción del formulario de afiliación, en tanto solo refirió que el asesor de COLFONDOS le dijo que el ISS se acabaría y que lo mejor sería que se afiliara al fondo privado, pues se podía pensionar a cualquier edad y unificar la pensión de ella con la de su esposo.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a COLFONDOS (folio 59), 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) y en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus*, pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que brillan por su ausencia en el plenario.

Por otro lado, se advierte no tiene incidencia alguna que la demandante no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias

no tienen relación con la información que se le debía suministrar cuando se trasladó de régimen, al respecto se puede consultar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia STL 11385 del 18 de julio de 2017, radicado 47646.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada COLFONDOS, omitió en el momento del traslado de régimen (9 de noviembre del 2000, folio 59), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL 12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

En ese orden, la ineficacia del traslado de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado del saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la actora, 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.

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

Advirtiéndose a Colpensiones en cuanto al principio de la sostenibilidad financiera la Máxima Corporación ha expresado que las decisiones de declaratoria de ineficacia no lesionan *“el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho*

pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.” Sentencia SL2877, rad. 78667 del 29 de julio del 2020.

Asimismo, advierte la Sala, en relación con los argumentos de apelación de COLFONDOS relacionados con los gastos de administración y el porcentaje dirigido a financiar las prestaciones por invalidez y sobrevivencia, resulta que estos surgen como consecuencia de la afiliación, y en ese orden, al declararse la ineficacia del traslado resulta claro que 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 y seguros 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 y seguros previsionales.

Así fue consignado en sentencia de la CSJ Sala Laboral SL 2914 del 22 de julio del 2020, en la que cita la del 8 septiembre 2008, radicado 31989, donde se dijo:

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

[...]

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

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

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

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

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

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por Colpensiones respecto de quien se surte el grado jurisdiccional de Consulta⁶ (folios 89 y 90), 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 ahora ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática y en esa medida, las consecuencias que deriven de la declaratoria de ineficacia, tales como la devolución de los gastos de administración y demás restituciones, punto apelado por COLFONDOS, hace inoperante dicho fenómeno extintivo frente a los mismos.

En cuanto al tema de la prescripción la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2611, Radicación N° 67972 del 1° de julio de 2020, indicó:

“...recientemente, en la sentencia CSJ SL1421-2019, tuvo la oportunidad de pronunciarse al respecto, sosteniéndose que en materia del derecho del trabajo y la seguridad social, las disposiciones que gobiernan la extinción de la acción son los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS, que consagran un periodo trienal para que

⁶ Se tuvo por contestada la demanda por Colpensiones mediante auto del 17 de marzo del 2021 (folio 121)

opere ese fenómeno; sin embargo, se adujo que tal normativa no resulta aplicable a los casos de ineficacia del traslado, por cuanto se trata de una pretensión de carácter declarativa, que es precisamente lo que sucede en el sub examine, en la aludida providencia se dijo:

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

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

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

Finalmente, frente a la petición realizada por COLPENSIONES de condicionar el cumplimiento de las órdenes impuestas en su contra al previo acatamiento de lo dispuesto a cargo de COLFONDOS, baste con indicar, la acción de “recibir”, en un entendimiento lógico y obvio no puede materializarse si no hay algo que se entregue, siendo claro que sólo a partir del momento en que ingresen la información y dineros que traslade la AFP podrá hacer las actualizaciones respectivas dentro de la historia laboral, lo que hace innecesaria precisión o condicionamiento alguno en la parte resolutive de la providencia.

Por otra parte, en lo que toca a la solicitud de COLPENSIONES de disponer el pago de los perjuicios ocasionados a esa entidad, baste con anotar, la misma se torna improcedente como quiera que dicha situación no fue objeto del debate probatorio pues ninguna pretensión se erigió tendiente a obtener el pago de este concepto a favor de esa administradora, así como tampoco fue propuesta dicha temática a lo largo del juicio por ese extremo procesal, igualmente no se accede a

la imposición de la sanción establecida en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, por cuanto en la presente decisión no se analizaron conductas relacionadas con la falta de afiliación por parte del empleador de la aquí accionante al sistema de seguridad social integral, sino la falta del deber de información al momento del traslado de régimen efectuado por la actora.

Conforme a lo anterior, se agota la competencia de la Sala habiéndose surtido el grado jurisdiccional de consulta y el estudio de los puntos de apelación, razones por las cuales de acuerdo a las motivaciones que preceden, se confirmará la decisión de primer grado.

SIN COSTAS en esta instancia.

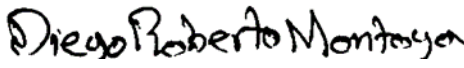
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 21 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 BOGOTA D.C.
SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MARGARITA ROSA
ARCHILA DE CARDENAS CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES -COLPENSIONES- (RAD. 21 2019 00654 01).**

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintiuno (2021)

AUTO

Reconocer personería adjetiva para actuar a la abogada AMANDA LUCIA ZAMUDIO VELA apoderada sustituta de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por CLAUDIA LILIANA VELA en su calidad de representante legal de la sociedad CAL&NAF ABOGADOS S.A.S, apoderada principal (Folios 151-154).


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por parte de la demandadas COLPENSIONES (folios 148 y 149), ADRES (folios 156-159) y EPS SANITAS (Folios 161-164), 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

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la demandante, contra la sentencia proferida por la Juez Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 16 de

marzo de 2021 (Cd folio 133, récord 31:40, acta a folio 134 y 135), en la que se resolvió:

***“PRIMERO: NEGAR** las pretensiones formuladas por la señora MARGARITA ROSA ARCHILA DE CARDENAS contra la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones.*

***SEGUNDO: DECLARAR** probadas las excepciones de inexistencia del derecho reclamado y cobro de lo no debido propuesta por la pasiva, negándose lo demás medios exceptivos.*

***TERCERO: CONDENAR** en **COSTAS** a la demandante y a favor de la parte demandada las cuales se liquidarán por secretaria, incluyéndose como agencias en derecho la suma de \$300.000.*

***CUARTO:** De no ser apelada **CONSULTESE** con el superior esta decisión por ser adversa a los intereses de la parte demandante.”*

Inconforme con la decisión el apoderado de la demandante interpone recurso de apelación señalando haberse desconocido en el fallo de primer grado lo dispuesto por el Decreto 824 de 1988 concretamente lo dispuesto en el artículo 5, en el cual se establece un elemento de indiscutible favorecimiento para las personas que han prestado servicio doméstico¹ (Cd folio 133, récord 32:18)

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 accionante en este proceso, las pretensiones relacionadas a folio 109 y 110 del escrito de subsanación de la demanda, las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos narrados a folio 109 de la misma documental, solicitando se declare que tiene derecho a la pensión de vejez a partir de la fecha en la cual fueron satisfechas las 1300 semanas por tener cumplidos 61 años de edad, junto con el retroactivo causado desde que se cumplieron los requisitos exigidos por la Ley 100 de 1993, los intereses moratorios desde la fecha en que se causó la pensión de vejez, esto es, 30 de noviembre del 2017, fecha del último pago para completar las 1300

¹ “Gracias señora juez por estar inconforme con la decisión adoptada interpongo recurso de apelación que sustentare de manera más amplia dentro del término que legalmente tengo, pero por ahora registro parte de la sustentación sobre la base del desconocimiento y del haber sido vapuleado totalmente el argumento relacionado con la situación de hecho invocada en función del decreto 824 de 1988, como quiera que en su artículo quinto existe un elemento de indiscutible favorecimiento para las personas que han prestado servicio doméstico y si bien la argumentación del despacho merece respeto porque hay juicioso análisis, también es cierto que desconoció y desconoce las condiciones que favorecen ciento por ciento los intereses y el derecho que le asiste a mi representada, muchas gracias señora juez.”

semanas de cotización y las costas de proceso. **Obteniendo sentencia desfavorable a sus aspiraciones** por cuanto se absolvió de todas las pretensiones incoadas, tras considerarse que si bien se aportaron 78 planillas de aportes a pensión para los ciclos de julio de 1996 a diciembre del 2002, aduciendo la parte actora que corresponden a los pagos en mora de su empleadora SILVIA HELENA ARCHILA MORA, los mismos no podían tenerse para ese fin como quiera que lo que debió incoar la demandante fue el pago del cálculo actuarial luego de acreditarse la relación laboral con dicha persona natural, situación que no fue la planteada en el libelo, precisando que tales pagos efectuados por dichas planillas debían entenderse como un aporte en calidad de trabajadora independiente, que no podían ser abonados al ciclo que pretendía cancelar, sino a los que se causaron con posterioridad a ese pago, señalando por ende que si bien tales cotizaciones extemporáneas son válidas no pueden surtir efectos retroactivos y en esa medida adujo que dando validez a tales cotizaciones para la fecha de la sentencia no reunía ni los requisitos para ser acreedora del régimen de transacción ni las 1300 semanas exigidas por la Ley 797 del 2003, pues tan solo contaba con solo 1139.

De tal manera, y teniendo en cuenta los argumentos de apelación por parte de la actora, lo primero que ha de indicar la Sala es que dentro del presente asunto en manera alguna se alega la mora de los aportes a cargo de empleadores de la accionante, pues de manera principal lo que se pretende es el reconocimiento de la pensión de vejez teniendo en cuenta tanto la semanas ya acreditadas y reconocidas por Colpensiones como las sufragadas mediante 78 planillas de pago visibles a folios 27 a 104 del expediente.

Por ende en punto a la alzada en la que se hace referencia al Decreto 824 de 1988, el cual establecía en su artículo 5 numeral d) que no podrá afiliarse como trabajadores del servicio doméstico a *“los parientes del patrono o de sus familiares hasta el quinto grado de consanguinidad, tercero de afinidad y primero civil”*; ha de señalarse aun cuando dentro del presente litigio si en gracia de la discusión se pudiera inferir que la actora laboró para el servicio de su hermana SILVIA HELENA ARCHILA MORA como empleada del servicio doméstico, pues así fue aceptado en el testimonio por ésta rendido, al referir que la señora MARGARITA ARCHILA trabajó para ella de 1996 al 2002 (Cd. fl. 133, record: 34:28), se reitera la demanda no se encaminó a determinar la falta de afiliación de la actora por parte de su pariente, ni mucho menos se demostró algún tipo de pago que ésta

efectuara a nombre de la promotora del litigio, considerándose en todo caso la norma respecto de la cual solicita su aplicación en el recurso de apelación -Dc 824 de 1988- no se encontraba vigente para la supuesta fecha en que aduce la actora ingresó a laborar al servicio de la señora Silvia Archila, esto es, para julio de 1996 y por otro lado en los términos del artículo 15 de la Ley 100 de 1993 (norma aplicable para la data que se aduce aparentemente tuvo una vinculación laboral la demandante) son afiliados obligatorios *“todas aquellas personas vinculadas mediante contrato de trabajo”*, entre los cuales, desde luego, se encuentra aquellos trabajadores que prestan sus servicios en labores domésticas, sin que en dicha disposición se prevea excepción alguna en la afiliación por ostentar la condición de hermana de quien afirma haber sido su empleadora.

Adicionalmente, en aparte alguno de la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003 se consagra la exoneración de la afiliación al sistema de seguridad social de este tipo de trabajadores.

En esos términos, la razón aludida por el apoderado de la demandante no tiene la entidad suficiente para excusar a quien solo en gracia de la discusión pudo ser la empleadora de la accionante de sus obligaciones patronales, advirtiéndose la situación de falta de afiliación de una trabajadora no puede ser enmendada simplemente con el pago de los aportes en tiempo posterior por cuanto, la forma legal para imputar válidamente los pagos de los aportes a pensión cuando existe **omisión en la afiliación** por parte del empleador, es a través del pago del cálculo actuarial respectivo.

Sobre este punto, recuérdese que los **periodos en que no hubo afiliación NO** pueden ser asimilados a aquellos en que, si hay afiliación, pero existe mora o pago tardío de los aportes, pues se tratan de situaciones jurídicas diferentes, que por ello conllevan también consecuencias diferentes para el empleador y para la entidad de pensiones.

En los que se presenta mora patronal, los periodos pueden ser incluidos en la historia laboral del trabajador efectuando el pago de la cotización con los respectivos intereses moratorios, pero, **cuando no hay afiliación, el empleador se ve compelido a trasladar el valor del cálculo actuarial a entera satisfacción de la entidad pensional** (literal d, parágrafo 1º, artículo 33 de la Ley

100 de 1993). Al tema, puede consultarse la Sala de Casación Laboral de la CSJ, en sentencia SL 14388 del 20 de octubre de 2015, Rad. 43182².

En consonancia con lo que viene de decirse, aun cuando la parte actora pretende demostrar que su presunta ex empleadora intentó sanear el incumplimiento de la obligación del pago de aportes a seguridad social en pensiones, lo cierto es que tal yerro no se solventó en la forma legalmente prevista para tener como válido el pago realizado, esto es, a través del cálculo actuarial. Nótese que incluso las planillas aportadas por la parte demandante a este proceso (fls. 27 a 104), conforme lo registra COLPENSIONES en la historia laboral (obstante en el expediente administrativo Cd fl. 123) fueron canceladas por la propia promotora del litigio y no por un tercero.

Adicionalmente se ha de poner de presente lo pretendido de manera principal con esta demanda fue única y exclusivamente el reconocimiento pensional teniendo en cuenta el pago de aportes realizado a través de las 78 planillas adjuntadas al libelo, precisándose las consideraciones aquí expuestas frente al tema del cálculo actuarial devienen de las situaciones halladas en el transcurso del debate probatorio.

Así las cosas, no habría lugar a tener en cuenta los periodos que indica la actora fueron cancelados por su aparente empleadora mediante 78 planillas de pago, pues se itera para dar validez al periodo alegado 1996-2002 se debió hacer el pago a través de la figura del cálculo actuarial.

No obstante, lo anterior y teniendo en cuenta que lo pretendido por la parte actora es el reconocimiento de la pensión de vejez, se ha de indicar COLPENSIONES

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.

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)

reconoció en el acto administrativo GNR 242260 del 18 de agosto de 2016 (fls. 17 a 19) que la señora ARCHILA DE CARDENAS tiene acreditadas 1021 semanas a mayo del 2016 (fl. 17), igualmente no puede desconocer ésta Corporación el pago efectuado por la demandante en noviembre del 2017 de 78 ciclos correspondientes a los periodos de julio de 1996 a diciembre del 2002 (fls. 27 a 104), los cuales se han de entender como pagos en calidad de trabajadora independiente, respecto de los cuales la se ha pronunciado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia proferida dentro de la Radicación No. 36648 del 21 de febrero de 2012³, en la cual recordó lo

³ “El conflicto a resolver radica en si las cotizaciones efectuadas por el actor como trabajador independiente, pagadas por fuera del término legal establecido, deben sumarse para completar las 500 semanas de aportes exigidas por la normativa legal para acceder a la pensión de vejez a los 60 años de edad.

Se parte del supuesto no discutido que entre agosto de 1979 y noviembre de 1985 el actor aportó para el sistema pensional a través de Peldéz Restrepo C., y a partir de enero de 1995 lo hizo como trabajador independiente.

Las personas trabajadoras independientes, al igual que las que prestan servicios subordinados privados o como servidores públicos, los contratistas, etc., están obligadas a efectuar las cotizaciones pertinentes a los regímenes del sistema general de pensiones por parte de los afiliados, los empleados y contratistas, obligación que cesa al momento en que el afiliado reúna los requisitos para acceder a la pensión de vejez o cuando este se pensione por invalidez o anticipadamente.

Como los aportes efectuados constituyen una de las fuentes de los recursos financieros que sostienen y hacen viable el sistema, el afiliado deberá sufragar las cotizaciones dentro del término que para el efecto señale la ley.

En el caso de los trabajadores independientes, las cotizaciones “se entenderán hechas para cada período, de manera anticipada y no por mes vencido”, y si no se especificaba el período a aportar se tomaba “como período de cotización el mes siguiente al de la fecha de consignación del aporte”, como lo preveía el artículo 20 inciso tercero del Decreto 692 de 1994, texto que si bien lo derogó el artículo 56 del Decreto 326 de 1996, fue introducido en el artículo 35 del Decreto 1406 del 28 de julio de 1999, que reza: “Los trabajadores independientes deberán presentar la declaración de novedades y realizar el pago de las respectivas cotizaciones por periodos mensuales y en forma anticipada”, además de que las “novedades que ocurran y no se puedan reportar anticipadamente, se reportarán al mes siguiente”.

Así, el trabajador independiente se constituye en el interesado directo del aporte de sus cotizaciones al sistema de pensiones, para que en el evento de presentarse la contingencia, la entidad encargada a la que se encuentre afiliado, le conceda las acreencias que le puedan corresponder. Por ello, esos trabajadores independientes están obligados a efectuar su aporte “por periodos mensuales y en forma anticipada”, por lo que las “novedades que ocurran y no se puedan reportar anticipadamente, se reportarán al mes siguiente”, de donde se colige sin duda alguna, que las cotizaciones realizadas por esta clase de afiliados, no surten efecto retroactivo. Por ello, tratándose de trabajadores independientes el artículo 23 de la Ley 100 de 1993, no consagra sanción moratoria por la no consignación de los aportes dentro de los plazos señalados para ese fin. En efecto, la normativa en cuestión prevé que el pago extemporáneo de los aportes, “generarán un interés moratorio a cargo del empleador”, quien conforme al 22 ibídem, es la persona responsable del pago de su aporte y del aporte de los trabajadores a su servicio, pero se insiste, como tratándose de los afiliados independientes esa responsabilidad del pago de los aportes dentro del plazo señalado para el efecto, se traslada al trabajador afiliado como independiente. En consecuencia, tampoco aplica lo previsto por el artículo 24 de la Ley 100 de 1993, por lo que las entidades administradoras de los diferentes regímenes no están obligadas a adelantar las acciones de cobro a que se refiere la preceptiva en cuestión, pues esta precisa que la acción se adelantará por el “incumplimiento de las obligaciones del empleador”, sin que incluya a los trabajadores independientes que no sufraguen los aportes dentro del plazo señalado para el efecto.

En ese evento, el sentenciador de la alzada no incurrió el desatino jurídico que le infiere el impugnante, pues en primer término, el tema de las acciones de cobro por parte del ISS al actor no fue materia de debate

considerado en Sentencia No. 35467 del 18 de agosto de 2010, que a su vez evocó el criterio sentado en Sentencia calendada del 5 de diciembre de 2006, dentro de la Radicación No. 26728, señalando que los trabajadores independientes se encuentran obligados a realizar aportes al sistema de seguridad social en pensiones, debiendo sufragar sus cotizaciones dentro del término previsto en la ley, entendiéndose efectuadas para cada periodo, de manera anticipada y no por mes vencido, ello conforme al criterio jurisprudencial consistente en que *“ninguna consignación podrá surtir efectos retroactivos”*, por lo que la entidad ***“administradora deberá imputar siempre los pagos a mensualidades futuras en los términos y oportunidades de que trata el Decreto 1406 de 1999”***.

Igualmente, en reciente providencia SL 811 del 2021, la máxima Corporación expuso:

“(…) los aportes de los trabajadores independientes, deben sufragarse de forma anticipada y que, si así no ocurre, la cotización extemporánea se debe aplicar al período siguiente a aquel en el que se hace el pago.

A más de las decisiones citadas por el sentenciador de alzada, oportuno es recordar lo dicho en las CSJ SL 3445-2019 y CSJ SL513-2020, en la primera de ellas se adoctrinó:

En cuanto al tema de discusión, vale recordar que conforme al artículo 35 del Decreto 1406 de 1999, las novedades de los trabajadores independientes «que ocurran y no se puedan reportar anticipadamente, se reportarán al mes siguiente», lo que significa que los pagos realizados en periodos vencidos no se desperdician o desestiman, sino que se imputan a los meses subsiguientes. Al respecto, en sentencia SL12503-2016, la Sala explicó:

Y más recientemente en la CSJ SL3838-2020, se dijo:

Al respecto, importa recordar lo adoctrinado por esta Sala de la Corte en el sentido de que --en tratándose de trabajadores independientes--, el pago de la cotización es exclusivamente de su resorte y, además, en estos eventos, la ley no establece acción de cobro alguna a favor de las entidades administradoras para procurar el recaudo de lo no pagado. En tal sentido, así el trabajador independiente, no reciba una sanción, su incumplimiento se va a ver reflejado,

*pues no se incluyó en la demanda ni en la apelación, y en segundo lugar, no es que el fallador de segundo grado ignorara el contenido de los artículos 22, 23 y 24 de la Ley 100 de 1993, sino que simplemente, por no gobernar el tema puesto a su consideración, no entró al estudio de los mismos. Ahora, frente al artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, el sentenciador de segundo grado no incurrió en el quebranto inferido por el recurrente, pues partiendo del hecho fáctico admitido que los aportes por los períodos de <enero de 1995 a febrero de 1996 se pagaron el 23 de mayo de 2006>, y los de <enero y febrero de 1997 se sufragaron el 26 de mayo y el 3 de junio de 2005> respectivamente, y que se trataba de un trabajador independiente, coligió que no se contabilizarían tales semanas para acceder a la pensión con base en 500 semanas cotizadas dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de los 6° años de edad, por haberse pagado extemporáneamente, inferencia acorde con el criterio jurisprudencial según el cual ***“ninguna consignación podrá surtir efectos retroactivos”***, por lo que la entidad ***“administradora deberá imputar siempre los pagos a mensualidades futuras en los términos y oportunidades de que trata el Decreto 1406 de 1999”*** (radicación 35467 del 18 de agosto de 2010”. (Negrilla fuera de texto)*

negativamente, en el interés de obtener rápidamente el objetivo primordial de tales aportes, esto es, el reconocimiento pensional o, en otros términos, el incumplimiento va a postergar el derecho del trabajador independiente de recibir su prestación pensional, tal y como lo adujo el Tribunal en su fallo.

Así lo enseñó esta Sala, por ejemplo, en sentencia del 5 de diciembre de 2006, radicación 26728, reiterada en la SL573-2013:

*Es que, frente al criterio actual del legislador, el efectuar las cotizaciones necesarias para acceder a la pensión de vejez constituye para el trabajador independiente un ‘imperativo de su propio interés’, de manera que, el retardo en la aportación del mínimo de las cotizaciones exigidas por el sistema pensional, **lo que hace es dilatar en el tiempo el reconocimiento de la prestación perseguida y, en situaciones extremas, el dejar de aportar al sistema ese número mínimo, imposibilita el nacimiento del derecho perseguido.**” (Subrayas y negrillas fuera de texto)*

En este orden de ideas y siguiendo los anteriores lineamientos, dichos periodos se deben tener en cuenta para periodos posteriores, pero de ninguna manera se pueden aceptar esos pagos por periodos retroactivos, por ello se han de sumar a los ciclos posteriores al pago realizado, que en este caso fue para noviembre del año 2017.

Así las cosas y como quiera que si bien la actora para el 1° de abril de 1994, contaba con 38 años de edad pues nació el 21 de abril de 1955 (ver folio 27 vto), lo que en principio la haría acreedora del régimen de transición lo cierto es que para el 29 de julio del 2005 (entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 del 2005), tan solo contaba con 468,43 semanas cotizadas (ver cuadro cotizaciones fl. 17 Resolución GNR 242260 del 18 de agosto de 2016), por ende no alcanzó las 750 semanas exigidas para beneficiarse de las normas anteriores a la Ley 100 de 1993.

De este modo, habrá de determinarse si a la demandante le asiste el derecho a acceder al derecho pensional solicitado con fundamento en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993⁴ modificada por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, disposición que exige para el caso de las mujeres exigía tener 55 años de edad, la cual se incrementó a 57 años -a partir del 2014-, y cotizaciones en total de 1.000 semanas las cuales se incrementarán a partir del 1° de enero del año 2005 en 50 y a partir

⁴ “**Artículo 33. Requisitos para obtener la Pensión de Vejez.** Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

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

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

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

del 1° de enero de 2006 en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.

Al efecto, los 55 años de edad fueron alcanzados el 21 de abril del 2010 (nació en 1955 fl. 17 vto), calenda para la cual se exigía tener cotizadas 1175 semanas, las cuales evidentemente no tenía acreditadas la demandante pues contaba con 711,57 (ver cuadro cotizaciones fl. 17 Resolución GNR 242260 del 18 de agosto de 2016).

Ahora bien y como se dijo en líneas anteriores, los pagos realizados como trabajadora independiente (fls. 27 a 104), se deberán tener en cuenta para los ciclos posteriores a su pago y en esa medida, se deben contabilizar a partir de diciembre del 2017 (pues el pago se efectuó en noviembre del 2017), por ende sumando las 1021 semanas ya reconocidas por Colpensiones a mayo del 2016 (fl. 17 vto) con los 78 meses de pago (equivalentes a 2340 días o 334,29 semanas) se tendría un total de 1355,29 semanas cotizadas por la accionante (1021+334,29), sin embargo se tiene que tales semanas se completarían hasta el mes de mayo del año 2024⁵, pues se itera empiezan a contabilizarse los pagos extemporáneos a partir de diciembre del 2017 completándose los 78 meses en mayo del 2024, razón por la cual a la fecha de la presente sentencia (junio del 2021) la actora tan solo tendría acreditadas 1205,29⁶ semanas, no siendo

Año	Meses
2017	Diciembre - 1
2018	Ene a Dic - 12
2019	Ene a Dic - 12
2020	Ene a Dic - 12
2021	Ene a Dic - 12
2022	Ene a Dic - 12
2023	Ene a Dic - 12
2024	Ene a Mayo - 5
78 ciclos	

Año	Meses	Días		
2017	1			
2018	12			
2019	12			
2020	12			
2021	6	JUNIO	1021	semanas
CICLOS	43	1290	184,29	semanas
		Total	1205,29	

procedente el reconocimiento pensional a partir de esta calenda, pues las 1300⁷ se causarían solo hasta el mes de abril del año 2023, precisándose aunque la actora tiene derecho a que se le imputen los pagos efectuados de manera independiente y extemporánea lo cierto es que el requisito de semanas para el reconocimiento de la pensión de vejez es de causación y no de exigibilidad y como quiera que la promotora de la Litis aún no tiene causado la prestación pensional pues tan solo cuenta con 1205.29 semanas para junio del 2021, no se puede acceder al reconocimiento del derecho, recordando que conforme lo indicó la Corte Suprema de Justicia en punto al pago extemporáneo de aportes *“así el trabajador independiente, no reciba una sanción, su incumplimiento se va a ver reflejado, negativamente, en el interés de obtener rápidamente el objetivo primordial de tales aportes, esto es, el reconocimiento pensional o, en otros términos, el incumplimiento va a postergar el derecho del trabajador independiente de recibir su prestación pensional”* (SL3838-2020).

En este punto es importante anotar, en el expediente no obran más elementos de prueba de los que puedan extraerse tiempos de servicios o semanas de cotización que puedan adicionarse a la historia laboral, advirtiéndose, tampoco se evidencian errores en la contabilización de las semanas efectuado por Colpensiones en el último reporte de semanas expedido el 25 de septiembre del 2020 (Cd. 123 expediente administrativo) y ningún yerro se le atribuyó a la misma en el curso del trámite procesal.

En ese orden de ideas, al no haberse encontrado acreditados los requisitos para acceder al derecho pensional al momento de proferirse la presente sentencia, pero sí eventualmente con posterioridad acceder al mismo en caso de acreditar su supervivencia, se tiene que estamos frente a una petición antes de tiempo, por lo que esta Sala de decisión apoyándose en el artículo 282 del C.G.P que dispone que cuando el Juez halle probados los hechos que constituyen una excepción

Año	Meses	Días		
2017	1			
2018	12			
2019	12			
2020	12			
2021	12			
2022	12			
2023	4	ABRIL	1021	semanas
CICLOS	65	1950	279	semanas
			1300	

7

deberá reconocerla oficiosamente en la sentencia, se declarará probada de oficio la excepción de petición antes de tiempo.

Agotada la competencia de la Sala por el estudio de los motivos de apelación conforme lo expuesto, se revocará la sentencia de primera instancia, para en su lugar declarar probada de oficio la excepción de petición antes de tiempo respecto al reconocimiento del derecho pensional.

SIN COSTAS en esta instancia.

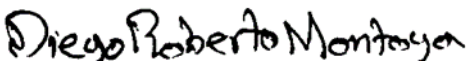
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

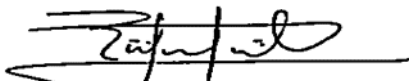
RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar **DECLARAR** de oficio **PROBADA LA EXCEPCION DE PETICION ANTES DE TIEMPO**, respecto de la solicitud de reconocimiento del derecho pensional, conforme las consideraciones 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**

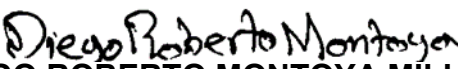
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR LUIS JAVIER
MARTINEZ TAMAYO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES – COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y PROTECCIÓN S.A. (RAD.
21 2019 00818 01)**

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintiuno (2021)

AUTO

Reconocer personería adjetiva para actuar a la abogada SASHA RENATA SALEH MORA apoderada sustituta de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por CLAUDIA LILIANA VELA en su calidad de representante legal de la sociedad CAL&NAF ABOGADOS S.A.S, apoderada principal (Folios 99-100).


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por la parte demandante (folio 97) y las demandadas PROTECCION S.A (folios 92 y 93), PORVENIR S.A (folios 106-110) y COLPENSIONES (folios 101 y 102) 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 las demandadas PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, respectivamente, así como el grado

jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, contra la sentencia proferida por el Juez Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 17 de marzo de 2021 (Audiencia virtual concentrada artículos 77 y 80 del C.P.T. realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 1:37:54, CD folio 83, acta folios 84 a 85), en la que se resolvió:

***“PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia del régimen pensional efectuado por el señor LUIS JAVIER MARTINEZ TAMAYO al régimen de ahorro individual el 15 de febrero de 1999, con fecha de efectividad a partir del 01 abril de 1999, por intermedio de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES PORVENIR y en consecuencia **DECLARAR** como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.*

***SEGUNDO: CONDENAR** a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES PROTECCIÓN a trasladar la totalidad de los dineros que recibió por motivo de la afiliación del demandante aportes pensionales, cotizaciones, bonos pensionales, incluyendo los rendimientos generados por estos, los dineros destinados a la garantía de la pensión mínima, así como los gastos de administración los cuales deberán ser asumidos con cargo a sus propios recursos contenidos en la cuenta de ahorro individual del demandante LUIS JAVIER MARTINEZ TAMAYO, para ello se le concede el término de un mes.*

***TERCERO: CONDENAR** a PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los gastos de administración con cargo a sus propios recursos y utilidades y lo descontado de la cuenta de ahorro individual por concepto de gastos de traslado, para ello se le concede el término de un mes.*

***CUARTO: CONDENAR** a COLPENSIONES a activar la afiliación del demandante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y a actualizar su historial laboral.*

***QUINTO: DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas por las pasivas.*

***SEXTO: COSTAS** en esta instancia a cargo de PORVENIR, Líquidense por secretaría, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$1.500.000 pesos. Sin Costas frente a Colpensiones y Protección.*

***SÉPTIMO: CONSÚLTESE** esta decisión con el superior por ser adversa a los intereses de la parte demandada COLPENSIONES.”*

Inconformes con la decisión las demandadas la apelaron.

En primer lugar, PORVENIR solicita se revoque la sentencia de primer grado y, en su lugar, se absuelva de todas las pretensiones incoadas en su contra. En ese sentido, reitera, como quiera que la información que se le dio al demandante fue de manera verbal, no existe un documento adicional al formulario de afiliación en el que se consignó que el afiliado firmó de manera libre y voluntaria y habiendo sido asesorado, única exigencia prevista en la ley para la época en que se celebró el acto jurídico y el cual satisface los presupuestos legales.

Se cuestiona cuál es la prueba idónea para demostrar que el actor estuvo válidamente afiliado a esa administradora, advirtiéndose, debe tenerse en cuenta que en el asunto se probó la reasesoría, la existencia de contradicciones entre lo aducido en la demanda y el interrogatorio, las cuales deben considerarse como indicios y que guardan relación con la comunicación que tuvo con un asesor, además que la inconformidad del demandante es en realidad el monto de su mesada pensional.

Recuerda, el demandante está inmerso en la prohibición establecida en la Ley 797 de 2003 no siendo dable que se escude en una supuesta falta de información solo porque su plan de pensión no resultó acorde a sus aspiraciones.

Con relación a los gastos de administración, señala, trasladó todos los recursos de la cuenta de ahorro individual del demandante a PROTECCIÓN cuando este se afilió a dicho fondo, no siendo su obligación legal devolver esos recursos, y aunque la jurisprudencia ha precisado que ello resulta procedente, dice, no puede perderse de vista que esta es solo un criterio auxiliar.

Sobre este punto además, indica, los gastos de administración no forman parte integral de la pensión de vejez, esto es, no son emolumentos que pertenezcan al afiliado porque no están llamadas a financiar la prestación, para lo cual pide se tenga en cuenta el concepto emitido por la Superintendencia Financiera en el que se señala la improcedencia de la devolución de esos recursos, anotando igualmente, proceder en el sentido ordenado por el juzgado constituiría un enriquecimiento sin causa.

Por último alude a la sentencia SL3752 y a los salvamentos de voto efectuados por la Corte Suprema de Justicia en los cuales se indican que “*se debe generar un estudio válido de cada caso*” y en el asunto el convocante tenía claro que podía retornar al RPM, que ese régimen convenía más e hizo traslados horizontales¹

¹ “Gracias su señoría, estando dentro de la oportunidad procesal pertinente presento recurso de alzada contra la sentencia proferida para que los honorables Magistrados de la Sala Laboral revoquen en su totalidad la sentencia emitida por los siguientes motivos:

Reiterando inicialmente de que la información que se brindó fue de manera verbal por tanto no existe un documento adicional al formulario de afiliación, allegado al expediente en el año de 1999, donde el demandante afirmó haber generado esta firma de manera libre y voluntaria y habiendo sido asesorado, es importante señores magistrados validar de cómo no existía un documento adicional que se requiriera a mi representada para asegurar que la información había sido brindada de forma completa, ese formulario de afiliación no puede verse como una preforma, como un simple formato ya que yace del cumplimiento de la ley

(Audiencia virtual concentrada artículos 77 y 80 del C.P.T. realizada a través de la
plataforma Microsoft Teams, récord 1:39:26, CD folio 83, acta folios 84 a 85)

100 de 1993 que en su artículo 114 manifiesta que cuando se generen un cambio de régimen este se debe hacer por escrito, con la manifestación que se hace de manera libre y voluntaria, tal cual como lo hizo mi representada y por cumplir con la ley no debe ser condenada, además de ello el fallador de primera instancia no nos manifiesta entonces si el formulario de afiliación no es una prueba idónea ¿Entonces cuál sería la prueba que se le exige a las administradoras en este caso mi representada para demostrar que el demandante estuvo válidamente afiliado desde el año de 1999 con Porvenir? No podemos traer al asesor que generó esta afiliación ya que más de veinte años se hizo y no conocemos su paradero y tampoco podemos fabricar una prueba como lo hacen la mayoría de los demandantes, indicando simplemente negaciones indefinidas en su demanda y dentro del interrogatorio de parte manifestando que no se recibió ningún tipo de información, efectivamente la carga de la prueba en estos casos la jurisprudencia la invierte hacia mi representada, sin embargo dentro de este caso se probó efectivamente que existió una re asesoría que el demandante tuvo varias contradicciones respecto a lo que manifestó en su demanda y lo manifestado dentro de su interrogatorio de parte, al respecto me permito hacer alusión al artículo 280 del CGP que manifiesta que el juez siempre deberá calificar la conducta procesal de las partes y de ser el caso deducir indicios de ella, en este caso es bastante claro que el demandante simplemente tiene una inconformidad con su mesada pensional, que sabía que podía generar su traslado al seguro social estando o no estando inmerso dentro de la prohibición legal y manifestó que nunca recibió una asesoría por parte de un asesor cuando en su demanda si se confesó que efectivamente tuvo un asesor y que fue gracias a esa asesoría brindada que él tomó esa decisión de pertenecer al RAIS, indicios como que el permitió los descuentos con destino al fondo privado que represento y que adicional a ello genero un traslado de forma horizontal hacia Porvenir, sin embargo se declara una ineficacia contenida en el artículo 271 en la ley 100 de 1993 como manifesté en mis alegatos conclusivos es una norma que establecen ineficacia cuando existen actos que impiden o atentan contra la afiliación del trabajador, es decir que se exigen conductas dolosas que no fueron manifestadas o alegadas dentro del proceso.

De otra parte el demandante está inmerso en la prohibición legal que establece la ley 797 del 2003 y esta norma fue sometida a un previo control constitucional y conforme a la sentencia C 1024 del 2004 fue declarada exequible previniendo aspectos de intereses general por encima del particular con la no descapitalización del RPM con un principio de estabilidad financiera en el RAIS, por tanto no es dable que el demandante se escude en una supuesta falta de información, simplemente porque su plan de pensión no resultó acorde a sus aspiraciones

En cuanto a la condena por los gastos de administración es preciso manifestar que para el traslado con Protección, es decir cuando el demandante se afilió con Protección mi representada entregó todos los dineros que tenía en la cuenta de ahorro individual del demandante, y esos gastos de administración la ley no exige que se genere algún tipo de devolución, aunque lo maneja la jurisprudencia recordemos que la jurisprudencia es de carácter auxiliar y que en este momento mi representada no cuenta con ningún emolumento del aquí demandante. Sobre esa condena de los gastos de administración manifiesto que el inciso dos del artículo 20 de la ley 100 de 1993 indica que también en el RPM, se debe destinar un 3% de cotización a financiar gastos de administración, pensión de invalidez y sobreviviente, dichos gastos de administración no forman parte integral de la pensión vejez es decir no es un emolumento que le pertenezca al afiliado porque no financia dicha prestación por tanto no es dable generar ningún tipo de devolución de estas sumas, máxime cuando el demandante no está afiliado a mi representada. En concepto de la superintendencia también se ha estudiado este tema y se ha manifestado que cuando se genere o proceda una nulidad o una ineficacia de traslado las únicas sumas que se deben retornar son los aportes, los rendimientos de la cuenta de ahorro individual sin que proceda la prima previsional de seguros en consideración a que la aseguradora cumplió con el deber contractual de mantener la cobertura durante la vigencia de la póliza y tampoco procede una devolución de gastos de administración, generar esta devolución de gastos de administración para la demandada Colpensiones es lo mismo que generar un enriquecimiento sin causa a favor de la codemandada que en ningún momento genero la administración que si hizo mi representada durante el momento de la afiliación.

Por ultimo debo manifestar que en salvamentos de voto de la Corte, también en la sentencia SL3752, que mencioné en mis alegatos de clausura se indica que se debe generar un estudio válido de cada caso ya que estos son casos que eminentemente casuísticos que deben ser validados y resueltos no de forma genérica y en este caso señores magistrados tenemos a un demandante que conocía que podía retornar al RPM ya que este le convenía más tenemos que el demandante tenia serias contradicciones frente a su demanda con el interrogatorio de parte, que genero traslados horizontales, que permitió el descuento con destino al fondo privado y es por ello que solicito respetuosamente a los honorables magistrados se valide en caso en concreto, se revoque la sentencia y se absuelva a mi representada, su señoría muchas gracias.”

A su turno, PROTECCIÓN se aparta de la decisión proferida por el *a quo* únicamente en lo atinente a la orden impuesta a esa administradora de devolver las cuotas de administración y seguros previsionales. En ese orden, refiere, una condena que resulte congruente con el efecto que se persigue, sería, asumir que la afiliación del demandante en el RAIS nunca existió y, en consecuencia, no se han causado los rendimientos en su cuenta de ahorro individual ni cobros de gastos de administración ni seguro previsional y bajo ese panorama, trasladar a COLPENSIONES las cotizaciones íntegras pero conservando PROTECCIÓN los rendimientos de la cuenta o, seguir asumiendo que la afiliación del demandante al RAIS no existió pero que los rendimientos se generaron en los mismos términos que en prima media y por ende Colpensiones en su momento descontó lo correspondiente a gastos de administración o seguro previsional. En este último escenario, se trasladaría a Colpensiones el capital junto con los rendimientos pero conservándose por parte de PROTECCIÓN S.A. lo cobrado por gastos de administración seguros previsionales.

Conforme tales planteamientos, sugiere, una decisión en contrario, además de resultar incongruente, implicaría desconocer la función administrativa adelantada por la AFP y el cumplimiento de su obligación legal de adquirir seguros previsionales que cubrieran las eventuales contingencias por muerte o invalidez, además, constituiría un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES²

² “Muchas gracias señora juez de manera muy respetuosa me permito manifestar ante el despacho que me aparto de la decisión que acaba de ser proferida por el mismo y en consecuencia interponer recurso de apelación, señalando que este recurso se interpone de manera parcial y concretamente en contra de la disposición dictada de trasladar con destino a Colpensiones lo correspondiente a las cuotas de administración y seguro previsional, sustento mi recurso en los siguientes términos:

Es claro señores Magistrados que se pretende con la declaración más bien con el reconocimiento de la ineficacia del traslado de régimen del actor asumir o pretender que el demandante nunca estuvo afiliado al RAIS y en contraposición se mantuvo vinculado al RPM de manera ininterrumpida, sin solución de continuidad, siendo esto entonces lo pretendido debemos ubicarnos en uno de dos panoramas que nos permitan buscar una condena que resulte congruente en el efecto que se persigue. Ese primer panorama es asumir efectivamente que esa afiliación del demandante al RAIS nunca existió y en consecuencia no se han causado los rendimientos en su cuenta de ahorro individual, tampoco se ha generado un cobro de gastos de administración, ni mucho menos de seguro previsional, en este sentido habría lugar a trasladar con destino a Colpensiones las cotizaciones íntegras sin descuento por concepto de gastos de administración ni seguro previsional pero conservando por parte de Protección S.A por concepto de rendimientos en la cuenta de ahorro individual. O un segundo panorama seguir asumiendo que la afiliación del demandante al RAIS no existió pero que los rendimientos se hubieran generado en los mismos términos en Colpensiones, pero también teniendo en cuenta que en Colpensiones o en su momento el ISS hubiera descontado en su momento lo correspondiente a los gastos de administración o al seguro previsional, en este sentido hubiera lugar a trasladar a Colpensiones lo correspondiente al Capital junto los rendimientos pero conservando por parte de Protección S.A lo que se hubiere cobrado por conceptos de gastos de administración o seguro previsional, insisto señores magistrados que se plantean estos dos panoramas con la finalidad de obtener o de llegar a una condena congruente con el efecto que se persigue a través de la declaración o reconocimiento de la ineficacia, nótese además que trasladar con destino a Colpensiones estas sumas de dinero de manera conjunta implicaría primero desconocer la función que ha efectuado Protección S.A como administradora de los recursos que se han depositado en la cuenta del demandante y así mismo desconocer que Protección S.A

(Audiencia virtual concentrada artículos 77 y 80 del C.P.T. realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 1:46:31, CD folio 83, acta folios 84 a 85).

COLPENSIONES por su parte, señala, en autos no se dan los presupuestos legales ni jurisprudenciales para declarar la ineficacia, memorando, es deber del despacho analizar cada asunto de manera particular de cara a la aplicación de la doctrina probable.

Así pues, indica, aunque no está en discusión que el demandante se trasladó del RPM al RAIS, debe considerarse que este no es beneficiario del régimen de transición y suscribió el formulario de manera voluntaria, cumpliendo con los requisitos del Decreto 692 de 1994, vigente al momento del acto jurídico.

De otro lado, destaca, el actor haciendo uso del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 escogió el régimen pensional al cual quería estar afiliado y, menciona, en el 2019 cuando solicitó el retorno a COLPENSIONES ya se encontraba inmerso en la prohibición legal prevista en la Ley 797 de 2003.

Insiste, en el caso de marras no obra prueba alguna de la cual se acredite vicio del consentimiento y, si se tratara de un error sobre un punto de derecho, este no tiene la fuerza para invalidar los actos jurídicos celebrados con los fondos de pensionales.

Frente al deber de información que les asiste a las APF, asienta, esto no exoneraba al demandante de su obligación de concurrir debidamente ilustrado a la escogencia de su régimen pensional, de la cual dependían sus expectativas económicas y de plazo para acceder a la pensión de vejez ni lo sustraía de la aplicación de la ley para darle un tratamiento desigual, como si su capacidad para celebrar actos y contratos estuviera menguada frente a la definición de un acto de menor importancia.

cumplió con la obligación legal de adquirir seguros previsionales que puedan cubrir eventuales contingencias que se susciten por causa de muerte o invalidez por parte del demandante, así mismo ello podría llevar a Colpensiones a constituirse un enriquecimiento sin causa en tanto se acumularían trasladadas las sumas de dinero que incluso Colpensiones hubiese descontado por concepto de gastos de administración y seguro previsional, en este orden de ideas entonces habría lugar a las restituciones mutuas por parte del demandante y protección S.A así las cosas dejo sustentado mi recurso de apelación y ruego al honorable tribunal que sea modificada la decisión proferida por el despacho en los términos que acabo de mencionar, muchas gracias.”

Finalmente, alude a la descapitalización del sistema que se produce con la declaración injustificada de la ineficacia de la afiliación de una persona al RAIS³ (Audiencia virtual concentrada artículos 77 y 80 del C.P.T. realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 1:49:37, CD folio 83, acta folios 84 a 85).

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

³ “Gracias su señoría encontrándome dentro de la oportunidad procesal correspondiente me permito interponer recurso de apelación ante el honorable tribunal superior de Bogotá Sala laboral para que revoque en su totalidad la sentencia proferida por el operador judicial de primera instancia en el siguiente sentido:

Al establecer los diferentes elementos que obran en el proceso, el principio de la comunidad de la prueba en el marco normativo aplicable al momento del traslado como lo señala la jurisprudencia se colige que en el presente caso no se dan los supuestos legales ni jurisprudenciales para declarar la ineficacia por lo que hay lugar a absolver a mi representada. Me permito recordarles de manera respetuosa al honorable tribunal que es un deber inexorable de cada despacho analizar caso a caso los asuntos de ineficacia de traslado como quiera que no todos no resultan ser idénticos en supuestos facticos de cara a dar aplicación a la doctrina probable.

No está en discusión que el demandante se trasladó del RPM al RAIS, pues así se desprendió en el formulario de afiliación el cual fue aceptado en el interrogatorio de partes sometiendo su aspiración pensional a los requisitos y parámetros contenidos en la ley 100 de 1993, que no es beneficiario del régimen de transición por cuanto el 01 de abril contaba con 35 años de edad, que de igual manera suscribió el formulario de manera voluntaria, lo anterior permite concluir que el traslado cumple con los requisitos señalados en el artículo 11 del decreto 692 de 1994, norma vigente al momento del traslado que permitiría que la manifestación de voluntad se realizara en formatos pre impresos, no existe razón alguna para que las AFP negaran el traslado, estando obligados a rechazar una solicitud cuando la persona cumple con los requisitos para trasladarse.

Aunado lo anterior solicito se tenga en cuenta los siguiente argumentos jurídicos que sustentare de manera concisa, permitiéndome profundizarlos en el momento en que se me dé traslado conforme al decreto 806 del 2020. Afiliación voluntaria: el demandante haciendo uso del artículo 13 de la ley 100 de 1993 escogió por su propia voluntad el régimen en el cual quería estar afiliado para el año 2019 fecha en la cual solicito a Colpensiones su traslado contaba con 60 años, esto es se encontraba dentro de una prohibición legal conforme al artículo segundo de la ley 797 del 2003, la cual modifíco el artículo segundo de la ley 100 de 1993 , es preciso aclarar que la elección de un régimen pensional tiene por objeto una forma de financiar la pensión en un monto pensional. Sobre la prohibición legal: en el momento de las solicitudes del retorno al RPM el demandante se encontraba en una prohibición legal descrita en el artículo segundo de la ley 797 del 2003 el cual manifiesta que después de un año de vigencia de dicha ley el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad. Sobre no acreditar vicios del consentimiento: dentro del expediente no obra prueba alguna que demuestre que se está frente a un vicio del consentimiento consagrado en el artículo 1740 del código civil ya sea error, fuerza o dolo, ahora bien nos encontramos frente a un error sobre punto de derecho que no tiene fuerza legal para repercutir sobre la eficacia jurídica del acto jurídico celebrado entre el demandante y los fondos privados por no tratarse de un error dirimente o de un error nulidad que es por el que procedencia acepta la invalidez del acto y la condena, su anulación o rescisión judicial . Sobre el régimen de transición: así mismo tenemos que el señor a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 no contaba ni con la edad ni con el tiempo requerido, razón por la cual no fue beneficiario del régimen de transición referido en el artículo 36 de la mencionada ley ni contaba con una expectativa legítima, ni un derecho adquirido en el RPM. Sobre el deber de información si bien las AFP deben informar de manera suficientes a los actores, en este caso al demandante esto no lo exoneraba del deber de concurrir debidamente ilustrado a la escogencia de su régimen pensional , de la cual dependían sus expectativas económicas y de plazo para acceder a la prestación de vejez, como tampoco lo sustraía a la aplicación de la ley para darle un tratamiento desigual como su capacidad para celebrar actos y contratos estuviera menguada frente a la definición de un acto de la menor importancia . Por ultimo sobre la descapitalización del sistema la declaración injustificada de ineficacia del afiliado del régimen de ahorro individual al RPM del sistema general de pensiones y pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados, en este orden de ideas dejo sentado mi recurso de apelación para que sea el operador judicial de segunda instancia que revoque la sentencia aquí proferida, gracias.”

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante **LUIS JAVIER MARTÍNEZ TAMAYO** en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda (folios 4 a 5) las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (folios 2 a 4), aspirando se declare la ineficacia del traslado realizado el día 15 de febrero de 1999 a PORVENIR por falta de información, así como el posterior traslado realizado el 3 de septiembre de 2002 a PROTECCIÓN S.A. por la misma razón. En consecuencia se ordene a PROTECCIÓN trasladar a COLPENSIONES la totalidad del ahorro, bonos, frutos e intereses y a esta última, aceptar su traslado, realizar su afiliación al RPM y recibir los dineros provenientes del RAIS. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por el actor a PORVENIR, disponiendo a PROTECCIÓN, como actual administradora a la que se encuentra vinculado, devolver los saldos de la cuenta de ahorro individual al régimen de prima media con prestación definida, tales como aportes, cotizaciones, bonos pensionales incluyendo los rendimientos generados por estos, los dineros destinados a la garantía de pensión mínima y los gastos de administración últimos que deberán ser asumidos con cargo a sus propios recursos. Del mismo modo condenó a PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES los gastos de administración. Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada PORVENIR no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía con el demandante, al momento del traslado.

Pues bien, para resolver la controversia, es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002⁴.

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

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 9 de junio de 1959 (folio 15), por lo que la edad de 62 años, los cumplió el mismo día y mes del año 2021, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 16 de octubre de 2019 (folio 40), esto es, cuando le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad requerida para adquirir el derecho pensional -tenía 60 años-; de otra parte, se tiene, el actor no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con 214,86 semanas cotizadas (reporte de semanas cotizadas expedido por Colpensiones CD folio 61 e historia laboral válida para bono emitida por el Ministerio de Hacienda págs. 367 a 369 CD folio 88) equivalentes a 4.1 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 el actor a efectos de continuar válidamente vinculado al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el **15 de febrero de 1999** (folio 37, páginas 65 y 63-64 CD folio 65) específicamente conforme a la información consignada en el formulario de afiliación a PORVENIR S.A. y el reporte SIAFP expedido por ASOFONDOS.

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

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”.

En efecto, la jurisprudencia que sobre el particular ha dejado sentada la Corporación de cierre de esta jurisdicción, ha entendido que la expresión “*libre y voluntaria*” contenida en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, supone necesariamente el conocimiento, lo que sólo es posible alcanzar cuando se saben a conciencia las consecuencias de una decisión de esta envergadura. Frente al tema, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 12136, radicación No. 46.292 de 2014, enseñó:

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

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

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

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

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

En consecuencia, no solo es menester demostrar la existencia del traslado, sino que impone verificarse que este acto se produjo bajo el presupuesto de la libertad informada, pues de no cumplirse con dicho presupuesto, se incurriría en un vicio que invalidaría dicho acto jurídico, lo que trae como consecuencia o efecto retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido

jamás, es decir, con ineficacia ex tunc⁵, en los términos del artículo 1746 del Código Civil, ante la inexistencia de una norma distinta que de manera explícita regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico.

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

“(…)

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

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

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

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

Así pues, ha asentado reiteradamente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de justicia, que para el estudio de la procedencia de la ineficacia del traslado, se traslada la carga de la prueba quedando ésta en cabeza de las AFP, 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

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

regímenes pensionales. De igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

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

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

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

noviembre de 2011⁶, 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,

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 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

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 (…)

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

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

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

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

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen el demandante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, 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 demandante⁷ no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado al momento de la suscripción del formulario de afiliación, en tanto aseveró no haber tenido contacto alguno con asesores de PORVENIR y que el formulario de afiliación a esa administradora lo suscribió por sugerencia de su empleador quien le indicó a todos sus empleados en ese momento que era la mejor opción para administrar los aportes pensionales porque el seguro social se iba a acabar, manifestaciones que como bien lo advirtió el representante judicial de PORVENIR, resultan contradictorias con lo manifestado en los hechos 3 a 8 (folios 2 y 3), en los cuales indicó:

“(…)

3. El asesor del Fondo Privado Porvenir le señaló a mi poderdante que lo mejor para su futuro pensional era realizar el traslado al Régimen de Ahorro Individual.

4. El asesor del Fondo privado argumentó que el Instituto de los Seguros Sociales se iba a acabar por tener una grave crisis financiera, pues era de conocimiento público su mala administración.

5. El asesor señaló que la mesada pensional obtenida por el Fondo Privado iba a ser igual o mejor, pero nunca inferior a la que se podría obtener con el Régimen de prima Media con Prestación Definida.

6. El asesor del Fondo Privado señaló que las personas se podrían pensionar mucho más jóvenes que con el Régimen de Prima Media, nunca señalando que esto podría desmejorar el valor de su mesada pensional.

7. El asesor del Fondo Privado no le señaló a mi poderdante ni a las personas que estaban con él, que por estar casado su mesada pensional podría disminuir un poco.

8. Mi poderdante creyendo en la asesoría de Porvenir, el día 15 de febrero de 1999 firmó el formulario de vinculación con dicha entidad.

⁷ Audiencia virtual realizada el 17 de marzo de 2021, récord 18:54

(...)”

Al respecto, a más que las discordancias entre sus versiones no permiten dar credibilidad a su dicho, lo cierto es que no se obtuvo confesión alguna de la que se pudiera inferir que recibió la información completa por parte de la administradora de pensiones demandada PORVENIR al momento de firmar su traslado de régimen pensional, aun cuando en los términos de la jurisprudencia ampliamente transcrita era carga de esa AFP probar que cumplió a cabalidad con tal deber que le impone la ley.

Con todo, tales deficiencias en el aludido medio de prueba, y los cuestionamientos sin resolver entorno a la afiliación del convocante del litigio, esto es, si tuvo oportunidad o no de hablar con un asesor del fondo de pensiones PORVENIR al que se afilió, solo conllevan a acentuar la conclusión de que no se satisfizo el deber de información en la forma como se analizó de manera precedente por parte de la AFP, quien adicionalmente, no desplegó actividad probatoria para derruir las aseveraciones de quien convoca la acción y demostrar el cumplimiento de su deber como AFP del RAIS.

Valga anotar, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR (folio 37), este no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada (sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019) y, en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus*, pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que brillan por su ausencia en el plenario.

Respecto al comunicado de prensa (páginas 73 a 75, CD folio 65 contestación PORVENIR), 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 (15 de febrero de 1999, folio 37 y pág. 65 CD folio 65), 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.

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

Tampoco, incide el hecho que el demandante hubiese efectuado varios traslados entre AFP (págs. 63-64 CD folio 65) en tanto ello no conlleva a que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en el RAIS, máxime si se tiene en cuenta que si bien se trató de traslados los mismos fueron dentro del mismo régimen de ahorro individual, según se observa en el historial de vinculación. Frente al traslado a diversas AFP memórese el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia en sentencia de radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011, y más recientemente en la SL1004-2021 Rad. 72930 del 1° de marzo del 2021, última en la cual se indicó

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

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

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

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

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

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

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

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

[...]

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

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

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

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

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

En ese orden, la ineficacia del traslado de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado por parte de la administradora de pensiones PROTECCIÓN a la que se encuentra actualmente afiliado el actor, del saldo existente en su cuenta de ahorro individual 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, como lo dispuso el a quo, debiendo confirmar la sentencia de primer grado en este aspecto.

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

Asimismo, advierte la Sala, en relación con los argumentos de apelación de PROTECCIÓN y PORVENIR relacionados con los gastos de administración y el porcentaje dirigido a financiar las prestaciones por invalidez y sobrevivencia, resulta que estos surgen como consecuencia de la afiliación, y en ese orden, al declararse la ineficacia del traslado resulta claro que 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 y seguros 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 convocante, a Colpensiones, incluyendo, como ya se dijo, las sumas correspondientes a los gastos de administración y seguros previsionales.

Así fue consignado en sentencia SL 2914 del 22 de julio del 2020 de la CSJ Sala Laboral, que reitera la del 8 septiembre 2008, radicado 31989, en la cual se asentó:

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

[...]

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

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

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

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

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

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

“(…)

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

Aquí resulta pertinente acotar, de cara a la alzada propuesta por PORVENIR que el concepto No. 2019152169-003-000 del 15 de enero de 2020 emitido por la Superintendencia Financiera (páginas 76 a 82, CD folio 65) no resulta vinculante, y en todo caso, la determinación de devolver los gastos de administración y primas de seguros previsionales no resulta caprichoso, sino que, se itera, es consecuencia de la aplicación de los efectos de la declaratoria de ineficacia.

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por Colpensiones respecto de quien se surte el grado jurisdiccional de Consulta⁸ (pág. 31, Cd folio 61), basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por las encartadas, acogiendo

⁸ Se tuvo por contestada la demanda mediante auto del 10 de marzo de 2021, folio 66.

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

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

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

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

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

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

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

SIN COSTAS en esta instancia.

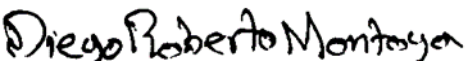
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 21 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

Exp. No. 23 2019 00435 01 MARIA LUCIA HERNANDEZ TORRES, RUBEN DARÍO GIRALDO GUTIERREZ y LUZ MARLEN BULA GUZMAN CONTRA CAPRECOM EICE EN LIQUIDACIÓN hoy FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. quien actúa como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo de Remanentes PAR CAPRECOM

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MARIA LUCIA HERNANDEZ TORRES, RUBEN DARÍO GIRALDO GUTIERREZ y LUZ MARLEN BULA GUZMAN CONTRA CAPRECOM EICE EN LIQUIDACIÓN hoy FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. quien actúa como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo de Remanentes PAR CAPRECOM (RAD. 23 2019 00435 01).

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintiuno (2021)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia únicamente por la parte demandante (folios 157 a 160), 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 a favor de la parte demandante de la sentencia proferida por el Juez Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 17 de marzo del 2021 (Cd. fl. 151, record 30:28, acta a folio 150), en la que se resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER a FIDUPREVISORA en su calidad de Administradora Del Patrimonio Autónomo De Remanentes CAPRECOM LIQUIDADA de las pretensiones incoadas por los demandantes MARIA LUCIA HERNANDEZ TORRES, RUBEN DARIO GIRALDO GUTIERREZ Y LUZ MARLEN BULA GUZMAN.

SEGUNDO: COSTAS a cargo de las demandantes.

TERCERO: De no ser apelada la presente sentencia, se ORDENA se surta grado jurisdiccional de CONSULTA de esta sentencia para que se revise la totalidad de la decisión a favor de los aquí demandantes, dadas las results del proceso son totalmente adversas a sus pretensiones.”

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 los demandantes dentro del presente juicio, las pretensiones relacionadas a folios 40 a 42, las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos narrados a folios 33 a 43, aspirando principalmente se declare que con el Acuerdo extra convencional del 7 de junio del 2013 las partes SINTRACAPRECOM y CAPRECOM acordaron adicionalmente en el literal a) un incremento salarial convencional de \$220.800 para los trabajadores oficiales hasta el nivel tecnológico y de \$200.000 para los trabajadores oficiales a partir del nivel profesional incluidos los jefes de departamento a partir del 1° de junio del 2013, el cual ha sido incumplido para los años 2014 y 2015 por cuanto para tales anualidades solo se incrementó la asignación básica mensual y las prestaciones legales y convencionales en los porcentajes del 2.94% para el año 2014 y el 4.66% para el 2015 y no en las sumas antes descritas, en consecuencia se condene a reconocer y pagar las diferencias que se presentaron por el no incremento salarial respecto de la asignación mensual y las prestaciones legales y convencionales, tales como prima de junio, prima de navidad, prima de servicios, vacaciones y prima de vacaciones, bonificación por servicios prestados, auxilio e intereses a las cesantías, quinquenios, bonificación por recreación, descanso especial del mes de diciembre, indemnización convencional, acorde con los incrementos y/o ajustes salariales pactados, como también el reajuste de los aportes a seguridad social en salud y pensiones, la indemnización moratoria, costas procesales y agencias en derecho e indexación de las sumas reconocidas. Igualmente en el escrito de reforma de la demanda (fl. 139) solicita el reconocimiento y pago de los derechos y prestaciones convencionales que habían sido suspendidos por los acuerdos extra convencionales del 12 de junio del 2003 y del 7 de junio del 2013 correspondientes al periodo comprendido entre el 12 de junio del 2013 al 28 de diciembre del 2015. **Obteniendo sentencia de primera instancia desfavorable a sus aspiraciones,** en tanto se absolvió a la demandada del pago de los incrementos salariales de los años 2014 y 2015, tras

considerar que si bien se acordó un valor por incrementos salariales en el acuerdo extra convencional ello lo fue solo para el año 2013 y no para años subsiguientes, por lo que Caprecom dio estricta aplicación a tal acuerdo. Frente a la pretensión incoada en la reforma de la demanda el juez guardó silencio.

De tal manera, previo a resolver el presente asunto por vía de Consulta, ha de advertirse, no es motivo de controversia que los demandantes estuvieron vinculados como trabajadores oficiales en la CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES así:

- LUZ MARLEN BULA GUZMAN del 14 de diciembre del 2012 al 30 de abril del 2016. (fl. 103).
- MARIA LUCIA HERNANDEZ TORRES del 18 de febrero de 1991 al 30 de abril del 2016 (fl. 119).
- RUBEN DARIO GIRALDO GUTIERREZ del 1° de octubre del 2013 al 30 de abril del 2016 (fl. 129).

Precisando la relación laboral de los mismos terminó por mutuo acuerdo por acogimiento del plan de retiro ofrecido por la entidad, conforme se advierte de las documentales de folios 107, 124 y 135.

Así las cosas, se tiene que el problema jurídico del presente asunto se circunscribe a determinar si resulta viable el incremento salarial para los años 2014 y 2015 señalados en el literal a) del Acuerdo Extraconvencional del 7 de junio del 2013, como también el reconocimiento retroactivo de los derechos y prestaciones convencionales que habían sido suspendidos por los Acuerdos del 12 de junio del 2003 y 7 de junio del 2013.

En este orden de ideas y en punto a los incrementos salariales se tiene que el citado Acuerdo Extraconvencional del 7 de junio del 2013 estableció (Ver folio 164 vto impreso para mayor claridad del Cd. obrante a folio 30):

- a) *A partir del 1 de junio del 2013, un incremento salarial de \$220.800, para los Trabajadores Oficiales hasta el nivel de Tecnólogo y de \$200.000 para los trabajadores Oficiales a partir del nivel profesional incluidos los Jefes de Departamento.*

- b) *Dejar sin efecto la suspensión acordada el 12 de junio de 2003 del artículo 26 de la Convención Colectiva. En consecuencia el beneficio de este artículo se reactiva a partir del presente año.*

Conforme a lo anterior se tiene entonces que dando una interpretación a la norma convencional aquí peticionada, en la que si bien se indica que a partir del 1° de junio del 2013 se hará dicho incremento salarial en las sumas de \$220.800 y de \$200.000, lo cierto es que para ésta Sala de decisión en dicha estipulación no se señaló en qué fecha se tenían que realizar tales incrementos, es decir, si debía ser en junio de todos los años subsiguientes o de manera mensual, sin que tampoco se advierta sí para el año 2013 ese incremento se pagó a los demandantes por una sola vez o mensual al no allegarse las planillas de pago o los comprobantes de nómina con los cuales se pudiera verificar la forma en que dio cumplimiento a lo establecido en el Acuerdo Extraconvencional, no siendo dable proferir condena frente a éste punto.

De otra parte, y en cuanto al reconocimiento de los derechos y prestaciones suspendidos, ha de precisarse los Acuerdos Extraconvencionales del 2003 y 2013 fueron expedidos en razón a *“que los costos fijos de Caprecom superaban ampliamente la capacidad de ingresos y las necesidades de la empresa, así como imposibilitaban el equilibrio financiero y la viabilidad de sus negocios”* (fl. 171 vto Aportado en medio magnético fl. 30).

Así las cosas, resulta pertinente traer a colación lo que el Acuerdo del año 2003 estableció en su numeral octavo (fl. 174):

“Las partes acuerdan que en caso de la no viabilización de la entidad en los términos del presente acuerdo extraconvencional, y se determine por parte del gobierno su fusión o liquidación, la convención colectiva conservará su vigencia y el acuerdo extraconvencional quedará sin aplicación”

Igualmente, se observa que en el Acuerdo Extraconvencional de 2013 el sindicato y la empresa CAPRECOM acordaron ampliar la vigencia por 5 años más del Acuerdo Extraconvencional del año 2003, reiterando en el parágrafo (fl. 164) el numeral 8 del Acuerdo Extraconvencional de 2003.

Conforme a lo anterior, lo que se evidencia por parte de esta Corporación es que en los Acuerdos extraconvencionales atrás mencionados, se estableció fue una condición suspensiva, esto es, que la no vigencia de los beneficios colectivos

cesaría con la apertura del proceso liquidatorio de la entidad, lo cual en efecto se cumplió a partir de la expedición del Decreto 2519 del 28 de diciembre del 2015 fecha a partir de la cual recobraron vigencia los derechos convencionales suspendidos y es a partir de ese momento que se hacen exigibles.

Advirtiéndose si bien dichos Acuerdos extraconvencionales perdieron su aplicabilidad, lo cierto es que allí en manera alguna como lo pretende hacer ver el extremo demandante se contempló la retroactividad como un efecto derivado de la liquidación de la entidad y en esa medida se itera los derechos convencionales suspendidos, se hicieron exigibles fue a partir del 28 de diciembre del 2015 (fecha de liquidación de la entidad) y hacia futuro hasta la terminación de la relación laboral, lo cual demuestra que el espíritu de los acuerdos fue la irretroactividad.

Tampoco existe prueba adicional donde se avizore que el querer del sindicato fuera el que las prestaciones convencionales se pagaran de forma retroactiva, por el contrario de las documentales allegadas, la interpretación que surge es que la reactivación de prestaciones sería a futuro, y ello resulta lógico, teniendo en cuenta la situación financiera por la cual atravesaba Caprecom para el 2003 y que fue la que generó su liquidación, inferencia que realiza esta Sala bajo las reglas de la sana crítica, pues recuérdese que la decisión se funda en la libre formación del convencimiento del fallador (artículo 61 del C.P.L.) sin que existan tarifas probatorias o pruebas irrefutables.

Precisándose en punto al reconocimiento de los derechos convencionales suspendidos, ésta Sala de decisión ya se pronunció con idénticas consideraciones a las aquí expuestas en los procesos Nos. 21 2017 00349 01 y 17 2016 00644 01 con ponencia del H. Magistrado Dr. Diego Fernando Guerrero Osejo.

De acuerdo a las anteriores consideraciones, se agota la competencia del Tribunal y habiéndose arribado a las mismas conclusiones absolutorias, se confirmará el fallo de primer grado.

SIN COSTAS en este grado jurisdiccional.

Exp. No. 23 2019 00435 01 MARIA LUCIA HERNANDEZ TORRES, RUBEN DARÍO GIRALDO GUTIERREZ y LUZ MARLEN BULA GUZMAN CONTRA CAPRECOM EICE EN LIQUIDACIÓN hoy FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. quien actúa como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo de Remanentes PAR CAPRECOM

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,

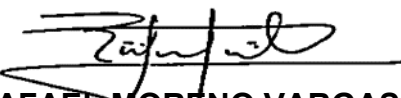
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juez 23 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las motivaciones precedentemente expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en este grado jurisdiccional.

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 JUAN MIGUEL
MARTÍNEZ CAMPOS CONTRA CONSORCIO EXPRESS S.A.S. (RAD. 23 2020
00 100 01).**

Bogotá D.C., treinta (30) de junio dos mil veintiuno (2021)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia únicamente por la parte demandada (fls. 112 a 115), 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 ocasión del recurso de apelación interpuesto la apoderada de la parte demandante, contra la sentencia proferida por el Juez Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 24 de marzo del 2020 (Cd fl. 86, record 23:07, acta a folio 85), en la que se resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER a la demandada Consorcio Express de las pretensiones incoadas por el señor demandante JUAN MIGUEL MARTINEZ CAMPO.

SEGUNDO: COSTAS a cargo del señor demandante y a favor de la demandada.

TERCERO: De no ser apelada la sentencia se ordena se surta grado jurisdiccional de CONSULTA para que se revise la totalidad de la decisión, teniendo en cuenta que la decisión es totalmente adversa las pretensiones de la demanda, lo anterior si no es apelada la sentencia.”

Inconforme con la decisión la apoderada del demandante interpuso recurso de apelación solicitando se revoque la sentencia de primera instancia, por cuanto, considera no existe una justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo ya que los motivos expresados por la accionada lo que demuestran es que la orden recibida por el demandante no fue clara y precisa, lo cual llevó a un error de comunicación entre éste y su jefe directo Raúl Cortes y por ende en el actuar del

accionante, pues el señor Raúl Cortes le escribió al WhatsApp el 15 de febrero del 2019 lo siguiente *“Z104157 no sacar a rodar hasta dar indicación la pareja de este móvil , entregar el otro mientras tanto para que ruede en tablas”* y en esa medida Juan Miguel Martínez detuvo el móvil Z104157, pero no fue claro en que el móvil no debía salir a transitar los días siguientes ya que la orden que se interpretó fue que el móvil no podía salir solo el 15 de febrero, sin que se entendiera que para los días siguientes existía una orden similar lo cual trajo el problema de interpretación a la misma.

Señala que una orden que paralice el funcionamiento de un vehículo debe ser muy clara porque de lo contrario implicaría que haya un incumplimiento en las obligaciones por la gravedad de las consecuencias de la inmovilización, precisando tal orden debe ser replicada por otros medios diferentes como por ejemplo enviar correos electrónicos al centro de Transmilenio y al centro de operaciones del Consorcio express lo cual no se presentó en este caso.

Considera no estar el actor ante un delito por la ejecución de sus funciones ni en presencia de un acto inmoral, en tanto nunca hubo un incumplimiento por parte del señor Juan Miguel Martínez, sino una falta de claridad en la orden dada por el señor Raúl Cortes para inmovilizar el vehículo Z104157, asegurando para que se señale que hubo incumplimiento debe demostrarse que al menos debieron existir tres requerimientos lo cual no se presentó en este caso.

Finalmente aduce, en el transcurso del proceso disciplinario no se hizo una tipificación provisional de los cargos imputados, advirtiendo para garantizar el derecho de la defensa en el procedimiento disciplinario laboral se debe en el escrito que cita a descargos expresar claramente los cargos porque de lo contrario se vulnera el debido proceso, señalando en el escrito donde se cita al demandante a presentar descargos por parte de consorcio express no se señala ningún tipo de calificación de las faltas disciplinarias lo cual solamente se viene a realizar al momento de interponer las sanciones correspondientes¹. (Cd folio 86, record 23:45)

¹ “Su señoría interpongo recurso de apelación sobre la sentencia proferida por su despacho de acuerdo a los siguientes aspectos:

En el presente caso no existe una justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo ya que los motivos expresados por consorcio express demuestran que lo que recibió el señor Juan Miguel Martínez fue una orden que no fue clara y precisa lo cual conllevó a un error de comunicación entre él y su jefe directo el señor Raúl Cortes se debe señalar cuales fueron las causales esgrimidas por el empleador Consorcio Express que son las

señaladas en el numeral 2.5 del numeral a del artículo séptimo del decreto 2661 de 1965 el cual modifica el artículo 62 del CST, “todo acto de injuria (sic) indisciplina que incurra el trabajador en sus labores contra el empleador los miembros de su familia el personal directivo de sus compañeros de trabajo”. En el inciso cinco “todo acto inhumano o delictuoso que el trabajador cometa en el taller establecimiento o lugar de trabajo o en el despacho de sus labores” se debe partir de las funciones que tiene el señor Juan Miguel Martínez es lo siguiente “Orientar la adecuada asignación de operadores a buses” Segundo “Asignar los buses a los servicios programados de las rutas establecidas en ese orden” Tercero “ Entregar cierre de turno” Cuarto “ registrar y reportar las novedades presentadas por operadores que afectan la prestación del servicio” Quinto “ recibir las novedades de vehículos y gestionar la retoma de los servicios” Sexto “ gestionar las solicitudes de atención en la vida” Séptimo “Realizar seguimiento de control” Octavo “las demás asignadas por su jefe inmediato” así la principal función de la asignación de los buses a los servicios programados para las rutas establecidas, lo cual quiere decir que los buses aptos para el servicio se deben asignar en las rutas correspondientes.

Frente a lo señalado en el numeral dos como se expresó en el testimonio del señor Juan David Carmona se hace referencia a indisciplina por parte del trabajador por poner a circular un vehículo, lo cual no puede hacerlo, pero como quedó demostrado en el transcurso del proceso la orden que recibió el señor Juan Miguel Martínez no fue clara, precisa dada la confusión lo que conllevó a error por parte de mi mandante, como quedo expresado por el señor Raúl Cortes le escribió al WhatsApp el 15 de febrero del 2019 lo siguiente “Z104157 no sacar a rodar hasta dar indicación la pareja de este móvil , entregar el otro mientras tanto para que ruede en tablas” Como quedó demostrado en su calidad de facilitador el señor Juan Miguel Martínez detuvo el móvil z104157. Ahora no fue claro que el móvil no debía salir a transitar los días siguientes ya que en la orden se interpretó que el móvil solo podía salir el 15 de febrero, para los días siguientes no existía una orden similar lo cual trajo el problema de interpretación a la misma. Como quedo probado en el testimonio del señor Jimmy Alexander Daza Tarquino es un comportamiento muy grave no poder a circular un vehículo que está en situación de operativo y activo, una orden que paralice una el funcionamiento de un vehículo debe ser muy clara porque de lo contrario implica que haya un incumplimiento en sus obligaciones por la gravedad de las consecuencias de inmovilizar el vehículo esta debe ser replicada por otros medios diferentes como enviar correos electrónicos al centro de Transmilenio y al centro de operaciones del Consorcio express lo cual no se presentó en este caso en específico.

Frente al numeral cinco de acuerdo a lo expresado en el testimonio del señor Julián David Cardona Granda fue porque el señor Juan Miguel Martínez dio respuestas a la realidad por lo que la terminación del contrato se termina por esa causal, debe tenerse en cuenta que dicha causal solamente puede utilizarse en caso de que se haya cometido un delito en ejecución de las funciones señaladas en el contrato de trabajo, en el presente caso no estamos en presencia de un delito ya que después del (sic) José Miguel Martínez ser certificado como tal por la justicia penal, por lo que la conducta no se enmarca en esta causa, tampoco estamos en presencia de un acto inhumano ya que el comportamiento no reúnen los requisitos señalados en la sentencia C-123 de 2014 la cual menciona lo siguiente “la facultad de terminar el contrato de trabajo por justa causa por base en el acto inhumano debe enmarcarse en lo dispuesto en la ley para el caso deben aplicarse criterios como los señalados en la jurisprudencia ya citada sobre la aplicación de conceptos indeterminados en el sentido de que primero dicho concepto debe entenderse como moral social y debe producir una desaprobación objetiva de acuerdo con los parámetros axiológicos aceptados por la sociedad, lo que incluye un reproche subjetivo, crítico o intolerante y segundo la realización del acto inhumano debe darse en el lugar de trabajo de la ejecución de las labores y el normas desarrollo de las funciones en la empresa, es decir dicho acto debe trascender la esfera privada y del interés particular a un ámbito laboral de derechos de terceros y la convivencia digna y respetuosa que debe guiar las declaraciones del trabajo de conformidad con los dispuesto en la constitución y la ley en caso que se haya señalado los asuntos contrarios a la realidad no se reúnen los requisitos expresados por la sentencia”.

Por último, en caso que el argumento sea haber incumplido las obligaciones señaladas en el contrato de trabajo señaladas en el numeral uno del artículo 58 del CST ya que como se expresó nunca hubo un incumplimiento por parte del señor Juan Miguel Martínez, sino que fue una falta de claridad en la orden dada por el señor Raúl Cortes lo cual muestra que la orden de inmovilizar el vehículo Z104157 No fue del todo clara, en ese caso que se señale que hubo incumplimiento debe demostrarse que al menos debieron existir tres requerimientos lo cual no se presentó en este caso.

También como quedó demostrado en el transcurso del proceso disciplinario, no se hizo una tipificación provisional ya que no contiene en el documento lo señalado en la sentencia C.093 del 2014 el cual expresa como requisito del proceso disciplinario laboral lo siguiente “la formulación de los cargos imputados que pueden ser verbal o escrita siempre y cuando en ella conste de manera clara y precisa las conductas las faltas disciplinarias a que esas conductas dan lugar y la calificación provisional de las conductas como faltas disciplinarias”, para garantizar el derecho de la defensa en el procedimiento disciplinario laboral en el escrito que cita a descargos debe expresar claramente los cargos porque de lo contrario se vulnera el debido proceso. En el presente caso en el escrito donde se cita presentar descargos por parte de consorcio express no se señala ningún tipo de calificación de las faltas disciplinarias lo cual solamente se viene a realizar al

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante JUAN MIGUEL MARTÍNEZ CAMPOS en este proceso, los relacionados en el acápite de pretensiones consignadas en la demanda a folios 5 y 6, los cuales encuentran sustento en los hechos relatados a folios 2 a 5, solicitando de manera principal se condene al reintegro en el cargo de que venía desempeñando, por haber sido despedido cuando se encontraba amparado por el fuero circunstancial en su calidad de miembro del Sindicato de Trabajadores de SINALTRANSCOP, en consecuencia ordenar el pago de los salarios causados desde el día que ocurrió el despido y hasta la fecha en que se efectúe el reintegro a título de indemnización, costas del proceso incluyendo agencias en derecho, condenas *ultra y extra petita*. En subsidio solicita el pago de \$5.877.537 correspondiente a la indemnización por despido injusto. **Obteniendo sentencia desfavorable a sus aspiraciones** por cuanto se absolvió a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra, lo anterior, tras considerar el juez de primer grado, en primer lugar, si bien, el actor estaba cobijado por el fuero circunstancial por cuanto al momento de terminación de la relación laboral la organización sindical a la cual estaba afiliado el demandante, se encontraba vigente una negociación colectiva, lo cierto es que la demandada acreditó la justa causa invocada como causal del finiquito del vínculo con el actor, sustentada en una falta a sus obligaciones contractuales y al reglamento de trabajo, calificada como grave, consistente en el no acatamiento de las directrices u órdenes dadas por su superior..

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

Así las cosas, previo a analizar de fondo los motivos expuestos en la alzada, es menester precisar, no fue motivo de controversia la existencia de la relación

momento de interponer las sanciones correspondientes, por lo anterior solicito lo siguiente: revocar la sentencia de primera instancia antes señalada y segundo en lugar de acceder a las pretensiones con base en los argumentos expuestos.”

laboral entre las partes, a través de un contrato de trabajo a término indefinido el cual inició el 22 de octubre del 2014 y finalizó por decisión unilateral del empleador el 11 de abril del 2019, circunstancias que además de no ser objeto de apelación, se constatan con la copia del contrato visible a folios 23 y 24 y la misiva del despido obrante en el Cd. de folio 86.

De igual forma, tampoco se discute que al momento del despido el trabajador se encontraba amparado por el fuero circunstancial en virtud del conflicto colectivo vigente entre el CONSORCIO EXPRESS S.A.S. y el sindicato SINALTRANSCOP, último al cual se encontraba afiliado el demandante (ver fl. 28), pues así lo estableció el Juez de primer grado en sus consideraciones, sin que ello fuera objeto de reproche ante esta instancia.

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

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

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

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

De tal suerte, como se anunció al inicio, no existe controversia en cuanto a que la relación laboral fue terminada de manera unilateral por parte de la demandada, en comunicación calendada del 11 de abril del 2019 (fls. 108 y 109 impresas del Cd de fl. 86), misiva en la que se señaló como causas del despido las siguientes:

“Me permito informarle la decisión de la Compañía de terminar su contrato de trabajo de forma unilateral y con justa causa, decisión que se hará efectiva hoy once (11) de abril de 2019, teniendo en cuenta para tal efecto los hechos que a continuación se señalan y que motivan esta decisión:

1. La Empresa tuvo conocimiento que el día quince (15) de febrero de 2019 a las 13:28 horas se remitió mensaje de WhatsApp por parte del Coordinador Raúl Alfredo Cortés Rodríguez al celular corporativo asignado por la Empresa para uso dentro de los turnos de trabajo asignados a los Facilitadores de Operaciones del COP 191. En dicho mensaje de texto que se envió al celular corporativo que estaba a su cargo en fecha quince (15) de Febrero de 2.019 - habida cuenta de que por un tema de calamidad doméstica, Usted estaba cubriendo el turno asignado al Facilitador de Operaciones Nicolas García -, se le impartió indicación expresa para que el móvil de propiedad de la Empresa identificado con el código interno Z10 4157, no fuera asignado para efectuar servicios, toda vez que la Empresa estaba a la parte de Transmilenio S.A un documento a través del cual se autorizara la espera de que se expidiera por operatividad del móvil Z10 4157. No obstante lo anterior, y a pesar no contaba con dicha autorización, la instrucción impartida por señor Cortés Rodríguez fue incumplida, toda vez que Usted de manera absolutamente negligente e irresponsable, omitió efectuar el registro de dicha novedad dentro del turno de trabajo que estaba cumpliendo en fecha 15 de Febrero de 2.109, pese a que había recibido una instrucción expresa sobre el particular. Como consecuencia de su conducta omisiva, el móvil Z10 4157 fue asignado para efectuar servicios los días 16, 19, 20 y 21 de febrero de 2019, incurriendo la Empresa en graves incumplimientos contractuales con el Ente Gestor, conllevando a la inmovilización del móvil Z10 4157 de que la Empresa en fecha 22 de Febrero de 2.019, lo cual trajo consigo graves perjuicios económicos para la Compañía.

2. Los hechos anteriormente descritos fueron objeto de investigación mediante diligencia de descargos y ampliación de los mismo, los cuales fueron celebrados en fechas 06 de marzo y 18 de marzo de 2.019 respectivamente, donde Usted tuvo la posibilidad de manifestarse al respecto, conocer y controvertir las pruebas existentes y aportar las que considerase necesarias, garantizándosele plenamente su derecho a la defensa y al debido proceso. En tal sentido, se le recuerda que en el proceso disciplinario se tuvieron en cuenta las siguientes pruebas:

- Dos (2) Pantallazos de la instrucción de no sacar a rodar el móvil Z10-4157.*
- Programación a usted asignada los días 16, 19, 20 y 21 de febrero de 2019.*
- Nota de inoperatividad actual del móvil en mención con fecha 22 de febrero de 2019.*
- Informe diario de excepciones Móvil Z10 4157 días 16, 19, 20 y 21 de febrero de 2019.*
- Registro biométrico del día 15 de febrero de 2019.*
- Reporte de inicio de turno del día 15 de febrero de 2019.*
- Registro de Sico con su usuario personal en turno.”*

(...)

(...) para la Empresa resulta absolutamente claro e incontrovertible que Usted tenía la responsabilidad de registrar la novedad impartida por el Coordinador Raúl Alfredo Cortés Rodríguez respecto al móvil Z10 4157, ya que de acuerdo al pantallazo que se adjuntó como prueba dentro de la citación a descargos que le fue notificada a Usted en fecha 04 de marzo de 2019, la instrucción emitida por el señor Cortes Rodríguez a través del grupo de WhatsApp denominado Asignación y Manto 191_n, fue enviada a las 13:28 del día 15 de febrero de 2019, Lo anterior, (sic) manera inequívoca que Usted era el responsable del celular corporativo asignado por la Empresa al cual llegó el mensaje de WhatsApp ya referido, y, por lo tanto, tenía pleno conocimiento de la novedad de no asignar el móvil Z104157 para servicios, debiendo garantizar el cumplimiento de dicha instrucción.

(...)

(...) Con base en lo expuesto anteriormente, resulta claro para la Empresa que de haber Usted cumplido con diligencia sus funciones como Facilitador de Operaciones, se habría cumplido la instrucción impartida de no asignar el móvil Z10 4157 para la prestación de servicios, y de esta forma se habrá evitado no solo la inmovilización de dicho móvil a partir del día 22 de febrero de 2019, sino las pérdidas económicas significativas, los atrasos operativos y el incumplimiento de acuerdos y compromisos establecidos con los encargados de auditar la gestión operativa de la Compañía.

(...)

4. De conformidad con el artículo 43 del Reglamento Interno de Trabajo de la compañía, son obligaciones especiales de los trabajadores, estipula en su numeral 22, "Observar y cumplir con suma diligencia y cuidado las órdenes e instrucciones sobre el manejo de vehículos automotores, maquinas, herramientas, materias primas y demás bienes de la empresa o de sus clientes, a fin de evitar accidentes, daños y pérdidas de cualquier naturaleza para la empresa" precepto que fue vulnerado por usted y que como consecuencia, generó graves perjuicios económicos y operativos para la Compañía.

5. Así las cosas, su conducta deja en evidencia su grave falta frente al cumplimiento de las normas y procedimientos establecidos por la Empresa para el desarrollo de su cargo como Facilitador de Operaciones, situación que no puede ser aceptada por la misma.

6. Por todo esto, la Empresa ha perdido la confianza depositada en Usted como trabajador, lo cual hace incompatible su presencia en la Organización. La anterior situación conlleva a que se dé por terminado su contrato de trabajo de manera unilateral y con justa causa de conformidad con los numerales 2º y 5º del literal a) del artículo 7º del Decreto ley 2351 de 1965, norma que subrogó al artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, y el numeral 1º del artículo 58 del mismo estatuto.

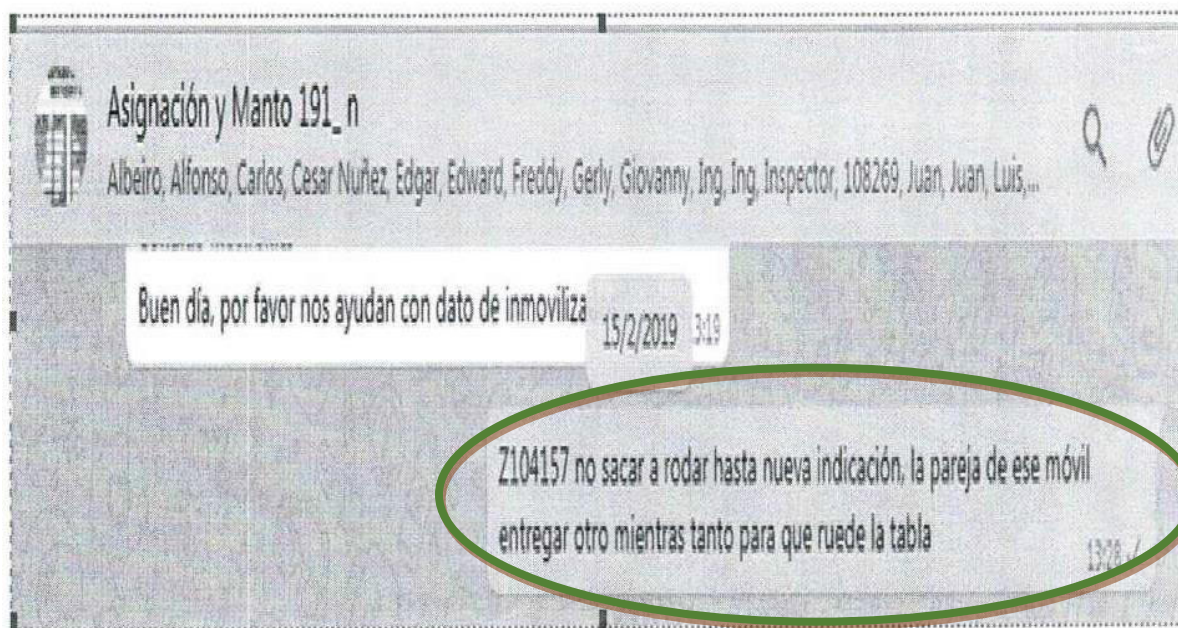
En este sentido, le informamos que la liquidación final de acreencias laborales se encuentra a su disposición.

En caso de no estar de acuerdo con la decisión usted podrá solicitar de forma escrita revisión de la misma dentro de un (1) día hábil siguiente a la notificación ante la Gerencia de Relaciones Laborales. La petición de revisión o aclaración no suspende la aplicación de la decisión de despido."

En ese orden, frente a la causal invocada en la misiva de despido, se advierte, en la diligencia de descargos rendida por JUAN MIGUEL MARTÍNEZ CAMPOS el 6 marzo del 2019 (folios 104 vto a 106 vto), se requiere al trabajador con relación a

la instrucción dada el 15 de febrero del 2019 por medio del *WhatsApp* del celular corporativo donde se indica que el móvil Z104157 no podía ser asignado para operar hasta nueva indicación. Allí, se ponen de presente las posibles faltas en que incurrió el trabajador, tales como el incumplimiento a sus obligaciones de acatar las instrucciones dadas por sus superiores, señaladas tanto en el reglamento interno de trabajo como en el manual de funciones establecidas por la compañía, diligencia en la que al actor desconoció los hechos a él endilgados, pues por ejemplo en la respuesta a la pregunta No. 5 de la ampliación de descargos al preguntársele si el día 15 de febrero del 2019 recibió el mensaje de instrucción “Z104157 no sacar a rodar hasta nueva indicación la pareja de ese móvil entregar otro mientras tanto para que ruede la tabla”, expresó: “... es un équido asignado a la operación mas no a mi directamente, que el mensaje se haya enviado es una cosa, que yo lo haya recibido y haya confirmación de ello es diferente” (ver fl. 108)

Así las cosas, en torno al punto de la forma en que se llegó a la determinación de la finalización del contrato de trabajo del accionante, se aportó por el extremo demandado el pantallazo del mensaje de la instrucción de no sacar a rodar el móvil Z104157, el cual le fue puesto de presente al actor desde la misma citación a descargos (ver fl. 102 y 102 vto) y que se visualiza así:



Nótese que dicho mensaje enviado por *WhatsApp* no fue desconocido por el actor en tanto en el interrogatorio de parte por éste rendido, en el minuto 19:16 señaló:

“a la 1:28 el señor Cortes envía un mensaje de WhatsApp diciendo el móvil Z104157 queda con restricción”, refiriendo el señor Raúl Cortes era quien fungía como su jefe inmediato en el cargo de Coordinador de Operaciones, de igual manera en el hecho 1.25 de la demanda se expresa “El día 15 de febrero del 2019, mediante el grupo WhatsApp llamado Asignación y Manto 192_n, a las 13:28 pm dan la instrucción Z104157 no sacar a rodar hasta nueva indicación, la pareja de ese móvil entregar otro mientras tanto para que ruede la tabla” (fl. 4).

De esta manera y atendiendo a que el promotor del litigio lo que discute en su apelación es que dicha orden no fue clara ni precisa y que por ende el vehículo al día siguiente de la instrucción continuó su operación, se ha determinar si dicha circunstancia configura o no la justa causa del despido, advirtiéndose desde ya el accionante aceptó en su interrogatorio haber recibido el mensaje donde se le indicaba tal instrucción de restricción.

Así las cosas, contrario a lo referido por la apelante en el presente asunto, para esta Sala de decisión no se trata de un error de interpretación del mensaje, pues como ya se vio el demandante era conocedor que el móvil Z104157 tenía una restricción y por ende era su deber como FACILITADOR DE OPERACIONES darle cumplimiento a lo indicado, transmitiéndola a sus demás compañeros de turno o registrándola en el sistema que la accionada tuviera para ello, en aras de que ese vehículo no operara sino hasta nueva orden.

Nótese que el mensaje textual dice “NO SACAR A RODAR HASTA NUEVA INDICACIÓN”, de modo que no puede admitirse ninguna interpretación a dicha orden, ni mucho menos ha de entenderse que con ese mensaje se le estuviera informando al accionante que la restricción solo operaría para el día 15 de febrero del 2019, como se hace ver en la impugnación, pues se itera la orden era “HASTA NUEVA INDICACIÓN”.

En este orden de ideas, y al evidenciarse que en efecto el señor MARTÍNEZ CAMPOS incumplió las funciones de su cargo, pues no registró la orden dada por su superior lo que generó que el vehículo fuera asignado para efectuar servicios los días 16, 19, 20 y 21 de febrero de 2019 –como se señala en la misiva de terminación-, cuando se encontraba con una restricción, debe tenerse en cuenta que en la **cláusula séptima** del contrato de trabajo (fl. 24) se establecieron, como obligaciones especiales del trabajador, entre otras las siguientes:

*“d) Reportar cualquier clase de incidente dentro o fuera del vehículo al Centro de Control de la Empresa; reportar los problemas que afecten la seguridad la seguridad del sistema o la calidad del servicio; **reportar cualquier inconveniente en la operación.***

(...)

g) Las demás funciones inherentes al cargo que le sean asignadas por el jefe inmediato.

El incumplimiento de esta obligación se califica como falta grave.”

Además, en la **cláusula novena** (fl. 24) de dicho acuerdo contractual se pactó:

“NOVENA.- Son justas causas para poner término a este contrato, unilateralmente, las enumeradas en el Artículo 7 del Decreto 2351/65, y además las siguientes faltas que para el efecto se califican como graves:

(...)

i) El no cumplimiento de las órdenes e instrucciones impartidas durante la ejecución de sus funciones;

Así las cosas, en consonancia con la prueba analizada, a juicio de esta Sala los hechos atribuidos al demandante como causal de terminación del contrato de trabajo se encuentran acreditados, pues lo que acaeció en el sub lite de aceptar el actor haber recibido la instrucción de su superior de efectuar restricción al vehículo Z104157, pero no informarla o registrarla para que fuera conocida por los demás compañeros de turno y entender que únicamente tal orden se dirigía para el día 15 de febrero del 2019, cuando el mensaje no admite interpretación por ser claro y preciso en cuanto a que NO se podía sacar a rodar HASTA NUEVA INDICACIÓN, constituye una negligencia o descuido en su actuar que no se puede justificar en un error humano o de interpretación como se dice en la alzada, lo que se traduce en el incumplimiento por parte del actor a las órdenes e instrucciones que de manera particular le impartió la empresa a través de su jefe directo, cuyo actuar fue catalogado como falta grave en el contrato de trabajo.

En ese orden, en los términos del numeral 6 del artículo 62 del estatuto adjetivo laboral, constituye una justa causa para despedir, si se tiene en cuenta, además, es a través del contrato de trabajo que se califica dicha conducta como grave.

En este punto, debe decirse, el juez laboral está eximido de calificar nuevamente la gravedad de la falta cometida por el trabajador, pues ya se ha establecido tal carácter en el contrato de trabajo y en el reglamento interno de trabajo, debiendo

simplemente determinarse si los hechos realmente configuran la falta grave atribuida³, tal y como acaeció en autos. Así mismo, valga advertir, es indiferente para la configuración de la justa causa, el que con la comisión de la conducta se haya o no producido un perjuicio o daño al empleador, pues basta con que esta se encuentre calificada por las partes como grave, como aquí aconteció. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia 38855 del 28 de agosto de 2012, expuso:

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

Es importante agregar, para que se configure la falta grave o grave negligencia, no se requiere que efectivamente se haya ocasionado un daño, perjuicio o beneficio para el empleador, señalando además, la grave negligencia no se encuentra condicionada al “*animus nocendi*” (intención de causar daño) del trabajador, por lo que cumplidos los presupuestos de gravedad objetiva de la violación legal o previa calificación de la misma, puede sobrevenir lícitamente la extinción del nexo jurídico-laboral a causa de negligencia o descuido culposo y no necesariamente por dolo del infractor⁴.

³ Al tema puede consultarse la Sala de Casación Laboral en Sentencia de radicado 4005 de 31 de enero de 1991 “... la calificación de la gravedad de la falta corresponde a los pactos, convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos en los que se estipulan esas infracciones con dicho calificativo. Por ello, cualquier incumplimiento que se establezca en aquellos, implica una violación de lo dispuesto en esos actos, que, si se califican en ellos de grave, constituye justa causa para fenecer el contrato; no puede, entonces, el juez unipersonal o colegiado, entrar de nuevo a declarar la gravedad o no de la falta. Lo debe hacer, necesariamente, cuando la omisión imputada sea la violación de las obligaciones especiales y prohibiciones a que se refieren los mencionados artículos 58 y 60 del Código sustantivo del trabajo (...) lo importante es que el asalariado incurrió en una de las faltas calificadas de graves por el contrato de trabajo, sin importar si ella produjo daño o beneficio para la entidad patronal. La función judicial ha debido limitarse a establecer si los hechos demostrados constituían la causal alegada o no la configuraban, pero no le competía calificar de leve la falta cometida por el trabajador, cuando la misma estaba consagrada como de carácter grave por las partes en el referido contrato (...)”

⁴ Sobre el tema pueden consultarse las sentencias CSJ SL 14 ago. 2012, rad. 39518, reiterada en sentencia SL2089 de 2020.

Finalmente y en punto a la apelación, se ha de advertir para la ruptura del nexo laboral del accionante, no se contempló por la accionada un procedimiento previo en el reglamento interno pues éste se fijó fue para la comprobación de faltas (Capítulo XIV Cd fl. 86), y en todo caso encuentra la Sala que dicho trámite pese a no ser necesario, fue surtido en el caso del demandante, pues nótese, fue citado para descargos, con la manifestación de las circunstancias por las cuales era requerido garantizándose además su derecho de defensa, pues fueron escuchadas sus explicaciones frente a lo ocurrido, previo al despido, pese a que, atendiendo la causal invocada y conforme al criterio de la Corte Suprema de Justicia, tampoco se requería escuchar al trabajador (SL 2351 de 2020)⁵.

En este punto resulta del caso precisar, la sanción disciplinaria apunta a un correctivo mientras que la terminación desde luego implica la ruptura del contrato de trabajo, sin que para éste último se exija legalmente un trámite previo a menos que extralegalmente así se convenga siendo claro como ya se dijo que el Reglamento Interno de la accionada impone es un procedimiento en orden a fulminar sanciones disciplinarias y no el despido, razón por la cual para la terminación unilateral efectuada por la empleadora, en el caso de autos no era necesario acreditar ningún trámite.

Además, debe tenerse en cuenta que para la terminación unilateral del contrato con justa causa, la ley no ha previsto el agotamiento de trámite previo, y toda vez que, de acuerdo con el artículo 13 del C.S.T. bajo el entendimiento jurisprudencial, las leyes del trabajo consagran derechos mínimos, las partes pueden convenir el agotamiento de procedimientos previos a la medida de despido, sin embargo, en el presente asunto no se acreditó disposición alguna en ese sentido, por manera que, la terminación del contrato de trabajo corresponde a un derecho de los contratantes, en los casos en los cuales el co-contratante ha incumplido las obligaciones derivadas de la celebración del acuerdo; no así a una sanción que solamente pueda ser impuesta, una vez agotado un procedimiento disciplinario con observancia del debido proceso, dentro del cual se destaca la oportunidad de

⁵ “En orden con lo acabado de decir, esta Sala considera oportuno fijar el nuevo criterio de que la obligación de escuchar al trabajador previamente a ser despedido con justa causa como garantía del derecho de defensa es claramente exigible de cara a la causal 3) literal A del artículo 62 del CST, en concordancia con la sentencia de exequibilidad condicionada CC C-299-98. De igual manera, frente a las causales contenidas en los numerales 9° al 15° del art. 62 del CST, en concordancia con el inciso de dicha norma que exige al empleador dar aviso al trabajador con no menos de 15 días de anticipación. Respecto de las demás causales del citado precepto, será exigible según las circunstancias fácticas que configuran la causal invocada por el empleador. En todo caso, la referida obligación de escuchar al trabajador se puede cumplir de cualquier forma, salvo que en la empresa sea obligatorio seguir un procedimiento previamente establecido y cumplir con el preaviso con 15 días de anticipación frente a las causales de los numerales 9° al 15°.”

escuchar al disciplinado en descargos. Así lo ha señalado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, desde la sentencia con radicación 29207 del 5 de junio del 2007, criterio reiterado en la SL3655 radicación 47346 del 9 de marzo del 2016, SL 4533 del 13 de septiembre del 2017 y más recientemente en la SL735 del 2 de marzo del 2021⁶, lo que impide examinar el procedimiento adelantado en

⁶ “(...) cuando se trata de ejercer la facultad unilateral de terminar los contratos de trabajo con justa causa, tal determinación no constituye propiamente una sanción, sino el ejercicio de una facultad legal del empresario, y por ende, salvo que esté pactado extralegalmente lo contrario, el empleador no está obligado en forma previa, so pena de conculcar el derecho de defensa, citar a descargos al trabajador sobre los motivos que lo llevan a fenecer su relación laboral.

Así en la sentencia CSJ SL, 12 jul. 2017, rad. 47251, se adoctrinó:

Así mismo, resulta importante destacar que la posición del Tribunal, según la cual **el despido no es una sanción** y por ende para su aplicación no se requiere de un trámite previo y especial, a menos que extra legalmente así se haya pactado, es acertado y ajustado a derecho, como en varias ocasiones lo ha dicho la Corporación, recientemente en la sentencia SL 13691 – 2016, de ago.24 de 2016, rad. 52134, en los siguientes términos:

Pues bien, frente al tema sobre el cual la censura desplegó gran parte de su ataque, esto es, si el despido es una sanción o no, la Sala reiterativamente ha señalado que en principio no lo es, a menos que extra legalmente así se haya pactado, como se indicó, entre otras, en las sentencias de radicación CSJ SL 11 feb. 2015 rad. 45166, en la CSJ SL, 15 feb.2011 rad. 39394 y CSJ SL, 5 Nov. 2014. rad. 45148; pues el despido lleva implícita la finalización del vínculo, porque el empleador en ejercicio de la potestad discrecional que lo caracteriza, prescinde de los servicios del empleado debido a que no quiere seguir atado jurídica ni contractualmente a él, en tanto la sanción presupone la vigencia de la relación laboral y la continuidad de ésta; de allí que no puedan confundirse bajo el mismo concepto.

De tal manera que la legalidad y justeza del despido no podía verse afectada porque la diligencia de descargos se hubiere surtido sin la asistencia de dos compañeros del trabajador. (Subraya no original).

El criterio jurisprudencial anterior, fue recientemente confirmado a través de la providencia CSJ SL, 2351-2020, rad. 53676, en la que se dijo:

[...] Respecto del precitado supuesto, observa la Sala que la censura no indica radicado alguno para identificar el precedente judicial que invoca. **Por el contrario, esta Corte ha precisado de forma pacífica y reiterada que la terminación unilateral del contrato de trabajo por el empleador con base en una justa causa no tiene naturaleza disciplinaria, ni constituye una sanción, por regla general.** Ilustra sobre el punto la sentencia CSJ SL 15245 de 2014 donde se rechazó el argumento de la censura de entonces, el cual también estaba sustentado en la naturaleza sancionatoria del despido con justa causa, reiterando lo siguiente: «Contrario a lo argumentado por el recurrente, el despido con justa causa, por regla general, no constituye una sanción disciplinaria, salvo que en el orden interno de la empresa se le haya dado expresamente ese carácter, según posición reiterada y pacífica de esta Corte (...)».

Por lo anterior, tampoco tiene razón la recurrente cuando dice que esta Corte ha distinguido las justas causas de despido en «liberatorias» y «sancionatorias». La Sala tiene asentada la regla general de que el despido no tiene carácter sancionatorio, por lo que, para adoptar una decisión de esta índole, el empleador no está obligado por ley a seguir un procedimiento de orden disciplinario, salvo convenio en contrario, y que, en los casos de la causal 3ª del literal A) del artículo 62 del CST, debe oír previamente al trabajador para que ejerza su derecho de defensa. Ver en este sentido, entre otras, la sentencia CSJ SL13691-2016, reiterada en la CSJ SL 1981-2019.

[...]

Sobre la constitucionalidad de la distinción entre despido y sanción que la censura pone en tela de juicio, basta leer la sentencia T-546 de 2000 citada por la misma recurrente, para encontrar que la postura de vieja data de esta Corporación que **diferencia entre despido y sanción ha sido acogida por la Corte Constitucional**. Ver también la sentencia CC T-075A-11.

[...]

Es de reiterar por la Sala, conforme a lo resuelto en los cargos primero y segundo, que el despido del trabajador no tiene naturaleza sancionatoria o punitiva. Por tanto, la decisión de despedir no implica la aplicación de «medidas punitivas o sancionatorias» como consecuencia del incumplimiento exclusivamente del manual de funciones, como lo quiere hacer ver la censura para configurar el yerro fáctico. Por tanto, la comprobación de la justa causa achacada al trabajador, no opera de igual manera como si se estuviera juzgando una conducta penal o disciplinaria.

[...]

El incumplimiento grave que configura la justa causa de despido del nl. 6º de la sección a) del artículo 62 del CST está sustentado en la bilateralidad del contrato de trabajo que genera obligaciones recíprocas entre las partes, y en el elemento de la subordinación del trabajador frente al empleador. Por tal razón, las obligaciones a que hace referencia el mencionado nl. 6º de la sección a) del artículo 62 del CST guardan relación con las obligaciones y prohibiciones del trabajador previstas en los artículos 58 y 60 ibídem, y con cualquier falta grave calificada como tal en los reglamentos, convención o pacto colectivo, o contrato de trabajo.

Sea oportuno señalar que, para predicar la transgresión al derecho de defensa y más concretamente al debido proceso, por no escuchar en “descargos” al trabajador, es indispensable que en el reglamento interno de la empleadora o en acuerdos de tipo extra legal se haya fijado previamente un determinado procedimiento con miras a efectuar tal diligencia, como se especificó en la providencia atrás reseñada y que textualmente sobre este aspecto, señaló:

Con base en la citada premisa jurídica, la cual se encuentra ajustada a la jurisprudencia laboral (entre otras ver la CSJ SL 15245 de 2014), el juez colegiado negó la ilegalidad del despido que alegaba la parte actora, por no habersele permitido al actor conocer los cargos que le imputaban y ser asistido por los compañeros de trabajo para ser oído en descargos. Por tanto, si, como lo dijo el tribunal, **en el plenario no reposa prueba de que entre las partes se hubiese pactado procedimiento alguno, previo al despido** y, menos aún, la obligación de oír al trabajador asistido por dos compañeros al momento de rendir los descargos, el juez de segunda instancia hizo bien al desestimar este argumento de la parte recurrente.

Y más adelante, se precisó:

3. Las razones de igualdad que invoca la censura para que **la exigencia de oír previamente al trabajador impuesta por la Corte Constitucional**, al declarar la exequibilidad de la causal 3ª del literal A) del artículo 62 del CST (sentencia C-299 de 1998), **se haga extensiva automáticamente a todas las demás justas causas de despido desconocen la ratio decidendi de dicha sentencia de constitucionalidad.**

En la sentencia en comento, la Corte Constitucional se pronunció sobre la particularidad de dicha causal respecto de las demás causales. Esta causal refiere a conductas del trabajador realizadas por fuera del trabajo, así: «3. Todo acto de grave violencia, injuria o malos tratamientos en que incurra el trabajador **fuera de servicio**, en contra del patrono, de los miembros de su familia o de sus representantes y socios, jefes de taller, vigilantes o celadores». Destaca esta Sala.

Para la Corte Constitucional, la exigencia legal al trabajador, en aras del debido respeto y lealtad para con el empleador, de no ejercer actos de violencia, injuria, ni maltratamientos contra este y las demás personas señaladas en la norma acusada, «aún fuera del servicio», no viola la Constitución, pues uno de los fines esenciales del Estado es precisamente, «asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo» (art. 2 C.P.), y no puede olvidarse que «la paz es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento» (art. 22 ib).

No obstante ser esa causal acorde con la norma superior, la Corte Constitucional encontró que el conflicto con la Constitución se presentaba en la aplicación de esta causal y decidió declararla exequible de forma condicionada en cuanto al procedimiento a seguir para que el empleador la pueda hacer valer.

Los motivos por los cuales el tribunal constitucional condicionó la exequibilidad de dicha causal a que el trabajador debe ser oído previamente a su aplicación por el empleador son inherentes a las circunstancias que rodean la misma causal, como se puede apreciar en los siguientes apartes:

[...]

En este orden de ideas, es evidente que el supuesto de hecho contenido en la causal 3ª que fue estudiada por la Corte Constitucional en la sentencia C-299 de 1998 tiene sus particularidades respecto de las demás causales contenidas en el art. 62 del CST, **por lo que la condición para la exequibilidad que impuso la Corte Constitucional respecto de ella no se le puede trasladar automáticamente a todas las demás causales, como**

aplicación del Reglamento Interno de Trabajo por cuanto como se anotó este opera únicamente para sanciones disciplinarias.

En suma las razones expuestas permiten concluir que el despido del que fue objeto el demandante se dio con justa causa, y en ese orden, lo que sigue es confirmar integralmente la sentencia proferida en primera instancia.

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

COSTAS en esta instancia a cargo de la demandante.

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

lo pretende la censura.

[...]

El tribunal no se equivocó al desestimar el argumento del recurrente sobre la ilegalidad del despido, en razón a que estableció que, en el sublite, no reposa prueba de que entre las partes se hubiese pactado procedimiento alguno a seguir previamente al despido y, menos aún, la obligación de escuchar al trabajador asistido por dos compañeros al momento de rendir descargos (supuestos fácticos que no fueron objetados por la censura en los cargos formulados por la vía indirecta, como se verá más adelante).

Y a pesar de que se admitió que tal posición no implicaba que el empleador no tuviera límites al momento de prescindir del trabajador con justa causa, por lo que se fijó nuevo criterio en el que se prevé dicha obligación, también claramente se indicó que, en principio, ello sería tratándose de la causal 3 literal a) del artículo 62 del CST y en las indicadas en los numerales 9 a 15 de dicha disposición. Así mismo se indicó que en relación con las restantes causales, tal garantía se desplegaría según las circunstancias fácticas de cada caso en particular; textualmente se dijo:

[...]

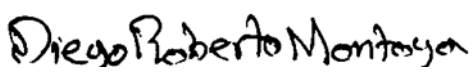
En orden con lo acabado de decir, esta Sala considera oportuno fijar el nuevo criterio de que la obligación de escuchar al trabajador previamente a ser despedido con justa causa como garantía del derecho de defensa es claramente exigible de cara a la causal 3) literal A del artículo 62 del CST, en concordancia con la sentencia de exequibilidad condicionada CC C-299-98. De igual manera, frente a las causales contenidas en los numerales 9° al 15° del art. 62 del CST, en concordancia con el inciso de dicha norma que exige al empleador dar aviso al trabajador con no menos de 15 días de anticipación. Respecto de las demás causales del citado precepto, será exigible según las circunstancias fácticas que configuran la causal invocada por el empleador. En todo caso, la referida obligación de escuchar al trabajador se puede cumplir de cualquier forma, salvo que en la empresa sea obligatorio seguir un procedimiento previamente establecido y cumplir con el preaviso con 15 días de anticipación frente a las causales de los numerales 9° al 15°.

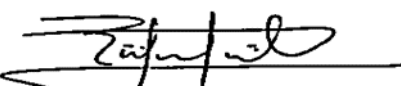
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juez 23 Laboral del Circuito de Bogotá de conformidad con las motivaciones precedentemente expuestas.

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

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

AGENCIAS EN DERECHO: Se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de \$700.000, 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 MARIA DEL PILAR
CUELLAR FORERO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES- COLPENSIONES Y PORVENIR S.A. (RAD. 23 2020 00235 01)**

Bogotá D.C. treinta (30) de junio de dos mil veintiuno (2021)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por la parte demandante (correo electrónico del 10 de junio del 2021) y las demandadas PORVENIR S.A (correo electrónico del 10 de junio del 2021) y COLPENSIONES (correo electrónico 11 de junio del 2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver los recursos de apelación interpuestos por PORVENIR y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, contra la sentencia proferida por el Juez Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 14 de abril de 2021 (Audiencia virtual concentrada artículos 77 y 80 del C.P.T. realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 48:11, CD folio 31, acta folios 29 y 30), en la que se resolvió:

***“PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia de la afiliación o traslado de la señora demandante MARIA PILAR CUELLAR FORERO al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado en este caso por la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR, conforme a lo considerado.*

***SEGUNDO: CONDENAR** a la demandada Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR a devolver y trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora demandante MARIA DEL PILAR CUELLAR FORERO como cotizaciones, saldos de cuenta individual, bonos pensionales si a ello*

hubiese lugar con todos los frutos o intereses; esto es con todos los rendimientos que se hubieren causado, sin la posibilidad de descuento alguno, ni por gastos de administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia que estamos declarando; dineros que se ordenan devolver de manera indexada desde la fecha de su causación a la fecha de su pago.

TERCERO: DECLARAR que la señora demandante MARIA DEL PILAR CUELLAR FORERO para efectos pensionales se encuentra afiliada al régimen de prima media con prestación definida administrado hoy por Colpensiones.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.

QUINTO: CONDENAR en **COSTAS** a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR.

SEXTO: ORDENAR, si fuese apelado el presente fallo, la CONSULTA a favor de COLPENSIONES”.

Inconformes con la decisión, los apoderados de las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A., la apelaron.

Inicialmente PORVENIR, considera, la decisión impugnada va en contravía de los principios de confianza legítima, indivisibilidad de las normas y sostenibilidad financiera, anotando, en el asunto si se acreditó el cumplimiento del deber de información teniendo en cuenta el contexto histórico en que se produjo la afiliación al RAIS, toda vez que la demandante manifestó conocer de la existencia de una cuenta de ahorro individual, que su dinero generaría rendimientos, la posibilidad de hacer aportes voluntarios y que los recursos ahorrados serían heredables si no alcanzaba su derecho pensional. Además, dice, no se tuvo en cuenta su condición de profesional y la experticia con la que contaba dada su calidad de contadora pública.

Por otra parte sostiene, en estos asuntos no se deja claro qué es lo que se declara para efectos de sanciones toda vez que “*por un lado se asegura que nunca estuvo en el RAIS, por otro lado que hay que hacer la inexistencia, por otro lado que hay que hacer las restituciones mutuas (nulidad) y por otro lado que hay que declarar la ineficacia en sentido estricto porque así lo dice la Corte Suprema de Justicia*” y si acudimos al tenor del artículo 271 se establece que no hay una orden de retrotraer las cosas a su estado original. Asimismo, no se explica porque tiene que trasladar todos los valores pero no se le obliga a la demandante a restituir los egresos financieros.

Con relación a los gastos de administración aduce, estos no son susceptibles de devolución, y apunta, no van a ser suficientes para conservar la sostenibilidad financiera de COLPENSIONES y, en todo caso, de ellos deriva el cumplimiento de obligaciones de tracto sucesivo, esto es, las que se cancelan a los fondos de previsiones y aseguradores que por ser “poseedores de buena fe no están obligados a restituir estos frutos”.

En otro giro, alega, la excepción de prescripción si estaba llamada a prosperar por cuanto los gastos de administración no están destinados a los afiliados, son emolumentos económicos que no hacen parte de la pensión¹ (Audiencia virtual

¹ “Muchas gracias doctor, Como iba diciendo me permito presentar recurso de apelación en contra de la sentencia acabada de proferir por el despacho, no sin antes manifestar el respeto que se tiene por el despacho y el respeto que se tiene por las decisiones judiciales, en ese orden de ideas señores magistrados me permito argumentar mi recurso de apelación en los siguientes reparos en concreto: No se comparte la decisión del despacho de declarar la ineficacia en sentido estricto, ni se comparte la decisión del despacho de declarar esas condenas de devolución de todos los dineros toda vez que esto va en contra de tres principios fundamentales Que es El principio de confianza legítima, el principio de indivisibilidad de las normas y el principio de sostenibilidad financiera del sistema de seguridad social, téngase en cuenta señores magistrados que dentro del proceso que si quedo probado que la señora demandante recibió la asesoría que para el año 2000 por contexto histórico y por formación del deber de información pues se debía dar pues se elevan las características del RAIS, sabía que existía una cuenta de ahorro individual, que generaría rendimientos financieros, que sus dineros se trasladarían de forma de herencia si llegare a fallecer y no había alcanzado la pensión, también sabía sobre la existencia de los aportes voluntarios y sobre las facultades de estos aportes voluntarios, tampoco dentro del proceso señores magistrados se analizó de manera detallada la condición profesional y la experticia profesional de la hoy demandante que es contadora publica, quien ha hecho diferentes trabajos en lo que tiene que ver con la seguridad social y que para el momento de la afiliación era la directora nacional de la Junta de Contadores, lo que evidencia sin lugar a duda de que no es una afiliada lego propiamente hablando.

Es importante también resaltar señores magistrados que dentro de estos procesos no se deja claridad efectivamente que es lo que se declara para efectos de sanciones en el sentido de que por un lado se asegura que nunca estuvo en el RAIS, por otro lado que hay que hacer la inexistencia, por otro lado que hay que hacer las restituciones mutuas (nulidad) y por otro lado que hay que declarar la ineficacia en sentido estricto porque así lo dice la Corte Suprema de justicia, sin embargo la Corte Constitucional en la sentencia C-345 del 2017 nos explica claramente que las ineficacias tienen dos factores un factor amplio y un factor estricto y la consecuencia jurídica de la inexistencia de las nulidades sustanciales, la oponibilidad y las ineficacias en sentido estricto es precisamente esa consecuencia de la ineficacia, pero los efectos jurídicos son diferentes y sobre el efecto jurídico las ineficacias en sentido estricto ya lo ha dicho la Corte Constitucional en la sentencia ya referida la C-345 del 2017 que sobre este sentido sobre la ineficacia en sentido estricto lo que la ley establece la ineficacia en sentido estricto y sus consecuencias, pues en ese orden de ideas al irnos al 271 pues se establece que no hay una orden de retrotraer las cosas a su estado original , pues por un lado quedaría la duda de que si se retrotraen las cosas a su estado natural ¿Por qué a mí representada tiene que trasladar todos los valores? Pero a la hoy demandante no se le obliga a restituir los egresos financieros si se supone que el artículo 1746 establece que da a las partes, no a la parte vencida en juicio el derecho de ser restituida las cosas a su estado original, entonces ¿Cuál es el fundamento para los ejercicios financieros si se supone que nunca estuvo en el RAIS? Es importante resaltar que esos aspectos no se analizaron dentro de la parte motiva de la sentencia, ni la condición profesional de la demandante, ni lo que se dijo dentro del interrogatorio de partes que demuestra la información, cierta, clara y comprensible que se le dio para el año 2002 (sic), pues recordemos su calidad de profesional como contadora pública.

Es importante resaltar que sobre la condena de los gastos de administración pues los mismos no son llamados a prosperar, o los mismos no pueden ser llamados a prosperar estos traslados en el sentido de la sostenibilidad financiera, toda vez que en primer lugar estos dineros no van a ser suficientes para poder conservar la sostenibilidad financiera de Colpensiones y en segundo lugar estos gastos de administración tienen unas obligaciones que son de tracto sucesivo en primer lugar, las que se dan a los fondos de previsiones y a los fondos aseguradores, y por ultimo unos frutos que son la comisión de administración que

concentrada artículos 77 y 80 del C.P.T. realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 49:35, CD folio 31, acta folios 29 y 30).

A su turno COLPENSIONES, sostiene, en el proceso no se encuentra acreditado vicio alguno del consentimiento que invalide la afiliación de la actora al RAIS y agrega, esta no cuenta con una expectativa legítima por cuanto al momento de traslado tenía menos de 750 semanas cotizadas y le faltaban más de 20 años para acceder a una pensión de vejez. Resalta, la convocante se encuentra inmersa en la prohibición contenida en la Ley 797 de 2003 que modificó la Ley 100 de 1993.

Enfatiza la inconformidad de la actora gravita realmente en el monto de la mesada pensional que recibiría en el RAIS y no en la información equivocada o falaz que le hubiese suministrado PORVENIR, no siendo esta una justificación válida para dejar sin efectos el tránsito entre regímenes, precisando, para el año 2000 la obligación de los fondos de pensiones era brindar información vigente en ese momento² (Audiencia virtual concentrada artículos 77 y 80 del C.P.T. realizada a

en los términos del artículo 964 los poseedores de buena fe no están obligados a restituir estos frutos y las obligaciones a los aseguradores y a los fondos de previsión, pues son obligaciones de tracto sucesivo que no son susceptibles de restitución, entonces en ese orden de ideas aquí no se probó que mi representada haya realizado hechos de mala fe, pues aquí lo que se declara es a partir de presunciones que se dan en las negaciones indefinidas por tanto estos dineros no son susceptibles de restituciones en los términos de la ley propiamente.

Por ultimo sobre la excepción de prescripción es importante resaltar que este si era llamada a prosperar, en el sentido de que el artículo 20 de la ley 100 de 1993 establece que los dineros que se van a destinar para los gastos de administración no son destinados para los dineros de pensiones de los afiliados, entonces en ese sentido se convierten en emolumentos netamente económicos como los son las mesadas pensionales ,entonces resulta paradójico establecer que las mesadas pensionales que son dineros que se les pagan a los pensionados directamente de la pensión si prescriban, pero esos emolumentos económicos que no hacen parte de la pensión y que no se destinan para los dineros de la pensión no prescriban porque la jurisprudencia así lo establece, yendo en contravía de lo que establece la norma en ese aspecto, por tanto dentro de este proceso si se debió probar la prescripción trienal sobre estos valores, en ese orden de ideas señores magistrados solicito de manera muy respetuosa se permitan revocar en su totalidad la sentencia que acaba de proferir el despacho, muchas gracias señor juez.”

² “Gracias su señoría me permito presentar recurso de apelación ante el honorable Tribunal superior de Bogotá, Sala Laboral de la siguiente manera en primera medida Honorables Magistrados téngase en cuenta que en el presente caso no se evidencian vicios del consentimiento o dolo para que se llegase a invalidar dicha afiliación, toda vez que no hay una expectativa legitima para la demandante como quiera que para la hora del traslado contaba con menos de 750 semanas pues había cotizado un total de 522,23 semanas con el ISS y le faltaban más de 20 años para acceder a la pensión de vejez esto teniendo en cuenta la sentencia C-789 del 2002 en cuanto a la llamada expectativa legitima. También es importante resaltar que la demandante ya se encuentra inmersa en la prohibición de traslado señalada en el ley 797 del 2003 que modifico la ley 100 de 1993 y no es beneficiar del régimen de transición por semanas de manera de que no le son aplicables las sentencia SU de la Corte Constitucional, también es importante manifestar honorables magistrados que en el presente caso lo que se evidencia y del interrogatorio de parte es que la demandante se encuentra inconforme con la mesada pensional que va a recibir en este momento en el Rais por lo tanto no se logra probar una información equivocada o falaz por parte de la AFP Porvenir, máxime si se tiene en cuenta que para el año del traslado de la demandante es decir para el año 2000 los fondos solo tenía obligación de brindar información sobre las condiciones a la hora del traslado, siendo así que es importante traer a colación la sentencia con radicado 2016-00087 del 17 de enero del 2017 del tribunal superior de Pereira la

través de la plataforma Microsoft Teams, récord 55:21, CD folio 31, acta folios 29 y 30).

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda (folio 1 vto.) las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (folios 1 vto. a 3 vto.), aspirando se declare que PORVENIR S.A. no le suministró información cierta, clara, oportuna, suficiente y transparente al momento de firmar el formulario de afiliación No. 01413799 por medio del cual se efectuó el traslado de régimen pensional. En consecuencia, se declare la ineficacia del traslado del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad que realizó el 30 de julio de 2000 y se disponga que para efectos pensionales nunca dejó de estar afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES. Asimismo, se condene a PORVENIR a trasladar los aportes que se encuentren en su cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos financieros y el bono pensional a COLPENSIONES, ordenando a esta última recibir dichos dineros. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones,** por cuanto se declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por la actora a PORVENIR, disponiendo a esta AFP como actual administradora a la que se encuentra vinculada, devolver los saldos de la cuenta de ahorro individual al régimen de prima media con prestación definida, como cotizaciones, bonos pensionales si a ello hubiere lugar con todos los frutos intereses, es decir, con los rendimientos que se hubieran causado sin posibilidad de descuento alguno, ni por gastos de administración ni por cualquier otro concepto. Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de

cual indico que la simple manifestación de inconformidad de que el valor de la pensión a recibir en este momento en el RAIS pueda resultar inferior a la que pueda recibir por parte del RPM no constituye prueba de que cuando realizó el traslado lo hay hecho movido por un engaño, por una equivocada información por parte del fondo que se haya evidenciado ese engaño por parte de la AFP, por lo tanto no hay lugar a la ineficacia solicitada pues lo que existió es un desinterés o descuido por parte de la demandante con respecto de consultar su situación pensional y se evidencia que ella decide continuar cotizando al RAIS de manera libre y voluntaria por más de 20 años, siendo así honorables magistrados que solicito de manera respetuosa se revoque dicha sentencia y no se decrete la ineficacia solicitada por la parte actora, gracias.”

Justicia, la demandada PORVENIR no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía con la demandante al momento del traslado.

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

Así las cosas, según el reporte de semanas cotizadas en pensiones expedido por COLPENSIONES (expediente administrativo, CD folio 23), la actora nació el 13 de mayo de 1962, información que resulta consistente con lo aseverado por esta en el hecho primero del escrito introductorio (folio 1 vto.), por lo que la edad de 57 años, los cumplió el mismo día y mes del año 2019, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 9 de julio de 2020 (expediente administrativo, CD folio 23), esto es, cuando ya 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 247 semanas cotizadas que corresponden a 4,73 años (historia laboral expedida por el Ministerio de Hacienda, *páginas 71 a 74, contestación PORVENIR, CD folio 23*), 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,

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”.

la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el **30 de julio de 2000** (páginas 71 y 129 contestación Porvenir, CD folio 23) específicamente conforme la información consignada en el formulario de afiliación a PORVENIR y el reporte SIAFP expedido por ASOFONDOS.

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

En efecto, la jurisprudencia que sobre el particular ha dejado sentada la Corporación de cierre de esta jurisdicción, ha entendido que la expresión “*libre y voluntaria*” contenida en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, supone necesariamente el conocimiento, lo que sólo es posible alcanzar cuando se saben a conciencia las consecuencias de una decisión de esta envergadura. Frente al tema, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 12136, radicación No. 46.292 de 2014, enseñó:

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

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

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

El juez no puede pasar inadvertidas falencias informativas, menos considerar que ello no es de su resorte, pues es claro que cuando quien acude a la jurisdicción reclama que se le respete el régimen de transición, indiscutiblemente, como se anotó, surge la

perentoriedad de estudiar los elementos estructurales para que el mismo opere, es decir, debe constatar que el traslado se produjo en términos de eficacia, para luego, determinar las consecuencias propias.”

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

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

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

“(…)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

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

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

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

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

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

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

(...).

Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede 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 (...)

En consonancia con lo anterior y como se observa de los hechos que sustentan el libelo introductorio, la pretensión en el asunto se circunscribió a la ineficacia derivada del deber de información, para nada se trató de aquellos supuestos de que trata el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 en el que se sanciona el *impedir o atentar “en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral”*, que, se itera, no es el supuesto que aquí se discurre.

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, para la Sala 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 la demandante⁶ no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones pues indicó que pensó que su pensión sería mejor y que los aportes que tenía en el ISS corrían riesgo según lo que escuchaba.

⁶ Audiencia del 14 de abril de 2021, récord 08:43.

Valga precisar en este punto, aunque la actora exhibió el conocimiento que tiene respecto a la existencia de una cuenta de ahorro individual, la cual adquirió al momento de la afiliación y la posibilidad que tenía de heredar los recursos ahorrados, lo cierto es que esa información no resulta suficiente para concluir que el tránsito estuvo precedido de una decisión suficientemente ilustrada por cuanto estas son apenas algunas de las características de ese régimen pensional y no hay evidencia alguna dentro del plenario que dé cuenta que se le pusieron de presente, por ejemplo, los requisitos para que los dineros de la cuenta puedan ser heredados, u otros aspectos como las modalidades de pensión, las condiciones o requisitos para acceder a la prestación, la existencia de los fondos de inversión, entre otros, y aunque también conocía de la posibilidad de hacer aportes voluntarios dijo no recordar que sobre estos se le hubiera hablado al momento del traslado.

En ese orden, claro resulta que la demandante no contaba con una ilustración suficiente, clara y comprensible que le permitiera conocer las implicaciones de su traslado, pues si bien recibió información sobre situaciones específicas, particulares y propias del régimen de ahorro individual, se olvidó la AFP de ponerle de presente datos tan importantes como los factores a tener en cuenta para calcular el monto de la mesada pensional, los que de conocerlos, pudieron haber incidido en su decisión. Estas características estaban contenidas en las regulaciones vigentes al momento del traslado y era lo mínimo que debía conocer la convocante del juicio con antelación a suscribir su afiliación al RAIS.

Del mismo modo, se anota, el hecho de que la accionante contara con formación educativa profesional no implica *per sé* que conociera de las ventajas, desventajas y características propias de los diferentes regímenes pensionales y menos aún puede entenderse que dicha circunstancia releva a la AFP de suministrar la información correspondiente al momento del traslado, como lo sugiere PORVENIR en la apelación.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR (*página 71, contestación PORVENIR, CD folio 23*), 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) y, en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus*, pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que se advierte ausentes en el plenario.

Respecto al comunicado de prensa (*páginas 131 a 133, contestación PORVENIR, CD folio 23*), 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 julio de 2000), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia 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.

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

En ese orden, la ineficacia del tránsito de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de PORVENIR como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliada la actora, del saldo existente en la cuenta

de ahorro individual junto con sus rendimientos y gastos de administración, y la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, de tal manera se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto.

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

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 demandante a Colpensiones (actual administradora del RPM), incluyendo las sumas de gastos de administración. Así fue consignado en sentencia de la CSJ Sala Laboral SL 2914 del 22 de julio del 2020, en la que cita la del 8 septiembre 2008, radicado 31989, donde se dijo:

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

[...]

La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses

como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

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

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

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

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

En lo que atañe a la excepción de prescripción⁷ (página 16 contestación COLPENSIONES y 29 de la contestación de PORVENIR, CD folio 23), basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL 1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por la encartada, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática. Es de anotar en este punto, dado que la pretensión principal, esto es la ineficacia del traslado, no se encuentra afectada con el fenómeno prescriptivo, las consecuencias derivadas de dicha declaratoria sobre el acto jurídico de traslado deben correr la misma

⁷ Se tuvo por contestada la demanda en auto del 17 de marzo de 2021 (folio 25)

suerte de imprescriptibilidad y es por ello que lo relativo a la devolución de gastos de administración y demás restituciones, por ser accesorios a la ineficacia del acto jurídico, tampoco se encuentran afectadas por la prescripción.

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

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

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

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

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

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

SIN COSTAS en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: 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 JIMMY PALACIOS
PALACIOS CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES Y PORVENIR S.A. (RAD. 23 2020 00251 01)**

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintiuno (2021)

AUTO

Reconocer personería adjetiva para actuar a la abogada DIANA JOHANNA BUITRAGO RUGE 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 ROJAS en su calidad de representante legal de la sociedad NAVARRO ROSAS ABOGADOS ASOCIADOS S.A.S, apoderada principal (correo electrónico del 11 de junio del 2021).



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por parte del demandante (correo electrónico del 11 de junio del 2021) y de la las demandadas PORVENIR S.A (correo electrónico del 10 de junio del 2021) y COLPENSIONES (correo electrónico del 11 de junio del 2021), 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 por las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, respectivamente, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, contra la sentencia proferida por el Juez Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 15 de marzo de 2021 (Audiencia virtual concentrada artículos 77 y 80 del C.P.T. realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 54:55, CD folio 14, acta folios 12 y 13), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación o traslado del señor demandante JIMMY PALACIOS PALACIOS al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR, conforme lo considerado.

SEGUNDO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES todos los valores que hubiese recibido con motivo de la afiliación del demandante JIMMY PALACIOS PALACIOS, como cotizaciones, saldos de cuenta de ahorro 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 descuento alguno por gastos de administración, ni por cualquier otro concepto dadas las consecuencias de la ineficacia que estamos declarando, dineros que se ordenan pagar debidamente indexados desde la fecha de su causación a la fecha efectiva de su pago.

TERCERO: DECLARAR que el señor JIMMY PALACIOS PALACIOS para efectos pensionales se encuentra afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación definida hoy administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, conforme a lo considerado.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas.

QUINTO: COSTAS a cargo de la AFP PORVENIR y a favor del señor demandante

SEXTO: Se ORDENA la CONSULTA a favor de COLPENSIONES.”

Inconformes con la decisión las demandadas la apelaron.

En primer lugar, PORVENIR advierte, no es posible declarar la ineficacia, inexistencia o nulidad del traslado toda vez que no se acreditó que al acto jurídico le falte uno de sus elementos esenciales y, anota, de haberse presentado alguna irregularidad en el cambio de régimen esta debería ser catalogada como una nulidad relativa. Destaca, es una sociedad de carácter particular que se desempeña como administradora del RAIS por lo que debe presumirse la buena fe en todas sus actuaciones.

De otra parte, resalta, en el asunto no se valoró que el demandante no tenía derechos consolidados al momento de su afiliación a esa administradora y en ese sentido, dice, no existía razón jurídica o fáctica para que se le impidiera el derecho a elegir libremente el régimen pensional.

Con todo, señala, el actor realizó aportes de manera voluntaria y continua por más de 19 años sin mostrar inconformidad alguna y no es posible que a través de interpretaciones o alcances que no tienen la norma se declare la ineficacia del traslado porque con ello se desfinancia el sistema pensional que es subsidiado por el Estado, precisando, *“hacerlo de forma masiva y sin estudiar cada solicitud”*, crea un *“sistema legal que no fue establecido por el ordenamiento jurídico en tanto el legislador garantizó la libertad de elección de régimen pensional en cabeza del afiliado trasladado, con las consecuencias jurídicas que ello conlleva.”*

Respecto a la orden de devolver los gastos de administración, asegura, ello desconoce una característica propia del RAIS establecida en la ley, en las que se les autorizó generar esos cobros de administración, además, en lo que toca a la prima de seguros, sostiene, con esta se cubrieron las contingencias de invalidez y muerte durante todo el tiempo de la afiliación del demandante; y frente a lo administrado indica *“el efecto de la ineficacia llevaría a que el acto jurídico no hubiese existido y no podría conllevar a la devolución de rendimientos financieros”*.

En esa misma línea, refiere, la sentencia desconoce que la Superintendencia de Colombia en concepto 2019-152216903 del 17 de enero de 2019 determinó que los únicos valores a retornar como consecuencia de la nulidad o ineficacia del traslado son los aportes y los rendimientos, no así los gastos de administración y las primas de seguro previsional, consignando frente a estos últimos que la compañía aseguradora cumplió con el deber contractual de mantener la cobertura durante la vigencia de la póliza¹ (Audiencia virtual concentrada artículos 77 y 80

¹ *“Gracias su señoría me permito interponer recurso de apelación en contra de la decisión emitida por el despacho, teniendo los siguientes aspectos a valorar: Primero no es factible declarar la ineficacia o inexistencia del traslado como quiera que no se probó que faltaban uno de los elementos esenciales de este acto jurídico, tampoco procede la nulidad absoluta del cambio de régimen, pues igualmente no se acreditó que para el momento el afiliado fuera incapaz absoluto, lo que entraña sin lugar a vacilación que de haberse presentado alguna irregularidad en el cambio de régimen necesariamente se tratarían de las catalogadas por ley como nulidades relativas, las cuales pueden ser catalogadas de manera expresa o tácita y están sometidas a fenómeno prescriptivo. Es importante señalar que Porvenir para estos efectos es una entidad de carácter particular que se desempeña como administradora del RAIS de conformidad con las facultades en ella conferidas en la ley 100 de 1993, por tal razón mi representada es entonces para todos los*

del C.P.T. realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 56:13, CD folio 14, acta folios 12 y 13).

A su turno, COLPENSIONES solicita se revoque la sentencia de primer grado y, en su lugar, se le absuelva de todas las pretensiones incoadas en su contra por el demandante. En sustento de ello, sostiene, en la providencia apelada no se tuvo en cuenta el principio de la relatividad, puntualmente, que esa entidad es un tercero ajeno a los actos jurídicos celebrados entre el actor y PORVENIR, y en esa medida, asegura, con independencia de la decisión adoptada, COLPENSIONES no puede verse “favorecida ni perjudicada por la misma”, precisando, el deber de información ha tenido una evolución, por lo que para el año 2001 cuando se realiza el tránsito entre regímenes, no existía la obligación de efectuar proyecciones o simulaciones teniendo en cuenta el número de semanas de

efectos del presente proceso un particular que ha sido convocado ante una autoridad en virtud de la demanda instaurada en su contra por tal razón debe recordarse que en las actuaciones de los particulares ante las autoridades públicas debe presumirse la buena fe de las primeras, de manera que aquel que pretenden impugnar los actos de mala fe debe demostrarlo a través de medios idóneos.

Por otro lado es importante resaltar a la Sala que no se valoró que el demandante no tenía derechos consolidados al momento de su afiliación al RAIS, debe destacarse que para la fecha en la que parte demandante se afilió voluntariamente al RAIS administrado por Porvenir no había ingresado en su patrimonio ningún derecho pensional consolidado de manera que no existía razón jurídica ni fáctica para que porvenir le impidiera ejercer su libre elección de cambiar de régimen, es más los derechos prestacionales a cargo del sistema de seguridad social en pensiones no se configuran con la simple afiliación como parece entenderlo la parte actora en la demanda, sino se constituye mediante actos continuos y sucesivos de pago de aportes que a lo largo del tiempo dan lugar y derecho a las prestaciones del sistema Sin perjuicio de lo anterior y al no proceder la nulidad ni la ineficacia del traslado, no es posible declarar válida y vigente y sin solución de continuidad la afiliación realizada por la parte demandante al RAIS, por cuanto realizó aportes de manera voluntaria y continua por más de 19 años sin mostrar ninguna inconformidad, pues después de presentar una solicitud que le ha sido negada, alega una supuesta nulidad de la decisión que tomó en el año 2001, por lo que declarar la nulidad o ineficacia de un traslado pensional a partir de interpretaciones o alcances diferentes a lo que indican las normas, no solo constituye un real desfinanciamiento al sistema pensional subsidiado por el estado sino a que además “de hacerlo de forma masiva sin estudiar cada solicitud se estaría creando un sistema legal que no fue establecido por el ordenamiento jurídico en tanto el legislador garantizó la libertad de elección de régimen pensional en cabeza del afiliado del traslado, con las consecuencias jurídicas que ellos conlleva” Como acertadamente lo indico que el magistrado de la sala laboral de la Corte Suprema de Justicia Jorge Luis Quiroz Alemán en sentencia de tutela radicado 912 de mayo del 2020.

Además es pertinente aclarar, por otro lado me permito presentar mi inconformidad con respecto a generar a mí representada la devolución con lo referente al porcentaje de gastos de administración, pues esto es claramente algo que desconoce una característica que es propia y fue establecida por la ley en el RAIS y es generar estos cobros por administración respecto a la prima de seguros que se cubrió durante todo este tiempo a la parte demandante y con respecto a las contingencias de invalidez y muerte y frente a lo administrado en el fondo de solidaridad que fue establecido por la misma ley 100 de 1993 y que el efecto de la ineficacia llevaría a que el acto jurídico no hubiese existido y no podría conllevar a la devolución de rendimientos financieros.

Además el fallo desconoce que en la Superintendencia de Colombia en el concepto radicado 2019-152216903 del 17 de enero del 2019 indico de forma expresa que en los eventos de proceder la nulidad o ineficacia del traslado las únicas sumas a retornar son los aportes y rendimientos de la cuenta de ahorro individual del afiliado sin que proceda la devolución de las primas de seguro previsional en consideración de que la compañía aseguradora cumplió con el deber contractual de mantener la cobertura durante la vigencia de la póliza y tampoco los gastos de administración. Por lo anterior Solicito a la Sala laboral del Tribunal Superior de Bogotá revocar en su integridad la decisión emitida por el despacho y en su lugar absolver a mi representada de cada una de las pretensiones, gracias”

cotización, la edad o fluctuaciones del mercado, siendo imposible para la época prever cuáles serían sus cotizaciones pensionales a futuro.

Por otro lado, solicita se tenga en cuenta que en autos no existe un derecho adquirido o una mera expectativa e insiste en que no se le condene a recibir al demandante como su afiliado pues esa determinación afecta *gravemente* el equilibrio financiero del sistema general de seguridad social en pensiones.

Igualmente, peticiona a esta Corporación se analice de manera juiciosa el escenario ante la falta de información por cuanto a la AFP, quien faltó a su deber legal, no le acarrea graves consecuencias pero si a COLPENSIONES quien debe recibir al actor nuevamente como su afiliado, con una alta probabilidad de reconocimiento pensional que impacta su reserva presupuestal.

De todas formas, dice, de confirmarse la decisión debe ordenarse a la AFP pagarle a esa entidad los perjuicios económicos que se le generen² (Audiencia

² “Gracias su señoría me permito interponer recurso de apelación en contra del fallo emitido durante el proceso 2020-225 del demandante Jimmy Palacios Palacios con el propósito que la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se sirva revocar en su totalidad la sentencia emitida en su lugar se absuelva a Colpensiones de todos los cargos que le hayan formulado, acogiéndonos a los siguientes argumentos: Teniendo en cuenta que al momento de dictar sentencia no tuvo en cuenta el principio de la relatividad jurídica entendiendo que Colpensiones es un tercero ajeno de los actos jurídicos celebrados entre el actor y la AFP Porvenir y en razón que todos los actos jurídicos tiene efectos inter partes por lo cual independientemente de la decisión adoptada por el juez en razón a la declaratoria o no de la ineficacia del traslado mi representada no puede ser favorecida ni perjudicada por la misma, pues como se ha manifestado Colpensiones no tuvo nada que ver con la decisión tomada por el demandante, si bien es cierto que los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia referidos por el despacho que el deber información por la Administradoras de pensiones se tendrá que acreditar en todos los procesos sin ahondar en circunstancias especiales como que los accionantes son o no beneficiarios del régimen de transición, lo cierto es que ese deber de información ha evolucionado con el tiempo, por lo que para el año 2001 en la que el demandante se trasladó del RPM al RAIS por medio de la administradora Porvenir y que el nuevo sistema general de pensiones establecida por la Ley 100 de 1993 ya hablaba de que la elección de régimen pensional le precedía en conocer en debida forma a cada régimen, lo cierto es que la legislación no decanto lo atinente a la obligatoriedad de efectuar proyecciones o simulaciones teniendo en cuenta el número de semanas de cotización, la edad o fluctuaciones de mercado y es que se reitera para ella época, por lo tanto era imposible prever para los fondos de pensiones de que cuales serían sus cotizaciones pensionales en el futuro si sería continuas si se aplicaría con el IBC o si tendrían hijos entre otras circunstancias.

De igual forma solicito al Tribunal tener en cuenta la manifestación que ha hecho el máximo órgano de la jurisdicción ordinaria laboral; esto es la corte suprema de justicia en el sentido de analizar las particularidades del caso objeto de litigio pues además no estamos frente a una existencia de un derecho adquirido, tampoco una mera expectativa, así lo ha dicho la corte constitucional en la sentencia T-832 del 2003, por lo anterior solicito al honorable Tribunal Sala Laboral de que no se condene a mi representada de recibir al actor como afiliado del RPM , pues esta decisión consecuencial a la declaratoria de ineficacia se estaría afectando gravemente el equilibrio financiero del sistema de seguridad social en pensiones el cual fue establecido en el artículo 48 de la Constitución Política y adicionado por el artículo primero del acto legislativo 01 del 2005, pues en caso de esta condena debe tenerse en cuenta el PIB y en la reserva pensional que día tras día ha venido afectando de manera excesiva y preocupante con este tipo de proceso, lo anterior lleva a colegir que las diferencias entre los regímenes da lugar a la exigencia de unos plazos predeterminados para garantizar la sostenibilidad y equidad y solidaridad de cada régimen y el bienestar de los afiliados.

virtual concentrada artículos 77 y 80 del C.P.T. realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 1:00:52, CD folio 14, acta folios 12 y 13).

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 JIMMY PALACIOS PALACIOS en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda (págs. 1 y 2, archivo “demanda.pdf”, CD folio 14) las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (págs. 2 a 5, ibíd.), aspirando principalmente 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 administrado en este caso por PORVENIR S.A. En consecuencia se determine para todos los efectos jurídicos que siempre ha estado afiliado al RPM sin solución de continuidad y se condene a PORVENIR a devolver a COLPENSIONES todas las sumas de dinero, bonos, cotizaciones y sumas adicionales recibidas por concepto de aportes obligatorios y rendimientos durante el tiempo que estuvieron en poder de esa AFP, disponiendo igualmente a COLPENSIONES reactivar su afiliación, recibir los dineros trasladados por PORVENIR y actualizar su historia laboral. Pide se condene a PORVENIR al pago de perjuicios morales los cuales estimó en cuantía de 200 SMLMV. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por el actor a PORVENIR, disponiendo a esta última, como**

Le solicito a la Sala que estudie de manera juiciosa este escenario en el cual la AFP que faltó a su deber legal de información no acarrea graves consecuencias con la posible declaratoria de ineficacia, pero Colpensiones, mi representada como ya dije es un tercero que no tuvo injerencia en la celebración del acto jurídico si le acarrearía con el regreso del actor al RPM existe una alta probabilidad de un futuro reconocimiento de derecho pensional lo cual genera como ya se dijo un alto impacto en el equilibrio del sistema de seguridad social en pensiones y en la reserva presupuestal que se destina para tales fines pues el demandante regresa después de más de 19 años a un régimen que no lo tuvo en cuenta para su reserva, cálculos financieros y es importante manifestar que Colpensiones debe someterse a lo ordenado por la Honorable Corte Constitucional en sentencia SU-130 del 2003 y en el caso que nos ocupa el demandante no es beneficiario del régimen de transición, y en últimas si se determina que no hay otra posibilidad que ordenar el retorno del demandante al RPM, Solicito a tribunal condenar a la AFP que incumplió su deber legal de información al afiliado pague a mi representada los perjuicios económicos que ello genera para mi representada, lo anterior en virtud de que la teoría del daño del derecho civil quien causa el daño es quien debe repararlo y no en tercero que en el acto jurídico como lo es Colpensiones. De esta manera dejo presentado el recurso de apelación, reiterando al honorable tribunal superior de Bogotá sala laboral que revoque el fallo proferido por el juzgado 23 laboral del circuito de Bogotá y en su lugar absolver a mi representada de todos los cargos y pretensiones incoadas en el escrito introductorio, muchas gracias su señoría.”

actual administradora a la que se encuentra vinculado, devolver los saldos de la cuenta de ahorro individual al régimen de prima media con prestación definida, tales como aportes, frutos, rendimientos financieros y bonos pensionales, sin descontar valor alguno por cuotas de administración o cualquier otro concepto. Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada PORVENIR no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía con el demandante, al momento del traslado.

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

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía del demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 7 de septiembre de 1962 (página 1 archivo pruebas y 87 contestación COLPENSIONES, CD folio 14), por lo que la edad de 62 años, los cumpliría el mismo día y mes del año 2024, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES y PORVENIR el 27 de febrero de 2020 (páginas 13 a 14 y 21 a 22, archivo pruebas, CD folio 14), esto es, cuando le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad requerida para adquirir el derecho pensional -tenía 57 años-; de otra parte, se tiene, el actor no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con 243.43 semanas cotizadas (historia laboral expedida por Colpensiones, págs. 118 a 121)

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”.

equivalentes a 4,66 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 el actor a efectos de continuar válidamente vinculado al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el **6 de julio de 2001** (págs. 3 archivo pruebas, 11 y 72 contestación PORVENIR, CD folio 14) específicamente conforme a la información consignada en el formulario de afiliación a PORVENIR S.A. y el reporte SIAFP expedido por ASOFONDOS.

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

En efecto, la jurisprudencia que sobre el particular ha dejado sentada la Corporación de cierre de esta jurisdicción, ha entendido que la expresión “*libre y voluntaria*” contenida en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, supone necesariamente el conocimiento, lo que sólo es posible alcanzar cuando se saben a conciencia las consecuencias de una decisión de esta envergadura. Frente al tema, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 12136, radicación No. 46.292 de 2014, enseñó:

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

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

Para este tipo de asuntos, se repite, tales asertos no comprenden solo los beneficios que dispense el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser

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

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

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

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

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

“(…)

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

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

En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos

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

fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Precisamente, la Corte en asuntos de similares características al que es objeto de estudio, al referirse a la obligación que tienen los Fondos de Pensiones de proporcionar a los afiliados una información completa, en sentencias del 9 de septiembre de 2008, 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 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 demandante⁶ no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado al momento de la suscripción del formulario de afiliación, en tanto solo refirió que el asesor le indicó que podría pensionar más rápido y con mayores garantías, además, que si no quería pensionarse podrían devolverle sus ahorros.

⁶ Audiencia virtual realizada el 15 de marzo de 2021, récord 10:28

Conforme tal medio de prueba, y como ya se advirtió, para la Sala, emana evidente que el demandante no contaba con una ilustración suficiente, clara y comprensible que le permitiera conocer las implicaciones de su traslado, pues se olvidó la AFP de ponerle de presente aspectos tan importantes como el requisito para acceder al derecho pensional en ese régimen, las modalidades de pensión y los factores a tener en cuenta para calcular el monto de la mesada pensional, los que de conocerlos, pudieron haber incidido en su decisión. Estas características estaban contenidas en las regulaciones vigentes al momento del traslado y era lo mínimo que debía conocer el convocante del juicio con antelación a suscribir su afiliación al RAIS.

Tampoco se verifica el cumplimiento del deber que estaba en cabeza de la AFP con lo manifestado ante estrados por la representante legal de PORVENIR⁷ toda vez que solo refirió a las políticas que tiene establecidas la compañía frente a sus asesores, precisando, no existe documento alguno del que se pueda verificar lo ilustrado al demandante diferente al formulario de afiliación.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR (pág. 72 contestación PORVENIR, CD folio 14), este no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada (sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019) y, en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus*, pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que brillan por su ausencia en el plenario.

Respecto al comunicado de prensa (páginas 103 a 105, archivo contestación PORVENIR, CD folio 14), es de anotarse, la transcripción de normas legales allí consignadas no supe el deber de información idónea referido a lo largo de este

⁷ Audiencia virtual realizada el 15 de marzo de 2021, récord 06:56.

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 julio de 2001, págs. 72 y 101, contestación PORVENIR, CD folio 14), 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.

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

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

En ese orden, la ineficacia del traslado de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado por parte de la administradora de pensiones, del saldo existente en la cuenta de ahorro individual del actor 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, como lo dispuso el a quo, debiendo confirmar la sentencia de primer grado en este aspecto. Pertinente es aclarar, aunque COLPENSIONES no intervino de manera directa en el acto jurídico de traslado, no puede perderse de vista que en la actualidad dentro de la estructura del sistema de pensiones es la única entidad administradora del régimen de prima

media con prestación definida, siendo de contera la llamada a recibir nuevamente al demandante como su afiliado.

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

Asimismo, advierte la Sala, en relación con los argumentos de apelación de PORVENIR relacionados con los gastos de administración y el porcentaje dirigido a financiar las prestaciones por invalidez y sobrevivencia, resulta que estos surgen como consecuencia de la afiliación, y en ese orden, al declararse la ineficacia del traslado resulta claro que 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 y seguros 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 convocante, a Colpensiones, incluyendo, como ya se dijo, las sumas correspondientes a los gastos de administración y seguros previsionales.

Así fue consignado en sentencia SL 2914 del 22 de julio del 2020 de la CSJ Sala Laboral, que reitera la del 8 septiembre 2008, radicado 31989, en la cual se asentó:

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

[...]

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

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

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

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

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

Aquí resulta pertinente acotar, de cara a la alzada propuesta por PORVENIR que el concepto No. 2019152169-003-000 del 15 de enero de 2020 emitido por la Superintendencia Financiera (páginas 106 a 112, archivo contestación Porvenir, CD folio 14) no resulta vinculante, y en todo caso, la determinación de devolver los gastos de administración y primas de seguros previsionales no resulta caprichoso, sino que, se itera, es consecuencia de la aplicación de los efectos de la declaratoria de ineficacia.

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por Colpensiones respecto de quien se surte el grado jurisdiccional de Consulta⁸ (pág. 30, contestación COLPENSIONES, CD folio 14), basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL 1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por las encartadas, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática. Es de anotar en este punto, dado que la pretensión principal, esto es la ineficacia del traslado, no se encuentra afectada con el fenómeno prescriptivo, las consecuencias derivadas de dicha declaratoria sobre el acto jurídico de traslado deben correr la misma suerte de imprescriptibilidad y es por ello que lo relativo a la devolución de gastos de administración y demás restituciones, por ser accesorios a la ineficacia del acto jurídico, tampoco se encuentran afectadas por la prescripción, haciendo inoperante el fenómeno extintivo frente a las mismas.

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

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

*Al efecto, aun cuando en las controversias suscitadas en el ámbito del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, los preceptos llamados a regular la extinción de la acción, son los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, normativa en virtud de la cual opera el termino trienal, con un periodo de consolidación contabilizado desde la exigibilidad de la obligación, en el asunto bajo estudio, dicho concepto se torna inaplicable, toda vez que **las pretensiones encaminadas a obtener la nulidad del traslado de régimen y sus respectivas consecuencias ostentan un carácter declarativo**, en la medida en que se relacionan con el deber de examinar la*

⁸ Se tuvo por contestada la demanda mediante auto del 2 de marzo de 2021, folio 10.

expectativa del afiliado a fin de recuperar el régimen de prima media con prestación definida, y en tal virtud acceder al reconocimiento de la prestación pensional, previo cumplimiento de los presupuestos legales establecidos para tal fin. CSJ AL1663-2018, CSJ AL3807-2018.

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

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

Por otra parte, en lo que toca a la solicitud de COLPENSIONES de disponer el pago de los perjuicios ocasionados a esa entidad, baste con anotar, la misma no se torna procedente como quiera que dicha situación no fue objeto del debate probatorio pues ninguna pretensión se erigió en la demanda tendiente a obtener el pago de este concepto a favor de esa administradora, así como tampoco fue propuesta dicha temática a lo largo del juicio por ese extremo procesal.

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

SIN COSTAS en esta instancia.

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

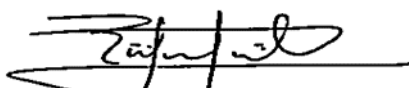
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: 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 RICARDO ANGULO URIBE
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- (RAD. 24 2019 00198 01).**

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintiuno (2021)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por el demandante (folios 119-125) y la demandada COLPENSIONES (folio 127), 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 parte demandante de la sentencia proferida por la Juez Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 23 de febrero del 2021 (Cd. fl. 112, record 22:36, acta a folio 113), en la que se resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER a la demandada Administradora Colombiana de pensiones Colpensiones de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el aquí demandante señor RICARDO ANGULO URIBE de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO: DECLARAR probados los hechos sustento de la excepción cobro de lo no debido, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

TERCERO: CONDENAR en COSTAS al demandante, fíjense como agencias en derecho la suma de \$300.000, por secretaria liquídese en la oportunidad procesal correspondiente.

***CUARTO: CONSULTAR** esta providencia con la sala laboral del Honorable Tribunal Superior del Distrito judicial de Bogotá en caso que no sea apelada por la parte demandante.”*

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 RICARDO ANGULO URIBE en éste ordinario, las pretensiones incoadas a folios 4 y 5, las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos narrados a folios 2 a 4, aspirando principalmente se reconozca la pensión especial de vejez por prestar servicios en actividades de alto riesgo, junto con las mesadas causadas desde el 30 de agosto del 2004, los intereses que se causen, la indexación de las sumas adeudadas, derechos *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho. **Obteniendo sentencia de primera instancia desfavorable a sus aspiraciones,** por cuanto se absolvió a la encartada de todas las pretensiones incoadas en su contra, tras considerar, que que el actor no demostró ser beneficiario del régimen de transición, y por ello no se le podrían aplicar las normas anteriores a la Ley 100 de 1993, pues al 1° de abril de 1994 no contaba con 40 años de edad y solo tenía 9 años, 8 meses y 4 días de servicio, igualmente señaló que tampoco demostró el cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión especial de vejez de alto riesgo, advirtiendo que no se pueden equiparar las actividades de alto riesgo con actividades peligrosas.

Así las cosas, y teniendo en cuenta lo solicitado en la presente demanda, en aras de definir si procede el reconocimiento pensional a favor del actor por haber desarrollado actividades de alto riesgo como lo señala el demandante en los hechos del libelo Nos. 7, 8, 9, 11, 12 y 13 (fls. 3 y 4), se tiene que tales actividades se encuentran reguladas en el Decreto 2090 de 2003 así:

***“ARTÍCULO 2o. ACTIVIDADES DE ALTO RIESGO PARA LA SALUD DEL TRABAJADOR.** Se consideran actividades de alto riesgo para la salud de los trabajadores las siguientes:*

- 1. Trabajos en minería que impliquen prestar el servicio en socavones o en subterráneos.*

2. *Trabajos que impliquen la exposición a altas temperaturas, por encima de los valores límites permisibles, determinados por las normas técnicas de salud de salud ocupacional.*
3. *Trabajos con exposición a radiaciones ionizantes.*
4. *Trabajos con exposición a sustancias comprobadamente cancerígenas.*
5. *En la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil o la entidad que haga sus veces, la actividad de los técnicos aeronáuticos con funciones de controladores de tránsito aéreo, con licencia expedida o reconocida por la Oficina de Registro de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, de conformidad con las normas vigentes.*

De este modo y teniendo en cuenta las pruebas obrantes en el expediente no encuentra esta Sala de decisión medio de convicción que indique que el actor se encuentre expuesto las actividades allí descritas como de alto riesgo, ni que tampoco se haya desempeñado como técnico aeronáutico con funciones de controlador de tránsito aéreo, ya que la certificación expedida por LATAM (fls. 25 y 26) señala que el promotor del litigio se ha desempeñado como CAPITAN desde el 23 de agosto del 2004, sin que de allí se pueda deducir que ha estado expuesto a las actividades descritas en el artículo 2 del Decreto 2090 del 2003.

Advirtiéndose que en la sentencia proferida por la Corte Constitucional C-093 de 2017 -cuya aplicación reclama la parte actora-, dicha Corporación se inhibió de pronunciarse sobre la exequibilidad de los artículos 1° y 2° del Decreto 2090 de 2003, norma que define las actividades de alto riesgo, dado que no encontró elementos probatorios con los que se acreditara que los aviadores se encuentran expuestos a niveles de radiación ionizante que superan los estándares generalmente aceptados, por ende no pueden salir avante los anhelos del actor en estas circunstancias.

De otra parte, valga precisar dentro del presente proceso tampoco se demostró por parte del actor que los tiempos de servicios prestados desde el año 1984 a diversas empresas de aviación lo hayan sido en el cargo de AVIADOR CIVIL, en los términos dispuestos por el Decreto 1282 de 1994 artículo 1°¹, en tanto en la respuesta dada por Caxdac al actor el 28 de junio del 2017, solo se indica los tiempos de servicio reportados por ACES S.A. del 27 de julio de 1984 al 1° de

¹ “Para efectos se considerarán como aviadores civiles quienes sean titulares de una licencia válidamente expedida por la unidad administrativa especial de aeronáutica civil, por medio de la cual se les haya habilitado para desempeñar las funciones de piloto o copiloto civil, cualquiera que sea las modalidades que contemplen los reglamentos.”

abril de 1994 (fl. 13) sin especificar la función y el cargo desarrollado por éste y de la certificación expedida por LATAM tan solo se puede extraer que es CAPITAN desde el 23 de agosto del 2004 (fl. 25), situaciones que impiden a la Sala generar algún tipo de consideraciones en orden a establecer si el promotor del litigio podría llegar a ser beneficiario del derecho pensional conforme a lo dispuesto por el Decreto 1282 de 1994 *“Por el cual se establece el Régimen Pensional de los Aviadores Civiles.”*

Corolario de lo dicho, se tiene que en autos no se cumplieron con las premisas que dan lugar al reconocimiento de la pensión especial solicitada en los términos propuestos por el demandante.

Destacando la Sala, 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 el demandante, el cual quedó expuesto a lo que Carnelutti llama "EL RIESGO DE FALTA DE LA PRUEBA", sufriendo entonces, la consecuencia desfavorable de la *"falta de la prueba"*.

De acuerdo a las anteriores consideraciones, se agota la competencia del Tribunal, y habiéndose arribados a las mismas conclusiones absolutorias halladas por la *a quo*, lo que se sigue es la confirmación de la sentencia de primer grado.

SIN COSTAS en este grado jurisdiccional.

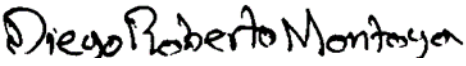
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por la Juez 24 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las motivaciones precedentemente expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en este grado jurisdiccional.

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 INES ESPITIA
MONCADA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES- y PROTECCIÓN S.A (RAD. 27 2019 00037 01).**

Bogotá D.C. treinta (30) de junio de dos mil veintiuno (2021)

AUTO

Reconocer personería adjetiva para actuar al abogado ANDRES ZAHIR CASTILLO TRUJILLO apoderado sustituto de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – 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, apoderada principal (folios 121-124).


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por la parte demandante (folio 116) y COLPENSIONES (Folios 118-120) , 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 COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de Consulta en su favor, contra la sentencia proferida por la

Juez Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 15 de marzo de 2021 (Audiencia virtual, Cd. fl. 110, récord: 44:40), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de la señora GLORIA INES ESPITIA MONCADA del régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones al de Ahorro individual con solidaridad administrado por Protección S.A por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la administradora de fondos de pensiones y cesantías PROTECCION S.A a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora GLORIA INES ESPITIA MONCADA como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses generados en su cuenta de ahorro individual, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: ORDENAR a Colpensiones a afiliarse nuevamente a la señora GLORIA INES ESPITIA MONCADA al régimen de prima media con prestación definida y recibir las cotizaciones provenientes de PROTECCION S.A, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones de prescripción, error de derecho, vicio del consentimiento, falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación e imposibilidad del traslado, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema pensional, presunción de legalidad de los actos jurídicos y buena fe formuladas por Colpensiones, y las de declaración de manera libre y espontánea al momento de la afiliación a la AFP, Buena fe por parte de la AFP, inexistencia del perjuicio, inexistencia de la obligación de devolver comisión e inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe formuladas por la demandada Protección S.A. por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: CONDENAR a PROTECCION S.A al pago de las COSTAS del proceso en la suma de \$2 000 0000 de pesos como agencias en derecho.”

Inconforme con la decisión, COLPENSIONES expresa que se demostró que hubo un silencio del consumidor lo cual da a entender que la parte demandante no estuvo atenta a sus disposiciones legales y en esa medida en ningún momento se puede demostrar que hubo por parte de Colpensiones un daño probado en cuanto a la diligencia o la falta de probar dentro del proceso una efectiva afiliación de la demandante, toda vez que Colpensiones es ajeno directamente a este tipo de negocios jurídicos y no puede verse afectada en recibir esta carga prestacional de la demandante que genera una afectación en la estabilidad financiera del RPM, expresando no puede exigirle directamente al fondo de pensiones Colpensiones una imposición de cargas impositivas respecto a temas financieros que tenga que asumir más adelante en un reconocimiento pensional a la demandante, solicitando

revocar la sentencia y mantener el traslado realizada a la AFP. (Audiencia virtual, Cd, fl. 110, record: 46:58)¹

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante GLORIA INES ESPITIA MONCADA , en este proceso ordinario las pretensiones relacionadas a folios 5 y 6 del expediente, las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos expuestos a folios 3 a 5, aspirando, se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación al fondo de pensiones Protección S.A. y en consecuencia se entienda afiliada sin solución de continuidad a Colpensiones para el cubrimiento de los riesgos de vejez, invalidez y muerte, se condene a Protección S.A. al traslado inmediato a Colpensiones del saldo de la cuenta de ahorro individual incluyendo los rendimientos financieros que se hayan depositado en la cuenta de ahorro individual, se condene a Colpensiones a que de manera inmediata acepte el reingreso y/o traslado al régimen de prima media y a que reciba todos los aportes, 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 el traslado de régimen pensional realizado por la actora a PROTECCIÓN S.A., ordenando a esa administradora devolver todos los valores**

¹ “Gracias su señoría no estando conforme por la decisión tomada por su despacho, muy respetuosamente me permito interponer recurso de apelación el cual sustentare de la siguiente manera, es de tener en cuenta que los argumentos esgrimidos por su juzgado no toman en cuenta algunas reglas aplicables dentro de las relaciones contractuales adquiridas por la parte demandante que se deben tener en cuenta para la resolución del mismo, es por eso hay que destacar para que el tribunal superior de Bogotá sala laboral tomen las siguientes consideraciones con respecto al caso:

En primera medida las obligaciones legales que le asistían directamente al trabajador conforme el decreto 2241 del 2010 esto es al tener una adecuada atención como consumidor financiero, esto es , se demostró que dentro del tiempo hubo un silencio del consumidor por lo cual dicta que la parte demandante no estuvo atenta a sus disposiciones legales, no puede ser , óbviese para declarar una responsabilidad objetiva indilgada directamente a mi representada como administradora en cabeza del RPM porque en ningún momento se puede demostrar que hubo por parte de Colpensiones un daño probado en cuanto a la diligencia o la falta de probar dentro del proceso una efectiva afiliación de la demandante, toda vez que Colpensiones es ajeno directamente a este tipo de negocios jurídicos, no puede verse afectada en recibir esta carga prestacional de la demandante que genera una afectación en la estabilidad financiera del RPM, es por eso que esta falta de atención directamente de la demandante o también de la demandada en su momento de poder probar este tipo de traslados, no puede exigirle directamente al fondo de pensiones Colpensiones una imposición de cargas impositivas en respecto a temas financieros que tenga que asumir más adelante en un reconocimiento pensional a la demandante, es por eso que solicito muy amablemente que con los elementos materiales, circunstanciales y facticos desarrollar dentro del caso al tribunal superior de Bogotá sala laboral revocar la anterior sentencia, mantener el traslado de la demandante realizado en la AFP en su momento, muchas gracias.”

que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses generados en su cuenta de ahorro individual, tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la AFP demandada 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 17 milita copia de la cédula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 8 de noviembre 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 petición elevada ante COLPENSIONES el 30 de julio del 2018 (folios 19 a 22), es decir, cuando estaba a menos de 10 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 97.86 semanas de cotización (Historia Laboral de fl. 59) equivalentes a 1 año, 10 meses y 25 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.

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”.

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 13 de agosto de 1999 (fls. 18 y 93) específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a COLMENA hoy PROTECCIÓN (rta hecho 3 fl. 87) y en esa medida, resulta procedente su estudio.

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 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 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.

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:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(…)

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

(…).

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

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

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen, la demandante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, 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 promotora del litigio⁴, no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado al momento de la suscripción del

⁴ Récord 11:35 Cd. fl. 110 Audiencia virtual.

formulario de afiliación a Colmena hoy Protección, en tanto aseguró que el asesor del fondo de pensiones le manifestó que el ISS iba a colapsar, que su mesada pensional sería mejor y por ende podría acceder a una pensión justa, como también que sus aportes iban a ser heredables a su familia, no obstante no le dieron mayores explicaciones de ello.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PROTECCIÓN, omitió en el momento del traslado de régimen (13 de agosto de 1999 fl. 18) 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.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (fl. 18), 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).

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, 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.

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

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

Finalmente, en lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por Colpensiones, respecto de quien además de la apelación se estudia la decisión en el grado jurisdiccional de Consulta (Ver folios 56 y 57), 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,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 27 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 CARLOS ARTURO
BRIÑEZ MEJÍA CONTRA MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTDA. (RAD.
28 2016 00618 01)**

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintiuno (2021)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por ambas partes (fls. 280 a 283 y 286 a 288), 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

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la demandada, contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 23 de abril del 2021 (Cd. fl. 271, record 40:14, acta a folio 272), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR INEFICAZ la terminación de la relación laboral pactada mediante acuerdo transaccional de fecha del 25 de febrero del año 2016 entre el señor CARLOS ARTURO BRIÑEZ MEJIA y MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD.

SEGUNDO: DECLARAR la continuidad de la relación laboral entre el señor CARLOS ARTURO BRIÑEZ MEJIA y MANSAROVAR ENERGÍA LTD, en consecuencia ORDENAR el reintegro del trabajador para el mismo cargo que venía desempeñando o a uno mejor que se ajuste a sus condiciones de salud.

TERCERO: CONDENAR a MANSAROVAR LTD al pago de las siguientes sumas y por los siguientes conceptos a favor del demandante:

- Salarios dejados de percibir en la suma de : \$46.061.643
- La sanción contenida en el artículo 26 de la ley 361 de 1997 en suma de \$64.272.060.
- Las vacaciones en suma de \$1.919.233
- La prima de vacaciones convencional en la suma de \$2.782.888

CUARTO: CONDENAR a MANSAROVAR ENERGY LTD a realizar el pago correspondientes al sistema de seguridad social en pensión a favor del demandante el señor CARLOS ARTURO BRÍÑEZ MEJIA por el periodo comprendido entre el 26 de febrero y el 04 de julio del año 2016, indicando que estas deberán ser pagadas al fondo de pensiones al cual se encuentre afiliado el demandante, incluidos los intereses moratorios establecidos por la superintendencia financiera, para tal fin.

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

SEXTO: DECLARAR probada la excepción de compensación propuesta por la demandada y no probados los demás medios exceptivos propuestos.

SEPTIMO: ABSOLVER al demandante respecto de las pretensiones incoadas en su contra dentro de la demanda de reconvención.

SEPTIMO: Las COSTAS de esta instancia están a cargo de la parte demandada se señalan como agencias en derecho la suma de \$1.000.000 a cargo de esta y a favor de la parte actora.”

Inconforme con la decisión la apoderada de la sociedad accionada apela la decisión señalando no estar de acuerdo con la consideración de la Juez *a quo*, en cuanto a que el demandante experimentaba una condición física y por tanto se encontraba en condición de discapacidad, aduciendo ello no es cierto porque el demandante para el momento de la terminación del contrato por mutuo acuerdo no había presentado ningún tipo de incapacidad, ni tenía incapacidades anteriores de manera reiterativa, por lo que el actor podía realizar sus actividades normalmente.

Aduce que si bien pudo haber tenido unas recomendaciones éstas fueron generales y en ningún momento se pusieron de presente ni llevaban a la reubicación del accionante para que existiera fuero de salud, precisando para que éste opere tiene que existir: incapacidades recurrentes, recomendaciones laborales, pérdida o disminución de capacidad laboral del trabajador que sea moderada o grave, reiterando al momento de suscripción del acuerdo de transacción el actor no contaba con ningún tipo de pérdida de capacidad laboral que determinara que el mismo la tuviera en un grado moderado o grave, pues fue calificado con posterioridad a la terminación por mutuo acuerdo con fecha de estructuración julio del 2018, lo que quiere decir que esa fecha de estructuración o esas enfermedades no estaban determinadas en el momento de la suscripción de la transacción que fue en el año 2016.

Indica que en ningún momento en el acta se transaron derechos ciertos e indiscutibles, por cuanto ésta versó sobre una situación clara que fue la terminación del contrato por mutuo acuerdo sin que se pusiera de presente la

situación de la existencia de un fuero de salud, aunado a que no se probó la existencia de un vicio del consentimiento.

Precisa que de conformidad con la Ley 361 de 1997 se tiene que probar que la terminación del contrato fue en razón a su estado de salud y ello no ocurrió dentro del proceso, pues incluso el mismo demandante puso de presente que hubo personas que no firmaron tal acuerdo, eso que quiere decir; que fue por voluntad propia se suscribía el contrato de transacción y en ningún momento se les obligo lo cual por demás nunca se probó, de modo que no se le puede condenar al pago de la indemnización de la Ley 361 de 1997 por un supuesto fuero de salud.

En cuanto al pago de salarios señala que el demandante no prestó los servicios del 26 de febrero del 2016 al 4 de julio del 2016, pues solo vino a ser reintegrado el 5 de julio del 2016.

Solicitando se absuelva de todas las pretensiones y sea objeto de análisis la demanda de reconvención. (Cd. fl. 271, record: 42:48)¹

¹ “Gracias su señoría, estando dentro del momento procesal oportuno me permito interponer recurso de apelación en contra de la sentencia que su despacho acaba de emitir a fin de que se revoque la misma en su totalidad por las siguientes razones que procedo a explicar al tribunal superior:

Efectivamente el despacho pone de presente que el demandante contaba con un claro fuero de estabilidad laboral reforzada en razón a la disminución, el despacho lo pone de presente como discapacidad de las patologías de la parte demandante, sin embargo esta situación no está bien analizada por las siguientes razones:

Establece y pone de presente el despacho que al momento de la terminación del contrato de mutuo acuerdo, esto es la momento de la suscripción del acta de transacción el demandante experimentaba una disminución física y por tanto se encontraba en condición de discapacidad, sin embargo esta situación no es de manera cierta y esto lo tendrá que analizar el tribunal, toda vez que nótese que efectivamente el fuero de salud que es derivado de un trabajador viene con un primer requisito que de hecho pone de presente el despacho que es que el peticionario no pueda realizar las actividades que se desencadenan de su función y nótese entonces señores magistrados que efectivamente el demandante al momento de la terminación del contrato de mutuo acuerdo que valga la pena y la relevancia poner de presente, fue de mutuo acuerdo, no había presentado ningún tipo de incapacidad, ni tenía incapacidades anteriores de manera reiterativa y esto que lleva a concluir su señoría o señores magistrados, que efectivamente el demandante podía realizar sus actividades, si bien es cierto con unas recomendaciones que había puesto de presente, no es menos cierto que las podía realizar, esto que lleva a concluir y si se analiza de hecho las recomendaciones que se pusieron de presente en los argumentos del juzgado es claro que estas recomendaciones son totalmente generales y que de ningún momento pusieron de presentes si quiera que tenía que llevar a la reubicación del demandante, entonces lo que se debe analizar es que para que exista un fuero de salud y lo ha puesto de presente la corte suprema de justicia que valga la relevancia advertir que es el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral y por tanto si bien es cierto existen dos tipos de posiciones con respecto al fuero de salud es obligación del juez ordinario laboral poder proseguir la línea establecida por el órgano de cierre que determina que para que exista un fuero de salud tiene que existir: incapacidades recurrentes, tiene que existir recomendaciones laborales y tiene que existir entonces una pérdida o disminución de grado de incapacidad laboral del trabajador que sea moderado o grave, y este no es el punto, ósea este no es el caso, nótese señores magistrados que al momento de suscripción del presente acuerdo de transacción el señor no contaba con ningún tipo de pérdida de capacidad laboral que determinara que el mismo la tuviera moderada o grave, entonces lo que la suscrita no entiende es porque el juez de primera instancia pone de presente que él tenía una disminución física y que se encontraba en discapacidad, discapacidad es cuando claramente existe un porcentaje de pérdida de capacidad laboral y en ese momento el señor no lo tenía. Y ahora bien, lo calificaron posterior y esa calificación posterior no fue por la junta y la

junta determina que efectivamente tiene un grado de pérdida de capacidad laboral, pero nótese que la fecha de estructuración fue julio del 2018, esto que quiere decir entonces que esa fecha de estructuración o esas enfermedades no estaban determinadas en el momento de la suscripción que fue en el año 2016, en el momento de suscripción del acuerdo, entonces si la fecha de la estructuración de la enfermedad me la califican a mí dos años posteriores con un porcentaje del 28% ¿Qué quiere decir? En primera instancia señores magistrados que el señor al momento de la terminación no contaba con ningún tipo de fuero como lo puso de presente el juez de primera instancia y en segundo que efectivamente no tenía una disminución de tal grado moderado o grave que pudiera determinar esta situación y que esa determinación que hace el juez de primera instancia, con todo respeto que el señor tenía una disminución física que tenía una discapacidad es totalmente subjetiva, pues no existe dentro del plenario una prueba documental que determine tal situación, así las cosas entonces el juez de primera instancia entonces concluye que como no se tuvo en cuenta disminución física y que efectivamente tenía un fuero al momento de suscripción del acuerdo, entonces se vulnera un derecho cierto, indiscutible y la transacción no es totalmente válida, pero es que ahí tenemos que analizar varias situaciones:

La primera de ellas es que efectivamente el señor demandante no tenía un fuero de salud como lo pretende hacer ver la parte demandante y como lo concluye el despacho, por las razones que ya puse de presente siendo claro entonces que no tenía en ese momento un porcentaje de disminución, no tenían incapacidades y que si bien es cierto tenían unas recomendaciones de carácter general que de ninguna manera ponen de presente una reubicación, eso quiere decir que el señor podía realizar con sus actividades con normalidad es claro que en ningún momento en el acta de transacción se transó un derecho cierto e indiscutible, máxime cuando nótese que la transacción versa sobre una situación clara y es la terminación de mutuo acuerdo del contrato de trabajo, en ningún momento se puso de presente o se transigió la situación de la existencia de un fuero de salud que es una situación totalmente diferente, si se hubiera transigido esa situación entonces si se podía analizar pero es que se transigió fue la terminación de mutuo acuerdo, entonces si yo transo esa situación y efectivamente es tanta la buena fe de mi representada que en ningún momento se puso en el documento de que efectivamente el señor tenía un fuero de salud porque de hecho era inexistente, entonces la carga de la prueba de la parte demandante era poder determinar dos situaciones que se hubieran transigido derechos ciertos e indiscutibles o por el contrario que se hubiere transigido o que se hubiera hecho con vicio del consentimiento.

Entonces respecto con la primera situación en ningún momento eso fue objeto de transacción el fuero de salud porque en ese momento era inexistente por las razones que ya puse de presente y en segundo lugar tal y como lo dije en mis alegatos nunca se probó que efectivamente exista un vicio del consentimiento y reitero entonces lo determinado en el interrogatorio de parte del demandante y es que en el interrogatorio de parte del demandante el mismo advirtió que efectivamente hubo personas que no firmaron y esto también es de gran importancia señores magistrados porque a mí la juez de primera instancia me condena a la indemnización correspondiente a la ley 361 de 1997 y es que la ley 361 determina situación clara y es que se tiene que probar que la terminación del contrato fue en razón a su estado de salud señores magistrados y eso no se probó dentro del proceso, el mismo demandante puso de presente que hubo personas que no firmaron, eso que quiere decir; que hubo muchas personas y tal como lo expuso mi representante legal efectivamente ese llamado que hizo la compañía lo hizo a varias personas para que de voluntad propia de ellos pudieran suscribir un contrato de transacción y que en ningún momento se les obligo y que de hecho, si bien es cierto dicen o dice la apoderada de la parte demandante que al se le obligo, eso no es de ninguna manera cierto porque nunca se probó, entonces es solamente la afirmación de la parte demandante diciendo que lo obligo, incluso el mismo dice que el sí llamo, ósea se le dio el espacio para llamar para que lo analizara y el mismo afirma “es que al otro día yo caigo en cuenta de mi error” su señoría este no es un argumento para poder revocar o poder decretar la nulidad de una transacción y aparte de eso también afirma varias personas fueron llamadas a suscribir el acta de transacción y no todas firmaron y no hubo una consecuencia con respecto a esas personas que no firmaron, entonces a mí no pueden condenar al pago de una indemnización de la ley 361 porque nunca probaron que fue en razón al supuesto fuero de salud, claramente porque yo llame a muchas personas a transar y fue voluntad de la parte demandante a transar una terminación de mutuo acuerdo que no puede ser revocada en razón de un fuero de salud inexistente para la época, situación que prueba el dictamen de la junta regional que determina una fecha de estructuración posterior.

Ahora bien pone de presente entonces la juez de primera instancia que efectivamente mi representada reintegró al demandante el 05 de julio del 2016 y que por tanto solo se debe cancelar del 26 de febrero del 2016 al 04 de julio del 2016, sin embargo hay que tener en cuenta que efectivamente ese salario al que me están condenando, el demandante nunca prestó sus servicios por lo que no habría lugar al pago de él.

Y igualmente poner de presente que entonces también deberá ser objeto de análisis la demanda de reconvencción que interpuso mi demandada a fin de que las mismas puedan proceder en razón a la inexistencia del fuero de salud y en razón efectivamente la validez del contrato de transacción.

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 CARLOS ARTURO BRIÑEZ MEJIA en éste ordinario, las pretensiones relacionadas a folios 7 a 9, las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos relatados a folios 3 a 7, aspirando principalmente se declare la nulidad absoluta del acuerdo de terminación y transacción suscrito el 25 de febrero del 2016 debido a que se realizó en estado de debilidad manifiesta y fuero de estabilidad laboral reforzada sin la autorización del Ministerio de trabajo, en consecuencia se ordene el reintegro definitivo y sin solución de continuidad a un cargo igual o de superior jerarquía al que venía desempeñando y al pago de lo dejado de percibir desde el 26 de febrero al 5 de julio del 2016, esto es, salarios, vacaciones, prima de vacaciones, trabajo en campo, aportes al fondo de pensiones, la sanción de 180 días de salarios contemplada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, indexación de las sumas adeudadas, costas y agencias en derecho o en subsidio solicita la indemnización por terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa y la sanción de los 180 días de salarios contemplada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997. De igual manera la empresa MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD. demandó en reconvención al señor CARLOS ALBERTO BRIÑEZ MEJIA

En esos términos le solicito a los honorables magistrados se sirva revocar la sentencia emitida en primera instancia, teniendo en cuenta y reitero que efectivamente nunca se involucró un derecho cierto e indiscutible que el señor al momento de la terminación no tenía incapacidades vigentes, ni incapacidades recurrentes, que tampoco tenía una PCL y que cuando le califican una PCL la misma fecha de estructuración posterior, situación que analizo de debida forma el despacho de primea instancia y que al momento de la terminación no es de ninguna manera cierto que el señor tenía una discapacidad o una disminución física como se puso de presente pues no tenía calificada la misma y esta no es una razón o una determinación que pueda hacer el juez de manera subjetiva sin un documento que lo pueda demostrar, que inclusive nótese que el medico solicito la reubicación del aquí demandante, que tampoco se probó que efectivamente hubiera habido un vicio del consentimiento, que se probó que efectivamente hubo varias personas a las que se llamaron para poder suscribir esa transacción, que hubo personas que no suscribieron la misma y que entonces eso demuestra que efectivamente no fue en razón al estado de salud del demandante como lo pretende hacer ver y que me condena a mí a la ley 361 que también deberá ser revocada, que efectivamente el señor no era cobijado por el fuero de salud que ese nunca fue un objeto de transacción porque efectivamente a la fecha, y bueno aun así también si fuera objeto de transacción hay que determinar que a la fecha no había conocimiento de esa situación, ni una declaratoria que determinara que era un derecho cierto e indiscutible, entonces tampoco podía ser ese el argumento para condenar a mi representada y que nótese que efectivamente inclusive en los mismos hechos de la demanda, los hechos 35,36,37 y 38 el mismo demandante pone de presente que fueron seis meses después de la transacción que fueron impartidas unas recomendaciones, entonces teniendo en cuenta lo anterior y que no se cumple con los requisitos que puso de presente la CSJ órgano de cierre con una pérdida de la capacidad laboral que efectivamente afectara sus actividades es claro que la transacción debe tener totalmente la validez que así aplica y que no se le podía condenar a mi representada a un reintegro a un situación por la cual no estaba plenamente determinada, por las anteriores razones solicito se absuelva a mi representada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en la demanda y que efectivamente se proceda a declarar las pretensiones que están establecidas en la demanda de reconvención de mi representada, toda vez que la misma es procedente, muchas gracias su señoría.”

(fls. 127 a 132) solicitando se declare que el acuerdo transaccional no involucre derechos ciertos e indiscutibles por lo cual goza de plena validez, por lo que el contrato terminó por mutuo acuerdo entre las partes sin que el señor Briñez Mejía se encontrara amparado por fuero de salud, en consecuencia solicita se deje sin efectos la orden de reintegro impartida por el Juzgado 18 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento y se declare que el contrato finalizó para todos los efectos el 25 de febrero del 2016.

El demandante principal obtuvo sentencia de primera instancia favorable a sus aspiraciones, mientras que para la demandante en reconvención fue totalmente desfavorable, pues se declaró ineficaz la terminación de la relación laboral y en consecuencia se ordenó el reintegro del señor Carlos Arturo Briñez Mejía al mismo cargo que venía desempeñando, junto con el pago de los salarios dejados de percibir, la sanción contenida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, vacaciones y prima vacaciones convencional, pago de aportes al sistema de seguridad social en pensión del 26 de febrero y el 4 de julio de 2016 junto con los intereses moratorios, absolviendo a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra, al igual que al demandado en reconvención.

Para arribar a tal decisión, advirtió la a quo que desde el 5 de marzo del 2015 el señor BRIÑEZ MEJIA venía padeciendo problemas de salud, por lo que para la fecha de la firma del acuerdo transaccional 25 de febrero del 2016 presentaba una disminución física relevante con ocasión de su diagnóstico, patología que en su consideración lo puso en un estado de discapacidad que no le permitía desempeñarse en condiciones óptimas, por lo que adujo se encontraba en una situación de debilidad manifiesta y en ese orden resulta ser acreedor de la estabilidad laboral reforzada lo cual constituye un derecho cierto e indiscutible y por ende se tornó ineficaz la transacción, razón por la cual adujo acompañar la tesis del Juez de tutela y en esa medida ordenar el reintegro definitivo, junto con el pago de los salarios dejados de percibir desde el 26 de febrero del 2016 hasta el 4 de julio de ese año (fecha de reintegro), la sanción de 180 días de salario (Art. 26 Ley 361 de 1997), vacaciones, prima de vacaciones convencional y el pago de aportes a seguridad social en pensiones.

Así las cosas, lo primero que debe advertir la Sala es que no es motivo de discusión dentro del presente asunto que el demandante prestó sus servicios a la sociedad MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTDA., mediante un contrato de

trabajo desarrollado del 1° de junio del 2007 al 25 de febrero del 2016, el cual terminó por mutuo acuerdo tras la suscripción del “Acuerdo de Terminación y Transacción” (fls. 23 a 27 y 52).

En este orden de ideas, **seria del caso** proceder con el estudio de la nulidad de la transacción por estar gozando el actor de una estabilidad laboral reforzada, conforme a lo expuesto en la alzada por la apoderada de la traída a juicio, no obstante advierte la Sala, el señor CARLOS ARTURO BRIÑEZ MEJÍA interpuso acción de tutela en contra de la aquí demandada, cuyo conocimiento correspondió en primera instancia al Juzgado 7 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá, el cual mediante sentencia del 30 de marzo del 2016 negó por improcedente el amparo solicitado, conforme se extrae del contenido de la documental de folios 58 a 61.

Posteriormente y en virtud de la impugnación presentada por el actor, el Juzgado 18 Penal del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 24 de mayo de 2016 revocó el fallo proferido en primera instancia, y en su lugar dispuso:

“RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la decisión proferida por el Juzgado 32 Penal Municipal con Función de Garantías, emitida el 30 de marzo del 2016.

SEGUNDO: ORDENAR a la empresa MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas desde la notificación de este fallo, reintegre al señor CARLOS ARTURO BRIÑEZ MEJÍA, con cédula de ciudadanía No. 14.236.181, de Ibagué, en el mismo cargo que desempeñaba antes de su despido, o en uno mejor, que se adecúe a su estado de salud.

TERCERO: REMITIR copia de la presente decisión al Juzgado de primera instancia.

CUARTO: REMITIR las diligencias a la Corte Constitucional para su eventual revisión.”

Lo anterior, tras considerar principalmente (fls. 66 a 68):

“Con lo anterior, se establece que para el 25 de febrero el señor BRIÑEZ MEJÍA se encontraba en una circunstancia que le impedía o dificultaba sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones normales. Como consecuencia de lo anterior, considera este Despacho que si la empresa pretendía liquidar al trabajador debió haber cumplido el requisito de solicitar autorización al Ministerio del Trabajo para ello, independientemente de las condiciones económicas en las que se encontraba la empresa por la variación del precio mundial del petróleo. Para este Juzgador, el factor determinante en este caso es la situación indiscutible de salud en la que estaba este último, conforme al desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional, el trabajador se encuentra en una condición de debilidad en razón a su enfermedad.

En este orden de ideas, el Despacho acoge en su integridad el criterio de la Corte en la materia, cuando ha estimado que con independencia de la ausencia de calificación de invalidez, o de la presencia de una incapacidad al momento de la terminación del contrato, como lo expuesto en la sentencia C-597 de 2014, dicho dictamen no es necesario, siempre que se establezca que el trabajador se encuentra en una situación de salud que le impide ejecutar el desarrollo normal de sus actividades laborales, situación que fue establecida en el caso del señor CARLOS ARTURO BRIÑEZ MEJÍA, tras la presentación de los exámenes médicos, la valoración diagnóstica y las recomendaciones por el médico especialista.

En el mismo sentido, la acción de tutela busca proteger el estado de indefensión del trabajador que ha presentado quebrantos en su salud, y además, ha recibido recomendaciones laborales del médico tratante. Asimismo, reitera este Despacho que, cuando hay casos de trabajadores con estabilidad laboral reforzada y los empleadores consideran que se configura una causal objetiva para dar por terminado el contrato laboral, se debe acudir al Ministerio de Trabajo para obtener su autorización, de conformidad con el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, lo que obligaba al empleador a consultar al Ministerio, solicitud que no fue realizada, pese a que se procedió a efectuar la desvinculación laboral del accionante.

Este Despacho no encuentra ajustada a la jurisprudencia la decisión proferida por el ad quo, en cuanto a no tutelar los derechos invocados por el accionante, dado que la terminación del contrato sucedió luego de un proceso de enfermedad y unos días después de haberse establecido las condiciones en que debía desarrollar su actividad laboral, infiriéndose razonablemente que la desvinculación sucedió como consecuencia de su estado de salud y no en razón de la situación económica de la empresa. Por lo anterior, revocará la decisión tomada por el Juez de Primera Instancia, ordenará a MARSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD el reintegro del señor CARLOS ARTURO BRIÑEZ MEJIA, a sus labores en el mismo cargo en el que se encontraba antes de su despido, o en uno mejor que sea adecuado a su condición física, sin que se imponga al empleador la sanción relacionada al pago de los salarios y la seguridad social que se generaron durante el tiempo de desvinculación, teniendo en cuenta que el accionante actualmente cuenta con la liquidación fruto de la terminación del contrato laboral y ha tenido atención en salud gracias a la cobertura de medicina prepagada.”

Dicha acción constitucional no fue objeto de selección por parte de la Corte Constitucional conforme al auto “Auto Sala de Selección número Nueve del 19 de septiembre de 2016” visible en el siguiente link: <https://www.corteconstitucional.gov.co/secretaria/autos/AUTO%20SALA%20DE%20SELECCION%2019%20DE%20SEPTIEMBRE%20DE%202016%20NOTIFICADO%20EL%2029%20DE%20SEPTIEMBRE%20DE%202016.pdf>.

Aunado a lo anterior, se advierte, en la sentencia de tutela en comentario no se hace referencia alguna respecto de imponer la carga al accionante tendiente a poner el asunto a consideración del Juez natural², destacando la Sala en este aspecto, es

² Sentencia T-794 de 2012 11 de octubre de 2012.

“(…)En suma, la Sala comprende que el juzgado segundo Adjunto Laboral del circuito de Bucaramanga y la sala laboral del Tribunal superior del distrito de Bucaramanga violaron el debido proceso del actor toda vez que (i) estudiaron de fondo nuevamente, en las sentencias de marzo treinta y uno (31) de dos mil once(2011) y enero veintisiete(27) de dos mil doce (2012), el reconocimiento de la pensión de vejez del señor Nicolás Ávila Valencia, a pesar de que en sentencia de tutela ya se había reconocido definitivamente

el mismo juez constitucional quien impone el alcance de su decisión, y en ese orden iterando la ausencia de consideraciones frente a la provisionalidad de la decisión o que la misma estuviera condicionada al sometimiento de la justicia ordinaria, se tiene en consecuencia el **reconocimiento definitivo del REINTEGRO** del señor BRÍÑEZ MEJÍA en virtud de la estabilidad laboral por fuero de salud considerada por el juez constitucional, en tal sentido se puede verificar el pronunciamiento de la H. Corte Suprema de Justicia del 3 de agosto de 2010 dentro del radicado 37442³ y más recientemente la SL 3079 del 23 de julio del 2019 en donde se indicó:

*“En dichos términos, si bien, la decisión de amparar un derecho de manera transitoria o definitiva, corresponde al Juez constitucional y tal determinación es un aspecto que se elucida en la sentencia de tutela, también lo es, como acertadamente lo citó el ad quem, que esta Corporación ha referido, en sentencia CSJ SL, 3 ag. 2010, rad. 37442 que reiteró a CSJ SL, 3 mar. 2009, rad. 33945 y CSJ SL, 16 feb. 2010, rad. 35534, que **ante la omisión del Juez constitucional de precisar los efectos de su decisión, debe entenderse que la misma se surte de forma definitiva**, en razón a que, en caso de duda, las partes cuentan con mecanismos de impugnación propios, para clarificar la situación y que no puede ser ventilados en proceso distinto.”*

Conforme lo anterior, la decisión del juez de tutela relacionada con el reintegro del accionante en virtud de una estabilidad laboral reforzada a juicio de esta Sala de decisión, constituye cosa juzgada material, ficción legal amparada en los artículos 32 del C.P.L., modificado por el artículo 19 de la Ley 712 de 2001, por el artículo 1º de la Ley 1149 de 2007, y en el artículo 303 del C.G.P.⁴ y en esa medida las partes que se sometieron a una decisión judicial están obligadas a respetar su pronunciamiento. Igualmente debe ser acatada por todos los funcionarios de la rama jurisdiccional, quienes no podrán ni desconocer ni modificar la decisión; no podrán tramitar nuevo proceso cada vez que se proponga la misma pretensión, entre las mismas partes y sobre el mismo objeto, pues la ley prohíbe que sobre

dicha prestación y dicha providencia había hecho tránsito a cosa juzgada. (ii) con ello vulneraron el derecho a la administración efectiva de justicia, en tanto desconocieron una orden proferida por un juez constitucional y legitimaron la actitud negligente del ISS frente al goce efectivo de un derecho reconocido judicialmente (...)

³ “(...) Esta sala de la corte sobre el particular tema propuesto por el recurrente, en diversos fallos, como en los del 3 de marzo de 2009 y 16 de febrero de 2010, radicados 33945 y 35534, respectivamente, ha puntualizado que las decisiones proferidas con carácter definitivo dentro de una acción de tutela, no son susceptibles de ser revisadas a través del procedimiento ordinario. Si el juez de tutela no preciso los efectos de su decisión (en forma transitoria o definitiva), era en ese momento (septiembre de 1999), cuando la entidad accionada debió utilizar los mecanismos procesales adecuados para que ello se hubiera clarificado; su inactividad no puede diferirse para que en proceso distinto, se fije el sentido de aquella decisión (...)”

⁴ “**Artículo 303. Cosa juzgada.** La sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, se funde en la misma causa que el anterior y entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes”.

una misma petición haya doble pronunciamiento, ya que un segundo pronunciamiento puede ser contradictorio, y sobre el mismo caso no puede haber distinta solución. Los fallos judiciales tienen que estar dotados de fuerza legal, basados en autoridad de cosa juzgada, para que tengan la virtualidad de las cosas inmutables.

Es la decisión del Estado la que se impone a las partes querellantes, porque es necesario garantizar los derechos adquiridos. *"La cosa juzgada es el fin natural del proceso"* y ella debe garantizar la estabilidad del orden legal.

Por ende es claro que el Juez ordinario no está llamado a pronunciarse de fondo o evaluar los fundamentos de la decisión del Juez constitucional, pues ello conllevaría a aceptar indebidamente que *"al abrigo de las normas constitucionales un sujeto tiene un derecho pero en el nivel legal no lo tiene"* (CSJ SL 15882-2017).

En la misma dirección, la Máxima Corporación ha indicado que el plano constitucional y el legal no son dos dimensiones ubicadas en espacios paralelos, considerando en la sentencia SL 4433 del 3 de noviembre de 2020:

"Hoy la legalidad se incorpora en la constitucionalidad y, por consiguiente, debe aceptarse que la cosa juzgada constitucional de los fallos de tutela definitivos –no transitorios- impide que la jurisdicción ordinaria vuelva a tratar y decidir un asunto definido en sede constitucional.

De esta manera, el plano constitucional y el legal no son dos dimensiones ubicadas en espacios paralelos; ambos interactúan en un mismo universo jurídico y, por tanto, no puede aseverarse que las resoluciones inimpugnables y definitivas derivadas de fallos de tutela pueden ser revividas por el Juez ordinario, bajo la idea errada de que este actúa en un mundo extraño al imperio de la Constitución.

Ambos jueces –constitucional y ordinario-, se repite, operan en un mismo orden jurídico y, en esa medida, la posibilidad planteada por el recurrente de que la justicia ordinaria pueda modificar lo resuelto con efectos de cosa juzgada por la jurisdicción constitucional, raya con la coherencia normativa que caracteriza los sistemas jurídicos modernos y con los postulados de seguridad jurídica, buena fe y certeza, esenciales para la paz social y la estabilidad de un Estado constitucional de derecho (CSJ SL15882-2017)."

Corolario de todo lo anterior, para esta Sala le está vedado pronunciarse sobre viabilidad o no del reintegro del señor BRIÑEZ MEJIA bajo los argumentos señalados en la apelación y en la demanda de reconvención de MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA y por ende del hecho si el señor Carlos Arturo Briñez gozaba o no de una estabilidad laboral reforzada, pues se itera ello ya fue

definido por el Juez de tutela, revocándose en este aspecto el fallo de primer grado para en su lugar declarar de oficio la cosa juzgada constitucional.

Ahora, en virtud de los demás argumentos expuestos en el recurso de apelación de MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTDA, en punto a los salarios reclamados por el accionante, baste con señalar éste aspecto también quedo cobijado por la sentencia del Juez de Tutela, cuando refirió en sus consideraciones: ***“sin que se imponga al empleador la sanción relacionada al pago de los salarios y la seguridad social que se generaron durante el tiempo de desvinculación, teniendo en cuenta que el accionante actualmente cuenta con la liquidación fruto de la terminación del contrato laboral y ha tenido atención en salud gracias a la cobertura de medicina prepagada”***, por ende no podía la Juez de primer grado ordenar el pago de estos conceptos y en esa medida también se revocará la decisión de primer grado, frente a tal condena.

Ahora en lo que tiene que ver con el otro punto de apelación, esto la indemnización contemplada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, a la cual no se hizo referencia en la sentencia de tutela, ha de recordarse conforme al inciso 2º de la citada norma, la conducta del empleador es sancionada con el pago de una indemnización equivalente a 180 días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren, esto conforme a lo señalado en la sentencia C-531 de 2000.

En consonancia con dicha disposición, es claro que la sanción procede de manera concomitante o concurrente con la declaratoria de ineficacia del despido y consecuente reintegro del trabajador, en otras palabras, **el reintegro no desplaza el pago de la sanción** a la que se refiere el artículo 26 de la Ley 361 de 1997. Así lo ha entendido la Sala de Casación Laboral de Corte Suprema de Justicia, entre otras, en las sentencias SL128 de 2019⁵ y SL6850 de 2016.

⁵ “En lo que tiene que ver con el reparo intelectual contenido en el tercer cargo, esto es, que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 no prevé el reintegro, el pago de salarios y prestaciones hasta que se ordene el mismo, sino únicamente el pago de la indemnización de 180 días de salario, en la sentencia CSJ SL, 25 may. 2016, rad. 42306, la Corte adocrinó:

Por último, en torno a la procedencia del reintegro y la indemnización de 180 días de salario, dicha consecuencia responde a la constitucionalidad condicionada del artículo 26 de la Ley 361 de 2007, que dispuso la Corte Constitucional en la sentencia C 531 de 2000, según la cual la referida disposición es exequible «...bajo el entendido de que el despido del trabajador de su empleo o terminación del contrato de

Bajo los argumentos anteriores, y como quiera que tal como se dijo en precedencia no existe duda que el despido se produjo encontrándose el demandante en un estado de debilidad manifiesta, procede, además del reintegro el cual no está en discusión, el pago de la indemnización correspondiente a 180 días de salario, debiendo confirmarse la sentencia de primera instancia en este punto.

En cuanto a las condenas por vacaciones, prima de vacaciones y pago de aportes a seguridad social en pensiones no se efectuará pronunciamiento alguno en esta instancia, como quiera que dichos aspectos no fueron apelados por la accionada, por ende se confirma su condena.

De ésta manera se agota la competencia de la Sala y conforme a lo considerado se habrá de revocar parcialmente el fallo de primer grado para en su lugar declarar de oficio la COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL frente al estudio de la orden de reintegro y el pago de salarios dejados de percibir por el actor, confirmándose en lo demás.

SIN COSTAS en ésta instancia.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: REVOCAR los numerales **PRIMERO y SEGUNDO** de la sentencia de primer grado y **REVOCAR PARCIALMENTE** el numeral **TERCERO**, para en su lugar **DECLARAR PROBADA DE OFICIO LA EXCEPCIÓN DE COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL**, en lo que tiene que ver con el reintegro de actor y el pago de los salarios dejados de percibir.

trabajo por razón de su limitación, sin la autorización de la oficina de Trabajo, no produce efectos jurídicos y sólo es eficaz en la medida en que se obtenga la respectiva autorización. En caso de que el empleador contravenga esa disposición, deberá asumir además de la ineficacia jurídica de la actuación, el pago de la respectiva indemnización sancionatoria.»

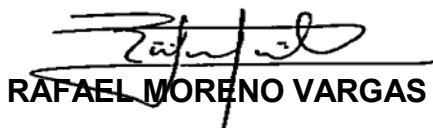
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por la Juez 28 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las motivaciones precedentemente expuestas.

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 LUCELLY DEL SOCORRO ALZATE MONTOYA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- Y PORVENIR S.A (RAD. 30 2019 00139 01)

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintiuno (2021)

AUTO

Reconocer personería adjetiva para actuar a la abogada AIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES apoderada sustituta de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por MARIA CAMILA BEDOYA GARCIA en su calidad de representante legal de la sociedad ARANGO GARCIA ABOGADOS ASOCIADOS, apoderada principal (folios 116 a 119).


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por parte de las demandadas PORVENIR S.A (folios 121 a 125) y COLPENSIONES (folios 113 a 115), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada PORVENIR S.A., así como el

grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, contra la sentencia proferida por la Juez Segunda Laboral del Circuito Transitorio de Bogotá D.C., el pasado 15 de marzo de 2021, obrando de conformidad con el Acuerdo No. PCSJA21-11766 del 11 de marzo del 2021 (Audiencia virtual concentrada artículos 77 y 80 del C.P.T. realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 1:03:55, Cd folio 105, acta folios 106 a 108), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del acto del traslado de la señora LUCELLY DEL SOCORRO ALZATE del régimen de ahorro de prima con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad realizado a través de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir el día 30 de agosto del 2006, con fecha de efectividad el 01 de octubre del mismo año y consecuentemente que las cosas se deban retrotraer al estado anterior al acto declarado ineficaz , con los efectos jurídicos y económicos que comportan.

SEGUNDO: CONDENAR a la Sociedad Administradora de Fondos de pensiones y Cesantías Porvenir devolver la totalidad de los valores recibidos de los empleadores de la señora LUCELLY DEL SOCORRO ALZATE por concepto de aportes, frutos, rendimientos financieros, bonos pensionales que se encuentren o no en la cuenta de ahorro individual que llegaron a estos fondos en los periodos que estuvo afiliada sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, aportes a fondo de garantía de la pensión mínima.

TERCERO: ORDENAR a la administradora de fondo de pensiones del régimen de ahorro individual Porvenir que proceda a trasladar a Colpensiones de manera inmediata la totalidad de los dineros que a título de aportes fueron pagados por LUCELLY DEL SOCORRO ALZATE y sus empleadores, junto con sus rendimientos financieros, que hubieren producido el bono pensional y demás integrantes de su cuenta de ahorro individual, sin descontar suma alguna por concepto de cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de pensión mínima del RAIS o cualquier otra causa.

CUARTO: ORDENAR a la Administradora de pensiones Colpensiones a que proceda a reactivar de manera inmediata la afiliación de LUCELLY DEL SOCORRO ALZATE al régimen de prima media con prestación definida por el administrado, sin solución de continuidad y a reconstruir su historia laboral con la totalidad de las semanas de cotización acreditadas desde la fecha de afiliación inicial.

QUINTO: SE ABSUELVE de lo demás.

SEXTO: DECLARAR no probadas las excepciones de prescripción, así como las demás propuestas por la sociedad administradora de fondos de pensiones Porvenir y Colpensiones, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa.

SEPTIMO: CONCEDER el grado jurisdiccional de CONSULTA en favor de Colpensiones de conformidad con lo señalado en el inciso tercero del artículo 69 del Código del procedimiento del trabajo y de la seguridad social de no ser apelada esta decisión.

OCTAVO: COSTAS como se indicó en la parte motiva”

Inconforme con la decisión la demandada PORVENIR apeló el fallo manifestando que la información que se brindó en el año 2006 momento del traslado de la demandante fue completamente veraz y oportuna, precisando la misma no es beneficiaria del régimen de transición y tampoco hizo ningún trámite para generar su retorno en el RPM en el tiempo que estaba estipulado ni manifestó ningún tipo de inconformidad con la información entregada al momento de la afiliación, sino hasta el momento en que se enteró cual era el monto de su mesada pensional, lo cual en su sentir no es óbice para declarar la ineficacia.

Indica que la Ley 100 de 1993 en su artículo 114 expresa que cuando se genere un cambio de régimen este se debe hacer por escrito con la manifestación que se hace libre y voluntaria, tal como lo hizo su representada y por cumplir con la ley no debe ser condenada, por tanto ese formulario de afiliación no debe restársele valor probatorio y mucho menos desconocerlo, máxime que cuando indica que conoce las implicaciones de su decisión y que advierte que fue asesorada, advirtiendo es imposible para Porvenir traer al asesor que hace más de 20 años generó esa asesoría ya que se desconoce su paradero por ende el único documento exigido por la ley para la época del traslado era el formulario de afiliación que no fue tachado de falso por tanto sigue siendo un documento público que se presume auténtico.

Aduce que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal que establece la ley 797 del 2003, norma sometida a un control previo constitucional y conforme a la sentencia C-1024 del 2004 fue declarada exequible previniendo aspectos de interés general por encima del particular como la protección del sistema general de pensiones, con la no descapitalización del RPM y un principio de estabilidad financiera en el RAIS por tanto no es dable que la demandante se escude en una supuesta falta de información simplemente porque su plan de pensión no resultó acorde a sus expectativas.

Señala que se desconocieron los actos de relacionamiento que quedaron plasmados dentro del interrogatorio de parte y que dan lugar a entender que la demandante quiso pertenecer al RAIS durante todo el tiempo que tuvo la oportunidad eventual de regresar a Colpensiones.

En cuanto a los gastos de administración expresa que no forman parte integral de la pensión vejez, por tanto si están sujetos a ese término trienal de prescripción al no ser un emolumento que financie la prestación, además resalta que la superintendencia financiera de Colombia en varios conceptos uno de ellos del 17 de enero del 2000, indico que cuando proceda un evento de una nulidad o una ineficacia los únicos dineros que se deben trasladar son la cuenta de ahorro individual y los rendimientos, pues en los eventos en que proceda una devolución de gastos de administración o una devolución de prima previsional de seguros en consideración a que la compañía aseguradora cumplió la cobertura durante la vigencia de la póliza se genera un enriquecimiento sin causa a favor de la co-demandada Colpensiones que en ningún momento realizó la buena administración que si hizo su representada, solicitando por ende revocar la sentencia de primera instancia.¹ (Audiencia virtual concentrada artículos 77 y 80

¹ “Gracias su señoría siendo la oportunidad pertinente presento recurso de apelación contra la sentencia proferida para que los honorables magistrados de la sala laboral revoquen en su totalidad la sentencia emitida por los siguientes motivos:

El primero de ellos reiterar que la información que se brindó en el año 2006 momento del traslado de la demandante, fue completamente veraz y oportuna, sin embargo la falladora de primera instancia declara la ineficacia contenida en el artículo 271 de la ley 100 de 1993 que como lo manifesté en mis alegatos de clausura no se habla de impedir o atentar contra la afiliación del trabajador y eso supone un dolo que no fue probado, ni manifestado dentro del proceso, es importante recalcar que efectivamente la demandante no es beneficiaria del régimen de transición pero que tampoco hizo ningún trámite para generar su retorno en el RPM en el tiempo que estaba estipulado y que tampoco manifestó ningún tipo de inconformidad con la información entregada al momento de la afiliación, sino hasta el momento en que se enteró cual era el monto de su mesada pensional, que no es óbice para declarar la ineficacia. La falladora de primera instancia nos manifiesta que el formulario de afiliación no es un documento que contenga certeza de la información entregada, al respecto me permito manifestar que la ley 100 de 1993 en su artículo 114 indica que cuando se genere un cambio de régimen este se debe hacer por escrito con la manifestación que se hace libre y voluntaria, tal como lo hizo mi representada y por cumplir con la ley no debe ser condenada, por tanto ese formulario de afiliación no debe restársele valor probatorio y mucho menos desconocerlo, máxime que cuando indica que conoce las implicaciones de su decisión y que advierte que fue asesorada, entonces si ella manifiesta dentro de ese formulario de afiliación que fue asesorada pero más de veinte años después indica que no lo fue, señores magistrados podemos hacer uso de ese formulario de afiliación y adicional a ello indicar que también se permitieron los descuentos con destino al fondo privado que represento, que ningún momento existió un derecho de petición, solicitud, información, queja respecto de la parte demandante para validar que el deseo de ella siempre fue pertenecer al RAIS.

Ahora bien si el formulario documento de afiliación no es una prueba que contenga certeza de esa información entregada, la falladora de primera instancia no nos indica entonces Cuál es el documento que se les exige a las administradoras, en este caso mi representada, para demostrar que la demandante ha estado válidamente afiliada al RAIS y en que norma se contempla ese documento adicional, puesto que en el derecho laboral no existe tarifa probatoria es imposible para porvenir traer al asesor que hace más de 20 años genero esa asesoría ya que desconocemos su paradero o fabricar una prueba, indicando que efectivamente fue asesorada la demandante, debido a que el único documento exigido por la ley de la época era el formulario de afiliación que no fue tachado de falso por tanto sigue siendo un documento público que se presume auténtico.

Ahora bien la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal que establece la ley 797 del 2003 y esta norma fue sometida a un control previo constitucional y conforme a la sentencia C-1024 del 2004 fue declarada exequible previniendo aspectos de interés general por encima del particular con la protección del sistema general de pensiones, con la no descapitalización del RPM con un principio de estabilidad financiera en el RAIS por tanto no es dable que la demandante se escude en una supuesta falta de información

del C.P.T. realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 1:06:57, CD folio 105).

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 LUCELLY DEL SOCORRO ALZATE MONTOYA en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda (folio 27) las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (folio 27 y 28), aspirando principalmente se declare la nulidad e ineficacia del traslado de régimen que realizó el 30 de agosto del 2006 del ISS a PORVENIR, en consecuencia se ordene a dicha AFP trasladar a COLPENSIONES la totalidad del dinero que se encuentre depositado en la cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos financieros y bonos pensionales, así mismo se ordene a Colpensiones a realizar todas las gestiones pertinentes encaminadas anular el traslado y a recibirla sin solución de continuidad, costas del proceso, derechos *ultra y extra petita*. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por la actora a PORVENIR, disponiendo a esta última, como**

simplemente porque su plan de pensión no resulto acorde a sus expectativas como lo ha indicado el honorable magistrado Quiroz Alemán en salvamentos de voto.

La falladora de primera instancia también desconoce los actos de relacionamiento que quedaron plasmados dentro del interrogatorio de parte y que efectivamente la demandante quiso pertenecer al RAIS durante todo el tiempo que tuvo la oportunidad eventual de regresar a Colpensiones, aun sabiendo y conociendo que el ISS se había convertido en Colpensiones, pero no lo hizo y todas estas negligencias dentro de este fallo están cargadas a mi representada únicamente porque se le exige una prueba imposible de allegar al expediente.

Adicional se generan condenas por gastos de administración y preciso señalar que inciso dos del artículo veinte de la ley 100 de 1993 indica que también en el RPM se destina un 3% de cotización a financiar gastos de administración, pensión de invalidez y sobreviviente y es que estos gastos de administración no forman parte integral de la pensión vejez, por tanto si están sujetos a ese término trienal de prescripción al no ser un emolumento que financie la prestación si no se encuentran prescritos aunque no se declare probada esta excepción, además es importante resaltar que la superintendencia financiera de Colombia en varios conceptos uno de ellos del 17 de enero del 2000, indico que cuando proceda un evento de una nulidad o una ineficacia los únicos dineros que se deben trasladar son la cuenta de ahorro individual y los rendimientos en los eventos en que proceda una devolución de gastos de administración o una devolución de prima previsional de seguros en consideración a que la compañía aseguradora cumplió la cobertura durante la vigencia de la póliza y tampoco de los gastos de administración generar una entrega de estos gastos de administración es lo mismo que generar un enriquecimiento sin causa a favor de la co-demandada Colpensiones que en ningún momento genero la buena administración que si hizo mi representada y si se declara la ineficacia y las cosas vuelven a su estado natural quiere decir que mi representada en ningún momento genero esa administración y que por tanto no se generaron esos gastos de administración, en estos casos la ineficacia únicamente opera para la parte demandante, generando una incompleta aplicación del artículo 1604 del código civil, de esa manera solicito respetuosamente a los honorables magistrados revocar la sentencia en cita y absolver a mi representada de cada uno de los cargos, sus señoría muchas gracias.”

actual administradora a la que se encuentra vinculado, devolver los saldos de la cuenta de ahorro individual al régimen de prima media con prestación definida, tales como aportes, frutos, rendimientos financieros y bonos pensionales, sin descontar valor alguno por cuotas de administración o cualquier otro concepto. Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada PORVENIR no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía con la demandante, al momento del traslado.

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

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía de la demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 26 de agosto de 1963 (folio 2), por lo que la edad de 57 años, los cumplió el mismo día y mes del año 2020, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 8 de octubre del 2018 (fls. 8 y 9) y ante PORVENIR el 21 de septiembre del 2018 (folio 10), esto es, cuando le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad requerida para adquirir el derecho pensional; de otra parte, se tiene, la actora no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con 159 semanas cotizadas (historia laboral obrante en el expediente administrativo aportado por Colpensiones en medio magnético a folio 55) equivalentes a 3 años, 1 mes y 3 días, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789

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”.

de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo, como lo aduce Porvenir en su apelación.

No obstante, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende la accionante a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el **30 de agosto del 2006** (folios 70 y 79) específicamente conforme a la información consignada en el formulario de afiliación a PORVENIR S.A. y el reporte SIAFP expedido por ASOFONDOS.

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

En efecto, la jurisprudencia que sobre el particular ha dejado sentada la Corporación de cierre de esta jurisdicción, ha entendido que la expresión “libre y voluntaria” contenida en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, supone necesariamente el conocimiento, lo que sólo es posible alcanzar cuando se saben a conciencia las consecuencias de una decisión de esta envergadura. Frente al tema, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 12136, radicación No. 46.292 de 2014, enseñó:

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

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

Para este tipo de asuntos, se repite, tales asertos no comprenden solo los beneficios que dispense el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino

además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.

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

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

En consecuencia, no solo es menester demostrar la existencia del traslado, sino que impone verificarse que este acto se produjo bajo el presupuesto de la libertad informada, pues de no cumplirse con dicho presupuesto, se incurriría en un vicio que invalidaría dicho acto jurídico, lo que trae como consecuencia o efecto retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, con ineficacia ex tunc³, en los términos del artículo 1746 del Código Civil, ante la inexistencia de una norma distinta que de manera explícita regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico.

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

“(…)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(...)

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

(...).

Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede 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 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 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 solo refirió que el asesor le indicó que podría pensionar más rápido y con mayores garantías, además, que si no se trasladada se perderían los aportes que tenía en el ISS por cuanto este iba a desaparecer.

⁵ Audiencia virtual realizada el 15 de marzo de 2021, récord 10:28

Conforme tal medio de prueba, y como ya se advirtió, para la Sala, emana evidente que la demandante no contaba con una ilustración suficiente, clara y comprensible que le permitiera conocer las implicaciones de su traslado, pues se olvidó la AFP de ponerle de presente aspectos tan importantes como el requisito para acceder al derecho pensional en ese régimen, las modalidades de pensión y los factores a tener en cuenta para calcular el monto de la mesada pensional, los que de conocerlos, pudieron haber incidido en su decisión. Estas características estaban contenidas en las regulaciones vigentes al momento del traslado y era lo mínimo que debía conocer el convocante del juicio con antelación a suscribir su afiliación al RAIS, sin que se evidencien de las manifestaciones de la accionante actos de relacionamiento que conlleven a ratificar su deseo de continuar en el RAIS como lo sostiene PORVENIR en su alzada.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR (folio 79), 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) y, en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus*, pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que brillan por su ausencia en el plenario.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR omitió en el momento del traslado de régimen (30 de agosto del 2006, folio 79), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL 12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

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

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

En ese orden, la ineficacia del traslado de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado por parte de la administradora de pensiones, del saldo existente en la cuenta de ahorro individual del actor 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, como lo dispuso la a quo, debiendo confirmar la sentencia de primer grado en este aspecto. Pertinente es aclarar, aunque COLPENSIONES no intervino de manera directa en el acto jurídico de traslado, no puede perderse de vista que en la actualidad dentro de la estructura del sistema de pensiones es la única entidad administradora del régimen de prima media con prestación definida, siendo de contera la llamada a recibir nuevamente a la demandante como su afiliada.

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 actora.

Asimismo, advierte la Sala, en relación con los argumentos de apelación de PORVENIR relacionados con los gastos de administración y el porcentaje dirigido a financiar las prestaciones por invalidez y sobrevivencia, resulta que estos surgen como consecuencia de la afiliación, y en ese orden, al declararse la ineficacia del traslado resulta claro que 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 y seguros 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 convocante, a Colpensiones, incluyendo, como ya se dijo, las sumas correspondientes a los gastos de administración y seguros previsionales.

Así fue consignado en sentencia SL 2914 del 22 de julio del 2020 de la CSJ Sala Laboral, que reitera la del 8 septiembre 2008, radicado 31989, en la cual se asentó:

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

[...]

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

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

Las consecuencias de la nulidad no pueden ser extendidos a terceros, en este caso, a la administradora del régimen de prima media en el que se hallaba el actor antes de producirse la vinculación cuya nulidad se declara, de modo que no debe asumir

por el sistema de pensiones sanciones derivadas de la mora en el pago íntegro del derecho pensional, obligaciones por las que sólo ha de responder a partir de cuándo le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada.”

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

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

Aquí resulta pertinente acotar, de cara a la alzada propuesta por PORVENIR que el concepto emitido por la Superintendencia Financiera no resulta vinculante, y en todo caso, la determinación de devolver los gastos de administración y primas de seguros previsionales no resulta caprichoso, sino que, se itera, es consecuencia de la aplicación de los efectos de la declaratoria de ineficacia.

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por Colpensiones respecto de quien se surte el grado jurisdiccional de Consulta⁶ (folio 49), basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL 1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por las encartadas, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática. Es de anotar en este punto, dado que la pretensión principal, esto es la ineficacia del traslado, no se encuentra afectada con el fenómeno prescriptivo, las consecuencias derivadas de dicha declaratoria sobre el acto jurídico de traslado deben correr la misma suerte de imprescriptibilidad y es por ello que lo relativo a la devolución de gastos de administración y demás restituciones, por ser accesorios a la ineficacia

⁶ Se tuvo por contestada la demanda mediante auto del 4 de octubre del 2019, folio 87.

del acto jurídico, tampoco se encuentran afectadas por la prescripción, haciendo inoperante el fenómeno extintivo frente a las mismas.

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

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

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

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

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

Agotada la competencia de la Sala habiéndose surtido el grado jurisdiccional de consulta y por el estudio de los puntos de apelación, conforme las motivaciones

que preceden, se confirmará la decisión de primer grado de conformidad con las precisiones señaladas.

SIN COSTAS en esta instancia.

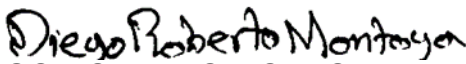
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

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

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


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 ALEXANDER PEDRAZA MARIN CONTRA AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P., EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ EAAB E.S.P.¹ y la ALCALDIA MAYOR DE BOGOTÁ (RAD. 33 2018 00605 01).

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintiuno (2021)

Vencido el término de traslado otorgado y habiéndose presentado los alegatos de instancia por la demandada AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. (folios 302 y 303), 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 del recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada AGUAS DE BOGOTÁ, contra la sentencia proferida por el Juez Treinta y Tres Laboral (33) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 16 de marzo del 2021 (Audiencia virtual, Cd. fl. 293, récord 31:38, acta folios 294 a 296), en la que se resolvió:

“PRIMERO: CONDENAR a AGUAS DE BOGOTÁ S.A. EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS, a mantener la orden de reintegro respecto del Señor ALEXANDER PEDRAZA MARÍN, identificado con cédula de ciudadanía 10.183.346, en el cargo que venía desempeñando o a uno de igual o superiores condiciones a las que venía desempeñando al momento del despido sin solución de continuidad, para lo cual, deberá tener en cuenta las restricciones o recomendaciones médicas que se tengan en razón a patología diagnosticada lumbago no especificado, procediendo únicamente a dar terminación a la relación laboral por parte de la empresa previa autorización por parte del Ministerio del Trabajo, tal como lo expone la Ley 1361 de 1997.

¹ Se ordenó la desvinculación del proceso al declararse probada la excepción de falta de agotamiento de la reclamación administrativa respecto de la EAAB S.A. E.S.P., como también la desvinculación de la llamada en garantía SEGUROS DEL ESTADO S.A. (Audiencia del 23 de febrero del 2021, Cd. fl. 277, Acta fls. 278 y 279).

SEGUNDO: CONDENAR a AGUAS DE BOGOTÁ a pagar a ALEXANDER PEDRAZA MARÍN, la suma de \$5.269.152 correspondiente a la indemnización de 180 días de salario contemplada en el artículo 27 de la Ley 361 de 1997, cifra que deberá ser indexada desde su causación hasta la fecha de pago.

TERCERO: DECLARAR no probada la excepción de inexistencia de la obligación propuesta por AGUAS DE BOGOTÁ S.A. EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: ABSOLVER a la ALCALDÍA DE BOGOTÁ, respecto de la pretensión de solidaridad formulada en su contra, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: DECLARAR probada la excepción de inexistencia de la obligación propuesta por la ALCALDÍA DE BOGOTÁ, conforme lo expuesto en parte motiva de esta providencia.

SEXTO: COSTAS en esta instancia quedan a cargo de AGUAS DE BOGOTÁ S.A. EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS, como agencias en derecho el despacho señala 3 SMLMV.”

Inconforme con la decisión el apoderado de AGUAS DE BOGOTA S.A. recurrió la sentencia de primer grado en lo atinente a la orden de mantener el reintegro del accionante, señalando que en el presente asunto se demostró que hubo una justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo, explicando el contrato 0809 interadministrativo del año 2012, fue celebrado por la empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá y Aguas de Bogotá para la operación del servicio de aseo y como se trata de un contrato administrativo, se realizó otro contrato el No 017 del año 2012, mediante el cual la UAESP y la EAAB ESP acordaron el desarrollo de la operación del servicio de aseo y fue en virtud de éste que se suscribió el contrato interadministrativo No. 0809 para llevar a cabo esa actividad del 4 de diciembre del año 2012 al 11 de febrero del 2018, informando la EAAB ESP a la enjuiciada AGUAS DE BOGOTÁ que solo hasta el 12 de febrero del 2018 podía sostener ese contrato interadministrativo y por tanto finalizaba la relación contractual para la operación del servicio de aseo de Bogotá.

Razón por la cual asegura no se puede afirmar que la obra o labor contratada NO se haya terminado ni que fuera probada la justa causa, pues para el momento en que a Aguas de Bogotá se le quitó el contrato ya no podía volver a desarrollar el servicio de aseo en Bogotá.

Indica debe tenerse en cuenta que en la cláusula segunda del contrato por obra o labor determinada que se suscribió con el demandante se estableció que la

vigencia de ese contrato de obra o labor contratada iba hasta la vigencia o la terminación del contrato interadministrativo No. 0809, por tanto no se puede decir que no se demostró una causa legal del terminación del contrato del actor, reiterando el Acueducto no podía seguir desarrollando la actividad de aseo por una acción de nulidad que le prohibió dicha posibilidad y siendo ésta entidad la que da por terminado el contrato con Aguas de Bogotá se da aplicación a la cláusula pactada en el contrato celebrado con el actor.

Refiere, en el presente proceso no se demostró que existiera una causal de discriminación porque durante el desarrollo de la vinculación con el accionante siempre se le mantuvieron las condiciones para que siguiera desarrollando sus labores, tuvo todos los pagos de seguridad social y prestaciones sociales, advirtiendo el dictamen emitido por la Junta de Calificación no estableció ningún porcentaje y solamente hablo de la inexistencia de una enfermedad de carácter laboral, señalando ser de origen común, lo que reafirma no existía una discriminación desde ningún punto de vista.

Finalmente aduce que si bien a la terminación del contrato con el accionante había algunos temas de recomendaciones no existía nada que manifestara que se encontraba en una incapacidad laboral, porque itera el actor venía desarrollando su contrato de manera normal, sin que existiera una incapacidad médica para que se pudiese decir que le fue terminado el contrato mientras gozaba de la misma. (Cd fl. 294, record: 34:57)²

² “Muchas gracias señor Juez. En este estado de la diligencia y estado procesal, me permito interponer el recurso de apelación contra la decisión proferida por su despacho en los siguientes términos:

Con todo respeto, no podemos estar de acuerdo con la decisión planteada en la sentencia hoy proferida, por algunos aspectos que entran a contradecir lo que aparece realmente en los elementos probatorios de carácter documental que reposan en el correspondiente expediente.

En primera medida, hay que señalar que entendemos la interpretación de carácter constitucional que hace respecto de la estabilidad laboral sobre la cual estamos de acuerdo, pero, no podemos estar de acuerdo con la interpretación en el sentido de que dio el despacho sobre la aplicación del artículo 26 de la Ley 361 de 1997. Lo otro, no podemos estar de acuerdo, porque realmente la documental presentada por parte de Aguas de Bogotá, se demostró que había una causa justa en el siguiente sentido. Por parte de Aguas de Bogotá, se presentó el Contrato interadministrativo 0809, documental que aparece tanto en la contestación como en los correspondientes de orden digital, en el expediente digital; el contrato 0809 administrativo del año 2012, es un contrato que celebra la empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, con Aguas de Bogotá para la operación del servicio de aseo dentro de la misma y como se trata de un contrato administrativo, en ella y en las consideraciones, no sé si pudieron leerse completas, porque de todas maneras es largo y extenso, bastante largo; dentro de ellas está establecido que obedece a ese contrato al hecho de que existió otro contrato que es el 017 del año 2012, mediante la cual la UAESP, que es una entidad distrital la cual se encuentra o dentro de las funciones de ella es la de la operación del servicio de aseo, que lo puede hacer de manera directa o por contratación respectiva.

Pero es un hecho cierto y notorio, por todas las discusiones que se dieron en esa época a que durante ese año se hizo ese contrato interadministrativo entre la UAESP y la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, para poder desarrollar ese servicio de aseo y que ésta entonces, obviamente se contratan sus servicios a través de otro contrato interadministrativo que es el 0809 que aparece en el correspondiente expediente, en donde se encuentran todas las obligaciones, todo el objeto contractual y cómo se debe desarrollar esta actividad, la cual la desarrolló desde el año 2012, desde el 4 de diciembre del año 2012 hasta el 11 de febrero del año 2018, porque como aparece también en los anexos de la contestación de la demanda se encuentra la modificación número 21 en la cual, la Empresa de Acueducto y Alcantarillado informa que solamente hasta el 12 de febrero de 2018 puede sostenerse ese contrato interadministrativo con Aguas de Bogotá, y por tanto, finaliza, finiquita la relación contractual para la operación de servicio de aseo de Bogotá, que lo desarrollaba en ese momento operativamente en una parte de Bogotá, pues obviamente Aguas de Bogotá, por este contrato.

Y esto sucede por otro hecho notorio que no requiere prueba, porque es una decisión judicial también en la que a la empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá no le permite desarrollar la actividad de aseo por una acción de nulidad que, ante el Contencioso Administrativo, frente a la modificación de su correspondiente objeto social, en donde, había sido adicionado directamente por junta, este objeto para poder desarrollar el servicio de aseo, el Contencioso Administrativo declaró que era nula esa forma en que se hizo la correspondiente modificación y que esta debería ser a través del Consejo de Bogotá, por eso es el motivo que aparece también en la 021 la modificación 21 del 809 en la que simple y llanamente le dicen no se puede seguir desarrollando la operación del servicio de aseo por parte del Acueducto y Alcantarillado, y este le dice, al no tener la posibilidad de seguir en el documento que nosotros entregamos en la contestación de la demanda, la modificación 21 que es la última de las modificaciones se dice que se termina el contrato el 12 de febrero de 2018.

Ahora bien, ahí hay dos elementos de carácter documentales que se encuentran en los expedientes. Además, de los alegatos de conclusión, se habló precisamente de la licitación NPC 02 de 2007 por parte de la UAESP, en donde esta licitación le entrega este servicio de aseo o esa operación de aseo a unos particulares que también es otro hecho notorio y no requiere mayor prueba en este sentido, pero fue mencionado, fue determinado ahí en este caso. Por cuanto, todos supieron de este tema del servicio de aseo en Bogotá, por los medios periodísticos de comunicación social, redes sociales, etc., de él se habló hasta la saciedad durante muchos años, frente a eso incluso hubo sanciones de carácter administrativo contra exalcaldes y funcionarios de la época sobre esta situación.

Por tal razón, entonces están los documentos presentados ahí, ya que estamos hablando prácticamente que todas las pruebas son de carácter documental y por lo tanto, en aplicación de ese artículo 26, señor Juez, pues no se puede decir que no fue que no se haya terminado la obra o labor contratada o no fue probada la justa causa, es que a Aguas de Bogotá al momento de quitarle ese contrato ya no podía volver a desarrollar el servicio de aseo en la ciudad de Bogotá, porque no tenía el contrato para poderlo hacer; hoy en día realiza otro tipo de actividades y quien desarrolla las actividades de operación de aseo en Bogotá son otras entidades totalmente distintas, y ahí están los documentos que así lo prueban, por lo tanto, no podemos estar de acuerdo en esa interpretación de que no se probó por parte de la demandada el tema de la terminación del contrato, máxime que en la cláusula segunda del contrato por obra o labor determinada que se suscribió por parte del demandante y también así lo acepta el demandante, con aguas de Bogotá, en su artículo segundo dice que la vigencia de este contrato de obra o labor contratada va hasta el momento de la vigencia o hasta la terminación llamémoslo así del contrato interadministrativo 0809, está claro, específico, diáfano en esa parte.

Por lo tanto, no podemos decir que no se demuestra una causal legal del mismo, hay ya 3; la primera, porque el Acueducto no puede seguir desarrollando esa actividad por una acción de nulidad, que le quita la posibilidad, le quita el objeto social, lo decreta nulo la posibilidad de realizar esa operación; segundo, que el propio Acueducto que es el que tiene el contrato por parte de la UAESP, se lo da por terminado a Aguas de Bogotá, y al darle por terminado ese contrato, se da aplicación de la cláusula segunda del contrato de trabajo celebrado entre las partes, en donde se establecía la vigencia del mismo. Más pruebas no sé, como pudiésemos nosotros en este caso demostrarlo, con el debido respeto del despacho, en donde las demás y en otras, obviamente cada Juzgado tiene una interpretación en el mismo y en el Tribunal ha sido reiterado sobre estos elementos de esta demostración, sentencias prácticamente a favor en un 99 % de Aguas de Bogotá. En ese orden, señores Magistrados aspiramos también a que se mantenga esta misma conducta jurídica de precedente jurisprudencial vertical, por cuanto, aquí están todos los mismos elementos sobre los mismos hechos también, frente a muchísimas otras demandas que se presentaron contra Aguas de Bogotá, en este mismo sentido.

Y que, por lo tanto, al demostrarse que no existe una causal de discriminación porque durante todo el tiempo como se dijo en los alegatos anteriores, el tiempo que duró el contrato de trabajo entre el demandante y la

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante, señor ALEXANDER PEDRAZA MARIN en este proceso ordinario las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda a folios 3 a 5, las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos relatados a folios 5 a 9, encaminadas principalmente a que se declare fue diagnosticado con la enfermedad “M545 LUMBAGO NO ESPECIFICADO DE ORIGEN LABORAL” y en consecuencia gozaba de estabilidad laboral reforzada, por lo cual solicita se condene a la demandada AGUAS DE BOGOTÁ a mantenerlo en un cargo acorde con su incapacidad laboral hasta tanto no se produzca su total recuperación, junto con el pago de una indemnización de 180 días de salario sin perjuicio de las demás sanciones y las costas del proceso. Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus aspiraciones, en tanto el Juez a quo dispuso mantener la orden de

demandada, se tuvieron todas las condiciones para que él siguiera y tenía todos los pagos frente a su seguridad social, prestaciones salariales, todo se le fue pago absolutamente. Si hoy estuviese el contrato, estaría todavía el señor trabajando bajo esas mismas condiciones y con el mismo contrato. Pero ahora bien, queda claro de esta manera que no existe discriminación al respecto porque no se puede presumir cuando existen elementos documentales de carácter legal, máxime de contratos administrativos que tiene su forma de iniciarse como su terminación también y dentro de los cuales a diferencia de otro tipo de contratos establecen las condiciones por los cuales se generan, nacen a la vida jurídica o se llama a la necesidad de ese contrato, en este caso, cuando son contratos directos de carácter administrativo, en ese orden de ideas entonces, no puede existir eso.

Ahora, nosotros entregamos en su momento frente a los hechos sobrevinientes el correspondiente dictamen de la regional, sobre calificación y en ella no estableció ningún tipo de calificación y solamente habló no de que existiese una enfermedad de carácter laboral, sino de origen común de acuerdo a la documental que nosotros presentamos en su momento, por tal razón, nosotros creemos que en este caso pues con el respeto que siempre tenemos frente a las decisiones de nuestro Jueces, todos muy honorables, pero podemos estar en discrepancia con el mismo, ya que no puede en este caso no decirse de que no se probó precisamente lo que el artículo 26 está tratando de decir, y es una sola situación que se probó dentro del proceso con la documentación que nosotros acabábamos de decir que no existía discriminación desde ningún punto de vista, en ese sentido.

Ahora, al momento de la terminación del contrato si bien había algunos temas de recomendaciones no existía para absolutamente nada una certificación que manifestase que se encontraba en una incapacidad laboral, ¿no?, porque él venía desarrollando su trabajo, simplemente eran unas recomendaciones al respecto y que por lo tanto, simplemente, por la situación que ya hemos expresado que el artículo 45 del CST nos dice cuándo empieza un contrato por obra o labor contratada y cuando termina y nosotros aquí lo probamos en ese espacio y dentro de ese momento no existía frente a él, una incapacidad médica para que pudiese decir que se despidió, porque no es un despido, sino una terminación del contrato, el contrato se hubiese hecho al momento correspondiente de estar entonces incapacitado esta persona, no, ese no es el sentido ni es una actitud caprichosa como se dijo en los correspondientes alegatos de conclusión.

Por tal efecto, señor Juez, nosotros creemos y señores magistrados que se debe modificar esta correspondiente sentencia, para que en ese orden de ideas se permita obviamente reconocer las excepciones presentadas por la parte demandada y en su momento en aplicación del artículo 15 del Decreto 806 del 2020, podamos nosotros ampliar incluso jurisprudencialmente también el tema aquí tratado en este recurso. Muchas gracias señor Juez, muy amable.”

reintegro dada por el Juez de tutela y condenó a la demandada AGUAS DE BOGOTÁ al pago de \$5.269.152 por concepto de la indemnización contemplada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, tras considerar que conforme a su criterio y apartándose de los postulados de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, se debía seguir con la línea de la Corte Constitucional, precisando que como quiera que el actor desarrollo la patología como consecuencia de la ejecución de las labores como operario de recolección, de la cual tenía conocimiento su empleadora pues le fueron expedidas varias recomendaciones médicas sin que haya prueba de su reubicación, gozaba de una estabilidad reforzada en razón a su estado de debilidad manifiesta en tanto para el momento en que finalizó el contrato se encontraba en un proceso de calificación de su patología y más cuando fue terminado el contrato por una supuesta finalización de la obra o labor lo que no se acreditó dentro de la Litis.

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

Así las cosas, lo primero que debe advertir la Sala es que no es motivo de discusión dentro del presente asunto que el demandante prestó sus servicios a la entidad AGUAS DE BOGOTÁ S.A., mediante un contrato de trabajo bajo 2 modalidades diferentes, aspecto que además de no haber sido objeto de apelación se constata con la documental aportada al plenario, pues milita a folio 20 el contrato de trabajo a término fijo del 19 de diciembre de 2012 al 18 de abril de 2013, suscrito por las partes, de igual forma se aportaron dos prórrogas a dicho contrato para los periodos comprendidos entre el 18 de abril de 2013 a 18 de mayo de 2013 (fol. 21) y del 19 de mayo del 2013 a 18 de junio de 2013 (fol. 21 vto).

Adicionalmente, a folio 22 del expediente, se encuentra el contrato de trabajo por “duración de la obra o por la naturaleza de la labor determinada”, con fecha de inicio el 19 de junio de 2013 y el cual finalizó el 11 de febrero de 2018, tal como se evidencia en carta de comunicación enviada al demandante (fol. 109), donde se le comunica la imposibilidad de la continuación de la relación laboral por la

terminación del Convenio Interadministrativo 1.7-10200-809-2012 y también se aportó la liquidación de prestaciones sociales donde se señala que la fecha de contratación fue el 19 de diciembre del 2012 y de “*retiro*” el 11 de febrero del 2018 (fl. 110).

Igualmente ha de tenerse en cuenta, el señor ALEXANDER PEDRAZA MARIN interpuso acción de tutela en contra de la aquí demandada, cuyo conocimiento correspondió en primera instancia al Juzgado 12 Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Bogotá, el cual mediante sentencia del 29 de mayo del 2018 (fls. 34 a 43) dispuso ordenar su reintegro, conminándolo a iniciar los trámites ante la Junta Regional y Nacional de Calificación de Invalidez en aras de determinar su pérdida de capacidad labora, señalando en la parte motiva de dicho proveído lo siguiente (fl. 41):

*“En este orden de ideas, las anteriores premisas nos conducen a concluir que se deberán acceder a las pretensiones de la acción de tutela en **forma provisional**, pues para deducir ello no es necesario grandes elucubraciones jurídicas ni es menester plasmar múltiples textos jurisprudenciales, pues como ya se dijo, el reconocimiento de los derechos solicitados por el tutelante, deber ser protegidos para evitar un perjuicio irremediable”*
(Negrillas fuera de texto)

Decisión que fue confirmada por el Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. en proveído del 8 de agosto del 2018 (ver folios 50 a 58), acudiendo el promotor de la Litis a la jurisdicción el 22 de octubre del 2018 como se puede verificar en el acta de reparto de folio 72.

Ahora, teniendo en cuenta los estrictos términos en que fue propuesta la alzada, es claro que no se controvierte en esta instancia que el demandante al momento de finalizar su contrato de trabajo se encontraba cobijado por la garantía foral de la estabilidad laboral reforzada por salud, situación así discurrida en la sentencia de primer grado, sin que respecto de dicha conclusión se formulara reparo alguno, en tanto el recurso de la demandada AGUAS DE BOGOTÁ se circunscribió únicamente a demostrar que la terminación del contrato con el actor se dio por una causa legal.

Por ende, previo a analizar lo que corresponda frente a la existencia de dicha causal de terminación del contrato, valga recordar, fundó sus aspiraciones el

accionante en la Ley 361 de 1997 “Por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas con limitación y se dictan otras disposiciones”, disposición que en su artículo 26, señala: “Ninguna **persona limitada** puede ser **despedida** o su contrato terminado **por razón de su limitación**, salvo que medie autorización del Ministerio del Trabajo”, conducta que conforme al inciso 2º de la citada norma, es sancionada con el pago de una indemnización equivalente a 180 días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren, según lo señaló la Corte Constitucional en la sentencia C-531 de 2000.

Ahora, los criterios jurídicos para la aplicación de la norma reclamada por el actor, dictadas por el órgano de cierre de esta jurisdicción, pueden resumirse así:

a) Radicado 35606 de 2009:

“De acuerdo con la sentencia en precedencia [32532 de 2008] para que un trabajador acceda a la indemnización estatuida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, se requiere: (i) que se encuentre en una de las siguientes hipótesis: a) con una limitación “moderada”, que corresponde a la pérdida de la capacidad laboral entre el 15% y el 25%, b) “severa”, mayor al 25% pero inferior al 50% de la pérdida de la capacidad laboral, o c) “profunda” cuando el grado de minusvalía supera el 50%; (ii) que el empleador conozca de dicho estado de salud; y (iii) que termine la relación laboral “por razón de su limitación física” y sin previa autorización del Ministerio de la Protección Social”.

b) Radicado SL 6850 de 2016:

“...En efecto, la censura parece diferenciar entre las causas justas y las razones que pueden acompañar a una decisión de despido. Por eso mismo, a pesar de que reconoce que en este caso no medio una justa causa, dice que la razón del despido fue la escisión de la entidad y no la condición de discapacidad del trabajador. Con fundamento en ello, en últimas, arguye que en el evento en que se propicie un despido unilateral y sin justa causa, en todo caso, el trabajador debe demostrar que la decisión se dio por razón de su discapacidad y no por otros motivos, para que opere la especial garantía de estabilidad.

Una interpretación de esas características no puede ser avalada por la Corte, por las razones que pasan a exponerse:

La interpretación que propone la censura torna totalmente nugatoria la garantía de estabilidad y le resta todo efecto útil a la disposición, pues pone en manos del empleador la facultad de despedir al trabajador discapacitado, libremente, con la sola condición de no motivar su decisión en función de la especial condición de discapacidad.

(...)

Dicha interpretación también insta al trabajador a que, en el marco de un despido sin justa causa, demuestre que la razón real de la decisión estuvo dada en su condición de discapacidad, lo que resulta del todo desproporcionado e inaceptable para la Corte...”
(Resaltado por la Sala)

c) Radicado 67595 de 2017:

(...)

*...si bien el dictamen de pérdida de la capacidad laboral, que como ya se dijo no es una prueba solemne de la condición de discapacidad, **fue posterior al** despido, lo cierto es que **se fundamentó en las patologías** y en la deficiencia, discapacidad y minusvalía **adquiridas por el actor durante el desarrollo del contrato de trabajo**, tanto así que la fecha de estructuración se definió en el 29 de febrero de 2008, varios meses antes de que se hubiera efectuado la desvinculación...*

d) Radicado SL 1360 del 11 de abril de 2018:

*(...) Lo que atrás se afirma deriva del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, pues, claramente, **en ese precepto no se prohíbe el despido del trabajador en situación de discapacidad, lo que se sanciona es que tal acto esté precedido de un criterio discriminatorio**. Nótese que allí se dispone que «ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación», lo que, contrario sensu, **quiere decir que si el motivo no es su estado biológico, fisiológico o psíquico, el resguardo no opera**.*

Lo anterior significa que la invocación de una justa causa legal excluye, de suyo, que la ruptura del vínculo laboral esté basada en el prejuicio de la discapacidad del trabajador. Aquí, a criterio de la Sala no es obligatorio acudir al inspector del trabajo, pues, se repite, quien alega una justa causa de despido enerva la presunción discriminatoria; es decir, se soporta en una razón objetiva.

e) Radicado SL2841 de 2020:

*“La Sala tiene explicado pacíficamente que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 protege a las personas «en condición de discapacidad», es decir que «solo aplica a quienes tengan una [discapacidad] física, psíquica o sensorial en los términos previstos en dicha normativa», **pero no, respecto de cualquier limitación o discapacidad, sino ante aquella que se considera relevante por reducir sustancialmente las posibilidades de obtener y conservar un empleo adecuado y de progresar en este**, siguiendo el contenido del art. 1 del C159 de la OIT (ver sentencia CSJ SL17945-2017). Por esta razón, en un principio, el ordenamiento jurídico optó por fijar los niveles de limitación moderada, severa y profunda (artículo 5 reglamentado por el artículo 7 del D. 2463 de 2001 vigente para la época del despido del actor), a partir del 15% de la pérdida de la capacidad laboral, con el fin de justificar la acción afirmativa en cuestión, a quienes clasifiquen en dichos niveles.*

*Aquí, la Sala aclara que prefiere usar el término **discapacidad relevante** para identificar al sujeto de la protección a la estabilidad laboral del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 y no, el de invalidez que traen el C159 y las R. 99 y 168 de la OIT, para diferenciarlo del sujeto beneficiario de la pensión de invalidez que regula la normatividad de la seguridad social de origen interno.*

(...)

*Lo anterior implica que la protección de la estabilidad en el trabajo del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 **está dirigida a la persona que tiene condiciones de salud reducidas para prestar el servicio personalmente, es decir, a aquella que tiene una discapacidad relevante y puede prestar el servicio en condiciones distintas del resto de la sociedad**.*

Dicho de otro modo, el precepto en cuestión busca proteger a las personas que, por la condición de discapacidad relevante, pueden encontrar barreras para acceder, permanecer o ascender en el empleo y que tales barreras pueden ser superadas por el empleador haciendo ajustes razonables. Según el art. 5 de la Ley 361 de 1997, reglamentado por el artículo 7 del D. 2463 de 2001, vigente para la época del despido del actor (se itera), esa discapacidad relevante se considera a partir del 15% de la pérdida de la capacidad laboral.

(...)

*Conforme a lo anterior, **no le asiste razón al tribunal en cuanto sostiene que es suficiente la sola presencia de una debilidad manifiesta por motivos de salud**, para merecer la especial protección de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997. Con la interpretación del juez colegiado se rompe la justificación de tal medida excepcional, pues, con la ampliación indeterminada del grupo poblacional para el cual el legislador creó la acción afirmativa de la estabilidad laboral reforzada se afecta la proporcionalidad de la medida, con la vulneración de otros derechos fundamentales como el de libertad.*

En la sentencia CSJ SL 12998-2017, se recalcó en qué consiste la protección a la estabilidad y cuál es su justificación, para que no se desdibuje el propósito de la norma en comento al ser aplicada. El fin de la estabilidad laboral reforzada es asegurar la no discriminación en el empleo de quien puede prestar el servicio a pesar de su condición de discapacidad relevante y garantizar la adaptación y readaptación laboral de la persona. No se puede desviar su uso a fines distintos a los previstos en ella, como sucede cuando, a través de una interpretación sin rigor jurídico, se generaliza el campo de aplicación de la regla de estabilidad laboral reforzada como medio para satisfacer necesidades de protección propias de la seguridad social, cuya garantía ha de hacerse a través de otros mecanismos que sí sean idóneos, necesarios y proporcionados para ese fin, y que desarrollen los principios de la seguridad social como son la universalidad, la eficiencia, la progresividad, la solidaridad y sostenibilidad financiera, entre otros.”

f) Radicado SL572 del 24 de febrero del 2021:

“(…) exigir la calificación de la pérdida de la capacidad laboral para el momento de la terminación de la relación laboral no es un capricho, esto obedece a que la protección por estabilidad laboral reforzada por razones de salud, estatuida por el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, requiere que el trabajador se encuentre en situación de discapacidad, al tiempo que ello implica soportar un nivel de limitación en el desempeño laboral, necesario para establecer la relación directa con el acto discriminatorio que originó el despido.

Es por ello que para conocer ese nivel de disminución en el desempeño laboral, por razones de salud, no basta que aparezca en la historia clínica el soporte de las patologías y secuelas que padece un trabajador, porque la situación de discapacidad en que se encuentra el trabajador no depende de los hallazgos que estén registrados en el historial médico, sino de la limitación que ellos produzcan en el trabajador para desempeñar una labor y, precisamente, esa limitación no es posible establecerla sino a través de una evaluación de carácter técnico, donde se valore el estado real del trabajador desde el punto de vista médico y ocupacional.

(...)

(...) se puede concluir que la situación de discapacidad obedece a una deficiencia que padece el trabajador - que lo limita para desarrollar una actividad - derivada de una

pérdida, defecto, anomalía o cualquier otra desviación significativa, a la vez originada por la alteración de las funciones fisiológicas o en las estructuras corporales de una persona; condiciones que por su carácter técnico-científico, para ser valoradas requieren de una herramienta técnica que el sistema integral de seguridad social denomina Manual único para la Calificación de la pérdida de la capacidad laboral y ocupacional, actualmente contenido en el decreto 1507 de 2014; que, además, como todo baremo, tiene la ventaja que limita el factor subjetivo del evaluador.

Por esta razón se destaca el carácter relevante que tiene una calificación técnica descriptiva del nivel de la limitación que afecta a un trabajador en el desempeño de sus labores; sin embargo, en virtud del principio de libertad probatoria y formación del convencimiento, en el evento de que no exista una calificación y, por lo tanto, se desconozca el grado de la limitación que pone al trabajador en situación de discapacidad, esta limitación se puede inferir del estado de salud en que se encuentra, siempre que sea notorio, evidente y perceptible, precedido de elementos que constaten la necesidad de la protección, como cuando el trabajador viene regularmente incapacitado, se encuentra en tratamiento médico especializado, tiene restricciones o limitaciones para desempeñar su trabajo, cuenta con concepto desfavorable de rehabilitación o cualquier otra circunstancia que demuestre su grave estado de salud o la severidad de la lesión, que limita en la realización de su trabajo.”

Bajo los criterios jurídicos citados, para lograr la ineficacia del despido o la condena al pago de la indemnización, en el transcurso del debate procesal la parte demandante debe demostrar su limitación, mientras que a la parte demandada le corresponde eventualmente acreditar la autorización del Ministerio del Trabajo, en los términos ya citados, o demostrar la existencia de una causa justa legal en el evento de invocarla como motivo de terminación.

En esa dirección, ha de señalarse, como quiera que no existe discusión frente la aplicabilidad de la ya mencionada Ley 361 de 1997 a favor del demandante (*pues ello no fue objeto de apelación por la pasiva*), se presume que la finalización del vínculo contractual se produjo por el estado de salud del convocante del juicio.

No obstante, a tono con la postura jurisprudencial sobre esta materia y a la cual se hizo alusión al inicio de esta providencia, mientras al demandante le corresponde probar el estado de debilidad manifiesta, lo que en el caso de autos se encuentra acreditado pues así se definió en primera instancia, a la demandada AGUAS DE BOGOTÁ le atañe probar que la terminación operó por una causa justa legal -como lo alega en su recurso de apelación-, desvirtuando de esta forma la mentada presunción.

En ese orden, aborda la Sala el estudio correspondiente respecto de la finalización del vínculo laboral del actor con Aguas de Bogotá S.A. E.S.P., advirtiendo, a folio 109 del expediente obra la comunicación dirigida al demandante el 8 de febrero de 2018, donde se le informa la terminación de la

relación contractual a partir del 11 de febrero del 2018 en razón a la culminación de la obra por la expiración del Convenio Interadministrativo número 1.7-10200-809-2012 en los siguientes términos:

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

En esa dirección y teniendo en cuenta los argumentos expuestos en la alzada, conviene traer a colación el contenido de la cláusula segunda del “*Contrato individual de trabajo por duración de la obra o por la naturaleza de la labor determinada*”, suscrito por las partes que es del siguiente tenor (fol. 22):

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

De igual forma, se allegó como prueba la prórroga No. 21 del plazo de ejecución del contrato interadministrativo 1-07-10200-0809-2012 del 15 de enero de 2018 (fls. 100 y 101) suscrito entre el Acueducto de Bogotá y Aguas de Bogotá donde se indicó:

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

Pues bien, de conformidad con el material probatorio vertido al plenario, en especial las documental citadas, a juicio de esta Sala de decisión, resulta evidente que la contratación del demandante se enmarcó dentro de los contratos denominados por obra o labor, dado que desde el inicio de ésta modalidad de vinculación (19/06/2013), en el mismo contrato (fl. 22), se definió, que la actividad para la cual fue contratado era la de operario de recolección y/o barrido y se supeditó la duración de su vínculo a la vigencia del convenio interadministrativo 1-07-10200-0809-2012.

Así las cosas, se tiene que por voluntad expresa de las partes, el contrato de trabajo del actor inicialmente pactado a término fijo mutó el día 19 de junio de 2013 a la modalidad por obra o labor, iterando que desde el inicio de esa vinculación las partes acordaron que la vigencia **estaría supeditada a la duración del convenio interadministrativo 1-07-10200-0809-2012**, aunado a ello no se probó de forma alguna que la actividad del demandante como operario de recolección y/o barrido se realizará por razones diferentes a la ejecución del convenio interadministrativo, es decir no se demostraron actividades ajenas a las que se impusieron para la ejecución del convenio interadministrativo 1-07-10200-0809-2012, en orden interpretar que la contratación del demandante en la realidad no fue bajo la modalidad establecida en el contrato de trabajo, contrario a ello, como ya se indicó se demostró que de forma expresa las partes acordaron supeditar la duración del vínculo a la vigencia del convenio interadministrativo.

Igualmente, ha de tenerse en cuenta que en casos como en el de autos donde lo alegado no es una justa causa sino un modo legal de terminación, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en sentencia SL 711 del 24 de febrero del 2021 indicó:

“Es cierto que, acorde con el actual criterio de la Corte, plasmado en la sentencia SL2586-2020, se indicó que, si bien en los contratos de trabajo a término fijo la expiración del plazo es un modo legal de terminación del vínculo, sólo se tendrá como causal objetiva, si se demuestra la extinción de las causas que le dieron origen al contrato u ocaso de la necesidad empresarial, pues si ello no ocurre, se presume que la decisión de no renovar el contrato estuvo revestida de una conducta discriminatoria.”
(Subrayas y negrillas fuera de texto).

De esta manera y atendiendo las consideraciones expuestas por la Máxima Corporación, en este especial asunto encuentra la Sala, frente a la terminación del vínculo que ató a las partes, que el mismo en efecto **feneció por una causa legal** contenida en el C.S.T., artículo 61 literal “d”, esto es, por **terminación de la obra o labor contratada**, pues no a otra conclusión se puede arribar, teniendo en cuenta que como se ha venido señalando, en el contrato de trabajo que ató a las partes y que finalizó el 11 de febrero de 2018 (fol. 109) se estableció que el vínculo se supeditaba a la vigencia del convenio interadministrativo 1-07-10200-0809-2012 (*obra para la cual fue contratado el demandante*), el cual conforme la modificación, denominada prórroga del plazo de ejecución del 15 de enero de

2018, finalizó el 12 de febrero de 2018 (fls. 100 y 101) y en ese orden, al tenor de la disposición normativa citada en precedencia, la encartada no requería autorización administrativa para la terminación del contrato, habida cuenta, que no se trata de una decisión unilateral, sino que desde el inicio del vínculo se estableció su duración, esto es por la vigencia de la obra o labor para la cual fue contratada.

En suma, las razones expuestas permiten concluir dentro del presente asunto la finalización del vínculo laboral se produjo fue en razón de un modo legal de terminación conforme lo dispone el artículo 61 del C.S.T. literal D, esto es, la *“terminación de la obra o labor contratada”* y no en razón de los padecimientos de salud del señor ALEXANDER PEDRAZA MARIN y en esa medida, la protección de la referida Ley 361 de 1997, esto es, la presunción de que el despido o terminación de la relación laboral surge por el estado de la salud del ex trabajador, estaría desvanecida por cuanto se itera la demandada AGUAS DE BOGOTÁ logró acreditar que el fenecimiento de la relación laboral **obedeció a la configuración de una causal objetiva**, recuérdese una de las sentencias aquí citadas SL 1360 del 11 de abril de 2018 cuando expresa: “...**si el motivo no es su estado biológico, fisiológico o psíquico, el resguardo no opera (...)**.” y también lo considerado en la SL 711 del 24 de febrero del 2021 cuando indica:

“En ese orden, le corresponde al actor acreditar la circunstancia de discapacidad en cualquiera de los grados ya mencionados, para que se active la presunción, y al empleador le incumbe entonces, demostrar que no fue por tal razón sino por una causa objetiva, que decidió finalizar el vínculo. Esto como quiera que la prohibición contenida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, es la de despedir al trabajador por razón de su discapacidad, por lo que, al contrario, las decisiones motivadas en una razón objetiva no requieren ser autorizadas por la autoridad administrativa laboral,...”

Por lo anterior, no puede concluirse que la terminación del vínculo contractual correspondió a un acto discriminatorio del estado de salud del actor, razón por la cual se revocará la decisión de primer grado en cuanto dispuso mantener el reintegro del señor PEDRAZA MARIN ordenado en sede de tutela, junto con el consecuente pago de la indemnización de 180 días de salario.

De esta manera se agota la competencia de la Sala, por el estudio de los motivos de apelación y conforme las motivaciones precedentes, se revocará la sentencia

de primera instancia, para en su lugar declarar probada la excepción de inexistencia del derecho reclamado propuesta por AGUAS DE BOGOTÁ, y absolver a la compañía llamada a juicio de las pretensiones incoadas en su contra.

SIN COSTAS en esta instancia, las de primera se revocan y se imponen a cargo del demandante.

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,

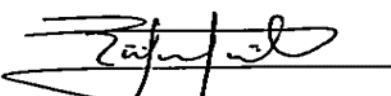
RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juez 33 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. En su lugar, se **DECLARA PROBADA** la excepción de inexistencia del derecho reclamado y se **ABSUELVE** a la sociedad AGUAS DE BOGOTA S.A. E.S.P de las pretensiones incoadas en su contra por ALEXANDER PEDRAZA MARIN.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera correrán a cargo del demandante.

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 LABORAL PROMOVIDO POR CARLOS MARIO RIVEROS NIEBLES, WILSON DARIO AGUDELO LÓPEZ E INIRIDA DEL CARMEN SIERRA IGUARÁN CONTRA OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES Y EL FONDO NACIONAL DEL AHORRO, trámite al que se vinculó como llamadas en garantía a LIBERTY SEGUROS S.A. Y CONFIANZA S.A. (RAD. 35 2016 00340 01).

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintiuno (2021)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por únicamente por los demandantes CARLOS MARIO RIVEROS NIEBLES y WILSON DARIO AGUDELO LÓPEZ (folios 458 a 465), así como por el FONDO NACIONAL DEL AHORRO (folios 466 a 472) y LIBERTY SEGUROS S.A. (folios 473 a 481), 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 el apoderado de los demandantes CARLOS MARIO RIVEROS NIEBLES y WILSON DARIO AGUDELO LÓPEZ, contra la sentencia proferida por el Juez Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 23 de febrero de 2021 (Audiencia virtual de trámite y juzgamiento, artículo 80 del C.P.T., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, CD folio 482, archivo 26, récord 1:55:56), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR que entre OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. EN LIQUIDACIÓN y los demandantes existieron los siguientes vínculos laborales:

EXP. No. 35 2016 00340 01 CARLOS MARIO RIVEROS NIEBLES, WILSON DARIO AGUDELO LÓPEZ E INIRIDA DEL CARMEN SIERRA IGUARÁN CONTRA OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. Y EL FONDO NACIONAL DEL AHORRO, trámite al que se vinculó como llamadas en garantía a la COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. – CONFIANZA S.A. y LIBERTY SEGUROS S.A.

- a) Con CARLOS MARIO RIVEROS NIEBLES entre el 09 de diciembre de 2014 al 30 de septiembre de 2015, con un salario la suma de \$5.200.000.
- b) Con WILSON DARÍO AGUDELO LÓPEZ entre el 01 de diciembre de 2014 al 24 de septiembre de 2015, con un salario de suma de \$1.750.000.
- c) Con INIRIDA DEL CARMEN SIERRA IGUARÁN entre el 01 de diciembre de 2014 al 30 de septiembre de 2015, devengando como último salario la suma de \$1.750.000.

SEGUNDO: CONDENAR a OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. EN LIQUIDACIÓN a reconocer y pagar a la demandante INIRIDA DEL CARMEN SIERRA IGUARÁN las siguientes sumas por los siguientes conceptos

- CESANTÍAS \$1.312.500
- INTERESES A LAS CESANTÍAS \$ 118.125
- PRIMA DE SERVICIOS \$437.500
- VACACIONES \$705.833.

TERCERO: CONDENAR a OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. EN LIQUIDACIÓN a reconocer y pagar a los demandantes las respectivas indemnizaciones moratorias e intereses moratorios (sic) por no pago de salarios y prestaciones sociales al finalizar el vínculo laboral conforme al artículo 65 del CST, valores que ascienden a:

- a. Veintidós millones doscientos ochenta y tres mil doscientos seis pesos (\$22.283.206), para WILSON DARÍO AGUDELO LÓPEZ. Todo conforme a la parte motiva
- b. Sesenta y cinco millones cuarenta y ocho mil pesos (\$65.048.000), para CARLOS MARIO RIVEROS NIEBLES.
- c. Veintiún millones novecientos treinta y tres mil doscientos ocho pesos (\$21.933.208), para INIRIDA DEL CARMEN SIERRA IGUARÁN.

CUARTO: ABSOLVER a la demandada FONDO NACIONAL DEL AHORRO y a las llamadas en garantía LIBERTY SEGUROS y CONFIANZA S.A de las pretensiones incoadas en su contra.

QUINTO: CONDENAR EN COSTAS a la demandada OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. EN LIQUIDACIÓN a favor de los demandantes. Por lo tanto, se señalan como agencias en derecho a su cargo la suma de quinientos mil pesos a favor de cada demandante (\$500.000), monto que se incluye en la liquidación de costas.”

Inconforme con la decisión, el apoderado judicial de los demandantes CARLOS MARIO RIVEROS NIEBLES y WILSON DARIO AGUDELO LÓPEZ la apeló, puntualmente frente a la negativa del juzgado de declarar la responsabilidad solidaria del Fondo Nacional del Ahorro respecto de las obligaciones objeto de condena y, por no haberse accedido a la pretensión subsidiaria con la cual aspiraba se declarara a esa entidad como verdadero empleador de los demandantes y a la empresa de servicios temporales, como empleador aparente.

En sustento de ello, argumenta, la vinculación de los actores con el FNA desconoce lo establecido en los artículos 2.1.2.2.6.5.6 del Decreto 1072 de 2015 y 77 de la Ley 50 de 1990, que establecen las circunstancias en las que procede la contratación de trabajadores en misión, toda vez que en autos no se demostró que la labor contratada se enmarcaba dentro de alguna de ellas.

Igualmente, arguye, se ha dado una interpretación errónea al último aparte del numeral tercero de la ley 50 de 1990, pues, en su sentir, el término que allí se dispone no se limita a determinar la posibilidad de contratar trabajadores en misión por un año, ya que lo que debe verificarse es la necesidad de la empresa usuaria y no solo el factor temporal.

Por otra parte critica que el juez no hizo mención alguna a la declaración de la testigo DIANA OSPINA quien, en su sentir, de manera clara y concisa advirtió que la relación de WILSON DARIO con el Fondo Nacional del Ahorro se extendió más allá del 2015, medio de prueba que desde su punto de vista resultaba fundamental para acreditar que el FNA soslayó la legislación¹ (CD folio 482, archivo 26, récord 2:01:21).

¹ “Si señor muchas gracias, procedo entonces a interponer recurso de apelación en contra la decisión que se acaba de proferir en esta audiencia concretamente por el hecho de que no se declaró la solidaridad respecto del fondo nacional del ahorro que eran una de las pretensiones que se había solicitado de manera principal, e igualmente tampoco se accedió a la pretensión subsidiaria de declarar al fondo nacional del ahorro como verdadero empleador y a la empresa de servicios temporales como un empleador aparente, entonces sustento mi apelación en los siguientes términos:

De acuerdo con lo establecido en el decreto 1072 del 2015 artículo 2.1.2.2.6.5.6 en concordancia con el decreto 4369 del 2006 y en concordancia con lo establecido en el artículo 77 de la ley 50 de 1990 las empresas de servicios temporales pueden enviar a trabajadores en misión a una empresa usuaria cuando se trate de labores ocasionales, accidentales o transitorias en este caso en particular no se demostró que el fondo nacional del ahorro hubiese necesitado de una labor ocasional o transitoria respecto de mi representados.

De la misma manera el numeral segundo de la misma norma antes citada establece que También se pueden enviar trabajadores en misión cuando se requiere reemplazar personal en vacaciones, en usos de licencias, en uso de incapacidades por enfermedad o maternidad, reitero que en este caso tampoco se demostró por la parte demandada Optimizar o el fondo nacional del ahorro que mis representados hubiesen sido enviados en razón de estas circunstancias ya mencionadas y tercero la otra circunstancia que establece esta norma es que se puede enviar trabajador en misión para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los periodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios por un término de seis meses prorrogables hasta por otros seis meses, lastimosamente la interpretación que se ha venido dando de esta última preceptiva han sido totalmente equivocada porque no se limita única y exclusivamente a determinar que la prórroga de seis meses más seis meses es decir el año es lo que determina el hecho de la necesidad de la empresa usuaria de requerir un trabajador en misión, no es uncialmente un factor temporal sino también un factor relacionado con una actividad en particular que es lo que debe darse en este caso por eso reitero ni el fondo nacional del ahorro, ni optimizar lograron demostrar cual era el fundamento de la provisión, el transporte, o las ventas que tuvo el fondo nacional del ahorro para requerir la necesidad de enviar trabajadores en misión, es más el fondo nacional del ahorro señor juez de acuerdo con el decreto 3118 de 1968 es una empresa industrial y comercial del estado que maneja precisamente los fondos 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 de los demandantes CARLOS MARIO RIVEROS NIEBLES, WILSON DARIO AGUDELO LÓPEZ y INIRIDA DEL CARMEN SIERRA IGUARAN las pretensiones visibles a folios 6 a 17, las cuales se fundan en los hechos relatados a folios 18 a 26, aspirando de manera principal se declare que entre estos y OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. existió una relación laboral, con el primerio del 9 de diciembre de 2014 al 30 de septiembre de 2015 y con los demás, del 1 de diciembre de 2014 al 30 de septiembre de 2015. En consecuencia se condene a esa sociedad, y solidariamente al FONDO NACIONAL DEL AHORRO, a pagarle las prestaciones sociales y vacaciones que se le adeudan, junto con la indemnización moratoria

envía el gobierno y las recaudaciones que recibe por conceptos de cesantías y está autorizada para realizar créditos, me pregunto yo señor juez ¿Cuál incremento en la producción tuvo el fondo nacional del ahorro? ¿Incrementos en los transportes? ¿En la venta de productos o mercancías? ¿En los periodos de cosechas estacionales? El fondo nacional del ahorro no tiene ninguna función relacionada con estas que acabo de mencionar ni de cosechas, ni de mercancía, ni de transporte.

Adicionalmente debe tenerse en cuenta lo siguientes el fondo nacional del ahorro como entidad pública en la medida que requiera personal para desarrollar actividades relacionadas con su objeto social debe de ampliar la planta de personal, el ejemplo claro es lo que precisamente ha sucedido con la ampliación de la rama judicial en la vinculación de nuevos jueces y así es que debe proceder las entidades públicas, en este caso cuando se trata de una entidad pública cuya reglamentación está establecida por la ley, cuyos cargos están establecidos por decreto, en estos casos particulares se debe hacer la creación de respectivos cargos con sus funciones y asignación salarial, el fondo nacional del ahorro no ha procedido de esta manera señor juez sino de qué forma simulada y reiterativa tal y como quedó demostrado con la prueba testimonial y documental lo que ha hecho es contratar de manera constante y sin ninguna clase de limitaciones trabajadores en misión a pesar de que no enmarca ni su actividad, ni su objeto social dentro de la connotación legal que traen las normas ya mencionadas el decreto 4369 del 2006, el decreto 1072 del 2015 y el artículo 77 de la ley 50 de 1990 .

Adicionalmente señor juez me permito manifestar que no se hizo ninguna alusión a la declaración de la testigo Diana Ospina que fue la testigo que convocó mi representado Wilson Darío, esta testigo manifestó de manera clara y concisa que el señor Wilson Darío culminó su vinculación en el mes de septiembre del año 2015 pero continua trabajando con posterioridad en el fondo nacional del ahorro contratado por otras empresas de servicios temporales hasta el año 2019 y lo hizo de manera continua señor juez no se hizo ningún pronunciamiento sobre esta prueba testimonial que era vital para definir precisamente la extensión de la duración de la vinculación laboral de mi representado en el fondo nacional del ahorro, únicamente con ese propósito debió evaluarse y hacerse un pronunciamiento concreto de esa prueba testimonial y se ha soslayado precisamente el análisis de esta prueba incumpliendo con una de las preceptivas que establece el CPT que es analizar las pruebas de manera conjunta y con base en las reglas de la sana crítica señor juez, para nosotros es importante que ha bien lo considera el señor juez se haga una adición de la sentencia para que se haga un pronunciamiento de lo que manifestó esta testigo que es clave y vital por su conocimiento directo dentro de los resultados de este proceso. Entonces señor juez termino diciendo que debe declararse la solidaridad porque el Fondo Nacional del Ahorro soslayó toda la legislación que existe en materia de servicios temporales y adicionalmente existe prueba que en el caso particular de Wilson Darío la vinculación laboral si se extendió de manera continua desde el año 2014 hasta el año 2019, muchísimas gracias."

prevista en el artículo 65 del C.S.T., la indexación y las costas². En subsidio, pidieron se declare que su verdadero empleador fue el FONDO NACIONAL DEL AHORRO y OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES una simple intermediaria, al utilizarse la naturaleza de esta última para mimetizar la verdadera y real existencia de su empleador. En ese orden, se condene al FNA y solidariamente a OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. a pagar a su favor las cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios y vacaciones causadas en vigencia de su contrato de trabajo, dejadas de cancelar en la liquidación, junto con la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T. y la indexación. **Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable** a sus aspiraciones por cuanto se condenó a OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. a pagar a favor de los demandantes la sanción prevista en el artículo 65 del C.S.T., y de INIRIDA DEL CARMEN SIERRA IGUARA, además, se ordenó el pago de las cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios y vacaciones causadas en el año 2015, absolviendo a las encartadas de las demás pretensiones incoadas en su contra. Lo anterior tras considerar que no se discutió la relación laboral que subsistió entre los demandantes y OPTIMIZAR S.A., entidad que admitió no haber cancelado las acreencias laborales reclamadas por la actora INIRIDA DEL CARMEN SIERRA IGUARA y haber pagado dos años después las prestaciones de los restantes demandantes. Con relación a la indemnización moratoria sostuvo que el inicio del proceso de reorganización no era una razón atendible para exonerarla del pago de dicha sanción pues el mismo ocurrió un par de meses después de la terminación de los contratos de los demandantes; sin embargo, limitó su causación a la data de admisión del proceso de reorganización.

En lo que toca a la responsabilidad solidaria del Fondo Nacional del Ahorro, anotó, la empresa de servicios temporales conserva la calidad de empleador y en ningún momento se superó el término previsto en la ley para contratar personal en misión.

Establecido lo anterior se abordará el estudio del recurso de apelación, en los puntos objeto de censura, atendiendo el principio de consonancia (artículo 66A del

² Es de advertir que en trámite de la audiencia inicial, el apoderado judicial de las convocantes aclaró que el 19 de octubre de 2017 le fueron reconocidas y pagadas a los demandantes CARLOS MARIO RIVEROS NIEBLES y WILSON DARIO AGUDELO LÓPEZ, las prestaciones sociales y vacaciones reclamadas, situación que fue confirmada por OPTIMIZAR S.A., por lo cual, frente a estos, el litigio se fijó únicamente con relación a la procedencia de la sanción moratoria.

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, en el presente asunto no es objeto de discusión que entre los demandantes y la demandada OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A., existió un contrato de trabajo, respectivamente, en virtud de los cuales prestaron sus servicios como trabajadores en misión al FONDO NACIONAL DEL AHORRO, así:

- CARLOS MARIO RIVEROS NIEBLES del 9 de diciembre de 2014 al 30 de septiembre de 2015.
- WILSON DARIO AGUDELO LÓPEZ del 1 de diciembre de 2014 al 24 de septiembre de 2015.

Estos aspectos, además de no haber sido objetados por los recurrentes, se verifican de la documental que milita a folios 55 a 57, 63 a 64, 230 a 231 y 232 a 233.

Bajo tal derrotero, en primer lugar abordará la Sala los planteamientos del recurso propuesto por la parte actora que procuran la revocatoria de la absolución del FONDO NACIONAL DEL AHORRO, ante la ausencia de solidaridad declarada en el fallo objeto de impugnación.

Para resolver, se advierte, no puede perderse de vista que en el caso de marras se determinó que si bien CARLOS MARIO RIVEROS y WILSON DARIO AGUDELO prestaron sus servicios como trabajadores en misión al FONDO NACIONAL DEL AHORRO, como consecuencia del contrato de prestación de servicios suscrito por esta con OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A., fue la empresa de servicios temporales quien fungió como su verdadero empleador, sin que frente a ese particular se centrara argumento alguno de la alzada.

De haberse determinado, tal como se propone en la alzada, que la contratación de los promotores del juicio no se enmarcaba dentro de las circunstancias previstas

en la Ley para vincular trabajadores en misión y que por el contrario las actividades o cargos desempeñados por los demandantes encajaban en los propios y permanentes del giro normal del FNA, lo consecuente era concluir que se desnaturalizó su vinculación con la empresa de servicios temporales y por ende, su verdadero empleador era el Fondo Nacional del Ahorro como empresa usuaria y la EST una simple intermediaria, empero en los precisos términos en que fue propuesta la demanda, dicho análisis, de cara a las pretensiones principales que fueron las que prosperaron, no fue planteado, pues estas estaban dirigidas a que se estableciera como verdadero empleador a la empresa de servicios temporales sin que para ello se considerara necesario analizar si el FONDO NACIONAL DEL AHORRO actuó o no conforme a los parámetros establecidos en la Ley 50 de 1990.

Bajo tales orientaciones, siendo indiscutible en esta instancia que la vinculación de los convocantes fue con OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES, no resulta posible colegir que el FONDO NACIONAL DEL AHORRO, como empresa usuaria, resultó obligada de manera solidaria con la E.S.T. a pagar la indemnización moratoria a la que fuera condenada a favor de los trabajadores recurrentes.

Tales disquisiciones resultan consistentes con lo adoctrinado por el órgano de cierre de esta jurisdicción en sentencia del 24 de abril de 1997, rad. 9435, reiterada en la SL-16350 de 2014, en la cual consideró:

““LA RESPONSABILIDAD DEL USUARIO

“Al usuario le corresponde ejercer la potestad de subordinación frente a los trabajadores en misión de manera que está facultado para exigirles el cumplimiento de órdenes, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo. Pero esta facultad se ejercita no por derecho propio sino en virtud de delegación o representación de la E.S.T., pues el personal enviado depende exclusivamente de ella. En otros términos, la usuaria hace las veces de representante convencional del patrono E.S.T., con el alcance previsto por artículo 1, inciso 1 del Decreto 2351 de 1965 (C.S.T art 32) esto es que lo obliga frente a los trabajadores, al paso que ante éstos los representantes (usuarios para el caso) no se obligan a título personal, sino que su responsabilidad se contrae tan solo frente al representado, en caso de incumplir lo estipulado en el respectivo convenio que autoriza la representación.

“Desde otro enfoque, relativo a una eventual responsabilidad solidaria, importa observar que la ley califica a las E.S.T como empleadoras de los trabajadores en misión (Ley 50 de 1990, art 71) y en el contrato de trabajo el patrono es en principio el obligado directo y exclusivo conforme se desprende del mismo artículo 22 que define dicho nexo. Solo en los casos determinados expresamente en la ley se contempla la solidaridad de personas que no figuren también como empleadoras en el

nexo laboral (C.S.T. Arts. 33, 34, 35 y 36), de suerte que como la ley no dispuso expresamente que los usuarios respondiesen in solidum, debe excluirse que los afecte tal especie de responsabilidad en lo tocante a las acreencias laborales de los empleados en misión.

“Resulta en suma que los usuarios no responden por los salarios, prestaciones e indemnizaciones de los trabajadores en misión ni de su salud ocupacional, aunque en este aspecto puedan contraer obligaciones con la E.S.T, como la adopción de medidas particulares respecto a los ambientes de trabajo o el suministro de elementos de protección y seguridad. Acontece que precisamente mediante el contrato con la E.S.T y con autorización legal, el usuario cancela un sobre costo sobre el valor real de la fuerza de trabajo que requiere para su actividad económica, a fin de hacerse irresponsable en lo que hace a la remuneración, prestaciones y derechos de los operarios. Desde luego, no se desconoce que por esta razón, entre otras, se ha cuestionado seriamente la institución, con argumentos cuya razonabilidad corresponde estudiar al legislador, mas ello no le resta validez jurídica a los preceptos que en la actualidad permiten y regulan su funcionamiento.

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

“Igualmente, aparte de las sanciones administrativas que procedan, el usuario se haría responsable en la forma que acaba de precisarse con solidaridad de la E.S.T, en el evento de que efectúe una contratación fraudulenta, vale decir transgrediendo los objetivos y limitaciones fijados por el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, bien sea en forma expresa o mediante simulación. Ello por cuanto las normas que regulan el trabajo humano son de orden público, de obligatorio acatamiento y la ilegalidad o ilicitud se sanciona con la ineficacia a las respectivas estipulaciones. (C.S.T, arts 14 y 43)” (Negrilla y Subrayas de la Sala).

No resta anotar sobre este tema, de cara a los planteamientos del recursos, que el lapso de duración de las relaciones laborales se enmarca dentro del precepto legal contenido en el art. 77 de la Ley 50 de 1990³, según el cual las empresas usuarias sólo pueden contratar con empresas de servicios temporales⁴ por un término de 6

³ Los usuarios de las empresas de servicios temporales sólo podrán contratar con éstas en los siguientes casos:

1. Cuando se trate de la labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el artículo 60. del Código Sustantivo del Trabajo.
2. Cuando se requiere reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad.
3. Para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de seis (6) meses prorrogable hasta por seis (6) mes más.

⁴ Cuando se trate de las labores ocasionales, accidentales o transitorias, para reemplazar personal en vacaciones, licencia e incapacidad por enfermedad o maternidad, o por incrementos en la producción, transporte, ventas de productos o mercancías, períodos estacionales de cosechas y prestación de servicios.

meses prorrogable hasta por 6 meses más⁵, es decir 1 año, el que no se superó en el presente asunto, para ninguno de los dos demandantes recurrentes, precisando en este punto, aunque en el caso del demandante WILSON DARIO AGUDELO LÓPEZ, la testigo DIANA OSPINA URREA⁶ refirió que el demandante tuvo vinculaciones con el FONDO NACIONAL DEL AHORRO con posterioridad al 2015 con empresas de servicios temporales distintas a OPTIMIZAR, lo cierto es que, los contratos celebrados por el FONDO NACIONAL DEL AHORRO con otras E.S.T luego de finiquitado el vínculo con OPTIMIZAR, no pueden ser tenidos en cuenta con el fin de establecer que se superó el lapso temporal habilitado por la Ley para la contratación de trabajadores en misión, en tanto, dicho demandante **no probó haber sido contratado para tales épocas**, pues como ya se señaló éste únicamente demandó en este ordinario por la prestación de servicios del 1° de diciembre del 2014 al 24 de septiembre de 2015 con Optimizar S.A. Adicionalmente, de aceptar que en efecto existieron vinculaciones con otras EST se desconoce el cargo para el cual fue enviado en misión, razones por las cuales resulta ausente el FONDO NACIONAL DEL AHORRO de responsabilidad en el pago de las acreencias adeudadas al demandante por quien fuere su empleador OPTIMIZAR S.A., pues, se itera, la misma solo podría surgir frente a la EST OPTIMIZAR S.A. en caso de que se hubiere declarado como verdadero empleador al FONDO NACIONAL DEL AHORRO, en virtud de la superación del tiempo de la contratación, situación que no acaeció en autos, pues el contrato de trabajo se encontró acreditado con OPTIMIZAR S.A. y, en consecuencia, la solidaridad no puede emerger de la simple prestación del servicio como trabajador en misión, como lo quiere hacer ver el apelante.

⁵ Situación regulada nuevamente en el artículo 13 del Decreto reglamentario 24 de 1998: Los usuarios de las empresas de servicios temporales sólo podrán contratar con éstas en los siguientes casos:

1. Cuando se trate de las labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el artículo 6o. del Código Sustantivo del Trabajo.
2. Cuando se requiera reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad.
3. Para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de seis (6) meses prorrogables hasta por seis (6) meses más.

PARAGRAFO. <Parágrafo modificado por el artículo 2 del Decreto 503 de 1998. El nuevo texto es el siguiente:> **Si cumplido el plazo de seis (6) meses más la prórroga a que se refiere el presente artículo, la necesidad originaria del servicio específico objeto del contrato subsiste en la empresa usuaria, ésta no podrá prorrogar el contrato ni celebrar uno nuevo con la misma o con diferente empresa de servicios temporales para la prestación de dicho servicio.**

El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, inspeccionará y sancionará el incumplimiento de esta disposición en los términos señalados en el presente Decreto.

⁶ Audiencia virtual realizada el 23 de febrero de 2021, récord 51:42.

Por lo expuesto, se confirmará la sentencia de primer grado en este aspecto.

De otra parte, aunque se advierte en la alzada que el juzgador de primer grado omitió pronunciarse sobre la pretensión subsidiaria que apuntaba precisamente a que se declarara como verdadera empleadora al FONDO NACIONAL DEL AHORRO, lo cierto es que en ningún desatino incurrió el *a quo* toda vez que su deber, en virtud del principio de congruencia, era pronunciarse, en primer término, respecto de las pretensiones principales y sólo en el supuesto que no tuvieran éxito, ahí sí ocuparse de las pretensiones subsidiarias⁷. Sin embargo, en autos, como las aspiraciones formuladas de manera principal prosperaron, imposibilitado se encontraba el juez para adentrarse al estudio de las invocadas de manera subsidiaria.

Atendiendo idénticas razones, no puede ahora la Sala entrar a determinar si el FONDO NACIONAL DEL AHORRO fungió como verdadero empleador de los demandantes, pues dicha aspiración se rogó de manera subsidiaria (folios 8 a 10, 11 a 13 y 15 a 17), esto es, solo en el evento de que lo pretendido como principal, que lo fue la existencia del contrato de trabajo con OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A., no saliera avante. Sin embargo, tal como se advirtió de manera precedente, en la sentencia objeto de recurso esto último fue lo que se concedió y sobre ello, no se formuló reparo alguno por las partes.

En los términos anteriores, agotada como se encuentra la competencia de la Sala, por el estudio de los motivos de apelación, conforme a las motivaciones precedentes, se confirmará la providencia de primer grado.

COSTAS en esta instancia a cargo de los demandantes CARLOS MARIO RIVEROS NIEBLES y WILSON DARIO AGUDELO LÓPEZ.

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,

⁷ Al tema se puede consultar la sentencia SL3296 de 2020.

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá dentro del asunto de la referencia, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de los demandantes CARLOS MARIO RIVEROS NIEBLES y WILSON DARIO AGUDELO LÓPEZ.

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 \$700.000, cada uno, la cual deberá ser incluida en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR DORA INÉS VALENCIA PALACIO CONTRA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP (RAD. 35 2019 00081 01).

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintiuno (2021)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia únicamente por la demandada UGPP, mediante correo electrónico del 31 de mayo de los corrientes, 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 del recurso de apelación interpuesto por la demandante en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 4 de mayo de 2021 (Audiencia virtual de trámite y juzgamiento, Art. 80 del C.P.T y la S.S., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 33:09, expediente digital), en la que se resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER a la UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP de todas las pretensiones reclamadas en su contra por la actora.

SEGUNDO: Se DECLARA probada la excepción de inexistencia de la obligación demandada y cobro de lo no debido y así como la de buena fe.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

CUARTO: En caso de no apelarse se consultara la decisión con el superior.”

Inconforme con la decisión el apoderado judicial de la demandante la apeló, solicitando se revoque la misma y, en su lugar, se acceda a las pretensiones que sustentan el libelo demandatorio.

Como razones de inconformidad, sostiene, la providencia no se acompasa con el resultado probatorio del expediente pues, en su sentir, del análisis de las documentales y testimoniales que fueron incorporadas al plenario deviene acreditada la convivencia de la demandante con el causante, particularmente de los testigos, quienes, indica, fueron consistentes en sus afirmaciones sobre la convivencia de la pareja desde el año 2012 y hasta el fallecimiento del pensionado, la cual fue conocida por estos de manera directa y presencial.

En ese mismo sentido, refiere, conforme la tesis de la Corte Suprema de Justicia es válido unir el tiempo de convivencia que subsistió en calidad de compañeros permanentes con el de cónyuges y, siendo ello así, dice, atendiendo el hito temporal marcado por los deponentes y la documental, se tiene claramente que la actora sí cumple con el requisito de convivencia para ser acreedora de la prestación económica reclamada¹ (Audiencia virtual de trámite y juzgamiento, Art. 80 del C.P.T y la S.S., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 34:00, expediente digital).

¹ “Su señoría respetuoso de la decisión que adopta el despacho, no obstante la misma no se comparte por esta bancada creo que la decisión no atiende al resultado probatorio que está en el expediente, considero señor juez que al analizar la pruebas que militan en el plenario; esto es las documentales y las testimoniales se recoge de manera sesgada lo que los testigos afirmaron con relación a la convivencia, los testigos dijeron al unísono que conocían a la señora desde el año 2011, 2009 el hombre y la mujer que concurrió en calidad de testigo dice que la conoció en el 2011, Juntos afirman haber tenido la certeza no porque se lo hayan contado sino porque lo presenciaron de que la señora demandante junto con el causante convivían desde el año 2012. El despacho incluso hace una pregunta a la demandante que considero impertinente porque le dice ¿por qué se casaron un mes antes de morir? Nadie, nadie en la vida puede saber cuándo se va a morir uno, nadie puede averiguar ni saber eso, considero que ese sesgo en esa pregunta, es el sesgo que se está viendo aquí en la sentencia ¿Cómo hace para saber una persona que si se casa va a morir al mes siguiente? Nadie sabe eso, luego considero que los testigos fueron contundentes al afirmarse que la convivencia data desde el 2012, fueron contundentes al afirmarse que de ella fue la que estuvo hasta el día del fallecimiento, fueron contundentes al afirmarse que fue ella la que lo socorrió y lo llevo al hospital cuando este de manera súbita presento la patología que le condujo la muerte, los testigos que se trajeron aquí desvirtuaron la tesis esbozada por la Unidad de Gestión Pensional quien en su Resolución simplemente de manera genérica esboza que no quedó o no pasó el estudio de seguridad, sin informarse a qué hace relación el estudio de seguridad en el expediente administrativo militan las fotografías que dan cuenta de la convivencia de mi poderdante con el causante, aquí está probada la convivencia; convivencia que se puede unir conforme la tesis de la Corte Suprema de Justicia en su Sala de casación laboral en cuanto es válido unir el tiempo de convivencia en calidad de compañero permanentes, esto desde el año 2012 y el tiempo que estuvieron viviendo como cónyuges desde el año 2018, luego si sumamos estos dos tiempos y si tenemos en cuenta el hito temporal que marcaron los testigos y que marcó la prueba documental, tenemos claramente que mi poderdante sí cumple con el requisito de la convivencia para ser merecedora de la prestación económica que aquí se depreca, en esos términos su señoría dejo presentado mi recurso de apelación para que el superior se sirva a revocar la decisión que acaba de adoptar el despacho y en su lugar se sirva acceder a las suplicas de la demanda, muchas gracias.”

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante DORA INES VALENCIA PALACIO, las pretensiones que relacionó en el acápite respectivo (págs. 3 a 4, archivo **“1.Expediente digitalizado”**), las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos narrados en la demanda (págs. 2 a 3, *ibíd.*), solicitando se declare que, en calidad de cónyuge del señor PEDRO JULIO GÓMEZ CASTRO, es beneficiaria en un 100% de la pensión de sobrevivientes de que tratan los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, a partir del 14 de abril de 2018, en 14 mesadas al año. En consecuencia, pide se condene a la demandada a cancelar a su favor las mesadas causadas y no pagadas junto con los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, la indexación, los derechos ultra y extra petita y las costas. **Obteniendo sentencia totalmente desfavorable a sus aspiraciones** pues se absolvió a la UGPP de todas las pretensiones incoadas en su contra por la demandante, tras considerar el juzgador *a quo* que no se acreditó la convivencia de 5 años a la que se refiere el artículo 47 de la Ley 100 de 1993., como quiera que los testigos traídos a juicio, en su criterio, no tenían claridad sobre las situaciones particulares de la pareja.

De esta manera ha de señalarse, no es motivo de controversia en esta instancia el deceso del señor PEDRO JULIO GÓMEZ CASTRO, acaecido el **14 de abril de 2018**, según se constata del registro civil de defunción (pág. 28, archivo **“expediente digitalizado”**). Tampoco, la calidad de cónyuge que ostenta la demandante respecto del causante, lo cual se acredita con el registro civil de matrimonio que da cuenta que la pareja GOMEZ VALENCIA contrajo matrimonio civil el **8 de marzo de 2018**.

Del mismo modo, no se discute la calidad de pensionado que ostentaba PEDRO JULIO GÓMEZ CASTRO al momento de su fallecimiento, como quiera que mediante Resolución 2513 del 10 de noviembre de 1992 le fue reconocida por CAPRECOM una pensión de jubilación en cuantía de \$106.968,75, reliquidada mediante acto administrativo 1161 del 17 de junio de 1993 elevando su cuantía a \$431.870,34 efectiva a partir del 1 de enero de 1993 (*información extraída del*

contenido de la Resolución RDP 025826 del 4 de julio de 2018, págs. 9 a 11 expediente digitalizado).

Así las cosas, el problema jurídico en esta instancia, se circunscribe en determinar si la señora DORA INÉS VALENCIA PALACIO, en calidad de cónyuge supérstite del causante, acreditó los requisitos previstos en la norma para ser beneficiaria de la prestación reclamada.

En esta dirección, habida cuenta de la fecha de fallecimiento del pensionado, 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, por ser los que se encontraban vigentes a la data del deceso (14 de abril de 2018, pág. 28 expediente digitalizado), y que en su parte pertinente señalan:

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

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

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

a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, 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;

b) En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con éste. La pensión temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha pensión. Si tiene hijos con el causante aplicará el literal a).

Si respecto de un pensionado hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b) del presente artículo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

(En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero

permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo)². Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte correspondiente al literal a) en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente (...)"

En consonancia con lo anterior, tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes en forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad, señalando 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 convivió con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos al momento de su deceso.

Ahora, bueno resulta memorar, 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", luego, el argumento relacionado con que dicha convivencia de la pareja debe ser en el interregno inmediatamente anterior al deceso, resulta predicable únicamente respecto de la compañera permanente. Al tema se puede consultar la sentencia del 29 de noviembre de 2011 Rad. 40055 y SL 12442 proferida dentro de la radicación No. 47173 del 15 de septiembre de 2015³.

² El texto resaltado fue declarado exequible condicionalmente mediante sentencia C-1035 de 2008 de la Corte Constitucional, en el entendido de que "además de la esposa o esposo, serán también beneficiarios, la compañera o compañero permanente y que dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido".

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

Para que proceda el reconocimiento pensional, tratándose de la muerte del pensionado, entonces, se requiere en el caso del cónyuge, acreditar que mantuvo vigente el vínculo matrimonial y 5 años de coexistencia en cualquier tiempo⁴.

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.

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.- Preciado 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 3º 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 Así lo ha adoctrinado la Corte Suprema de Justicia en sentencias como por ejemplo CSJ SL, 18 sep. 2012, rad. 42425, más recientemente en la CSJ SL1510-2014 y CSJ SL15640 de 2016, en la que la alta corporación puntualizó:

“Es indudable que el precepto en cuestión establece como condición que la convivencia «haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante»; pero un análisis de esa disposición legal, en su

En ese orden, en primer lugar, se tiene que la promotora del litigio nació el 5 de febrero de 1963 (*cédula de ciudadanía, pág. 30, expediente digitalizado*), por lo que a la fecha de fallecimiento del causante (*14 de abril de 2018, pág. 28 ibídem.*) contaba con 55 años de edad, acreditando así el primero de los requisitos.

En lo que respecta a la convivencia, sostiene la demandante que pese a haber contraído matrimonio con el causante solo un mes antes de su defunción (*el 8 de marzo de 2018 por el rito civil, registro civil de matrimonio, pág. 28*), lo cierto era que la pareja convivía en unión marital de hecho desde el 7 de febrero de 2012, fecha desde la cual no se separaron sino hasta que se produjo el deceso.

Así las cosas y en aras de acreditar la convivencia requerida por el lapso exigido en la norma, debe acudir al acervo probatorio recaudado en autos, a lo cual se procede.

En esa dirección, se advierte, la demandante al absolver el interrogatorio⁵ indicó el señor PEDRO JULIO GÓMEZ CASTRO era su esposo, con quien de hecho convivió desde el “5 de febrero de 2012”. Aseguró, conoció al causante en el 2011, en ese año empezaron a salir. No recuerda la fecha en que su cónyuge cumplía años, tenía presente que era en mayo. Dijo, su último domicilio fue en “arco iris” no se acuerda la dirección. Sostuvo, el señor GÓMEZ fue quien le dijo que se casaran,

contexto, permite concluir que, de la forma como está redactada, ese requisito se predica respecto de la compañera o del compañero permanente, mas no del cónyuge porque, con claridad, no se refiere a éste sino a aquéllos, ya que está escrita, en la parte que interesa, en los siguientes términos: “...la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante”.

Para la Corte no tendría ningún sentido y, por el contrario, sería carente de toda lógica, que al tiempo que el legislador consagra un derecho para quien “mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho”, se le exigiera a esa misma persona la convivencia en los últimos cinco (5) años de vida del causante; porque es apenas obvio que, cuando se alude a la separación de hecho, sin lugar a hesitación se parte del supuesto de que no hay convivencia, ya que en eso consiste la separación de hecho: en la ruptura de la convivencia, de la vida en común entre los cónyuges.

Sin embargo, debe la Corte precisar que, siendo la convivencia el fundamento esencial del derecho a la prestación, el cónyuge separado de hecho debe demostrar que hizo vida en común con el causante por lo menos durante cinco (5) años, en cualquier tiempo, pues de no entenderse así la norma, se restaría importancia al cimiento del derecho que, se insiste, es la comunidad de vida; al paso que se establecería una discriminación en el trato dado a los beneficiarios, sin ninguna razón objetiva que la justifique, pues, como se ha visto, al compañero o a la compañera permanente se le exige ese término de convivencia, que es el que el legislador, dentro del poder que tiene de configuración del derecho prestacional, ha considerado que es el demostrativo de que la convivencia de la pareja es sólida y tiene vocación de permanencia, de tal suerte que da origen a la protección del Sistema de Seguridad Social” (Negrilla de la Sala).

⁵ Audiencia del 7 de noviembre de 2019, récord 10:02, acta págs. 119 a 120, expediente digitalizado.

precisando, él no estaba enfermo y de hecho lo mandaron al psiquiatra y la juez – del matrimonio- le efectuó muchas preguntas, luego de lo cual lo casaron. Adujo, el fallecido tenía como 18 o 20 hijos pero solo conoció dos. Ilustró, supo que el demandante había tenido una esposa anterior que había fallecido pero se enteró después del deceso porque él nunca se lo comentó, de hecho relató que cuando se conocieron le dijo que vivía solo. Indicó, entre 2009 y principios de 2011 vivió con otra persona, pero, asentó, cuando se conoció con PEDRO JULIO GÓMEZ ya estaba soltera.

De igual forma se recibieron los testimonios de MARTHA CECILIA CÁRDENAS⁶ ARIZA y FABIO OJEDA⁷. La primera, indicó conocer a la demandante desde hace 10 años porque eran vecinas y amigas. Indicó, en el año 2009 la señora VALENCIA PALACIO vivía sola, y que si tenía una pareja fue algo informal pero no lo conoció. Señaló, le consta que DORA INÉS vivía con PEDRO JULIO porque una vez le pidieron en arriendo un apartamento en un segundo piso, el cual finalmente no tomaron, y además, porque él a veces le pedía dinero prestado antes de que le pagaran lo de la pensión, incluso, mencionó, visitaba con frecuencia a la pareja en los diferentes sitios en los que habitaron. No tiene certeza de la fecha en que empezaron a vivir juntos pero adujo que fue como desde 2012. Comentó, la demandante acompañaba al causante a sus citas médicas y en varias ocasiones los vio haciendo mercado. Desconoce de qué murió don PEDRO JULIO. Ilustró, el señor GÓMEZ se dirigía a DORA como “*mi amor*” y se “*desesperaba si no la veía*”. Mencionó, sabía que los esposos dormían juntos porque los vio una vez, ya que su relación con la convocante era como de “*hermanas*”; sin embargo indicó que no fue al matrimonio de la pareja. No sabe cuántos años de diferencia había entre ellos pero que veía al señor JULIO “*muy vital*”.

Por su parte FABIO OJEDA, mencionó conocer a la demandante porque vive con una hija de ella (es su suegra). Además, contó, conoció a PEDRO JULIO porque alguien lo recomendó con él para hacerle unos trabajos como en el año 2011 y luego, se dio cuenta que estaba saliendo con la actora, como en 2012, no lo tenía muy claro porque se había distanciado de la actora; pese a ello y ante la insistencia del juez, luego dijo que sabía que la pareja convivía desde el 5 de febrero de 2012. Indicó, DORA INÉS entre 2009 y 2011 vivió con HECTOR ESTUPIÑAN. Precisó, tenía entendido que el causante tenía “*noventa y pico*” de años. De otro lado,

⁶ Audiencia del 7 de noviembre de 2019, récord 19:33, acta págs. 119 a 120, expediente digitalizado.

⁷ Audiencia del 7 de noviembre de 2019, récord 32:42, acta págs. 119 a 120, expediente digitalizado.

reseñó que no visitaba a la pareja y no sabía con exactitud donde vivieron, sin embargo luego, de manera contradictoria señaló que los visitaba cada 15 días porque iba a llevarle los niños.

Ahora bien, la demandada allegó expediente administrativo del causante (carpeta virtual), en el cual reposa “*informe técnico de investigación sobrevivientes*” del 30 de octubre de 2018 emitido por COSINTE LTDA (págs. 259 a 275), en el que en el acápite denominado “*análisis de las pruebas recolectadas*” se consignó:

“Se entrevistó a la señora Dora Inés Valencia Palacio, identificada con la C.C. 30.342.234, tel. 3224724843, residente en la Carrera 9 # 47B- 23 Barrio las ferias, indica que fue la compañera permanente del señor Pedro Julio Gómez, con quien no procreó hijos, pero reconoce que cada uno tenía hijos de relaciones anteriores.

*La solicitante narra **que conoció al causante en el año 2010, ese mismo año empiezan una relación sentimental aunque él se encontraba casado y conviviendo con la señora Luz Stella (primer esposa del causante), hasta el 09 de octubre de 2011, que ella falleció,** confirma que desde ese momento empezaron a convivir como pareja en primer momento se radican en la vivienda ubicada en la Carrera segunda, luego se trasladan al centro de la ciudad pero también se quedaban en la finca de propiedad del causante ubicada por el KM 30, así que solo iban La Dorada, a retirar el dinero de la pensión, posteriormente se trasladan por espacio de 2 años al barrio Las Ferias, después a una invasión de la ciudad por 9 meses y por último se radican en la vivienda de la señora Fabiola, en el Barrio Arcoíris, hasta que falleció el causante.*

Se indaga sobre la diferencia de edad entre la pareja, la señora Dora Valencia, señala que esto no fue impedimento para su relación, debido a que fue estable por espacio de 6 años que perduro (sic) la convivencia, quienes incluso un mes antes de fallecer el señor Pedro Julio Gómez, realizan la escritura pública de la relación entre ellos.

Como prueba de su convivencia la señora Dora Valencia, aporta fotografías pero en estas se observa que son del señor Pedro Julio Gómez, antes de fallecer.

*Nota: Se solicita a la señora Dora Valencia, contacto o ubicación **con algún hijo (12 hijos) o familiar del señor Pedro Julio Gómez, pero indica que no tiene ya que él era una persona alejada,** por tal motivo se valida el expediente del causante y no es posible hallar algún teléfono de contacto de un hijo, sin embargo en la Factura Funeraria (ID 128411), se encuentra un teléfono de contacto 3168764124, pero este no es atendido.*

Como prueba de su relación la señora Dora Valencia, aporta a los siguientes testigos de los lugares que argumenta fue la convivencia:

Barrio Las Ferias

Se entrevistó a la señora Ángela Cortez, (no recuerda número de identificación), tel. 3135251766, indicó que conoció al señor Pedro Julio Gómez y a la señora Dora Valencia, por espacio de 2 años que vivían en el sector, reconoce que el causante era

EXP. No. 35 2019 00081 01 DORA INÉS VALENCIA PALACIO CONTRA LA UNIDAD
ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES
DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP

cliente de su establecimiento comercial así que lo observaba con frecuencia, indica que no procrearon hijos pero cada uno tenía hijos de relaciones anteriores.

También se entrevistó al señor Francisco Escobar identificado C.C. 6635175 De puerto Boyacá, no tiene celular; indica que conoció al señor Pedro Julio Gómez y a la señora Dora Valencia, quienes convivían como pareja, tiene conocimiento que la solicitante tiene 2 hijos pero no sabe quién es el padre, mientras no sabe si el causante procreo hijos, reconoce que no tiene mucha información debido a que él se fue del sector y luego volvió.

Barrio Obrero

Se entrevistó a la señora María Fabiola Cardona, C.C. 28.834.395 tel. 3206248983; reconoce al señor Pedro Julio Gómez y a la señora Dora Valencia, como pareja y quienes vivieron en el inquilinato en una habitación, se quedaban cuando el causante iba a la Dorada a recoger su pensión.

También se le indago a la señora Aura Bella C.C. 30.343.325, no tiene celular; al indagar por el señor Pedro Julio Gómez Castro y la señora Dora Valencia afirma que convivieron en la dirección cra 2 # 20-35 en el barrio Obrero que eran pareja y convivían juntos por espacio de 3 años (información contradictoria a la declara (sic) pues la solicitante señala que en el inquilinato se quedaba cuando el causante cobraba la pensión).

Por último se tomó contacto con el señor Fabio Nelson Ojeda Galeano, C.C. 16015644, testigo extra proceso, indica que el señor Pedro Julio Gómez y la señora Dora Valencia, convivieron por espacio de 6 años y los conoce desde ese lapso de tiempo debido a que él, le realizo unos arreglos a la finca en el Corregimiento Berlín, confirma que fueron pareja y convivieron sin tener ninguna separación.

De acuerdo con la información verificada, cotejo de documentación, entrevistas y trabajo de campo, se logró confirmar que el señor Pedro Julio Gómez Castro y la señora Dora Valencia, contrajeron matrimonio civil el 19 de febrero de 2018, sin embargo no fue posible corroborar la convivencia que argumenta la solicitante por espacio de 6 años, desde el año 2012 hasta el 14 de abril de 2018, fecha que falleció el causante, debido a que su testimonio carece de pruebas fehacientes, como testimonio de familiares o hijos del causante, las fotografías aportadas no evidencian una continuidad en el tiempo, no cuenta con un resumen de historia clínica o documentos que soporten la convivencia declarada y por último los testigos en su totalidad fueron aportados por ella.

(...)"

Así las cosas, conforme lo reseñado una vez analizadas en conjunto las pruebas bajo las reglas de la sana critica, pues recuérdese que la decisión se funda en la libre formación del convencimiento del fallador (artículo 61 del C.P.L.) sin que existan tarifas probatorias o pruebas irrefutables, advierte la Sala que los dichos de los testigos no generan certeza acerca de la convivencia real y efectiva exigida por Ley para el reconocimiento de la prestación pensional, nótese que nada refirieron

respecto de situaciones que den lugar a entender que la accionante y el pensionado tenían un proyecto de vida como pareja, forjado en el apoyo y socorro mutuos, razones por las cuales es claro que los dichos de estos testigos en nada aportan al esclarecimiento del objeto del litigio, pues se limitaron a expresar que eran pareja, pero no describieron circunstancias de tiempo, modo y lugar que den lugar a entender cómo se desarrolló la citada convivencia de la pareja.

Adicionalmente, se advierten circunstancias que le restan credibilidad a los testigos e incluso a lo dicho por la propia accionante. Así, por ejemplo, aunque la actora en estrados indicó que conoció al causante en 2011, que desconocía de la existencia de un matrimonio anterior y que entre 2009 y 2011 convivió con persona distinta del pensionado fallecido, en la entrevista realizada por el grupo contratado por la UGPP refirió que conoció a PEDRO JULIO GÓMEZ en 2010, anualidad en la que iniciaron su relación pese a que este se encontraba casado y conviviendo con LUZ STELLA. Asimismo, señaló que el causante tenía 19 o 20 hijos y en el informe sólo se habla de doce. Tampoco recordaba la fecha del cumpleaños de su cónyuge.

FABIO OJEDA de manera contradictoria refirió en principio que no visitaba a la pareja en razón a que estaba distanciado de su suegra –la demandante- por lo que no tenía certeza de cuándo inició la convivencia entre estos, empero luego, de manera contundente asevera que ésta inició el 5 de febrero de 2012 y que sí visitaba a la pareja cada 15 días cuando llevaba sus hijos, lo cual para la Sala da cuenta del ánimo de favorecerla. Y con relación a la declaración de MARTHA CECILIA CÁRDENAS, llama la atención que, pese a la cercanía que se ilustró tenía la deponente con la convocante, la cual calificó como de “*hermanas*”, no tuviera presente la convivencia que tuvo la actora con otra persona solo un poco antes de que iniciara la relación con el señor PEDRO JULIO GOMEZ, ni supera cómo ocurrió el deceso del causante y menos aún, asistiera al matrimonio de la pareja.

Advirtiéndolo la Sala en este punto, 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, no pudiendo derivarse dicha circunstancia únicamente por virtud del matrimonio, el cual solo tuvo lugar un mes antes de que sobreviniera el deceso del causante.

Recuérdese que conforme lo ha establecido la Honorable Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencia SL1399, Radicación No. 45779 del 25 de abril del 2018 la convivencia es *“aquella «comunidad de vida, forjada en el crisol del amor responsable, la ayuda mutua, el afecto entrañable, el apoyo económico, la asistencia solidaria y el acompañamiento espiritual, que refleje el propósito de realizar un proyecto de vida de pareja responsable y estable, a la par de una convivencia real efectiva y afectiva- durante los años anteriores al fallecimiento del afiliado o del pensionado”*, precisando la misma Corporación que *“la convivencia real y efectiva entraña una comunidad de vida estable, permanente y firme, de mutua comprensión, soporte en los pesos de la vida, apoyo espiritual y físico, y camino hacia un destino común”* **excluyendo de ésta “encuentros pasajeros, casuales o esporádicos, e incluso las relaciones que, a pesar de ser prolongadas, no engendren las condiciones necesarias de una comunidad de vida.”**, situación que ocurrió en autos pues a pesar que de la demandante pudo acompañar al pensionado fallecido no se probó una verdadera comunidad de vida.

Conforme a todo lo anterior, para esta Sala de decisión, en autos no hay certeza de que la convivencia entre la demandante y el causante se haya por espacio siquiera de cinco años al momento del fallecimiento del señor PEDRO JULIO GÓMEZ CASTRO, precisándose si bien el de cujus pudo tener una relación sentimental con la demandante no existe certeza en autos del ánimo de crear una comunidad de vida con ella dirigida a un destino común.

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, 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 demandante, 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 se debe proceder a la confirmación de la sentencia en

tanto ABSOLVIÓ a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

COSTAS en esta instancia a cargo de la demandante.

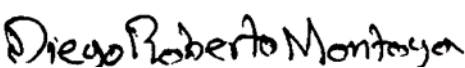
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

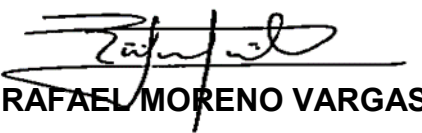
R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

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

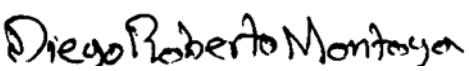
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS
(ACLARA VOTO)


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

AGENCIAS EN DERECHO: Se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de \$800.000, a cargo de la parte demandante, la cual deberá ser incluida en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR JULIAN GARCÍA JIMENEZ
CONTRA BANCO ITAÚ CORPBANCA COLOMBIA S.A. (RAD. 36 2018 00649
01).**

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintiuno (2021)

Vencido el término de traslado otorgado y habiéndose presentado los alegatos de instancia por las partes mediante correos electrónicos del 22 y 26 de abril 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

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con ocasión del recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, contra la sentencia proferida por la Juez Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá, el pasado 14 de enero de 2021 (Audiencia Virtual de Trámite y Juzgamiento, artículo 80 del C.P.T. y la S.S., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, expediente digital, récord 1:08:20), en la que se resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER a ITAÚ CORPBANCA COLOMBIA S.A. de todas las pretensiones incoadas en su contra por el señor JULIÁN GARCÍA JIMÉNEZ.

SEGUNDO: CONDENAR en costas al demandante. Liquídense, con la suma de \$600.000 como agencias en derecho.

TERCERO: CONSÚLTESE con el Superior la presente decisión, en caso de no ser objeto del recurso apelación”

Inconforme con el fallo de primera instancia, la parte actora interpuso recurso de apelación, solicitando se revoque la decisión y se condene a la demandada según las pretensiones del libelo genitor. En ese sentido, indica, estamos frente a una situación que se orienta más al principio “*al trabajo de igual valor, salario*

igual" el cual resulta diferente al de *"trabajo igual salario igual"*, mismo que según ilustró, ha sido desarrollado por la doctrina, puntualmente en el libro denominado *"la aplicación del principio de igualdad salarial"* del doctor Carlos Ernesto Molina Monsalve en el cual se abordó la evolución que ha tenido esta temática.

Aduce, en el asunto quedó demostrado que el valor del trabajo que el actor realiza para el banco debe ser remunerado igual al de otras personas con las que comparte el mismo cargo.

De otro lado, refiere a las sentencias que sobre la materia ha dictado el Dr. Monsalve, las que pide sean estudiadas por esta Corporación, en las que se deja en claro que *"la objetividad no se trata de razones históricas"* como se argumentó en la sentencia objeto de alzada.

Sostiene, en la providencia apelada se hace alusión a diferencias generadas en la convención colectiva o los movimientos sindicales de los trabajadores sin indicar cifras, ello en razón a que ni siquiera la demandada las refirió, y así, dice, no hay objetividad, pues *"si bien es cierto se dan a veces aumentos salariales cuando el trabajador entra o sale de su condición de sindicalizado o se le aplica los aumentos de la convención colectiva en cierto momento, jamás (...) son del monto de las diferencias salariales que hay entre mi representado y de las personas con las que se compara"* ya que si se efectuaran los cálculos respectivos, sería posible establecer que esas diferencias son de 25, 150 o 170 mil pesos pero no como las que existe entre el demandante y otras personas que son *"millonarias"* y en ese sentido, advierte, ese argumento no puede ser tenido como objetivo *"porque no dan cifras"*. Si el fenómeno se ha dado, nunca demostró cómo, matemáticamente, eso incide en el salario de una persona con la que se pretende equiparar, lo cual, asevera, no se hizo porque *"son unas cifras menores, unos montos pequeñísimos que no justifican la diferencia salarial"* como erradamente lo determinó el juzgado.

Destaca, este Tribunal en varias oportunidades ha referido que el paso de algunos empleados entre entidades o su vinculación de 15 o más años no justifica que otra persona gane menos, recordando, Bancoquía, Banco Santander, Corpbanca e Itaú son el mismo banco, no se trata de entidades

externas, lo cual puede constatarse fácilmente del certificado de existencia y representación legal y bajo esa orientación, asevera, según lo ha adocinado esta Corporación, el deber de la demandada era nivelar a los que hacían las mismas funciones.

Pide se tengan en cuenta varias sentencias, las cuales enuncia, dictadas en procesos contra la misma entidad financiera y que califica de análogas, en las cuales se brindan argumentos que demuestran que en ese cargo de subgerente se está haciendo una odiosa discriminación entre personas que hacen las mismas funciones en idénticas condiciones y con iguales responsabilidades, y en las que se dejó sentado que *“razones de cuentos históricos no son pertinentes”*.

Por otra parte indica, la testigo AMANDA CECILIA ARAQUE PIMENTEL, quien tiene más salario que el demandante fue enfática en señalar que nunca laboró en horario nocturno, lo que resulta contradictorio a lo expuesto por el banco en su contestación donde se aludió a esa situación como una causa objetiva de diferenciación, de allí que en ese solo caso no haya una razón válida para que el actor devengue un salario menor cuando él está bien capacitado, sus calificaciones han sido del mayor nivel y ha asumido responsabilidades en las oficinas más altas. Insiste, la deponente no tenía ningún sobresueldo y los incrementos sindicales *“son centavos”* por lo que, considera, el juzgado aceptó ese argumento sin estar demostrado cuánto incide la convención colectiva en los salarios, precisando, *“no tiene presentación”* que hechos ocurridos hace veinte o treinta años sirvan para argumentar que se le pagó más sueldo a determinadas personas que a un empleado disciplinado, riguroso y responsable como es el demandante, cuando hace el mismo trabajo y en las mismas condiciones de sus pares.

Adicionalmente, solicita se revise con detenimiento la prueba testimonial y lo advertido sobre el *“plan dorado”*, el cual, destaca, ni siquiera existía cuando el actor ingresó a laborar y tampoco fue conocido por los testigos.

Reitera, han sido muchas las Salas que han accedido a nivelar con pruebas similares a las que reposan en el expediente, por lo que debe establecerse si en realidad existen razones objetivas para pagarles menos a unos y más a otros.

Hace hincapié en que el Tribunal de Bogotá ha sido muy coherente en muchos fallos en reconocer que estos argumentos históricos no pueden ser catalogados como factor objetivo, pues la objetividad no puede equipararse a unas historias de traslado que además están mal interpretadas y que aritméticamente no fueron comprobadas respecto de las personas con quienes se efectúa la comparación¹ (Audiencia realizada el 14 de enero de 2021, récord 1:08:52, expediente digital).

¹ “Doctora interpongo recurso de apelación en contra la sentencia que acaba de ser proferida y procedo a sustentar mi inconformidad en los siguientes términos:

En primer lugar agradezco al despacho que hizo un estudio detenido del caso, cosa que ya es muy positiva, pero no puedo compartir a las conclusiones a las que llego por lo siguiente: Primero, estamos frente a una situación que se orienta más al principio de que al trabajo de igual valor salario igual, que es distinto al concepto de trabajo igual salario igual, este asunto ya ha sido objeto de la doctrina y a ello me remito especialmente a un libro que creo que es fundamental tener en cuenta en Colombia cuando se va a discutir asunto de nivelación laboral en el foro judicial, me estoy refiriendo al libro “la aplicación del principio de igualdad salarial de Carlos Ernesto Molina Monsalve”.

Este libro señores magistrados, creo que es importante ir a él, en ese libro el doctor Molina deja muy en claro la evolución que ha tenido ese principio y como no podemos, ahora con argumentos históricos violar la sentencia jurídica de a trabajo de igual valor- salario igual, aquí quedo plenamente demostrado que el valor del trabajo que realiza para el banco mi representado debe ser remunerado igual al de las otras personas con las cuales se comparte. También las sentencias que sobre el tema dejo en la corte el doctor Molina Monsalve deben ser estudiadas para proferir el fallo de segunda instancia que solicito, pues en las sentencias del doctor Molina Monsalve, que son hito, que son una autoridad en el tema, dejo muy en claro que la objetividad no se trata de razones históricas y aquí las sentencia que nos han proferido esta remitida a razones históricas en una parte y en otra peca de algo muy grave que tranquilamente la sentencia dice que por los aumentos generados por la convención colectiva o los movimientos sindicales de los trabajadores y en ningún momento el juzgado indica cifras ¿Por qué? Porque tampoco las indicó señores magistrados la parte demandada, entonces así no hay objetividad y es que si bien es cierto se dan a veces aumentos salariales cuando el trabajador entra o sale de su condición de sindicalizado o se le aplica los aumentos de convención colectiva en cierto momento, jamás señores magistrados y eso lo lamento de esta sentencia, jamás son del monto de las diferencias salariales que hay entre mi representado y de las personas con las que se compara, es increíble si uno se detiene a hacer esas cuenticas, que no las hizo el banco insisto y era el que estaba llamado a hacerlas es que era un asunto serio, objetivamente serio, vamos a ver que esas diferencias muchas veces son de 25.000 pesos, de 150.000 pesos, de 170.000 pesos, nunca de la diferencia que hay entre lo que gana mi representado y las personas con las que se comparte, que a veces son millonarias las diferencias, entonces ese argumento señores magistrados no puede ser tenido como objetivo porque no dan las cifras, si ese fenómeno se ha dado el banco nunca demostró como matemáticamente, aritméticamente, eso incide en el salario de las personas con las que se comparte y no lo hizo por una razón muy sencilla señores magistrados es que son unas cifras menores, unos montos pequeñísimos que no justifican la diferencia salarial señores magistrados, como desafortunadamente el juzgado acaba de considerar que si es una razón objetiva, pues no lo es objetiva, las cifras no dan.

Otro punto que me parece importante tener en cuenta es que el paso de algunos empleados que venían de otras entidades, como lo es en algunas sentencias que ahora voy a citar del mismo nivel del tribunal porque son emanadas por el Tribunal Superior de Bogotá, han dejado en claro que por razones de hace quince años, veinte, treinta años, no se puede justificar que una persona gane menos que otro y el juzgado cayó en una incomprensión de la historia de ese banco y es esta: Bancoquía, Banco Santander, Corpbanca e Itau es el mismo banco, es decir los que estaban en Bancoquía no venían de una entidad externa, los que estaban en el banco Santander, de los dos bancos Santander que hubo el uno español y el otro Colombiano y en Itau de hoy es el mismo banco y a eso me remito para que por favor los señores magistrados revisen el certificado de existencia y representación legal de la entidad y verán que es el mismo banco. Unos si llegaron de INVERCREDITO pero el deber del banco y lo dicen sentencias que han dictado el mismo Tribunal Superior de Bogotá era haber nivelado a los que hacían las mismas funciones, es que ese es el gran pecado del banco Itaú. La doctora se refirió a unas sentencias, pero olvido, paso por alto, y pido al tribunal tener en cuenta sentencias donde también esta como demandado el banco, fresquísimas, por ejemplo. La dictada en el caso de Martha Inés Castilla Sánchez contra el

Banco Itaú Corpbanca del año pasado de 2020, del 08 de septiembre de 2020 con ponencia de la doctora Gloria Amparo Caguasango Villota, en un caso parecidísimo al presente, aun mas señores magistrados con pruebas similares a las que corren en este expediente y la doctora Gloria Amparo Caguasango Villota deja muy en claro que si hay lugar a la nivelación laboral y así es que revoca una sentencia y ordena nivelar a la demandante que es marta Inés castilla Sánchez, con las personas que ejercen las mismas funciones, en este mismo banco, Banco Itaú Corpbanca, el proceso es el 11001310503220150071701 radicación del Tribunal y solicito muy especialmente por ser un caso tan análogo al Tribunal que lo revise, porque ese caso lo dictaron, lo fallo muy bien la sala compuesta por los doctores Eduardo Carvajalino Contreras, Carlos Mario Giraldo Botero, Leticia Niño Martínez, accediendo a las pretensiones del actor en un caso donde la prueba es muy similar a la que tenemos acá, Y subido a la Corte y la Doctora Gloria Amparo Caguasango Villota en una sentencia digna de ser leída nos da toda la razón. Pero no solamente eso si vamos a ir a la jurisprudencia hay argumentos jurisprudenciales grandes que nos demuestran que en este cargo de subgerente operativo el banco si está haciendo esa odiosa discriminación entre personas que hacen las mismas funciones en idénticas condiciones y con iguales responsabilidades señores magistrados. Me refiero a sentencias como estas: No todas son de subgerentes operativos, pero si son de cargos similares unos más altos, unos más bajos del mismo banco. Liliana Cortes Duarte Sentencia e 02 de septiembre del 2013, Claudia Inés Portilla un caso interesantísimo, subió a la corte y la corte dicto una excelente sentencia en el caso de Claudia Inés Portilla demostrando que el banco si estaba haciendo estas odiosas discriminaciones y que estas razones de cuentos históricos no son pertinentes señores magistrados, son totalmente impertinentes, porque es que la objetividad se da como lo dije ahora es por el valor del trabajo, a trabajo de igual valor-igual salario y lo que está demostrado es que lo que hace mi representado y lo que hace con quienes se comparo es igual.

Sigo citando sentencias y ahora vuelvo sobre dos casos que tienen que ver con la prueba testimonial que aquí se recibió, Luis Alejandro García Ramírez que en paz descanse, obtuvo sentencia en el año 2016 totalmente favorable al actor desvirtuando estos argumentos que está planteando en este mismo caso el banco, es muy interesante este caso lo repito Luis Alejandro García Ramírez sentencia del Tribunal Superior de Bogotá del 13 de diciembre del 2016 donde el banco argumentó similares tesis a las que aquí planteo y el tribunal el negó a aceptar que los cambios de sindicato la aplicación de la convención colectiva fuera a dar los montos aterradores que se supone que no se dan, que son inferiores. Oswaldo Enrique Vargas Ramírez también obtuvo sentencia del tribunal a favor con un estudio muy interesante de fecha 27 de octubre de 2015 que ruego al tribunal revisar proceso 2012-00382-01. Marta Inés Botero Gutiérrez subgerente operativa también tuvo fallo a favor, este si del Tribunal superior de Bogotá, yo les envié los datos en el escrito que ahora por fortuna se puede pasar de acuerdo con el Decreto 806. Deeyra Cecilia Marín Tamayo también obtuvo fallo a favor demostrando que si hay discriminación salarial en el banco Itaú Corpbanca. José Carlos Ramírez Cifuentes, Edna Judith Castaño Carvajal caso interesantísimo que explicó muy bien la situación que se da en el banco Itaú Corpbanca sentencia digna de ser revisada, Esperanza Herrera Flores también un caso muy interesante, todo esto lo voy a suministrar en el escrito dando las radicaciones pertinentes para que el Tribunal por favor revise que no es que se dé un caso aislado la situación. Mauricio Antonio Bedoya Ospina, Luz Stella Cardona fallo del Tribunal Superior de Bogotá del 24 de noviembre del 2016 donde también la prueba es análoga a la que aquí debatimos y donde el banco también contesto con argumentos muy similares a los que contesto esta precisa demanda y el tribunal superior de Bogotá nos dio toda la razón a la Parte actora Luz Stella Cardona. Marta Inés castilla Sánchez el fallo del Tribunal en este caso quiero relevar es del 18 de agosto del 2017- ah no ya lo mencioné- ese caso es del 20 de marzo del 2018 se falló el caso de Marta Inés Castilla Sánchez que subió a la corte y que la corte dejo en claro que en el banco si se están haciendo discriminaciones salariales. Over Antonio Carreño Lombana, caso interesantísimo también el Tribunal fallo a favor del actor. Entonces como vemos son múltiples la jurisprudencia horizontal que tenemos y en casos donde se manejó prueba muy similar a la que corre en este proceso.

Anuncié que me iba a referir a una prueba en particular, se dice en la sentencia que acabamos de escuchar que a la testigo; porque además fue testigo Amanda Cecilia Araque Pimentel que tiene más salario que mi representado por las convenciones colectivas, pero si vamos a la contestación de la demanda Oh sorpresa señores magistrados lo que dice el banco es que ella tenía más salario que porque había trabajado en horarios nocturnos y que de ahí traía un sobre sueldo que le habían reconocido en aquella época, tuvimos la dicha de escucharla en este proceso y expresamente se le preguntó si ella alguna vez había trabajado en horarios nocturnos, expresamente se le pregunto que si ella había tenido sobresueldos por horarios nocturnos, señores magistrados, nunca los tuvo, hasta llego el punto y lo autorizó la señora juez de yo leerle, ponerle de presente lo que había contestado el banco y que ella dijera que tenía que decir al respecto y su respuesta fue contundente “No eso no es exacto eso no corresponde a la realidad” entonces con el mero caso de Amanda Cecilia Araque Pimentel vemos que no hay razón objetiva para que a él (a mi representado) a don Julián García se le pague un salarios notoriamente inferior al de ella, cuando él tiene una alta capacitación quedo plenamente demostrado, su gran formación

académica, que las calificaciones que hace periódicamente el banco, los resultados que él ha obtenido son del mayor nivel a nivel nacional, que las responsabilidades en las oficinas en las que ha trabajado son de las más altas a nivel nacional y lógicamente a nivel Bogotá y que la razón que aducen para justificar que Amanda Cecilia Araque Pimentel tenga un mayor sueldo no es cierta que era el tal cuento del horario nocturno porque ella viene de Bancoquía y Bancoquía es el mismo banco de hoy, Bancoquía no es algo externo que llegó Bancoquía No, es que Bancoquía, Banco Santander y Corpbanca hoy Itaú es el mismo banco señores magistrados, entonces ella no trae ningún sobre sueldo de nada y los incrementos sindicales, tal convencieron a la señora juez y que matemáticamente no está probado son centavos, es decir el juzgado aceptó ese argumento sin entrar a constatar aritméticamente a que correspondía por ese mero hecho debe ser revocada la sentencia señores magistrados, porque ese argumento que de que los aumentos sindicales y que la convención colectiva no está demostrado en cuanto incide en los salarios, eso no está demostrado, ni lo demostró el banco en su contestación, ni el banco hizo cuentas para demostrar eso y si hacen el ejercicio hoy, van dar cuenta, insisto van a darse cuenta que son centavos, el hecho que vengan de otras entidades tampoco está justificado, lo voy a suministrar las sentencias lo ha dicho la misma sala laboral del tribunal superior de Bogotá, que no tiene presentación que hechos ocurridos hace veinte, treinta años sirvan para hoy argumentar que se la paga más sueldo a fulanito y a perencejo y que un empleado disciplinado, riguroso, responsable, como es Julián García tenga que llevar menos salario a su casa, eso es un despropósito, cuando hace el mismo trabajo y en las mismas condiciones con quien está en par.

Señores magistrados les pido el favor de revisar con mucho detenimiento este caso, la prueba testimonial en los alegatos que hizo mi contraparte no coinciden, él dice que dizque los testigos aceptaron el cuento aquel de plan dorado, ese plan dorado ni siquiera existía cuando Julián entro a trabajar y lo que dijeron los testigos es que desconocían ese plan dorado, entonces olvidémonos de eso del plan dorado que es una cosa de hacer 30 años señores magistrados, 30 años y el hecho de que mi representado haya trabajado en tantas oficinas como se dice en los testimonios es porque el banco tiene la política de trasladar a los subgerentes operativos por razones de seguridad, de tal manera quedo demostrado que hacia las mismas funciones, donde se compara que todos tienen el mismo movimiento y que se le paga muchísimo menos y que la razones objetivas que adujo el banco no son ciertas, aritméticamente no son ciertas e históricamente no vienen a lugar, no hay lugar a tener en cuenta esas tales argumentaciones históricas, primero porque Bancoquía, Santander, Itaú y Corpbanca es lo mismo y porque llegó gente de otra entidad, puede ser uno de los casos, solo uno o dos de los casos, el banco tenía la obligación de irlos nivelando es que han pasado 20 años y no los ha nivelado, eso tampoco tiene seriedad y eso es a lo que nos debemos deber, a seriedad. Entonces me comprometo con el tribunal a pasarles las sentencias o los datos de la sentencias que demuestran que efectivamente el banco es notorio que se dan estas discriminaciones que la sala laboral ha tenido el buen juicio de ayudar a corregir eso en muchísimos casos, muchísimas salas, distintas salas han accedido, como lo dije ahora al relatar nombres, a nivelar con pruebas totalmente similares que aquí obran y es por ello que pido se revise detenidamente la sentencia que acabo de escuchar y que realmente valoremos razones objetivas para pagarles menos a unos y más a otros, lo que de por si odioso y que las interpretaciones que ya ha hecho la corte en especialmente en las sentencias que se dictaron desde que el doctor Carlos Eduardo Molina Monsalve fue magistrado y que le enseñó a entender el concepto de que a trabajo de igual valor- salarios igual, quiero indicar que obra a folio 75 del libro que mencione al principio de la intervención, las explicaciones de porque este factor tiene que ser totalmente objetivo y eso lo enseña el en sus sentencias, después las recoge en este magnífico libro que es justamente es una tesis doctoral que el realizo, sea revisado además porque el Tribunal de Bogotá ha sido muy coherente en muchos fallos en reconocer que estos argumentos históricos no pueden ser catalogados como factor objetivo, valor objetivo es el trabajo objetivamente hoy lo que yo realizó hoy con quien me comparo eso es objetividad no unas historias de traslado que además están mal interpretadas que aquí han traído a colación y que también que aritméticamente no fue comprobado absolutamente nada de donde salen, en ninguno de los casos fue comprobado de donde sale el mayor valor que ganan las personas con quienes se comparan.

Me gustó mucho como el tribunal en la sentencia de Marta Inés Castilla Sánchez proceso 2015-00717-01 del tribunal despacho porque ahí deja muy en claro cómo hay que nivelar con todos los que ejercen las mismas funciones, del mismo cargo pero que tengan salarios más altos, por eso solicito que revisen su propia sentencia señores magistrados del 20 de marzo del 2018 del excelente estudio pero además con una excelente sentencia confirmo la CSJ hace unas semanas el 08 de septiembre del 2020 aplaudiendo el enfoque que hizo la sala laboral por el tribunal superior de Bogotá, en un caso totalmente análogo al que aquí estamos manejando, señores magistrados, señora juez en estos términos doy por sustentado el recurso de apelación en contra de la sentencia que se acaba de proferir solicitando expresamente que sea revocada en su integridad y se accedan a todas y cada una de las pretensiones de la demanda.”

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante JULIAN GARCÍA JIMENEZ, las pretensiones relacionadas en el acápite respectivo (págs. 10 a 13, archivo “01. Expediente digitalizado 2018-649.pdf”), las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos narrados en el escrito introductor (págs. 13 a 16, ibíd.), aspirando principalmente se declare que el BANCO ITAÚ CORPBANCA COLOMBIA S.A. en desarrollo del contrato de trabajo que mantiene con él, ha violado lo previsto en el artículo 143 del C.S.T., la Ley 1496 y demás normas concordantes. Además, que los señores FANOR AUGUSTO ROJAS BONILLA, JOSÉ ARLEY PANCHÁ BOHORQUEZ, EDWARD ENRIQUE JIMENEZ ESCOBAR, OSBALDO ENRIQUE VARGAS RAMIREZ, GERARDO PARDO ACUÑA, JUAN CARLOS LEÓN, AMANDA CECILIA ARAQUE PIMENTEL y CAMILO MORENO GÓMEZ, realizan las mismas funciones y en idénticas condiciones en ejercicio del cargo de SUBGERENTE OPERATIVO a las que él desarrolla. En consecuencia, se condene a la demandada a reliquidar sus sueldos, primas, vacaciones, cesantías, prestaciones convencionales y aportes a pensión percibidos en vigencia del contrato de trabajo, esto es, desde el 3 de junio de 2008, y proceda al pago de la diferencia entre lo pagado y lo que el banco les canceló y ha venido cancelando a FANOR AUGUSTO ROJAS BONILLA, JOSÉ ARLEY PANCHÁ BOHORQUEZ, EDWARD ENRIQUE JIMENEZ ESCOBAR, OSBALDO ENRIQUE VARGAS RAMIREZ, GERARDO PARDO ACUÑA, JUAN CARLOS LEÓN, AMANDA CECILIA ARAQUE PIMENTEL y CAMILO MORENO GÓMEZ o lo que corresponda al salario más alto que se le reconozca y pague por parte del banco mencionado a las personas que se encuentren desempeñando el cargo de SUBGERENTE OPERATIVO, junto con los intereses moratorios la indemnización prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y la indexación. Adicionalmente, se ordene a la entidad financiera accionada pagar a partir de la fecha de la sentencia, y mientras ocupe el cargo de SUBGERENTE OPERATIVO, un salario equivalente al más alto del que perciben FANOR AUGUSTO ROJAS BONILLA, JOSE ARLEY PANCHÁ BOHORQUEZ, EDWARD ENRIQUE JIMENEZ ESCOBAR, OSBALDO ENRIQUE VARGAS RAMIREZ, GERARDO PARDO ACUÑA, JUAN CARLOS LEÓN, AMANDA CECILIA ARAQUE PIMENTEL y CAMILO MORENO

GÓMEZ o el más alto que se reconozca en dicho cargo dentro de la nómina del Banco demandado, reajuste que deberá aplicarse a los derechos que emergen de la convención colectiva. **Obteniendo sentencia de primera instancia totalmente desfavorable a sus aspiraciones**, en tanto se absolvió a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra, luego de considerar, de una parte, que se encontraba acreditado que el actor desempeña el mismo cargo y en idénticas condiciones que FANOR AUGUSTO ROJAS BONILLA, JOSE ARLEY PANCHÁ BOHORQUEZ, EDWARD ENRIQUE JIMENEZ ESCOBAR, OSBALDO ENRIQUE VARGAS RAMIREZ, GERARDO PARDO ACUÑA, JUAN CARLOS LEÓN, AMANDA CECILIA ARAQUE PIMENTEL y CAMILO MORENO GÓMEZ y pese a ello su salario era menor, por lo que en aplicación del inciso tercero del artículo 143 del C.S.T., modificado por el artículo 7 de la Ley 1496 de 2011, le correspondía a la demandada acreditar la existencia de factores objetivos que justificaran tales divergencias salariales. Así, luego de analizar las pruebas aportadas en el expediente encontró que sí estaban acreditadas esas razones objetivas, específicamente, porque dentro de la compañía existían dos tipos de incrementos salariales, uno regular y otro convencional, precisando, aquellos que se afiliaron al sindicato en un lapso anterior al demandante tenían ingresos superiores pues el incremento sindical era mayor. Del mismo modo, destacó los cambios que ha tenido la entidad y las fusiones que se han llevado a cabo a lo largo de los años que han obligado a mantener asignaciones salariales más altas, adquiridas en condiciones anteriores.

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

Previo a resolver, es menester precisar, no es objeto de debate en esta instancia la existencia de la relación laboral entre las partes vigente desde el 3 de junio de 2008, la cual, a más de no haber sido objeto de debate probatorio, se constata con la documental obrante en el plenario (págs. 133, 266 a 271 y 276, expediente digital).

En el asunto además, debe partirse de la premisa que, las personas con las que se procura la equiparación salarial por parte del accionante, en efecto reciben una retribución superior a la del actor, pese a que laboran en el mismo cargo de SUBGERENTES OPERATIVOS, con idénticas jornadas y condiciones de eficiencia a las de este, porque así lo concluyó la juez de primer grado y frente a ello ningún reparo se formuló en la alzada.

Así las cosas, en virtud del principio de consonancia, el problema jurídico en esta instancia se circunscribe en primer lugar, en establecer si existen factores objetivos que justifiquen la diferencia del salario del demandante respecto de lo devengado por FANOR AUGUSTO ROJAS BONILLA, JOSE ARLEY PANCHABOHORQUEZ, EDWARD ENRIQUE JIMENEZ ESCOBAR, OSBALDO ENRIQUE VARGAS RAMIREZ, GERARDO PARDO ACUÑA, JUAN CARLOS LEÓN, AMANDA CECILIA ARAQUE PIMENTEL y CAMILO MORENO GÓMEZ, y en consecuencia, si tiene derecho a la nivelación salarial equiparando su remuneración a la devengada por estos u otra persona dentro de la entidad financiera que desempeñe el cargo de SUBGERENTE OPERATIVO, y posteriormente examinar la procedencia de los consecuentes ajustes e incrementos.

En esa dirección, a efectos de resolver lo pertinente y considerando los argumentos de la alzada, valga memorar, la igualdad de trato en materia salarial, tiene dos expresiones jurídicas a saber: “*a trabajo igual salario igual*” y “*a trabajo de igual valor salario igual*”². Ambos principios, tienen como propósito evitar que la fijación de la retribución se haga en función de criterios irrelevantes o irrazonables a partir de los cuales se genere un trato discriminatorio³.

² MOLINA MONSALVE, Carlos Ernesto. El derecho a la igualdad salarial: ¿A trabajo igual salario igual o a trabajo de igual valor salario igual? (2016), página 152, Las dos expresiones del trabajo de igualdad retributiva.

³ La Corte Suprema de Justicia en sentencia SL9290 de 2017, reiterando la sentencia SL16217 de 2014, con relación a la equidad retributiva, enseñó:

“La equidad en la retribución.

La desigualdad retributiva entre trabajadores fue una de las primeras preocupaciones del Derecho del Trabajo. Desde los albores del siglo XX, con el fin de combatirla, esta disciplina jurídica proclamó el principio de equidad retributiva, cuando dos o más trabajadores desempeñaran un trabajo en condiciones similares. Con tal cometido, este principio adoptó dos acepciones: la primera busca enfrentar sobre todo las llamadas discriminaciones directas, tanto abiertas como disimuladas (tratos salariales diferentes, fundados en motivos ilegítimos, como edad, sexo, nacionalidad, religión, convicciones políticas, raza, etc.) y se expresa en el clásico principio de «a trabajo igual salario igual». Dicho con otras palabras: cundo dos trabajadores realicen la misma labor deben recibir igual retribución. La segunda acepción del principio pretende enfrentar tanto las discriminaciones directas como las indirectas (entendidas estas

El primero, es una exteriorización de la igualdad formal que busca enfrentar la discriminación directa (tanto abierta como disimulada), esto es, que ante situaciones iguales se dé un trato jurídico diferente. En este evento, el *tertium comparationis* o criterio de comparación será el contenido de la labor (puesto, jornada y condiciones de eficiencia), es decir, que la actividad que se desarrolle sea la misma o similar en condiciones de cantidad y calidad y, en contraposición, no se comparan cargos de distinta naturaleza. Bajo este principio, cuando dos trabajadores realicen la misma labor, en idénticas condiciones de calidad y cantidad, aunque esta tenga una denominación distinta, deben recibir igual retribución y, en esa orientación, si alguno de los

últimas como tratos diferenciados que si bien son formal y aparentemente neutros, entrañan segregación indebida) y se formula en el postulado «a trabajo de igual valor debe corresponder igual retribución». Esta última acepción del principio podría expresarse de otra manera: si dos trabajadores realizan trabajos que agregan el mismo valor -bien sea por desempeñar el mismo trabajo, o bien sea por desempeñar oficios diferentes pero que aportan el mismo valor-, deben recibir igual retribución. Es evidente, entonces, que el segundo principio abarca al primero, ya que no solo se refiere al trabajo igual desempeñado en puesto igual, sino también a trabajos de contenido equivalente (“igual valor”), aunque no sean rigurosamente los mismos.

El principio «a trabajo igual salario igual» se proclamó por primera vez en la Constitución Mexicana de 1917 y se reprodujo en el nivel internacional por la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948). A su vez, el principio «salario igual por un trabajo de igual valor» fue inicialmente enunciado en 1919 por la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo (Anexo, Sección II). En Colombia, la Ley 6ª de 1945, en su artículo 5º acogió este segundo principio, cuando prohibió pagar salarios diferentes a «trabajos equivalentes». Más tarde, en 1950 el Código Sustantivo del Trabajo adoptó el principio de «a trabajo igual salario igual», en su artículo 143, modificado este último por el artículo 7º de la Ley 1496 de 2011 que introduce el concepto “a trabajo de igual valor salario igual”.

A partir de la citada Declaración Universal de 1948, el principio de igualdad no solamente impone que las personas o situaciones que sean iguales deban ser tratadas de manera igual, en cuanto a beneficios o cargas, en función de un tertium comparationis legítimo. También, a partir de entonces, se prohíbe un tratamiento diferente con fundamento en criterios de diferenciación ilegítimos o irrelevantes (la raza, el color, el sexo, la opinión política o la religión, el idioma, el nacimiento, el origen social, entre otros). Cuando tales criterios injustificados cimientan tratamientos diferenciados, se habla de discriminación o segregación. Con otras palabras: hay que dar un trato igual, a menos que exista una razón relevante y objetiva para dar un trato desigual. En la actualidad el principio de no discriminación se erige como un complemento sustancial e inescindible del principio de igualdad, al punto de constituirse en el elemento que marca diferencia radical con el principio liberal clásico de la igualdad ante la ley, y ser la pieza normativa clave de la igualdad material.

Sin embargo para mediados del siglo XX faltaba una preceptiva que llevara el principio de igualdad y no discriminación al terreno específicamente laboral. Fue en 1953 cuando la Organización Internacional del Trabajo emitió el Convenio 100, sobre igualdad de remuneración entre hombres y mujeres por un trabajo de igual valor y luego, en 1960, el Convenio 111, relativo a la discriminación en empleo y ocupación. En Colombia, a partir de la Constitución de 1991, por efecto del Art. 93 superior, ambos convenios internacionales «prevalecen en el orden interno», o sea, forman parte del llamado bloque de la constitucionalidad, en forma indisoluble con el artículo 13 de la Carta. Esto significa que los citados convenios se erigen en razones para las reglas legales que en Colombia regulan la igualdad y no discriminación en materia retributiva en el ámbito laboral. En concreto, son razones para los preceptos incluidos en los señalados artículos 5º de la Ley 6ª de 1945 y 143 CST, cuyo alcance y significado deberá definirse en función de tales instrumentos internacionales ratificados por Colombia, y por tanto incorporados como cánones superiores en el ordenamiento jurídico interno.

De esta manera, las diferencias en las retribuciones de trabajadores que desempeñen iguales o semejantes trabajos, solo podrán justificarse cuando ellas obedezcan a criterios objetivos, como se explicará ahora.”

empleados que se compara desempeña el mismo puesto pero además realiza funciones diferentes o adicionales a las realizadas por el trabajador que se compara, los trabajos no serán equiparables y por ende no podrá hablarse de trabajos iguales⁴.

En este escenario, se itera, si dos trabajadores: i) ejecutan la misma labor, ii) tienen la misma categoría, iii) igual preparación, iv) los mismos horarios y v) en idénticas responsabilidades, deben ser remunerados en la misma forma y cuantía, sin que la predilección o animadversión del patrono hacia uno de ellos pueda interferir en el ejercicio del derecho al equilibrio en el salario, garantizado por la Carta Política en relación con la cantidad y calidad de trabajo⁵.

La segunda acepción del principio de equidad salarial –*a trabajo de igual valor debe corresponder igual retribución*–, tiene un carácter más protector y amplio, es una expresión de la igualdad material en tanto rechaza “*la discriminación oculta bajo tratamientos aparentemente neutros*”, cuando trabajadores que se cotejan desempeñan incluso cargos diferentes que se exhiben de igual valor. No solo se refiere al trabajo igual desempeñado en puesto igual, sino también a trabajos de igual valor, aunque sean de diferentes cargos. En otros términos, no se limita a comparar el mero contenido específico de la actividad laboral sino que surge de la constatación de que existen trabajos con los que no puede realizarse un juicio de comparación por igualdad estricta como ocurre con el principio “*trabajo igual salario igual*”⁶

Aquí el patrón de igualdad será el *valor del trabajo* por ser más amplio que “*mismo o similar*” y en esa medida, las labores comparadas por razón de este postulado no necesariamente habrán de poseer idéntico contenido, pero son equiparables en cuanto a habilidades, destrezas, educación, experiencia, esfuerzos físicos, intelectuales, responsabilidad, condiciones, entre otros.

Esta última acepción –*trabajo de igual valor salario igual*– podría expresarse de otra forma: “*si dos trabajadores realizan trabajos que agregan el mismo valor - bien sea por desempeñar el mismo trabajo, o bien sea por desempeñar oficios*

⁴ MOLINA MONSALVE. El derecho a la igualdad salarial: ¿A trabajo igual salario igual o a trabajo de igual valor salario igual?, página 167.

⁵ Sala de Casación Laboral. SL-270 de 2018.

⁶ MOLINA MONSALVE. El derecho a la igualdad salarial: ¿A trabajo igual salario igual o a trabajo de igual valor salario igual?, página 174 y s.s.

diferentes pero que aportan el mismo valor-, deben recibir igual retribución. Es evidente, entonces, que el segundo principio abarca al primero, ya que no solo se refiere al trabajo igual desempeñado en puesto igual, sino también a trabajos de contenido equivalente (“igual valor”)⁷.

Aunque la nivelación salarial se procure de cara a la aplicación de cualquiera de estos postulados, no puede perderse de vista que ambos admiten la existencia de diferencias de trato retributivo cuando las mismas se fundamentan o justifican en factores objetivos.

Ahora, las normas del trabajo vigentes en nuestro ordenamiento jurídico interno guardan asimetría con el primer principio “*trabajo igual salario igual*” que es el que se desarrolla en el artículo 143 del C.S.T. modificado por el art. 7 de la Ley 1496 del 2011⁸, y aunque la jurisprudencia del órgano de cierre de esta jurisdicción ha abordado la temática de la nivelación salarial atendiendo al principio de “*trabajo de igual valor salario igual*”, teniendo como derrotero los Convenios 100 y 111 de la OIT⁹, lo cierto es que su análisis no ha trascendido

⁷ Corte Suprema de Justicia SL-9290 de 2017.

⁸ “ARTICULO 143. A TRABAJO DE IGUAL VALOR, SALARIO IGUAL. -Artículo modificado por el artículo 7 de la Ley 1496 de 2011 -. El nuevo texto es el siguiente:

1. A trabajo igual desempeñado en puesto, jornada y condiciones de eficiencia también iguales, debe corresponder salario igual, comprendiendo en este todos los elementos a que se refiere el artículo 127.

2. No pueden establecerse diferencias en el salario por razones de edad, género, sexo, nacionalidad, raza, religión, opinión política o actividades sindicales.

3. Todo trato diferenciado en materia salarial o de remuneración, se presumirá injustificado hasta tanto el empleador demuestre factores objetivos de diferenciación.”

⁹ “(...)

En Colombia, a partir de la Constitución de 1991, por efecto del Art. 93 superior, ambos convenios internacionales «prevalecen en el orden interno», o sea, forman parte del llamado bloque de la constitucionalidad, en forma indisoluble con el artículo 13 de la Carta. Esto significa que los citados convenios se erigen en razones para las reglas legales que en Colombia regulan la igualdad y no discriminación en materia retributiva en el ámbito laboral. En concreto, son razones para los preceptos incluidos en los señalados artículos 5º de la Ley 6ª de 1945 y 143 CST, cuyo alcance y significado deberá definirse en función de tales instrumentos internacionales ratificados por Colombia, y por tanto incorporados como cánones superiores en el ordenamiento jurídico interno.

De esta manera, las diferencias en las retribuciones de trabajadores que desempeñen iguales o semejantes trabajos, solo podrán justificarse cuando ellas obedezcan a criterios objetivos.

Igual criterio quedó descrito en la sentencia CSJ SL12814-2016 en la que ratificó las posturas ya sentadas con antelación (CSJ SL, 10 junio 2005, radicación 24272; CSJ SL, 2 noviembre 2006, radicación 26437; CSJ SL, 23 enero 2007, radicación 27724; CSJ SL, 3 junio 2009, radicación 35593, CSJ SL, 15 abril 2014, radicación 46853; CSJ SL6217-2014; CSJ SL14403-2015, CSJ SL16217-2014, CSJ SL5464-2015 y CSJ SL1327-2015) y donde se reiteró que es legítimo que existan diferencias en la remuneración de los trabajadores, siempre y cuando estén fundadas en razones objetivas que no respondan al arbitrio del empleador o a odiosas diferencias originadas en el sexo, género, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica del trabajador. Tal y como lo prohíbe el artículo 13 de la

más allá de su contenido axiológico, por cuanto, para dar solución al problema jurídico planteado termina dándose aplicación al primer principio –trabajo igual, salario igual–, ello dada la especificidad de los casos en los cuales se procura la comparación es entre pares, esto es, tomando como patrón de igualdad el demostrar que el o los trabajadores con quien (es) se procura la nivelación se encuentran en puesto, jornada y condiciones de eficiencia semejantes, iguales o similares. Es importante indicar, a la luz del mentado artículo, todo trato salarial diferenciado se presume injustificado hasta tanto el empleador demuestre factores objetivos de diferenciación.

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

Como se dijo, las diferencias en las retribuciones de trabajadores que desempeñen iguales o semejantes cargos, son acordes al ordenamiento jurídico y a los principios que lo orientan, siempre que se justifiquen u obedezcan a criterios objetivos; en caso contrario, se estará en presencia de la vulneración del principio de igualdad y no discriminación salarial.

Sobre la materia, la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL-205 de 2020, estableció:

“La Sala encuentra que el anterior raciocinio dado por el Juez de apelaciones acata lo establecido por el artículo 143 del CST, además de lo señalado en los Convenios 100 y 111 de la Organización Internacional del Trabajo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales de 1966, los cuales forman parte del bloque de constitucionalidad, tal como lo establece el artículo 93 de la Constitución Política, pues, como lo señaló la sentencia CSJ SL, 26 nov. 2014, rad. 45830 «las diferencias en las retribuciones de trabajadores que

Constitución Política de 1991 y lo consagran los Convenios 100 y 111 de la OIT ratificados por Colombia, a través de los cuales también se regula la igualdad y no discriminación retributiva en las relaciones de trabajo subordinado.

El espectro de aplicación del artículo 143 del Código Sustantivo del Trabajo modificado y enriquecido por el artículo 7 de la Ley 1496 de 2011, y lo que análogamente consagra el artículo 5º de la Ley 6 de 1945; en asuntos de igualdad en el trabajo, implica que debe adelantarse un análisis sobre la verdadera comprobación de la condición de desigualdad que debe ser, como se dijo, justificada o desmentida por el empleador.” (SL4020 de 2020 que reitera la CSJ SL, 26 nov. 2014, rad. 45830).

desempeñen iguales o semejantes trabajos, solo podrán justificarse cuando ellas obedezcan a criterios objetivos» (subrayado fuera del texto).

Respecto del entendimiento del artículo 143 del Código Sustantivo del Trabajo, en providencia CSJ SL5464-2015, la Corporación trajo a colación la sentencia CSJ SL, 10 jun. 2005, rad. 24272, la cual recordó que:

[...] es legítimo que existan diferencias razonables en la remuneración de los trabajadores, siempre y cuando estén fundadas en razones objetivas, como el régimen jurídico que se les aplica, o surgidas de aspectos relativos a la cantidad y la calidad del trabajo realizado, tales como la antigüedad del trabajador, la capacidad profesional, las condiciones de eficiencia, el rendimiento, la jornada laboral, etc.

Y esos elementos que justifican el trato diferente no han quedado totalmente al arbitrio del empleador, pues la ley se ha encargado de establecer en cuáles casos debe existir igualdad en la remuneración y los factores laborales que dan derecho a esa igualdad.

Y en la misma providencia, pero en remembranza de la CSJ SL, 23 enero 2007, radicado 27724, se dijo que:

Reiteradamente lo ha señalado la doctrina constitucional que una de las dimensiones del derecho a la igualdad es el de la discriminación, puesto que evidentemente la práctica de estas conduce a la violación de la igualdad material; en el mundo del trabajo los derechos y las libertades, por los que se realiza la dignidad humana del trabajador, y se le reconocen los derivados de su trabajo como la remuneración, en cualquiera de sus manifestaciones, no puede ser otorgados haciendo diferenciaciones odiosas, acudiendo a las categorías de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica, para dar por ellas trato de inferioridad, pero no por sólo las anteriores que enumera de manera expresas el artículo 13 de nuestra Carta Política, sino también por circunstancias que carezcan de justificación razonable, por las que las decisiones del empleador al tasar los derechos laborales se convierten en ejercicio de arbitrariedad.

Finalmente, en la sentencia CSJ SL6217-2014, esta Corporación señaló:

En Colombia, a partir de la Constitución de 1991, por efecto del Art. 93 superior, ambos convenios internacionales «prevalecen en el orden interno», o sea, forman parte del llamado bloque de la constitucionalidad, en forma indisoluble con el artículo 13 de la Carta. Esto significa que los citados convenios se erigen en razones para las reglas legales que en Colombia regulan la igualdad y no discriminación en materia retributiva en el ámbito laboral. En concreto, son razones para los preceptos incluidos en los señalados artículos 5º de la Ley 6ª de 1945 y 143 CST, cuyo alcance y significado deberá definirse en función de tales instrumentos internacionales ratificados por Colombia, y por tanto incorporados como cánones superiores en el ordenamiento jurídico interno.

De esta manera, las diferencias en las retribuciones de trabajadores que desempeñen iguales o semejantes trabajos, solo podrán justificarse cuando ellas obedezcan a criterios objetivos, como se explicará ahora.

B. Los criterios de valoración para determinar un trato igualitario.

Ha de darse un tratamiento igual (en beneficios o cargas), cuando dos entes u objetos compartan uno o varios elementos comunes, con base en los cuales se predique su igualdad. Al respecto, esta Sala, en sentencia de anulación del 4 de diciembre de 2012, Rad. 55501, se expresó así:

En otras palabras, la igualdad de trato y no discriminación en el trabajo, exige tratamiento igualitario en materias salariales y prestacionales para los trabajadores dentro de un mismo contexto laboral, cuando los trabajadores se encuentren en igualdad de condiciones.

Lo anterior quiere decir que no son admisibles tratos diferenciados en temas salariales, prestacionales, en oportunidades de promoción, en seguridad y salud ocupacionales, en formación, etc., cuando esos tratos se basen en motivos irrelevantes –o sea, no objetivos-, pues en tales casos el trato será discriminatorio.

Por el contrario, no se atentará contra el principio de igualdad y no discriminación, cuando a cierta persona o colectivo de personas se otorgue un trato diferente, pero basado en motivos razonables y legítimos, o relevantes (por ejemplo, una remuneración mayor para quienes tengan más altos niveles de responsabilidad, o con mejor productividad, etc.; o determinados beneficios o auxilios familiares para quienes tengan específicas o mayores responsabilidades en ese campo, etc.)

Análogas consideraciones fueron expuestas por la Corte en sentencias CSJ SL, 17 abril 2012, radicado 34746, CSJ SL, 22 enero 2013, rad. 38475, CSJ SL10558-2017 y CSJ SL11062-2017.

De esta manera, sí aparece probado que existe igualdad de condiciones en la materialidad del trabajo y no logran demostrarse las condiciones objetivas en la diferenciación salarial, habrá lugar a la imposición de una orden judicial de igualdad (CSJ SL17854-2017), máxime cuando la diferenciación también afecta los derechos colectivos del grupo excluido.” (Negrilla y subrayas fuera de texto).

Igualmente, entratándose de relaciones de trabajo causadas antes o después de la modificación introducida al artículo 143 del Código Sustantivo de Trabajo por el artículo 7° de la Ley 1496 de 2011 -según la cual “*todo trato diferenciado en materia salarial o de remuneración, se presumirá injustificado hasta tanto el empleador demuestre factores objetivos de diferenciación*”-, la carga de la prueba, se invierte. Por tanto, si el trabajador aporta los indicios generales que suministren un fundamento razonable sobre el trato discriminatorio en materia retributiva, le corresponde al empleador justificar la razonabilidad de ese trato,

por cuanto es aquel quien está en mejores condiciones de producir la prueba respectiva¹⁰.

Atendiendo tales consideraciones, es importante precisar al recurrente que, aunque en los términos expuestos el principio del *trabajo igual salario igual* se encuentra contenido en el principio *trabajo de igual valor salario igual*, lo cierto es que dichos axiomas tienen diferencias, y el escenario propuesto con la demanda, consistente con el problema jurídico desarrollado a lo largo del juicio, se ajusta en realidad al primer postulado en tanto los *tertia comparationis* que se formulan, corresponden a los establecidos en el artículo 143 del C.S.T., esto es, igualdad de puesto de trabajo, jornada y condiciones de eficiencia, dicho de otro modo, está buscando la comparación con trabajadores “*pares*” o iguales, de allí que no se requiera acudir al “*valor del trabajo*” como patrón de igualdad.

En todo caso, como ampliamente se explicó, con independencia de que la nivelación salarial se procure respecto de la aplicación de uno u otro principio, podrán tenerse como válidas las diferencias retributivas, si estas se fundan en criterios objetivos, que es lo que pasará a verificarse.

Así las cosas, en el *sub judice* se tiene que la comparación del demandante, según lo expuesto en la demanda, se propone frente a FANOR AUGUSTO ROJAS BONILLA, JOSE ARLEY PANCHÁ BOHORQUEZ, EDWARD ENRIQUE JIMENEZ ESCOBAR, OSBALDO ENRIQUE VARGAS RAMIREZ, GERARDO PARDO ACUÑA, JUAN CARLOS LEÓN, AMANDA CECILIA ARAQUE PIMENTEL y CAMILO MORENO GÓMEZ, quienes, como se anotó al inicio, ocupan el mismo cargo de SUBGERENTE OPERATIVO desempeñado por el actor en vigencia de su relación laboral, pero con un salario superior con relación al devengado por este, sin que dentro del supuesto fáctico del libelo se establezca un periodo exacto en el que tales disensiones ocurrieron, pretendiendo se efectúe la nivelación salarial correspondiente.

Establecido lo anterior, sea lo primero señalar, revisado el acervo probatorio se encuentra que JOSE ARLEY PANCHÁ BOHORQUEZ, OSBALDO ENRIQUE VARGAS RAMIREZ, GERARDO PARDO ACUÑA, JUAN CARLOS LEON HERNANDEZ, AMANDA CECILIA ARAQUE PIMENTEL y CAMILO MORENO

¹⁰ Sala de Casación Laboral. Sentencia SL-17462 de 2014.

GÓMEZ coinciden con el demandante, para la fecha en que fue contestada la demanda e incluso en algunos periodos anteriores, en el cargo de SUBGERENTE OPERATIVO existiendo entre estos y el actor, una diferencia salarial, tal como se advierte a continuación:

No	TRABAJADOR	FECHA DE INGRESO	SALARIO 2019 (ULTIMO REPORTADO)	ÚLTIMO CARGO	FOLIO
1	JULIAN GARCIA JIMENEZ (DTE)	3/06/2008	\$ 3.550.340,00	SUBGERENTE OPERATIVO	276,289
2	FANOR AUGUSTO ROJAS BONILLA	16/07/2008	\$ 4.654.295,00	ANALISTA SENIOR	277,288
3	JOSE ARLEY PANCHA BOHORQUEZ	16/03/1995	\$ 4.090.110,00	SUBGERENTE OPERATIVO	280-281
4	EDWAR ENRIQUE JIMENEZ ESCOBAR	NO PRUEBA	NO PRUEBA	NO PRUEBA	NO PRUEBA
5	OSBALDO ENRIQUE VARGAS RAMIREZ	19/07/1993	\$ 5.638.183,00	SUBGERENTE OPERATIVO	286-287
6	GERARADO PARDO ACUÑA	4/03/1991	\$ 5.638.183,00	SUBGERENTE OPERATIVO	284-285
7	JUAN CARLOS LEON HERNANDEZ	23/10/1989	\$ 4.441.128,00	SUBGERENTE OPERATIVO	282-283
8	AMANDA CECILIA ARAQUE PIMENTEL	16/09/1987	\$ 5.174.803,00	SUBGERENTE OPERATIVO	278-279
9	CAMILO MORENO GÓMEZ	NO PRUEBA	\$ 5.579.539,00	SUBGERENTE OPERATIVO	746

Con base en lo antedicho, corresponde a la Sala verificar, en los términos de la alzada, si la encartada probó en el proceso, las justificaciones objetivas de las diferencias salariales a efectos de desvanecer la presunción que cobija al actor¹¹

¹¹ Al tema puede consultarse el pronunciamiento de la Sala de Casación Laboral en sentencia SL 17462 de diciembre de 2014, radicado 44317 en la que se señaló:

“(…) Sobre el tema de la carga de la prueba, la Sala tiene adoctrinado que el trabajador que pretenda una nivelación salarial por aplicación del principio «a trabajo igual salario igual», tiene por carga probatoria demostrar el «puesto» que desempeña y la existencia de otro trabajador que desempeña o desempeñó el mismo puesto o cargo con similares funciones y eficiencia. Sobre el particular son ilustrativas las sentencias CSJ, SL 5 feb. 2014, Rad. 39858, y SL 20 oct. 2006, Rad. 28441, donde reiteró lo dicho en las de 10 de jun. 2005 y 24 de may. 2005, Rads. 24272 y 23148, respectivamente. Criterio adoctrinado anteriormente, en la sentencia CSJ SL, 25 sept. 1997, Rad. 9255, reiterada en la del 16 de nov. 2005, Rad. 24575.

Sin embargo, esta Corporación precisará el citado criterio, en cuanto a que, tratándose de relaciones de trabajo causadas antes de la modificación introducida al art. 143 del CST, por el art. 7º de la L. 1496/2011, según la cual «Todo trato diferenciado en materia salarial o de remuneración, se presumirá injustificado hasta tanto el empleador demuestre factores objetivos de diferenciación», en casos como el presente, en que la relación laboral culminó en 2006, atendiendo al principio de la carga dinámica –y no estática- de la prueba, también deberá invertirse la carga probatoria. En consecuencia, si el trabajador aporta los indicios generales que suministren un fundamento razonable sobre la existencia de un trato discriminatorio en materia retributiva, le corresponde al empleador –dado que está en mejores condiciones para producir la prueba-, justificar la razonabilidad de dicho trato.

Proyectado lo anterior al caso bajo estudio, se tiene que el cargo desempeñado por ambos trabajadores fue el mismo, con idénticas funciones y responsabilidades y las mismas condiciones de modo, tiempo, lugar.

De ahí que por inversión de la carga probatoria, la entidad bancaria debió haber acreditado la justificación del trato salarial diferente(…)” Negrilla fuera del texto

Al contestar la demanda ITAÚ CORPBANCA alegó la existencia de diferenciaciones objetivas entre el demandante y los trabajadores con quien se compara. Así, con relación a cada uno de los empleados invocados para efectuar el cotejo, ilustró:

“(…)

4.1.1 FANOR AUGUSTO ROJAS PINILLA:

El señor Rojas ingresó al Banco en el año 2008 bajo el cargo de analista, en el año 2010 tuvo un cambio de cargo a analista II, y en el 2012 fue ascendido al cargo de coordinador, percibiendo un incremento salarial por pacto entre las partes de un 43% de su salario, en el año 2014 su cargo fue modificado a subgerente operativo y a partir del año 2019 fue ascendido a analista senior, por lo que su salario dista sustancialmente del de el (sic) demandante por cuanto ostentan posiciones diferentes al interior de la compañía.

4.1.2 JOSE ARLEY PACHA

El señor Pacha entró al servicio de INVERCRÉDITO en calidad de MENSAJERO el día 16 de marzo de 1995; El día 18 de octubre de 2012 fue trasladado como SUBGERENTE OPERATIVO de la Oficina Fontibón, accediendo a diferentes aumentos salariales que se han reconocido por la prestación del servicio, denominados “compensación flexible”.

El señor Pacha actualmente se encuentra adelantando un proceso ordinario laboral bajo el radicado 11001310501420160042500, con las mismas pretensiones del señor García, proceso en el cual se absolvió a mi representada en primera instancia.

4.1.3 EDWARD JIMENEZ ESCOBAR

El señor Jiménez, aunque se ha desempeñado como Subgerente Operativo, lo hizo hasta el año 2005 en oficinas catalogadas como NUEVAS, categoría que es la menor existente –nuevas, pequeñas, medianas, grandes-. Si bien con posterioridad al año 2005 fue asignado para desempeñar sus funciones en una oficina catalogada como grande. Para el caso particular, el señor Jiménez adelantó un proceso ordinario laboral bajo el radicado 11001310502120150033401, dentro del cual se concedió la nivelación salarial, lo que justifica la diferencia salarial al encontrarse una sentencia judicial de por medio, la cual basada en argumentos no compartidos por mi representada impuso la obligación de ajuste salarial.

4.1.4 GERARDO PARDO ACUÑA

El señor GERARDO PARDO desde el mes de diciembre de 1996 fue designado para desempeñar la actividad de supernumerario en el cargo de Subgerente Operativo. Posteriormente, en el mes de marzo de 1997 ya se encontraba asignado en la oficina Puente Aranda, oficina que se encuentra calificada con el código 038 en categoría GRANDE, calificación de la totalidad de oficinas en las

que se ha desempeñado como Subgerente Operativo – PALOQUEMAO (1999) y PARQUE SANTANDER (2001).

Entre el mes de febrero y mayo de 2000 ocupó el cargo de SUBGERENTE AT y a partir de dicho mes fue designado en el cargo de ANALISTA.

De otra parte, también es necesario indicar que el señor GERARDO PARDO incorporó dentro de su salario el promedio del RECARGO NOCTURNO que devengaba mientras se desempeñó en la dicha jornada (sic). La convención colectiva de trabajo prevé que cuando un trabajador se desempeña habitualmente en jornada nocturna y pasa a jornada diurna, el recargo que haya recibido en la nocturna se incorpora al salario de la diurna, habiendo sido esta la situación que se presentó con GERARDO PARDO, y una de las razones que justifican el reconocimiento de un mayor ingreso salarial en comparación con el demandante.

4.1.5 JUAN CARLOS LEÓN HERNÁNDEZ

El señor LEÓN HERNÁNDEZ inició su historia laboral con la entidad financiera INCOCRÉDITO (sic) que producto de la fusión ocurrida en 1997 integró la planta de personal del Banco Santander y ahora de ITAU.

Fue nombrado en septiembre de 1999 en el cargo de Subgerente Operativo en la Oficina de la Carrera 11 con Calle 94 de la ciudad de Bogotá, clasificada como una Oficina GRANDE. En julio de 2002 fue asignado a la Oficina Chico (sic), clasificada igualmente como GRANDE.

Sin perjuicio de lo anterior, cuando el trabajador se encontraba vinculado a INCOCRÉDITO en 1997 devengaba una suma de salario equivalente a \$526.920 y posteriormente, producto de una fusión su contrato fue sustituido al Banco, debiendo respetarse por este último el salario devengado al servicio de la sociedad anterior, salario que resultaba superior al asignado a la generalidad de trabajadores del Banco que desempeñaban el mismo cargo.

4.1.6 AMANDA CECILIA ARAQUE PIMENTEL

La señora AMANDA ARAQUE por su parte, si bien desempeña el cargo de Subgerente Operativo desde el año 1998, el mismo lo ha ejecutado en oficinas calificadas como GRANDES y MEDIANAS, además de que al igual que el señor GERARDO PARDO, incorporó dentro de su salario el promedio del recargo nocturno que devengaba mientras se desempeñó en dicha jornada.

En efecto, la señora ARAQUE fue Subgerente Operativa en mayo de 1998 en la oficina Guadalupe de la ciudad de Cali. Posteriormente en septiembre del año 2000 fue asignada a la oficina de la Calle 9° en la misma ciudad, luego en agosto de 2001 fue asignada en la oficina Calima y posteriormente en la Oficina de la Calle 12° en enero de 2002.

(...)”

Del mismo modo, como condiciones objetivas de variación salarial alude al “historial de fusiones y adquisiciones”, a las “políticas salariales y estrategias

comerciales históricas” y al “impacto de los beneficios extralegales particulares” (pág. 249 a 254, expediente digitalizado). En ese orden, con relación a lo primero indicó, a raíz de las fusiones por las que ha atravesado el Banco se ha visto obligado a integrar plantas de personal cobijadas por diferentes esquemas de beneficios legales y extralegales, a través de fenómenos como la sustitución, que le impiden desconocer o enervar los derechos adquiridos de los trabajadores, y en esa medida, *“no en pocas ocasiones ha sucedido que la sociedad absorbente ha debido respetar y mantener salarios superiores a los que pagaba en su propia nómina en cargos específicos únicamente porque el mismo o análogo cargo en la sociedad absorbida, era mayor”*.

Con relación a lo segundo, refirió que en el año 1999 se implementó al interior de la entidad un plan denominado *“plan dorado”*, el cual estuvo vigente hasta el 2005, consistente en que las labores de Gerentes y Subgerentes Operativos sería remunerada de acuerdo al volumen de trabajo y responsabilidades a cargo de cada uno de estos. Como consecuencia de la extinción de dicho plan, dijo, a partir del 2006 estos cargos serían remunerados conforme la escala salarial existente a la data de vinculación o iniciación de labores. Bajo tal derrotero, expresó, como los trabajadores con los que se compara el actor desempeñaron el cargo de Subgerente Operativo con anterioridad al año 2005, los mismos fueron beneficiarios del Plan Dorado, lo que redundó en que su remuneración sea incluso superior a la fijada en la escala laboral ante la imposibilidad de disminuir los salarios.

En lo que toca al impacto de los beneficios extralegales particulares, anotó, en virtud de las fusiones era plausible que un trabajador estuviera beneficiado con alguna prerrogativa especial negociada con su empleador que debió unificarse tras los efectos de la sustitución patronal. Además, comenta, los incrementos salariales vigentes para los trabajadores beneficiarios de la Convención Colectiva vigente fija condiciones que son superiores a la de aquellos respecto de quienes no se aplica dicho instrumento y, bajo esa óptica, basta con que un trabajador se beneficie temporalmente de una convención colectiva para distanciarse económicamente de un compañero de trabajo que, a la par y bajo el mismo cargo, decida no afiliarse a una organización sindical, precisando, AMANDA ARAQUE, GERARDO PARDO y JUAN CARLOS LEÓN se afiliaron al sindicato en diferentes épocas.

Pues bien, analizados los argumentos de la pasiva y contrastados estos con las pruebas incorporadas al plenario, es posible establecer, en primer lugar, conforme a las certificaciones laborales de folios 276 a 289 que JOSE ARLEY PANCHA BOHORQUEZ, OSBALDO ENRIQUE VARGAS RAMIREZ, GERARADO PARDO ACUÑA, JUAN CARLOS LEON HERNANDEZ y AMANDA CECILIA ARAQUE PIMENTEL, respecto de quienes se busca la equiparación, ingresaron a la entidad financiera demandada en anualidades muy anteriores al actor, desempeñando cargos distintos que conllevaron igualmente a una remuneración disímil para el año en que el demandante inició sus labores -2008-, y aunque FANOR AUGUSTO ROJAS BONILLA se vinculó el 16 de julio de 2008, lo fue en el cargo de analista:

TRABAJADOR	FECHA DE INGRESO	CARGO AL INGRESAR	SALARIO 2008 (INGRESO DEL TRABAJADOR)	CARGO 2008	FOLIO
JULIAN GARCIA JIMENEZ (demandante)	3/06/2008	SUBGERENTE OPERATIVO	\$ 876.189,00	SUBGERENTE OPERATIVO	276,289
FANOR AUGUSTO ROJAS BONILLA	16/07/2008	ANALISTA	\$ 1.500.000,00	ANALISTA	277,288
JOSE ARLEY PANCHA BOHORQUEZ	16/03/1995	AUXILIAR JUNIOR - INVERCREDITO 725-728	\$ 2.092.697,00	SUBGERENTE OPERATIVO	280-281
EDWAR ENRIQUE JIMENEZ ESCOBAR	NO PROBÓ	NO PROBÓ	NO PROBÓ	NO PROBÓ	
OSBALDO ENRIQUE VARGAS RAMIREZ	19/07/1993	CAJERO MIXTO (BANCOQUIA)	\$ 1.892.697,00	SUBGERENTE OPERATIVO	286-287
GERARADO PARDO ACUÑA	4/03/1991	MENSAJERO AUX.VARIOS (BANCOQUIA)	\$ 3.207.160,00	SUBGERENTE OPERATIVO	284-285
JUAN CARLOS LEON HERNANDEZ	23/10/1989	ASESOR DE CAPTACIONES (INVERCREDITO)	\$ 2.292.894,00	SUBGERENTE OPERATIVO	282-283
AMANDA CECILIA ARAQUE PIMENTEL	16/09/1987	AUXILIAR RECONCILIACIONES (BANCOQUIA)	\$ 2.739.381,00	SUBGERENTE OPERATIVO	278-279
CAMILO MORENO GÓMEZ	NO PROBÓ	NO PROBÓ	NO PROBÓ	NO PROBÓ	746

Tal documental permite hacer las siguientes observaciones respecto de cada trabajador objeto de comparación, así:

TRABAJADOR	OBSERVACIONES
JULIAN GARCIA JIMENEZ	DEMANDANTE

FANOR AUGUSTO ROJAS BONILLA	PASO POR VARIOS CARGOS. ANTES DE SER SUBGERENTE FUE COORDINADOR, SE PRODUJO EL CAMBIO DE CARGO EN 2014 SIN MODIFICACIÓN DEL SALARIO QUE TRAÍA Y QUE PARA ESE AÑO ERA DE \$3.164.000. EL INCREMENTO ES EL ANUAL DE LA EMPRESA
JOSE ARLEY PANCHA BOHORQUEZ	EL SALARIO REPORTADO PARA EL 2008 <u>INCLUYE COMPENSACIÓN FLEXIBLE</u> Y DESDE EL 2013 LE VIENE SIENDO INCREMENTADO CONVENCIONALMENTE. EN EL 2003 PASO DE ASESOR ESPECIAL A GERENTE OPERATIVO Y SU SALARIO YA ERA DE \$1.093.325 SUFRIENDO UN INCREMENTO DEL 39% POR EL ASCENSO
EDWAR ENRIQUE JIMENEZ ESCOBAR	NO PROBÓ
OSBALDO ENRIQUE VARGAS RAMIREZ	EN 2008 YA ERA SUBGERENTE OPERATIVO Y SU SALARIO EN EL CARGO ANTERIOR ERA DE \$1.547.697 Y PASÓ A SER DE \$1.777.514., es decir, RECIBIÓ UN INCREMENTO DEL 15% POR EL ASCENSO.
GERARADO PARDO ACUÑA	ES SUBGERENTE OPERATIVO DESDE 1999 PARA ESE AÑO SU SALARIO FUE INCREMENTADO (RESPECTO AL CARGO ANTERIOR) EN UN 46% QUEDANDO EN \$1.535.200.
JUAN CARLOS LEON HERNANDEZ	ES SUBGERENTE OPERATIVO DESDE 1999 Y PARA ESE AÑO YA DEVENGABA \$1.268.171. DESDE 2003 SU INCREMENTO ES CONVENCIONAL.
AMANDA CECILIA ARAQUE PIMENTEL	ES SUBGERENTE OPERATIVO DESDE 1996 CON UN SALARIO DE \$550,000 EL CUAL HA TENIDO VARIOS INCREMENTOS TANTO ANUALES (ENTIDAD) COMO CONVENCIONALES. DESDE 2010 SE INCREMENTA CON CONVENCION
CAMILO MORENO GÓMEZ	NO PROBÓ

Las certificaciones enunciadas también informan que JOSE ARLEY PANCHA y JUAN CARLOS LEÓN HERNÁNDEZ son trabajadores provenientes de INVERCRÉDITO y que OSBALDO ENRIQUE VARGAS RAMIREZ, GERARDO PARDO ACUÑA y AMANDA CECILIA ARAQUE PIMENTEL tuvieron su vinculación original con BANCOQUIA.

Todos, excepto uno, tienen la particularidad de haber hecho carrera en el Banco y haber pasado por diferentes cargos, lo cual les ha generado salarios más altos incluso previo a ejercer como Subgerentes Operativos, precisándose igualmente, aunque el demandante para el año 2008 tenía el mencionado cargo, era de jornada adicional y por ende ganaba menos que uno de jornada normal, según lo confesó en el interrogatorio de parte que absolvió¹². En su caso en mayo de 2009 se produce el ascenso a jornada completa, lo cual le significó un incremento del 80,71% en su remuneración (página 276, expediente digitalizado).

¹² Audiencia del 9 de noviembre de 2020, récord 32:37.

Además de lo evidenciado de la aludida documental, en lo que al punto de discusión interesa, en el proceso se recibieron los testimonios de ZORAIDA YOPAZÁ¹³, AMANDA CECILIA ARAQUE PIMENTEL¹⁴, CLAUDIA AMPARO SILVA¹⁵, OSCAR DAVID ORTIZ¹⁶ y OSBALDO ENRIQUE VARGAS RAMIREZ¹⁷.

La primera, quien es la responsable de la compensación salarial en el Banco Itaú, sociedad para la cual labora desde 1994, indicó que las diferencias salariales en el banco existen y no solo en el cargo de subgerente operativo, dadas las condiciones de fusión del banco que viene de ser BANCOQUIA, antiguo BANCO SANTANDER AZUL, BANCO SANTANDER ESPAÑOL, INVERCREDITO, CORPOBANCA, HELM, anotando, de esas fusiones llegan empleados con diferentes salarios que son mantenidos por la compañía. Explicó, en el caso del demandante y particularmente de los subgerentes operativos, estos no son beneficiarios de la Convención Colectiva, por ende, se le aplican los incrementos de acuerdo a un estudio de mercado en el mes de enero, porque a los que se benefician del acuerdo convencional, el incremento si es de acuerdo a lo allí negociado y se realiza en septiembre. Acotó, regularmente los incrementos de la convención son un poco más altos pues la de los demás están sujetos casi siempre al IPC, y en algún momento estuvieron atados al desempeño, resultados de performance y con base en eso fijaban unas escalas, pero con la llegada de Itaú, se revisan unas escalas y unos puntos adicionales y se distribuyen dependiendo los planes de beneficios. Con relación al plan dorado, indicó, cuando llegó el Banco Santander Español, estos traen una forma de compensación y remuneración variable que era novedosa en el país y para ello categorizaron las oficinas dependiendo el volumen, el segmento, el número de clientes y las clasificaron en grandes, medianas y pequeñas, así mismo incluyeron en esa categorización a los Gerentes, Subgerentes y hasta algunos asesores cuyo ingreso variaba según la oficina. Luego de la crisis europea, relató, muchas oficinas debieron recogerse lo que hizo inmanejable la estructura del banco porque no era posible mover a trabajadores a una oficina de menor categoría ante la imposibilidad de bajar el salario. Por ello, indicó, es posible encontrar subgerentes con sueldos muy

¹³ Audiencia del 9 de noviembre de 2020, récord 46:37.

¹⁴ Audiencia del 9 de noviembre de 2020, récord 1:10:17

¹⁵ Audiencia del 9 de noviembre de 2020, récord 1:40:19.

¹⁶ Audiencia del 9 de noviembre de 2020, récord 2:11:39.

¹⁷ Audiencia del 9 de noviembre de 2020, récord 2:25:58.

altos. Ese plan, según ilustró, estuvo vigente entre el 98 y el 2005. Por otra parte señaló, para los “*convencionados*” en alguna época si trabajaba en la jornada de la noche y se pasaba a la diurna, claramente se dejaban de percibir los recargos nocturnos, por lo que en virtud de la convención debía adicionarse al salario ordinario dichos recargos, siendo esa otra variable para generar una diferencia entre esos cargos. Comentó, con relación a las personas con las que se busca la equiparación, que ellos son antiguos, algunos de hecho, apuntó, venían de INVERCRÉDITO con unos salarios muy altos y pues claramente debieron mantenerlos. Al indagársele si esos trabajadores estaban en “*nómina convencional*” o “*nómina de funcionarios*” explicó que por la naturaleza de su cargo –Subgerentes Operativos– son nómina de funcionarios, empero, que otra cosa es que pertenezcan a alguna organización sindical y se hagan beneficiarios de la convención colectiva. Comentó, actualmente no hay una diferenciación en el salario básico por laborar en una oficina grande o pequeña. Refirió, en algún momento fue posible que una persona recibiera dos incrementos en un año, el ofrecido por la empresa en enero, y luego, si se afiliaba al sindicato, otro en septiembre por virtud de la convención y su vinculación a la organización, precisando, ese tema se revisó como en 2007 porque ocurrió muchas veces, los trabajadores se pasaban de un lado a otro para tener esos dos incrementos.

A su turno, AMANDA CECILIA ARAQUE PIMENTEL, dijo laborar para el banco demandado desde hace 33 años, cuando era BANCOQUIA (Banco Comercial Antioqueño) y actualmente desempeña el cargo de subgerente de operaciones en el cual se encuentra desde hace 18 o 19 años. Comentó, esa entidad pasó a ser el Banco Santander “*criollo*”, luego se fusionó con INVERCRÉDITO y luego vinieron las compras del Banco Santander de España, de Corpbanca y finalmente de Itaú. Indicó, actualmente su régimen salarial se rige por la convención colectiva. Aseguró, nunca ha laborado de noche y por ende no ha recibido recargos nocturnos. Frente a las personas a que se refiere el actor en su demanda señaló no saber si a la fecha son subgerentes pero constarle que fungen en ese cargo desde hace muchos años, incluso, comentó OSBALDO fue un asesor especial suyo, lo entrenó y pudo ascender. Dijo conocer de la categorización de oficinas que se dio dentro de la sociedad pero no tiene certeza si a eso le denominaron plan dorado, pero mencionó, según esa categorización le pagaban más o menos a los subgerentes. Ilustró, existen unos

incentivos económicos por mediciones para estos subgerentes. También indicó, los incrementos para los *convencionados* se realizan el primero de septiembre de cada año y cuando no están afiliados al sindicato el aumento se hace en enero.

De otro lado, CLAUDIA AMPARO SILVA indicó ser asesora en el Banco Corpbanca, entidad para la que labora desde hace 26 años, estar afiliada al sindicato hace 18 o 20 años, mientras que el demandante hace como 5 aproximadamente. Dijo constarle que el actor es Subgerente Operativo y que tiene entendido que no devenga el mismo salario a sabiendas de que se realizan las mismas funciones, lo cual conoce por el sindicato. Adujo, los Subgerentes operativos pueden ser beneficiarios de la convención si se afilian al sindicato, no son beneficiarios directos. Dijo saber que a las personas no afiliadas a la organización sindical se les aplica en enero el aumento salarial y a los *convencionados* de acuerdo a lo que se haya negociado en la convención, anotando, estos incrementos son diferentes para unos y otros. Sobre esto, puso de ejemplo el incremento del año en que rindió la declaración judicial, anotando, a los trabajadores no sindicalizados se les hizo un aumento más alto que a los beneficiarios de la convención porque para ellos se tuvo en cuenta el salario mínimo pero a los *convencionados* el IPC más unos puntos negociados en la convención, quedando así los primeros con un salario “*más alto*”. Refirió, los subgerentes operativos tienen unos incentivos de cumplimiento. Igualmente habló de la categorización de oficina en la que, dijo, los salarios eran distintos. Anotó, a raíz de las fusiones siempre se respetó el salario que traían y comentó que trabajadores como Carlos León, Eduar, Gerardo y Amanda eran antiguos y venían de otras sociedades como BANCOQUIA e INVERCRÉDITO.

OSCAR DAVID ORTIZ, en su oportunidad, señaló haber laborado con Itaú aproximadamente 28 o 29 años hasta el 2017, desarrollando entre otros, el cargo de Subgerente Operativo. Asentó, fue jefe inmediato del actor como por dos o tres años y su rendimiento fue excelente. Al indagársele si la antigüedad en el banco tenía incidencia en el desempeño eficiente del cargo, indicó que el conocimiento se adquiere en el desarrollo de la labor. Con relación al tiempo que llevan las personas respecto de quienes se busca la nivelación, asentó que debían llevar 29 o 30 años en el Banco. Mencionó haber conocido de la categorización de oficinas en mediana, grande y pequeña pero que eso no

significaba diferencia salarial. Apuntó, en la nómina del banco existe una diferenciación en el reconocimiento de los salarios cuando la persona es beneficiaria de la convención colectiva respecto de aquella que no lo es y precisó que los Subgerentes Operativos no son beneficiarios directos de la Convención. Indicó, Osbaldo, Eduar y Amanda están sindicalizados y por ende son beneficiarios de la convención, con relación a ellos además, dijo que Juan Carlos y Osvaldo hicieron carrera en el banco, es decir, fueron ascendiendo, y no sabe si Amanda también. Expuso, las diferentes fusiones tuvieron efectos en la remuneración de los trabajadores, y citó como ejemplo que cuando BANCOQUIA pasó a SANTANDER y este a su vez al *otro SANTANDER* ellos estaban como en distinto tipo de convención colectiva y ello incidió en todo el proceso.

OSBALDO ENRIQUE VARGAS RAMIREZ, labora desde hace 27 años en el banco, desde que era el Banco Antioqueño y hace 8 años, dijo, es subgerente operativo. Indicó, ha pasado por varios cargos y actualmente devenga \$5.800.000 el cual le fue nivelado por sentencia judicial. Indicó, fue cajero de noche y cuando paso al día le incorporaron el recargo nocturno a su salario. Refirió, el subgerente operativo es beneficiario de la Convención Colectiva siempre que se afilie al sindicato, y en el caso del demandante, este está afiliado desde hace poco. Comentó, en el banco hay dos nóminas, una convencional y otra de funcionarios que tienen aumentos diferentes.

Por su parte el DEMANDANTE¹⁸ dijo no conocer el plan dorado pero si la diferenciación que ha existido respecto de las oficinas del banco, explicando, existen denominaciones como A, B o C y en su caso, ha trabajado en 3 oficinas tipo A que son las más grandes. Anota, no ha tenido incrementos por recargos nocturnos así como tampoco ninguna de las personas respecto de quien procura la nivelación que realicen sus mismas funciones. Por otra parte, mencionó, el cargo de subgerente operativo no tiene aplicación automática de la convención colectiva de trabajo y explicó que dentro del banco existen diferentes “*planes*” que aplican dependiendo si el trabajador es o no beneficiario de la convención y ello tiene incidencia en el incremento salarial que recibirá el trabajador, el cual depende de si la persona está o no vinculada en uno u otro tipo de plan, como lo denominó, siendo este de diferentes proporciones. Así,

¹⁸ Audiencia del 9 de noviembre de 2020, récord 32:37.

indicó, algunas personas podrían ser beneficiadas porque el aumento del salario era progresivo dependiendo del plan al cual correspondiera. También refirió que su historia laboral lleva consigo incrementos convencionales y no convencionales y que en algún momento las horas extras y recargos nocturnos convencionalmente se incluyeron dentro del salario y que en estos momentos no se está incorporando. Indicó, no estaba afiliado al sindicato hasta el 2018 y antes de eso estaba en el “*plan azul*” que era la nómina de trabajadores no beneficiarios de la convención cuyo incremento salarial se efectúa en el mes de enero de acuerdo a lo que defina el Banco. Del mismo modo, ilustra, en la nómina de “*convencionados*” los aumentos son el mes de septiembre de acuerdo a la negociación de la convención colectiva.

Las manifestaciones antes aludidas, resultan consistentes en varios puntos, particularmente, en que los salarios de un trabajador, aun cuando desempeñe el mismo cargo –como el de subgerente operativo- pueden tener una remuneración disímil si se benefician o no de la convención colectiva. Así, los testigos y el actor fueron ilustres en que existen dos nóminas dentro de la entidad financiera, las cuales denominaron como de “*funcionarios*” y “*convencionados*”. Esta diferenciación, según sus dichos redunda en el incremento del salario que recibirá el trabajador porque la convención colectiva prevé un aumento que puede ser igual, superior o inferior, a aquel que determine el banco para los empleados no beneficiarios del instrumento convencional.

Dicha situación, en el caso específico del demandante y los trabajadores objeto de cotejo, encuentra soporte también en las certificaciones relacionadas al inicio (págs. 276 a 289, expediente digitalizado) en las que se distinguen los incrementos realizados bajo la denominación “*anual*” y “*convencional*”¹⁹,

¹⁹ Para efectos meramente ilustrativos, véanse los siguientes cuadros de las certificaciones del demandante y la señora Amanda Cecilia Araque Pimentel.

Los sueldos devengados por el (la) señor (a) GARCÍA JIMENEZ han sido:

FECHA	CARGO	VALOR	%	MOTIVO CAMBIO DE SUELDO
03/06/2008	SUBGTE. OPERATIVO JORNADA ADICIONAL	\$876,189		INGRESO A LA EMPRESA
11/11/2008	SUBGERENTE OPERATIVO	\$1,131,744	29.17%	ASCENSO
01/01/2009	SUBGERENTE OPERATIVO	\$1,131,312	-	ANUAL
01/05/2009	SUBGERENTE OPERATIVO	\$2,044,442	80.71%	ASCENSO JORN.COMPLETA
01/01/2010	SUBGERENTE OPERATIVO	\$2,146,684	5.00%	ANUAL
01/01/2011	SUBGERENTE OPERATIVO	\$2,253,997	5.00%	ANUAL
01/01/2012	SUBGERENTE OPERATIVO	\$2,389,237	6.00%	ANUAL
01/01/2013	SUBGERENTE OPERATIVO	\$2,508,699	5.00%	ANUAL
01/01/2014	SUBGERENTE OPERATIVO	\$2,621,590	4.50%	ANUAL
01/01/2015	SUBGERENTE OPERATIVO	\$2,743,756	4.66%	ANUAL
01/01/2016	SUBGERENTE OPERATIVO	\$2,935,819	7.00%	ANUAL
01/01/2017	SUBGERENTE OPERATIVO	\$3,141,326	7.00%	ANUAL
01/09/2018	SUBGERENTE OPERATIVO	\$3,310,958	5.40%	CONVENCIONAL
01-09-2019	SUBGERENTE OPERATIVO	\$3,550,340	7.28%	CONVENCIONAL

destacándose, a partir del año 2018 –anualidad en la que el actor asevera haberse afiliado al sindicato- su incremento salarial, porcentualmente hablando, es igual al de FANOR AUGUSTO ROJAS, AMANDA CECILIA ARAQUE PIMENTEL y JUAN CARLOS LEÓN HERNANDEZ. Del mismo modo, debe precisarse, en los años anteriores estas personas venían recibiendo el incremento convencional que era distinto al anual otorgado al convocante (superior o inferior).

Este escenario, *prima facie*, en criterio de esta Corporación, puede ser considerado como un factor objetivo de diferenciación como lo refirió la encartada en su contestación, toda vez que, los beneficios extralegales representan diferencias en el ajuste anual del salario de los trabajadores, el cual además se hace en épocas distintas y que, según lo ilustró la testigo ZORAIDA YOPAZÁ, en algún momento significó que a un empleado le fuera incrementado su salario hasta dos veces en un año.

Bajo tal orientación, el ser beneficiario o no de la convención colectiva aparece como una de las razones que pueden dar lugar a diferencias en la remuneración de personas que, como en este caso, ejercen el mismo cargo en idénticas condiciones de eficiencia, brecha que valga advertir, puede ser significativa con el paso del tiempo.

Sobre este asunto de los beneficios convencionales, puede considerarse también que algunos de los testigos indicaron que los cambios de jornada nocturna a diurna tuvieron cierta incidencia en la retribución de los trabajadores

Los sueldos devengados por el (la) señor (a) ARAQUE PIMENTEL han sido:

Año	CARGO	VALOR	%	MOTIVO CAMBIO DE SUELDO
16/09/1987	AUXILIAR RECONCILIACIONES	\$ 24.000		INGRESO
02/01/1988	AUXILIAR RECONCILIACIONES	\$ 28.000	17%	ANUAL
01/07/1988	AUXILIAR RECONCILIACIONES	\$ 34.550	23%	CONVENCIONAL
02/12/1988	AUXILIAR RECONCILIACIONES	\$ 37.000	7%	ASCENSO
01/09/1989	AUXILIAR RECONCILIACIONES	\$ 47.730	29%	CONVENCIONAL
30/09/1989	AUXILIAR RECONCILIACIONES	\$ 54.000	13%	ASCENSO
01/09/1990	AUXILIAR RECONCILIACIONES	\$ 68.580	27%	CONVENCIONAL
19/04/1991	AUXILIAR RECONCILIACIONES	\$ 78.000	14%	ASCENSO
21/05/1991	AUXILIAR RECONCILIACIONES	\$ 93.333	7%	ASCENSO
01/09/1991	AUXILIAR RECONCILIACIONES	\$ 110.000	32%	CONVENCIONAL
01/09/1992	AUXILIAR RECONCILIACIONES	\$ 140.800	28%	CONVENCIONAL
01/09/1993	AUXILIAR RECONCILIACIONES	\$ 177.408	26%	CONVENCIONAL
01/10/1993	AUXILIAR RECONCILIACIONES	\$ 178.816	1%	CONVENCIONAL
01/09/1994	AUXILIAR RECONCILIACIONES	\$ 220.570	23%	CONVENCIONAL
01/09/1995	FUNCIONARIO EN ENTRENAMIENTO	\$ 400.000	81%	ASCENSO
01/01/1996	FUNCIONARIO EN ENTRENAMIENTO	\$ 476.000	19%	ANUAL
01/03/1996	SUBGERENTE OPERATIVO E	\$ 550.000	16%	NIVELACION
01/01/1997	SUBGERENTE OPERATIVO E	\$ 671.000	22%	ANUAL
01/01/1998	SUBGERENTE OPERATIVO E	\$ 825.330	23%	ANUAL
01/01/1999	SUBGERENTE OPERATIVO E	\$ 1.163.440	41%	ANUAL
01/01/2000	SUBGERENTE OPERATIVO E	\$ 1.268.150	9%	ANUAL
01/01/2001	SUBGERENTE OPERATIVO E	\$ 1.379.113	9%	ANUAL
01/01/2002	SUBGERENTE OPERATIVO E	\$ 1.537.711	12%	ANUAL
28/08/2002	SUBGERENTE OPERATIVO E	\$ 1.861.526	21%	ASCENSO
01/01/2003	SUBGERENTE OPERATIVO	\$ 2.030.261	8%	ANUAL
01/01/2004	SUBGERENTE OPERATIVO	\$ 2.130.877	6%	ANUAL
01/01/2005	SUBGERENTE OPERATIVO	\$ 2.269.384	6%	ANUAL
01/01/2006	SUBGERENTE OPERATIVO	\$ 2.422.567	7%	ANUAL

del banco, porque este se vio obligado, por disposición de la convención, a sumar los recargos nocturnos al salario de los empleados como ocurrió con OSBALDO ENRIQUE, y aunque la testigo AMANDA CECILIA ARAQUE PIMENTEL negó haber laborado en horario nocturno y recibido por ello una retribución adicional, dichas aseveraciones no se acompasan con la documental que dan cuenta de la remuneración por trabajo nocturno que recibió (página 369, expediente digital); no obstante tal contradicción podría explicarse en que antes de la modificación introducida por la Ley 789 de 2002 al Código Sustantivo del Trabajo, el trabajo nocturno era el comprendido entre las 6:00 p.m. y las 6:00 a.m., y no desde las nueve de la noche como ocurre actualmente.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que la prueba documental y testimonial es clara en significar que JOSE ARLEY PANCHÁ, JUAN CARLOS LEÓN HERNÁNDEZ, OSBALDO ENRIQUE VARGAS RAMIREZ, GERARDO PARDO ACUÑA y AMANDA CECILIA ARAQUE PIMENTEL tuvieron su vinculación original con BANCOQUIA e INVERCRÉDITO, respectivamente, entidades que, incluso con anterioridad al ingreso del demandante, cancelaban salarios superiores a estas personas al que empezó a percibir el actor cuando se vinculó con el BANCO SANTANDER donde se originó su contratación. La remuneración de estos trabajadores evidentemente no podía ser socavada o limitada como consecuencia de la fusión de los bancos o la sustitución patronal

Así, pese a que los empleados con los que se compara cumplen idénticas funciones, el haber sido acogidos de otros bancos permite darles un trato diferencial y explican la diferencia en la remuneración de cada uno de los trabajadores, que no puede entenderse como discriminatoria.

De hecho, con fundamento en las documentales que militan en el *sub judice* el salario del demandante está un poco por encima de las remuneraciones fijadas para la contratación de Subgerentes Operativos para las anualidades 2013 a 2016 (folio 384) y de acuerdo a la relación completa de trabajadores que para el 26 de julio de 2018 ocupaba el cargo de Subgerente Operativo en Itaú (folios 744 a 746), el salario de estos es distinto para casi todos ellos, siendo el más bajo \$2.855.109 y el más alto \$5.579.539, resaltando de las 89 personas que allí se relacionan menos del 15% comparten idéntica retribución.

Es importante en este punto hacer referencia también a la categorización de oficinas de la que hablaron las deponentes ZORAIDA YOPAZÁ, AMANDA ARAQUE y CLAUDIA SILVA –denominado igualmente *PLAN DORADO*, aunque no identificado así por algunas de ellas-, la cual en el algún momento tuvo incidencia en la remuneración de los Subgerentes Operativos, según la cual, de acuerdo a su identificación (A, B o C –grande, mediana o pequeña) la remuneración podría ser mayor o menor, especialmente, entre 1999 y 2005, anualidades en las que muchos de los trabajadores objeto de cotejo ya se desempeñaban en ese cargo.

En este orden, sin hesitación alguna se puede deducir que existían unas particularidades para cada trabajador, en razón a los cargos ejercidos por ellos con anterioridad, con base en lo que se fijaba el nuevo salario.

Y es esa una de las principales razones por la que el actor recibía un salario significativamente inferior –aunado al tema convencional-, al que se le pagaba a JOSE ARLEY PANCHÁ BOHORQUEZ, OSBALDO ENRIQUE VARGAS RAMIREZ, GERARDO PARDO ACUÑA, JUAN CARLOS LEON HERNANDEZ y AMANDA CECILIA ARAQUE PIMENTEL, frente a quienes se pretende la nivelación; luego entonces, al advertirse diferencias entre uno y otro trabajador justificadas en su trayectoria en los cargos, lo cual ameritaba asignación de rubros distintos por esos conceptos y el respeto de los derechos adquiridos, encuentra la Sala que ante tan particulares circunstancias, se justifica razonablemente el trato diferenciado.

Ahora, si bien, tal como lo asevera el demandante en su recurso se trata de una misma sociedad, en el asunto no se puede desconocer, tal como se advierte del certificado de existencia y representación legal de la demandada (páginas 32 a 111, expediente digitalizado), que el banco atravesó por diferentes fusiones, que como lo anotaron los testigos, trajo consigo la incorporación de trabajadores que venían de esas otras sociedades absorbidas o fusionadas a quienes, en virtud de la sustitución patronal debieron respetar la remuneración de esos empleados. No obstante, no es únicamente por el tema llano de esas fusiones que se advierte objetiva la causal alegada por la demandada, sino justamente por la trayectoria y las particularidades de los trabajadores con los que se procura la equiparación, especialmente que, como se ha venido advirtiendo, cada uno

desde el momento mismo del ingreso del trabajador ya tenía una escala salarial distinta.

De otra parte, es importante precisar al recurrente, el criterio tenido en cuenta no es precisamente la antigüedad de los trabajadores -con quienes se lleva a cabo la comparación- el factor tenido en cuenta a efectos de concluir la existencia de razones objetivas, pues esta exige que se demuestre su incidencia en la efectividad de la labor desarrollada por el trabajador, y esa en manera alguna es la discusión propuesta. Por ello, aunque existe una diferencia en el tiempo de servicios prestados a favor del demandado por parte del demandante y aquellos con quienes se compara, no puede en este caso considerarse dicha antigüedad –como tampoco lo hizo la juez de primer grado- como un factor objeto de distinción salarial, porque cierto es que no se acredita con ningún medio que esa antigüedad generó unas condiciones de eficiencia y calidad de trabajo superiores por parte de los empleados más antiguos frente al convocante. Aquí, lo realmente relevante es la trayectoria de los trabajadores objeto de comparación, dentro de la compañía que ameritaba asignación de rubros diferentes.

Considerado lo anterior entonces, para esta Corporación, la diferencia salarial denunciada no es producto de la intención del banco empleador de discriminar al demandante frente a los trabajadores en referencia, en razón a que como lo expuso la demandada, obedeció objetivamente a la obligación de respetar la asignación salarial devengada conforme a las especificidades ya señaladas respecto de cada una de las personas con las cuales se busca el punto de comparación, y aunque la brecha en las remuneraciones, tal como lo anotó el actor en la alzada, se advierte significativa, no resulta necesario efectuar operaciones matemáticas con el fin de determinar si, por ejemplo la aplicación o no de los incrementos convencionales es la causante de tales discrepancias en la remuneración, porque del análisis hecho, es claro que ello deriva de la suma de las circunstancias expuestas, esto es, tanto lo atinente a los beneficios convencionales, como la trayectoria de los empleados con los que se comparó el actor en el banco demandado, las que constituyen, se itera, razones objetivas.

Aquí, la discrepancia en la remuneración evidentemente no se dio por razones odiosas como el sexo, la edad, la religión, la opinión política o las actividades

sindicales y en manera alguna atienden a criterios como la experiencia, la formación profesional, el desempeño del trabajador, la antigüedad u otro similar, las cuales se destacan en el libelo introductor, por ello, a pesar del desarrollo satisfactorio que hubiera tenido el actor en el ejercicio de su cargo y dentro de la compañía demandada, así como de su formación profesional, estas no son razones para equiparar su remuneración con la de otros trabajadores que realizan igual función, pues como ampliamente se explicó existen criterios objetivos que justifican las diferencias.

Entonces, si como ha quedado dicho, las diferencias salariales entre trabajadores que desempeñen iguales o similares cargos son legítimamente posibles cuando respondan a razones objetivas que las explican, y en el *sub lite* aparece demostrado que la diferencia en la remuneración del demandante y los trabajadores con los que se compara obedeció a la necesidad de mantener el nivel salarial al que pertenecían antes de las fusiones, fluye por contera con meridiana claridad, que no responde a un proceder caprichoso o arbitrario de la empleadora, fundamentado en motivos irrelevantes o intrascendentes propios de conductas discriminatorias, por lo que del análisis íntegro del acervo probatorio vertido en autos, se concluye que en caso de marras las pretensiones relativas al incremento salarial en virtud de la alegada nivelación salarial, no tiene vocación de prosperidad, por lo que habrá de confirmarse en este punto la sentencia de primer grado.

Finalmente, aunque el demandante pide se tengan en cuenta las decisiones proferidas por esta Corporación en asuntos que califica de idénticos, 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.

A lo anterior se suma que cada proceso atiende a razones de orden fáctico y probatorio distintos —en ninguna de las citadas se comparan subgerentes operativos— que impiden a esta Sala de decisión dar aplicación automática a a

las providencias que se han emitido sobre este tema en contra de la misma sociedad bien en otras Salas de esta Corporación ora por la Corte Suprema de Justicia.

Agotada como se encuentra la competencia en esta instancia por el estudio de los puntos objeto de apelación, se confirmará la sentencia de primera instancia.

COSTAS en esta instancia a cargo del demandante.

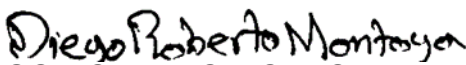
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

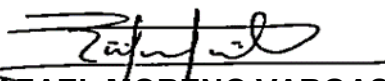
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por la Juez Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las motivaciones anteriormente expuestas,

SEGUNDO: COSTAS de esta instancia a cargo del 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 \$900.000, la cual deberá ser incluida en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MARIA OLIVA PABON
OVALLE CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES Y LA FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTIN (RAD. 38
2018 00619 01).**

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintiuno (2021)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia únicamente por la parte demandante mediante correo electrónico del día 21 de junio del 2021, 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 de los recursos de apelación interpuestos por las demandadas, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES contra la sentencia proferida por el Juez Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de esta ciudad, el pasado 18 de mayo de 2021 (Audiencia virtual de trámite y juzgamiento, Art. 80 del C.P.T y la S.S., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, archivo 08, récord 1:09:43 expediente virtual), en la que resolvió:

“PRIMERO: CONDENAR a la demandada FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTÍN a pagar en favor de la demandante MARÍA OLIVA PABÓN OVALLE y con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, los aportes con destino (sic) al sistema general de pensiones, partiendo de los ingresos base de cotización reseñados en la parte motiva de la presente sentencia, para los períodos comprendidos desde el año 1999 hasta el año 2009, en la forma reseñada en la parte motiva, se reitera de la presente providencia (sic), pago de aportes que incluirá la proporción que corresponde a la trabajadora y que adicionalmente incluirá los intereses de mora sobre los saldos insolutos en materia pensional y a entera satisfacción de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES. Todo lo anterior en la forma y por las razones consignadas en la parte motiva de la presente sentencia, a la que se remite el Despacho por razones de economía y celeridad procesal.

SEGUNDO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, a reliquidar la pensión de vejez que le fue otorgada en su momento a la señora MARÍA OLIVA PABÓN OVALLE, tomando en cuenta, igualmente, los ingresos base de cotización deducidos en el presente trámite procesal, y a pagar las diferencias de mesadas pensionales a que haya lugar, causadas desde el mes de septiembre del año 2015 y en adelante. Lo anterior por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia.

TERCERO: ABSOLVER a la FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTÍN de la súplica de la demanda relacionada con la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo modificado por el artículo 29 de la Ley 789 de 2002.

CUARTO: EXCEPCIONES. Dadas las resultas del juicio, el Despacho **DECLARA** probada la excepción de prescripción, respecto del reajuste de mesadas pensionales causadas en favor de la demandante, con anterioridad al mes de septiembre del año 2018 (sic), no probadas respecto de las determinaciones adoptadas, y frente a la absolución que procede, el Despacho se considera relevado del estudio de las propuestas.

QUINTO: COSTAS, Lo serán a cargo de las demandadas. En firme la presente providencia, por Secretaría, practíquese la liquidación de costas, incluyendo en ella como agencias en Derecho la suma de \$1'500.000 a cargo de cada una de las accionadas y en favor de la demandante.

SEXTO: Si no fuera apelada oportunamente la presente sentencia, **CONSÚLTESE** con el superior en lo que a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES atañe.”

Inconformes con la decisión las demandadas la apelación.

En primer lugar la FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTIN refiere únicamente a la condena impuesta respecto del pago de los aportes a pensión del año 2007 frente a los cuales, dice, no se formuló hecho alguno en el libelo, ni hicieron parte del objeto de debate del presente proceso, y en ese sentido, pide sea absuelta frente a ese aspecto¹ (Audiencia virtual de trámite y juzgamiento, Art. 80 del C.P.T y la S.S., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, archivo 08, récord 1:15:41, expediente virtual).

A su turno, COLPENSIONES se adhiere a los argumentos de su codemandada y, además, advierte, no debió ser condenada en costas toda vez que cumplió con

¹ “Muchas gracias señor juez en este estado de la diligencia me permito presentar recurso de apelación contra la sentencia proferida, principalmente en lo que tiene que ver con la condena de los aportes a pensión del año 2007, dado que si bien el juzgado puede llegar a tener facultades extra y ultra petita, revisando el escrito de la demanda en ella no se hace alusión que se haya avizorado alguna diferencia o no pago de los aportes de dicha anualidad, objeto que no fue de debate, ni objeto de estudio dentro del presente proceso, en razón a lo anterior solicito al Honorable Tribunal se absuelva a mi representada frente a la condena en lo que respecta a los aportes del año 2007. Muchas gracias.”

sus obligaciones frente al reconocimiento de mesadas pensionales a la actora de conformidad con los preceptos legales que rigen la prestación, precisando, quien omitió sus obligaciones fue la Fundación Universitaria San Martín² (Audiencia virtual de trámite y juzgamiento, Art. 80 del C.P.T y la S.S., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, archivo 08, récord 1:15:41, expediente virtual).

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante MARIA OLIVA PABÓN OVALLE en este ordinario, las pretensiones relacionadas en el libelo (página 3, archivo 01, expediente digital), las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos (págs. 3 a 6, ibíd.), encaminadas a que se condene a COLPENSIONES a liquidar las sumas actualizadas –cálculo actuarial- de acuerdo con el salario que realmente devengaba, en el periodo comprendido entre el 1 de enero de 1998 y el 30 de mayo de 2009 en el cual laboró para la Fundación Universidad San Martín. Además, se condené a la FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTIN a transferir a COLPENSIONES el valor actualizado –cálculo actuarial- de acuerdo al salario que realmente devengó entre el 1 de enero de 1998 y el 30 de mayo de 2009, así como a pagar a su favor la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T. por el no pago oportuno de los aportes al Sistema General de Pensiones.

Por otra parte pide se ordene a COLPENSIONES reliquidar su pensión de vejez a partir del 29 de septiembre de 2009 teniendo en cuenta los aportes efectuados durante los últimos 10 años cotizados, de conformidad con lo establecido en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, cancelando las sumas adeudadas debidamente indexadas. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones** por cuanto se condenó a la demandada FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTIN a pagar y reajustar, respectivamente, los aportes con destino al sistema general de pensiones para los periodos comprendidos entre 1999 y 2009 conforme al ingreso base de cotización y los términos consignados

² “Gracias su señoría teniendo en cuenta que el apoderado de la fundación Universitaria San Martín interpuso recurso de apelación, pues me adhiero al mismo argumento y pues adicionalmente a ello es que presento recurso de apelación contra la decisión en cuanto a lo que atañe en la condena en costas en contra de Colpensiones, esto en razón a que pues como se argumentó en los alegatos de conclusión, pues Colpensiones cumplió con las obligaciones respecto el reconocimiento de las mesadas pensionales de la demandante desde el momento en que ella hizo la solicitud y que pues adicionalmente a ello es que el codemandado omitió sus obligaciones de conformidad al artículo 22 de la ley 100 de 1991, de tal manera que no se puede endilgar en contra de mi representada responsabilidad alguna toda vez que la entidad actuó de conformidad a los preceptos legales pues que le correspondían para los reconocimientos pues a los que hubiera habido lugar, respecto de las mesadas de la demandante, de tal manera que de este modo dejo mi recurso de apelación, gracias.”

en esa providencia y, a su vez, condenó a COLPENSIONES a reliquidar la pensión de vejez reconocida a la actora, sin especificar la cuantía de la prestación o la diferencia que existe con el monto que viene siendo cancelado por la entidad pensional. Lo anterior tras considerar que, contrastada la historia laboral expedida por Colpensiones con los salarios certificados por la Fundación Universitaria San Martín, se podían establecer, de una parte, diferencias en los IBC reportados en varios ciclos comprendidos entre 1999 y 2009, y además, periodos con días reportados en 0, pese a que la relación de la demandante con la universidad fue continua e ininterrumpida entre agosto de 1988 y agosto de 2009 (sic) y, atendiendo ello, estableció los IBC con los que la ex empleadora debía reajustar algunos ciclos y dispuso la cancelación de aquellos que no figuraban con pago.

Con relación a la reliquidación de la prestación por vejez, advirtió, aunque Colpensiones no conoció el verdadero IBC de la trabajadora, sí era su obligación adelantar las acciones de cobro respecto de aquellos periodos en los en los que no se realizó el pago de la cotización, dada la ausencia de novedad de retiro, y como ello no ocurrió, dijo, esa entidad debía proceder a emitir el acto administrativo por el cual reliquidara la pensión de vejez reconocida a favor de la demandante, teniendo en cuenta para el efecto, el IBL más favorable entre toda la vida y los 10 últimos años, así como las previsiones contenidas en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado mediante Decreto 758 de ese mismo año, aplicable en virtud del régimen de transición del cual es beneficiaria la convocante, sin determinar la cuantía de la prestación con los cambios introducidos a la historia laboral, ni el retroactivo por diferencias. Declaró probada la prescripción respecto de las diferencias causadas y no pagadas con anterioridad a septiembre de 2015 (3 años anteriores a la reclamación presentada en septiembre de 2018).

Así las cosas, en primer lugar, atendiendo la alzada formulada por la Fundación Universitaria San Martín, no es objeto de discusión en esta instancia la relación laboral que existió entre MARIA OLIVA PABÓN OVALLE y esa universidad, del 12 de octubre de 1988 al 12 de febrero de 2013, situación que de hecho fue excluida del debate probatorio por la aceptación de las partes.

Del mismo modo, tampoco se discute que dicha institución incurrió en inexactitudes en el pago de los aportes a pensión de la demandante entre 1999 y 2009, particularmente en el IBC reportado e, incluso, que algunos ciclos durante dicho interregno no fueron objeto de pago, con excepción, claro está, del año 2007

sobre el cual versó la apelación de ese extremo procesal, y los cuales fueron discriminados por el *a quo*, así:

Periodo	IBC reportado	IBC real	Orden
ene-99	\$ -	\$ 571.688,00	Pagar
feb-99	\$ 400.000,00	\$ 571.688,00	Reajustar
mar-99	\$ 400.000,00	\$ 571.688,00	Reajustar
abr-99	\$ 400.000,00	\$ 571.688,00	Reajustar
may-99	\$ 400.000,00	\$ 571.688,00	Reajustar
jun-99	\$ 400.000,00	\$ 571.688,00	Reajustar
jul-99	\$ 400.000,00	\$ 571.688,00	Reajustar
ago-99	\$ 400.000,00	\$ 571.688,00	Reajustar
sep-99	\$ 400.000,00	\$ 571.688,00	Reajustar
oct-99	\$ 400.000,00	\$ 571.688,00	Reajustar
nov-99	\$ 248.000,00	\$ 571.688,00	Reajustar
dic-99	\$ 248.000,00	\$ 571.688,00	Reajustar
ene-00	\$ 260.000,00	\$ 845.361,00	Reajustar
feb-00	\$ 260.000,00	\$ 845.361,00	Reajustar
mar-00	\$ -	\$ 845.361,00	Pagar
abr-00	\$ 260.000,00	\$ 845.361,00	Reajustar
may-00	\$ 260.000,00	\$ 845.361,00	Reajustar
jun-00	\$ 260.000,00	\$ 845.361,00	Reajustar
jul-00	\$ 260.000,00	\$ 845.361,00	Reajustar
ago-00	\$ 260.000,00	\$ 845.361,00	Reajustar
sep-00	\$ 260.000,00	\$ 845.361,00	Reajustar
oct-00	\$ 260.000,00	\$ 845.361,00	Reajustar
nov-00	\$ 260.000,00	\$ 845.361,00	Reajustar
dic-00	\$ 260.000,00	\$ 845.361,00	Reajustar
feb-05	\$ 959.000,00	\$ 958.639,00	Pagar
ene-06	\$ -	\$ 958.639,00	Pagar
feb-06	\$ -	\$ 958.639,00	Pagar
mar-06	\$ -	\$ 958.639,00	Pagar
abr-06	\$ -	\$ 958.639,00	Pagar
may-06	\$ -	\$ 958.639,00	Pagar
jun-06	\$ -	\$ 958.639,00	Pagar
jul-06	\$ -	\$ 958.639,00	Pagar
ago-06	\$ -	\$ 958.639,00	Pagar
sep-06	\$ -	\$ 958.639,00	Pagar
oct-06	\$ -	\$ 958.639,00	Pagar
nov-06	\$ -	\$ 958.639,00	Pagar
dic-06	\$ -	\$ 958.639,00	Pagar
ene-08	\$ -	\$ 1.025.724,00	Pagar
feb-08	\$ -	\$ 1.025.724,00	Pagar
mar-08	\$ -	\$ 1.025.724,00	Pagar
abr-08	\$ -	\$ 1.025.724,00	Pagar
may-08	\$ -	\$ 1.025.724,00	Pagar
jun-08	\$ -	\$ 1.025.724,00	Pagar
jul-08	\$ -	\$ 1.025.724,00	Pagar
ago-08	\$ -	\$ 1.025.724,00	Pagar
sep-08	\$ -	\$ 1.025.724,00	Pagar
oct-08	\$ -	\$ 1.025.724,00	Pagar
nov-08	\$ -	\$ 1.025.724,00	Pagar
ene-09	\$ 1.025.000,00	\$ 1.107.804,00	Reajustar
feb-09	\$ -	\$ 1.025.000,00	Pagar
mar-09	\$ -	\$ 1.025.000,00	Pagar
abr-09	\$ -	\$ 1.025.000,00	Pagar
may-09	\$ -	\$ 1.025.000,00	Pagar

En síntesis, se encuentra fuera de discusión en esta instancia la obligación que le asiste a la Fundación Universitaria San Martín de reajustar los ciclos de febrero a

diciembre de 1999, enero a diciembre de 2000, enero a diciembre de 2001, enero a diciembre de 2002, enero de 2003 y enero de 2009, tomando en cuenta el salario realmente devengado por la trabajadora, precisándose en todo caso, conforme a las pruebas incorporados a los autos, particularmente las certificaciones expedidas por esta institución (páginas 72, 76, 81, 82, 85, 88, 91, 94, 98, 100, 101 y 102 archivo 001, expediente digital) y el reporte de liquidación de nómina de los años 2000 a 2013 suscrito por la Coordinadora de Recursos Humanos de la FUSM (página 33, archivo 02, expediente digital), es claro que el salario reportado como IBC ante Colpensiones y que se refleja en su historia laboral (páginas 134 a 139, archivo 01, expediente digital) es inferior a la retribución verdaderamente percibida por la trabajadora y, en ese escenario, hay lugar, como lo dispuso el juez, a ordenar el reajuste de esas cotizaciones cancelando para el efecto el interés de mora que genere dicha corrección.

Igualmente, no se controvierte que la demandada no pagó los aportes a pensión a favor de la actora correspondientes a los periodos 1999-01, 2000-03, 2005-02, 2006-01 a 12, 2008-01 a 11 y 2009-02 a 05, conclusión a la que arribó el juez de primer grado sobre la que no se formuló reparo alguno, apuntándose sobre este particular, que, en efecto y pese a que según se indicó al inicio, la relación laboral fue una, continua y sin interrupciones desde 1988 hasta el 2013, los ciclos antes mencionados figuran sin pago alguno dentro del reporte expedido por Colpensiones (páginas 134 a 139, archivo 01, expediente digital) y en esa medida, habiendo mediado la afiliación al sistema de pensiones y ante la ausencia de novedad de retiro, procedente resultaba ordenar su pago junto con los intereses moratorios respectivos, tal como lo hizo el juzgado en la decisión impugnada.

Ahora bien, alegan las demandadas³ que, aunque el *a quo* contaba con facultades ultra y extra petita, no debió ordenarse el pago de los periodos del año 2007 porque ningún hecho de la demanda aludía a esa anualidad y por ende, dicha circunstancia no quedó incluida dentro del objeto de la litis.

Para resolver lo anterior, valga memorar, conforme al artículo 50 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el Juez de primera instancia posee una potestad que contiene un carácter facultativo y discrecional y no obligatorio, a través del vocablo “*podrá*”, expresada en la precitada norma procesal laboral. En ella se refleja la independencia de las decisiones de la justicia (art. 228 C.P.), y el

³ La Fundación Universitaria San Martín como argumento de su apelación y COLPENSIONES por adhesión a la misma.

principio según el cual los jueces en sus providencias “*solo al están sometidos imperio de la ley*” (art. 230 C.P.), por ende la aplicación de esa disposición está sujeta a los siguientes requisitos: i) si se refiere a la condena extrapetita –por fuera de lo pedido-, los hechos que originen la decisión del Juez deben: a) haber sido discutidos en el juicio y estar debidamente probados y si trata de condena ultra petita –más de lo pedido- se requiere: a) que aparezca que las sumas demandadas son inferiores a las que le corresponden al trabajador y, b) que no le hayan sido pagadas.

De esta forma, los poderes ultra y extrapetita del Juez laboral guardan relación con la concordancia o consonancia que debe existir entre los hechos, las pretensiones, y las excepciones, con la decisión que tome el Juez en la sentencia, a la luz del artículo 281 del C.G.P.

Así pues, para despachar desfavorablemente el argumento de los recurrentes, debe tenerse en cuenta que las súplicas de la demanda atinentes al correcto pago de los aportes no fueron concretadas respecto de periodos específicos sino aluden a un interregno general comprendido entre enero de 1998 y mayo de 2009. De hecho, la pretensión segunda (página 3, archivo 01, expediente digital), se redactó en los siguientes términos:

*“2. Que se condene a la **Fundación Universitaria San Martin** a transferir a Colpensiones el valor actualizado –cálculo actuarial-, de acuerdo con el salario que realmente devengaba la señora **María Oliva Pabón Ovalle** durante el periodo comprendido entre el 01 de enero de 1998 y el 30 de mayo de 2009, correspondiente a los aportes en pensión.”*

Adicionalmente, téngase en cuenta que en la audiencia de que trata el artículo 77 del C.P.T y la S.S., adelantada el 2 de marzo de 2020 (archivo 04, expediente digital) se fijó el litigio, con la anuencia de las partes, en determinar la viabilidad de las súplicas incoadas (récord 09:57), y bajo ese contexto, al haberse incluido el 2007 en ese interregno, viable era para el juez pronunciarse sobre los mismos y, en todo caso, el funcionario judicial determinó que las sumas que debieron ser canceladas a favor de la actora en ese año al sistema pensional no se encontraban satisfechas lo cual se enmarcaría dentro de las facultades ultra petita.

Y es que con relación a los aportes de Seguridad Social en pensiones se ha impuesto en cabeza de los jueces del trabajo la obligación de verificar el detalle de

pagos de cada periodo y hacer los ajustes pertinentes. Así lo consideró la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL10147 de 2017, en la cual asentó:

“En este punto, la Sala debe llamar la atención en que los jueces de trabajo no pueden hacer una valoración mecánica y desprevenida de los resúmenes de semanas cotizadas elaboradas por las propias entidades de seguridad social, sin antes evaluar si en los mismos se dejan de incluir ciclos, por mora, inconsistencias o cualquier otra cuestión, o se incluyen procedimientos de imputación de pagos, que puedan resultar contrarios a la ley. Es deber de los juzgadores de instancia, en ese sentido, verificar los detalles de pagos de cada periodo y definir la validez de cada uno, pues tal labor no puede quedar definitivamente librada a la voluntad de las administradoras de fondos de pensiones.”

Atendiendo tales circunstancias, en lo que respecta al pago de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones que debía efectuar la Fundación Universitaria San Martín a favor de la demandante durante el año 2007, en efecto, según el reporte de semanas cotizadas en pensiones expedido por COLPENSIONES (páginas 134 a 139, archivo 02, expediente digital) no se avizoran pagos para los periodos de enero a diciembre de esa anualidad, pese a que como se dijo, el contrato se ejecutó de manera continua e ininterrumpida entre el 1988 y 2013, 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 el juez de primer grado.

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 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.

Dilucidado lo anterior, procede la Sala al análisis de la reliquidación de la pensión de vejez pretendida.

Al respecto sea del caso señalar, no es objeto de discusión la calidad de pensionada que ostenta la demandante, tal como puede verificarse de la Resolución No. 060738 de 2009 (pág. 21, archivo 01, expediente digital), por la cual se le otorgó el derecho pensional de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990 en virtud del régimen de transición, a partir del 29 de septiembre de 2009 en suma de \$723.080, misma que fue reliquidada por COLPENSIONES mediante acto administrativo GNR 337749 del 4 de diciembre de 2013 (páginas 23 a 29, archivo 01, expediente virtual) en cuantía de \$737.513 para el 2009.

Pues bien, en autos aspira la demandante se reliquide su pensión de vejez con el promedio de los últimos diez años, teniendo en cuenta para tal fin el IBC realmente devengado en la FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTIN entre 1998 y 2009 cuyo reajuste o pago fue ordenado a cargo de esta última.

De tal manera, en relación con el IBL, es de advertir, al momento de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 le faltaban más de 10 años para adquirir el derecho a la pensión (15 años, 5 meses y 28 días), pues al 1° de abril de 1994, contaba con 39 años de edad⁴, razón por la cual debe darse aplicación a lo 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, situación aplicable al caso de autos en tanto la

⁴ Nació el 29 de septiembre de 1954, conforme a la cédula de ciudadanía de página 13, archivo 01, expediente digital.

demandante, aun sin considerar los periodos en mora, contaba con 1533 semanas conforme a la historia laboral aportada por Colpensiones (páginas 134 a 139, archivo 01, expediente digital).

En esta dirección, procede esta Sala de decisión a realizar las operaciones aritméticas correspondientes a efectos de determinar si hay lugar a reliquidar la mesada pensional de la demandante, para lo cual se tendrán en cuenta los IBC objeto de corrección para los ciclos discriminados de manera precedente y que deben ser ajustados por la FUSM, así como aquellos periodos que figuraban en mora o sin cotización, cuyo pago se dispuso igualmente a cargo de la San Martín.

Conforme a lo anterior, con el apoyo del Grupo liquidador creado por el Consejo Superior de la Judicatura, se realizaron los cálculos matemáticos los cuales se incorporan como parte integrante de esta sentencia, anexándolos al plenario y que arrojaron como IBL de los 10 últimos años de aportes de la demandante (que fueron los solicitados en la demanda), tomándolos a septiembre de 2009 –fecha a partir de la cual se reconoció la prestación-, la suma de \$1.261.713,30 al cual se le aplica una tasa de remplazo equivalente al 90% atendiendo el número de semanas cotizadas y que por demás no está siendo discutida, para una mesada pensional de **\$1.135.541,97⁵** para el año **2009**, suma que resulta superior a la otorgada por Colpensiones en la Resolución GNR 337749 del 4 de diciembre de 2013 (páginas 23 a 29, archivo 01, expediente digital) que lo fue equivalente a **\$737.513**, por lo que en efecto le asiste derecho a la demandante de obtener la reliquidación de su pensión.

5

Cálculo Últimos Diez Años de Vida Laboral							
AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual
1999	120	52,185	100,00	1,916	\$ 409.844,00	\$ 785.370,24	\$ 3.141.480,97
2000	360	57,002	100,00	1,754	\$ 887.629,00	\$ 1.557.179,44	\$ 18.686.153,30
2001	360	61,989	100,00	1,613	\$ 887.629,00	\$ 1.431.913,10	\$ 17.182.957,24
2002	360	66,729	100,00	1,499	\$ 887.629,00	\$ 1.330.201,20	\$ 15.962.414,38
2003	360	71,395	100,00	1,401	\$ 958.969,92	\$ 1.343.186,72	\$ 16.118.240,61
2004	360	76,029	100,00	1,315	\$ 959.000,00	\$ 1.261.358,64	\$ 15.136.303,68
2005	360	80,209	100,00	1,247	\$ 958.969,75	\$ 1.195.590,96	\$ 14.347.091,55
2006	360	84,103	100,00	1,189	\$ 958.637,00	\$ 1.139.838,09	\$ 13.678.057,04
2007	360	87,869	100,00	1,138	\$ 1.014.542,83	\$ 1.154.608,86	\$ 13.855.306,34
2008	360	92,872	100,00	1,077	\$ 1.025.663,67	\$ 1.104.380,88	\$ 13.252.570,52
2009	240	100,000	100,00	1,000	\$ 1.255.627,50	\$ 1.255.627,50	\$ 10.045.020,00
Total días	3600	Total devengado actualizado a:				2009	\$ 151.405.595,62
Total semanas	514,29	Ingreso Base Liquidación					\$ 1.261.713,30
Total Años	10,00	Porcentaje aplicado					90%
		Primera mesada					\$ 1.135.541,97
		Salario Mínimo Mensual Legal Vigente Año				2009	\$ 496.900,00

Es importante precisar, para la Sala, en el asunto de marras no es necesario que previo a la reliquidación a cargo de COLPENSIONES se verifique el pago ordenado a cargo del ex empleador aquí demandado, porque no estamos ante un asunto de falta de afiliación sino de inexactitud en el reporte y aportes en mora, últimos respecto de los cuales valga anotar, la administradora no adelantó gestiones de cobro.

En ese sentido, habrá de adicionarse la sentencia de primer grado con el fin de concretar el valor de la mesada reajustada y el retroactivo respectivo, no sin antes analizar lo atinente al fenómeno prescriptivo.

Así, en lo que toca a la excepción de prescripción formulada por Colpensiones desde la contestación de la demanda (página 130, archivo 01, expediente digital)⁶, se tiene que en el caso bajo examen el reconocimiento pensional como ya se dijo se realizó a través de Resolución No. 060738 de 2009 (página 21, archivo 01, expediente digital), presentando solicitud de reliquidación, en idénticos términos a los pretendidos en el libelo genitor, el 17 de septiembre de 2018 (página 16, archivo 01, expediente digital), siendo incoada la demanda el 29 de octubre de 2018 (acta de reparto, página 104, archivo 01, expediente digital) es decir, operó el fenómeno prescriptivo respecto de las diferencias causadas y no pagadas en los 3 años anteriores a la reclamación, esto es, antes del 17 de septiembre de 2015, como lo determinó el juez de primer grado, debiendo confirmarse también la sentencia de primera instancia en este aspecto.

Precisado ello, hechas las operaciones de rigor, se obtiene como retroactivo causado a favor de la demandante entre el 17 de septiembre de 2015 y el 31 de

⁶ Se tuvo por contestada la demanda en auto del 18 de octubre de 2019, página 74, archivo 002, expediente digital.

mayo de 2021 –mes anterior a esta providencia- la suma de \$ 43.835.871,46⁷, sin perjuicio de las diferencias que se causen hasta que se produzca el pago total de la obligación, cifra que deberá cancelarse debidamente indexada, en tanto la indexación no implica el incremento del valor de los créditos, ya que su función consiste únicamente en evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción del patrimonio de quien accede a la administración de justicia, causada por el transcurso del tiempo, imposición que procede de forma oficiosa, sin que ello represente una condena adicional ni vulnere la congruencia entre la demanda y la sentencia judicial, pues lo que se busca garantizar es el pago completo e íntegro de la prestación cuando el transcurso del tiempo la devalúa.

Así lo adocrinó recientemente la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL359 de 2021, en la cual asentó:

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

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

7

Tabla Retroactivo Diferencia Pensional							
Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	Valor mesada calculada	Mesada otorgada	Diferencia	N°. Mesadas	Subtotal
01/01/09	31/12/09	7,67%	\$ 1.135.542,00	\$ 737.513,00	\$ 398.029,00	0,00	\$ 0,00
01/01/10	31/12/10	2,00%	\$ 1.158.253,00	\$ 752.263,26	\$ 405.989,74	0,00	\$ 0,00
01/01/11	31/12/11	3,17%	\$ 1.194.970,00	\$ 776.110,01	\$ 418.859,99	0,00	\$ 0,00
01/01/12	31/12/12	3,73%	\$ 1.239.542,00	\$ 805.058,91	\$ 434.483,09	0,00	\$ 0,00
01/01/13	31/12/13	2,44%	\$ 1.269.787,00	\$ 824.702,35	\$ 445.084,65	0,00	\$ 0,00
01/01/14	31/12/14	1,94%	\$ 1.294.421,00	\$ 840.701,57	\$ 453.719,43	0,00	\$ 0,00
17/09/15	31/12/15	3,66%	\$ 1.341.797,00	\$ 871.471,25	\$ 470.325,75	5,00	\$ 2.351.628,76
01/01/16	31/12/16	6,77%	\$ 1.432.637,00	\$ 930.469,85	\$ 502.167,15	14,00	\$ 7.030.340,07
01/01/17	31/12/17	5,75%	\$ 1.515.014,00	\$ 983.971,87	\$ 531.042,13	14,00	\$ 7.434.589,83
01/01/18	31/12/18	4,09%	\$ 1.576.978,07	\$ 1.024.216,32	\$ 552.761,75	14,00	\$ 7.738.664,56
01/01/19	31/12/19	3,18%	\$ 1.627.125,98	\$ 1.056.786,40	\$ 570.339,58	14,00	\$ 7.984.754,09
01/01/20	31/12/20	3,80%	\$ 1.688.956,76	\$ 1.096.944,28	\$ 592.012,48	14,00	\$ 8.288.174,75
01/01/21	31/05/21	1,61%	\$ 1.716.148,97	\$ 1.114.605,08	\$ 601.543,88	5,00	\$ 3.007.719,41
Total retroactivo							\$ 43.835.871,46

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

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

De esta manera se agota la competencia de la Sala por el estudio de los puntos de apelación y surtido el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, procediendo la adición de la sentencia de primer grado para concretar el valor de la mesada reajustada y el retroactivo, así como para disponer el pago debidamente indexado del mismo hasta su pago, confirmado en lo demás.

COSTAS en esta instancia a cargo de la FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTIN y en apelación a COLPENSIONES. SIN COSTAS en la consulta.

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 TERCERO a la sentencia proferida por el Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá con el fin de condenar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES a

reliquidar la mesada pensional reconocida a MARIA OLIVA PABON OVALLE en cuantía de \$1.135.542,00 para el 2009, la cual deberá ser reajustada anualmente. Asimismo se fija como retroactivo de diferencias de mesadas pensionales del 717 de septiembre de 2015 al 31 de mayo de 2020 la suma de **\$ 43.835.871,46**, el cual se seguirá causando hasta la fecha de inclusión en nómina de la mesada reliquidada y deberá ser cancelado debidamente indexado al momento en que se produzca el pago de la obligación, de conformidad con las motivaciones precedentes.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primer grado, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de la FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTIN y de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES. **SIN COSTAS** en el grado jurisdiccional de consulta.

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 ENRIQUE CASTRO BOLAÑOS, PAOLA CATALINA ALARCÓN CUEVAS y MARIA ALEJANDRA LOBO ESCOBAR¹ CONTRA OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES EN REORGANIZACIÓN Y EL FONDO NACIONAL DEL AHORRO, trámite al que se vinculó a LIBERTY SEGUROS S.A. y a CONFIANZA S.A. como llamadas en garantía. (RAD. 39 2016 00928 01).

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintiuno (2021)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por los demandantes, LIBERTY SEGUROS S.A. y FONDO NACIONAL DEL AHORRO (folios 580, 583, 586 a 588, 591 y 592, respectivamente), 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 ocasión de los recursos de apelación interpuestos por los apoderados del demandante Luis Enrique Castro Bolaños, Optimizar S.A. y Confianza S.A., respectivamente, contra la sentencia proferida por la Juez Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 2 de marzo del 2021 (Cd a folio 576, récord 1:49:28 acta a folios 597 a 599), en la que se resolvió:

***“PRIMERO: DECLARAR** la existencia de un contrato de trabajo entre la demandada OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. y los demandantes de la siguiente manera:*

¹ Desistió de las pretensiones de la demanda mediante correo electrónico del 30 de octubre del 2020, el cual fue aceptado por la Juez de primer grado en audiencia celebrada el 2 de marzo del 2021 (Cd. fl. 576, record: 13:42)

Con PAOLA CATALINA ALARCÓN CUEVAS desde el 06 de enero de 2015 hasta el 30 de septiembre de 2015.

Con LUIS ENRIQUE CASTRO BOLAÑOS desde el 01 de diciembre de 2014 hasta el 24 de septiembre de 2015.

SEGUNDO: CONDENAR a la COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A CONFIANZA al reconocimiento y pago de las siguientes sumas de dinero en virtud de la póliza DL 007987 con vigencia entre el 1 de enero de 2015 y el 1 de enero de 2016 y hasta el monto máximo de esta, advirtiéndole que en caso de no tener los fondos suficientes para cumplir la obligación le corresponde a la demandada OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES asumir la deuda:

A favor de PAOLA CATALINA ALARCÓN CUEVAS la suma de \$92.253.333.

A favor de LUIS ENRIQUE CASTRO BOLAÑOS la suma de \$24.091.529.

Sumas que deberán ser indexadas al momento del pago.

TERCERO: ABSOLVER a FONDO NACIONAL DEL AHORRO y LIBERTY SEGUROS de todas las pretensiones incoadas por los demandantes.

CUARTO: CONDENAR en **COSTAS** a la parte demandada OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES, dentro de las cuales se deberá incluir como agencias en derecho la suma de a favor de PAOLA CATALINA ALARCÓN CUEVAS \$2.500.000, a favor de LUIS ENRIQUE CASTRO BOLAÑOS, la suma de \$1.500.000.

Por otro lado se condenará a los demandantes a favor del FONDO NACIONAL DEL AHORRO, dentro de las que se deberán liquidar como agencias en derecho la suma de en contra de PAOLA CATALINA ALARCÓN CUEVAS la suma de \$1.250.000, en contra de LUIS ENRIQUE CASTRO BOLAÑOS la suma de \$750.000.”

Inconformes con la decisión, los apoderados judiciales del demandante Luis Enrique Castro Bolaños, Optimizar S.A. y Confianza S.A., respectivamente, interpusieron recurso de apelación.

Inicialmente, la parte actora refiere su inconformidad frente a la absolución del Fondo Nacional del Ahorro, señalando éste debe responder por la condena impuesta, toda vez que en la pretensión No. 2.1.8 solicitó se procediera a declarar que el Fondo Nacional del Ahorro en su calidad de beneficiario del trabajador en misión es solidariamente responsable del pago de la totalidad de las obligaciones prestacionales tal como la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST derivada del contrato de trabajo que existió entre Optimizar servicios temporales S.A. y el demandante en razón a que el trabajo desempeñado por el demandante tuvo relación indirecta con el ejercicio del objeto social del Fondo Nacional del Ahorro pues la labor realizada por los comerciales III era propia de

dicha entidad, precisando dicha contratación se hizo bajo la intermediación de la empresa de servicios temporales con violación a la normatividad legal que establece las limitaciones frente a un trabajador en misión, siendo aplicable el artículo 34 del CST. Señala que el demandante Luis Enrique venia laborando desde hace mucho tiempo con el fondo nacional del ahorro a través de otras empresas de servicios temporales, solicitando por ende modificar la condena respecto a la solidaridad del Fondo Nacional del Ahorro en relación con la indemnización moratoria.

Por otro lado solicita no se condene en costas al demandante y a favor del Fondo Nacional del Ahorro porque dicho actor no fue vencido en juicio². (Cd a folio 576, record 1:51:20).

² “Si su señoría, comedidamente y de manera respetuosa interpongo recurso de apelación en contra de la sentencia anteriormente proferida por su honorable despacho en el sentido de solicitar al Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá o de Cundinamarca, se disponga a modificar la sentencia apelada en lo general donde se absuelve al Fondo Nacional del Ahorro por la solidaridad, que debe responder por las acreencias decretadas en la presente sentencia y segundo por la condena en Costas al demandante a favor del Fondo Nacional del Ahorro y paso a fundamentar mi recurso de apelación de la siguiente manera:

Sea lo primero en señalar que el artículo 230 de la Constitución Política establece que los jueces están sometidos al imperio de la ley, y esto es principalmente o encaminado a que la juez de primera instancia debe tener en cuenta no solamente el artículo 34 del CST en cuanto a la solidaridad que se pretende en contra del Fondo Nacional del Ahorro tras la condena de la sanción moratoria del artículo 65 a favor del señor Luis, toda vez que desde la presentación de la demanda en la pretensión 2.1.8 se establece que se proceda a declarar que el Fondo Nacional del Ahorro en su calidad de beneficiario del trabajador en misión es solidariamente responsable del pago de la totalidad de las obligaciones prestacionales de vacaciones, indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST derivados del contrato de trabajo que existió entre Optimizar servicios temporales S.A y el demandante en razón que el trabajo desempeñado por el demandante tuvo relación indirecta con el ejercicio del objeto social del Fondo Nacional del Ahorro.

Como venía fundamentando mi recurso de apelación se puede establecer que de las pretensiones de la demanda en la pretensión 2.1.8 se solicita que se declare que el Fondo Nacional del Ahorro en su calidad de beneficiario del trabajador en misión es solidariamente responsable sobre el pago de la totalidad de las obligaciones prestacionales de vacaciones e indemnización moratoria del artículo 65 del CST derivados del contrato de trabajo que existió entre optimizar Servicios Temporales S.A y el demandante en razón en que el trabajo desempeñado por el demandante tuvo relación directa con el ejercicio del objeto social del Fondo Nacional del Ahorro.

Como bien se ha establecido en la sentencia que se apela el señor Luis Enrique Castro, si bien es cierto en primera instancia se puede establecer que es un trabajador en misión a favor del Fondo Nacional del Ahorro como empresa usuaria y esta se hizo bajo la intermediación de la empresa de servicios temporales Optimizar Servicios Temporales S.A y la misma se hizo con violación a la normatividad legal que establece o las limitaciones que establece la normativa frente a los trabajadores en misión, es por ello que teniendo en cuenta que el Fondo Nacional del Ahorro es una empresa industrial y comercial del estado, no solo se puede limitar la juez de primera instancia a establecer que el artículo 34 del CST no es aplicable para los trabajadores en misión, sino que también hay que tener en cuenta que el decreto 1083 del 2015 establece la regulación para las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y más precisamente en el artículo 2.2.30.2.6 establece la solidaridad entre el beneficiario de las labores y el contratista y no es que el trabajador en misión no sea un contratista, el contratista es optimizar servicios temporales por eso entre el Fondo Nacional del Ahorro Y Optimizar y las empresas de servicios temporales obra un contrato de prestación de servicios es decir Optimizar obra en esta intermediación como un mero contratista y es que el artículo establece, tanto el artículo 34 como el artículo en mención del decreto 1083 del 2015 establece que “No son simples

intermediarios ni representantes, sino contratistas independientes, y como tales, verdaderos empleadores de sus trabajadores” es decir Optimizar es verdadero empleador de sus trabajadores en misión “los que contraten la ejecución de una o varias obras o labores en beneficio ajeno a un tercero” es decir el Fondo Nacional del Ahorro “por un precio determinado, para realizarlas con sus propios medios y con autonomía técnica y directiva. Pero el beneficiario del trabajo, dueño de la obra o base industrial a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio” Esto conlleva que de acuerdo a las probanzas en el presente proceso, los testimonios rendidos el día de hoy, se puede establecer que las labores que realizaban los comerciales 3 contratados por medio de empresas de servicios temporales a favor del el Fondo Nacional del Ahorro ejercían labores propias de la empresa, recuérdese que el Fondo Nacional del Ahorro es una empresa Industrial y Comercial del estado la cual ha sido creada por medio de decreto y sus funciones igualmente repartida a sus trabajadores públicos, empleados públicos y trabajadores oficiales mediante las otras normatividades desarrolladas alrededor de la misión o del objeto social de esta empresa, y es que no es otro el objeto social de esta empresa el de administrar las cesantías, ahorros e imponer créditos de vivienda y de educación a sus afiliados, y nótese que en las labores que ha venido desempeñando el señor Luis son labores propias de la misma asesores comerciales donde asesoraban a los clientes del Fondo Nacional del Ahorro y hacían la asesoría necesaria para todos los afiliados y externos que quería afiliarse a esta para el correcto desarrollo de sus cesantías o petición de créditos de vivienda o de educación, por lo tanto no se puede desligar al Fondo Nacional del Ahorro a que no tiene solidaridad o que no es aplicable la solidaridad y continua el artículo estableciendo que “será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores” y en este artículo 2.2.30.2.6 en comparación del artículo 34 también establece que “esa solidaridad que no obsta para que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso” que es fundamento en el cual se basa la sentencia de primera instancia de cómo hay una garantía entonces no se puede cobrar estas acreencias por medio del tercero beneficiario de la obra y el tercero beneficiario de la obra es una empresa industrial y comercial del estado que tiene todo el derecho, toda la obligación de salvaguardar tanto el erario público como las obligaciones o los derechos de sus trabajadores o sus colaboradores, inclusive este mismo artículo establece que la misma empresa podrá repetir contra él lo pagado a los trabajadores es decir establece todo un parámetro normativo para que no se salgan a evadir las obligaciones laborales de los contratistas del estado.

Además de lo anterior se puede establecer que efectivamente el señor Luis Enrique venia laborando desde hace mucho tiempo más atrás con el Fondo Nacional del Ahorro por medio de otras empresas de servicios temporales, que si bien es cierto en la fijación del litigio se limitó mucho todos estos parámetros, también lo es que quedaron vivas las pretensiones subsidiarias de establecerse una verdadera relación con el Fondo Nacional del Ahorro y por lo tanto solicito al Honorable Tribunal modificar con respecto a la solidaridad del Fondo Nacional del Ahorro en primera instancia, como premisa principal este debe ser solidariamente responsable de la indemnización moratoria que se deprecia y fue condenada Optimizar Servicios temporales S.A, de no ser así se puede estar hablando que Optimizar y el Fondo Nacional del Ahorro ejercieron todas las labores para encubrir el pago de estas prestaciones, nótese su señoría como se estableció con las alegatos de conclusión que el Fondo Nacional del Ahorro era consciente de que Optimizar servicios temporales venia en una situación económica degradable y que aun así le prorrogó el contrato de prestación de servicios para el suministro de personal en misión, el primero en junio del 2015 el cual finalizaba el 30 de septiembre del 2015 y por el cual se hizo una prórroga hasta el 31 de octubre del 2015, prórroga que de la cual el pago de la misma se hizo una cesión de derechos de la factura cobrada por parte de Optimizar al Fondo Nacional del Ahorro y por lo tanto el Fondo Nacional del Ahorro debió haber tenido el debido cuidado para garantizar el pago de las acreencias laborales, siendo así se pagó a un tercero el valor de la factura cobrada por Optimizar y por lo tanto los trabajadores en misión quedaron sin su pago de prestaciones sociales, es por tanto que no solamente si no se declara la solidaridad se podría estar inmersos en una sentencia para enmarcar, toda vez que la aseguradora aduce ya haber agotado la totalidad de los rubros que la póliza podría cubrir, es por ello que atendiendo a todo lo anterior, atendiendo al decreto 1083 del 2015, solicito al Honorable tribunal revocar o modificar en esta parte la sentencia apelada y condenar al Fondo Nacional del Ahorro al pago solidario de la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST.

Igualmente solicito revocar el último numeral en el sentido de que el demandante Luis no es responsable de pagar Costas ante el proceso al Fondo Nacional del Ahorro, toda vez que el CGP establece que “Se condenara en Costas a la parte vencida en juicio” pero es que aquí la parte vencida en juicio es toda la parte demandada y las pretensiones de la demanda van encaminadas y se ligan a los hechos de la misma, los cuales han sido ligados al Fondo Nacional del Ahorro, es de resaltar que no es una demandada independiente, esto es una relación multipartes en la cual el fondo viene entrando a hacer solidariamente responsable de las acreencias que aquí se deprecian, por lo tanto solicito al Honorable Tribunal revocar en este sentido las costas del proceso y absolver a mi representado de estas costas condenadas por la primera instancia, es todo su señoría muchas gracias.”

Por su parte el OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES en su recurso señala que se encuentran plenamente demostradas las razones por las cuales tuvo impedimento para efectuar los pagos en su debido momento, tales como se encontraba en un proceso de reorganización, aunado a que la Ley 1116 de 2006 estableció varias limitaciones dentro de las cuales estaba la prohibición para efectuar algún pago, solicitando se exonere de la condena impuesta.

En cuanto a la indexación indica no es procedente ante la condena de la indemnización moratoria, constituyendo ello un doble pago y frente a las costas expresa su valor es muy elevado, atentando contra la prenda general de los acreedores teniendo en cuenta la liquidación en que se encuentra la entidad, a más que los demandantes no se hicieron parte dentro del proceso de liquidación judicial, lo cual era una obligación si pretendían obtener algún pago adicional, además porque en audiencia del 4 de octubre del 2019 el proyecto de calificación de graduación de créditos ya fue aprobado y los demandantes se encuentran extemporáneos dentro de dicho proyecto.³ (Cd a folio 576, record 2:06:49).

³ “Gracias señora juez me permito interponer recurso de apelación frente a la sentencia acabada de proferir por el despacho en el sentido del pago de las condenas de las moratorias, toda vez que quedo plenamente demostrado las razones por las cuales tuvo impedimento para efectuar los pagos la demandada Optimizar en su debido momento, hay dos documentos súper importantes o no solamente dos sino hay varios documentos importantes que denotaron claramente cuáles fueron las razones por las cuales no pago en su debido momento en principio el certificado de existencia y representación legal donde constaba que venía inmersa en un proceso de reorganización y dentro de la contestación de la demanda se explicaron todas las razones por las cuales no fue posible el pago de acreencias laborales, no solo a los demandantes sino a muchos otros acreedores que tenía optimizar en su momento.

Igualmente no se tuvieron en cuenta las resoluciones emitidas por el Ministerio de Trabajo, resoluciones y actos administrativos que como lo manifesté en los alegatos fueron objeto de recurso razón por la cual, esta resolución en el caso de la 3863 de 2016 quedo en firme a mediados de abril porque fue objeto de recursos tanto por la aseguradora, como por parte de la liquidación, razones muy importantes que limitaron el pago en su debidamente a los demandantes, aunado a eso las limitaciones que la ley 1116 del 2006 en varios de los artículos dentro de ellos uno de los más importantes el artículo 17 que claramente establece las prohibiciones que tienen tanto el promotor desde el momento de la reorganización para efectuar algún pago y posteriormente el liquidador, circunstancias que no fueron muy tenidas en cuenta por el juez de instancia y que solicito honorables magistrados sea revisado de manera cuidadosa.

Igualmente me permito presentar mi inconformismo frente a la indexación teniendo en cuenta que la misma no es procedente en el presente caso, toda vez que ya existen pronunciamientos de la CSJ para lo cual traigo a colación la sentencia SL 928 del 2019 la cual señala “en el mismo sentido y por conseguir iguales fines de compensación por pérdida del valor adquisitivo en dinero la indexación naturalmente es incompatible con otros mecanismos de actualización o corrección monetaria como los intereses por mora o la indemnización por no pago de salarios de prestaciones sociales establecidas en el artículo 65 del CST cuando sea aplicable” así las cosas Honorables Magistrados debe tenerse en cuenta esta premisa, toda vez que no encontraríamos frente a un doble pago a los demandantes, razón de que manera respetuosa no comparte esta defensa y la cual solicito también sea evaluada.

También presento mi inconformismo frente a las costas, toda vez que en primer lugar son muy elevadas, atenta contra la prenda general de acreedores teniendo en cuenta nuestra condición de liquidación en que nos encontramos y adicionalmente porque quedo también demostrado que los demandantes no hicieron parte del

Finalmente, la apoderada de CONFIANZA S.A., interpone recurso de apelación aduciendo se debe revocar la condena impuesta en razón a que se hizo con base en la póliza 24DL006347, la cual en ningún momento fue formulada mediante el llamamiento en garantía, pues la que se citó en dicho llamamiento no se encontraba vigente para el siniestro presentado, refiriendo su defensa se debe encaminar respecto de los hechos del llamamiento en garantía en específico y no vincularlos frente a otra póliza violándose así el derecho de defensa pues no hubo contradicción frente a la póliza por la cual se condenó, aduciendo la póliza 24DL007187 tenía vigencia del 01 de enero del 2015 al 01 de enero del 2016 cuyo tomador era OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES y asegurados los trabajadores en misión al servicio del tomador la cual ya había cumplido los límites de su cobertura por lo tanto se encuentra totalmente agotada y confianza no puede entrar a cubrir eso, reiterando fue otra póliza por la cual fueron vinculados y en esa medida no tiene legitimación en la causa para actuar.

De otra parte solicita se limite la sanción moratoria a la fecha en la cual se presentó la solicitud de reorganización de Optimizar S.A., esto es, desde el 15 de febrero del 2016⁴. (Cd a folio 576, record 2:12:14).

proceso de liquidación judicial, lo cual era una obligación si pretendían obtener algún pago adicional al cual ya se les efectuó en este caso el de las acreencias laborales, en consecuencia mi representada no está en disposición de efectuar estos pagos, también porque en audiencia del 04 de octubre de 2019 el proyecto de calificación en graduación de créditos ya fue aprobado y los demandantes se encuentran extemporáneos dentro de dicho proyecto de verificación en consecuencia no tienen vocación de pago, aun así pues presento brevemente este recurso para que sean evaluadas las razones anteriormente expuestas, muchísimas gracias.”

⁴ “Gracias señora juez como apoderada de seguros Fianza S.A. Confianza presento recurso de apelación para que el Honorable Tribunal sala laboral proceda a revocar la condena impuesta a mi representada en razón a que ha sido condenada con base en la póliza 24DL006347, póliza que en ningún momento fue formulada mediante llamamiento en garantía, la póliza por la cual fue llamada en garantía fue una totalmente diferente con cargo a otra póliza que no estaba vigente para estos siniestros presentados, para las pretensiones de la demanda, se ha indicado que por economía procesal como quiera que está en las pólizas, pero el contrato de seguros que es un contrato dependiente, que tiene unas normas que lo regulan, tiene que cumplir unos términos que acá no se cumplieron, no fue llamada en garantía y por lo tanto se han vulnerado algunos derechos de mi representada en el momento probatorio conforme a lo que ha estimado la sentencia C -12700 frente al derecho de defensa en materia probatoria, como quiera que se ha facultado unas reglas del debido proceso es una estructura probatoria, y esta figura de llamamiento en garantía, pues confianza tiene derecho a pronunciarse respecto de los hechos respecto del llamamiento en garantía de una póliza en específico, entonces al vincularnos frente a otra póliza por economía procesal se está violando el derecho de defensa, el derecho a controvertir estos llamamientos frente a una póliza y unos documentos que si bien se enunciaron, no son parte del llamamiento en garantía, no hay contradicción frente a esas presentadas por la demanda, es así además pese a que se aportó certificación de agotamiento de la póliza, es claro que la póliza por la cual la señora juez nos ha condenado la póliza 24DL007187 con vigencia del 01 de enero del 2015 al 01 de enero del 2016 cuyo tomador es optimizar servicios temporales y asegurados los trabajadores en misión al servicio del tomador pues ya ha cumplido los límites de su cobertura por lo tanto se encuentra totalmente agotada y confianza no puede entrar a cubrir eso, máxime que fue otra póliza por la cual fuimos vinculados que no tenían cobertura, ni legitimación en la causa para ser vinculados por ella, por lo tanto digamos se nos está vulnerando la efectividad de los derechos para podernos pronunciar en proceso frente a estas vinculaciones.

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, las pretensiones visibles a folios 8 a 19, las cuales se fundan en los hechos relatados a folios 20 a 27, aspirando de manera principal, se declare que entre los demandantes y la sociedad OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A., existió una relación laboral que tuvo los siguientes extremos: 6 de enero a 30 de septiembre del 2015 (Paola Catalina Alarcón Cuevas) y 1° de diciembre del 2014 al 24 de septiembre del 2015 (Luis Enrique Castro Bolaños). En consecuencia, se condene a OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. y solidariamente al FONDO NACIONAL DEL AHORRO, a pagar a favor de los convocantes, las cesantías, intereses a la cesantía, la prima de servicios y las vacaciones causadas durante la vigencia de la relación laboral, junto con la indemnización moratoria, la indexación, las costas y derechos *ultra y extra petita*. En subsidio solicitan se declare que el verdadero empleador de las demandantes lo fue el FONDO NACIONAL DEL AHORRO, siendo OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. una simple intermediaria y en consecuencia, se condene a la primera y solidariamente a la segunda a pagar a favor de los actores las cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, y vacaciones causadas durante la vigencia del contrato junto con la sanción moratoria y la indexación.

En la audiencia del artículo 77 del C.P.L. y SS llevada a cabo el 22 de enero del 2020 el apoderado de los demandantes, desistió de algunas pretensiones por lo que se estableció que el litigio de manera principal giraría en torno a determinar la procedencia de la indemnización moratoria, la solidaridad del FNA frente a ésta y si los llamados en garantía deben responder por tal indemnización, en subsidio y en caso de no prosperar las pretensiones principales, se estudiaría la existencia del contrato realidad de los demandantes con el Fondo Nacional del Ahorro y de ser positiva la respuesta verificar el pago prestaciones sociales, vacaciones,

De otro lado solicito al honorable tribunal pues modificar el tema la fecha respecto el límite de la sanción moratoria como quiera que desde el momento en que se presentó la solicitud de reorganización es el momento en el cual debe ser condenada mi representada desde el 15 de febrero del 2016 , la fecha en la cual se debe el límite de la sanción moratoria a la cual ha sido condenado y desarrollado durante la sentencia, no es más señora juez, muchas gracias.”

sanción moratoria, solidaridad y la responsabilidad de los llamados en garantía (Cd fl. 560, acta a folios 561 a 567). **Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus aspiraciones** por cuanto se declaró la existencia del contrato de trabajo de Paola Catalina Alarcón Cuevas y Luis Enrique Castro Bolaños con OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. en los extremos solicitados, condenando a Confianza S.A. al pago de la indemnización moratoria, debidamente indexada, la cual limitó a la fecha de apertura del proceso de liquidación judicial de Optimizar S.A. que lo fue el 17 de noviembre del 2016, lo anterior tras considerar no existir prueba de la buena fe de la empleadora ante la omisión del pago de las acreencias laborales en debida forma, precisando el proceso de reorganización inició con posterioridad a la terminación del contrato de los demandantes, el cual no cumplió por que no allegó acuerdos o requerimientos contables y financieros que le hiciere la Supersociedades lo cual en sentir de la *a quo* denota la mala fe en el pago de las acreencias adeudadas, señalando que pese a que el llamamiento en garantía de Confianza S.A. lo hizo el Fondo Nacional del Ahorro, dicha aseguradora si está obligada a responder por la condena por ser un sujeto procesal interviniente en el proceso aunado a que el siniestro asegurado se encuentra probado y amparado por la póliza 7987 con vigencia del 1° de enero del 2015 al 1° de enero del 2016, precisando que en caso de agostarse los fondos de esa póliza Optimizar debe cubrir a satisfacción la condena. Con relación a la solidaridad del FNA adujo su inexistencia como quiera que la contratación de los demandantes estuvo sujeta a los términos previstos en la Ley por lo que era Optimizar como empleadora quien debía asumir el pago, aunado a que dentro del presente proceso no se discutió un extremo temporal superior al año, precisando que la solidaridad del artículo 34 del C.S.T. es completamente diferente cuando se trata de empresas de servicios temporales, negando dicha pretensión.

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 primer lugar, abordará la Sala los planteamientos del recurso propuesto por el apoderado del señor LUIS ENRIQUE CASTRO BOLAÑOS que procuran la revocatoria de la absolución del Fondo Nacional del Ahorro, ante la ausencia de solidaridad declarada en el fallo objeto de impugnación.

En el presente asunto no es objeto de discusión la existencia de un contrato de trabajo celebrado entre el demandante LUIS ENRIQUE CASTRO BOLAÑOS y la demandada OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A., entre el 1° de diciembre de 2014 y el 24 de septiembre de 2015, a través del cual prestó sus servicios como trabajador en misión al FONDO NACIONAL DEL AHORRO, aspectos que además de no haber sido objeto del proceso ni del recurso de apelación, encuentran asidero en los documentos de folios 93, 94, 96 y 152.

Pues bien, dado que el señor CASTRO BOLAÑOS prestó sus servicios como trabajador en misión en la empresa de servicios temporales OPTIMIZAR S.A. y no se presenta discusión en cuanto sus actividades las desarrolló para el Fondo Nacional del Ahorro, en virtud del contrato de prestación de servicios suscrito entre esa entidad y OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A., se hace necesario indicar, la contratación de trabajadores en misión⁵ mediante empresas temporales, se encuentra sujeta a lo dispuesto en el artículo 6 del Decreto 4369 de 2006.

Así las cosas, en el presente asunto el término legal permitido para los trabajadores en misión no fue superado para el caso del señor Luis Enrique Castro Bolaños, en tanto el contrato del actor con OPTIMIZAR S.A. tan solo fue por **9 meses y 24 días** – del 1° de diciembre del 2014 al 24 de septiembre del 2015- fl. 152- es decir, no excedió ni los primeros 6 meses por los cuales se podía contratar al demandante en calidad de trabajador en misión y mucho menos superó los otros 6 meses por los cuales se podría prorrogar dicha contratación.

⁵ Artículo 4°. *Trabajadores de planta y en misión. Los trabajadores vinculados a las Empresas de Servicios Temporales son de dos (2) categorías: Trabajadores de planta y trabajadores en misión. Los trabajadores de planta son los que desarrollan su actividad en las dependencias propias de las Empresas de Servicios Temporales.*

Trabajadores en misión son aquellos que la Empresa de Servicios Temporales envía a las dependencias de sus usuarios a cumplir la tarea o servicio contratado por estos. Se entiende por dependencias propias, aquellas en las cuales se ejerce la actividad económica por parte de la Empresa de Servicios Temporales.

Téngase en cuenta, que los contratos celebrados por el FONDO NACIONAL DEL AHORRO con otras empresas de servicios temporales como se indica en la alzada anteriores al 1° de diciembre del 2014, no pueden ser tenidos en cuenta con el fin de sumar prorrogas superiores a los 6 meses permitidos por la Ley para la contratación de trabajadores en misión, en tanto, el aquí demandante **no probó haber sido contratado para tales épocas**, pues como ya se señaló éste únicamente demandó en este ordinario por la prestación de servicios del 1° de diciembre del 2014 al 24 de septiembre del 2015 con Optimizar S.A., aunado a que de aceptar que en efecto existieron vinculaciones con otras EST se desconoce el cargo para el cual fue enviado en misión, razones por las cuales resulta ausente el FONDO NACIONAL DEL AHORRO de responsabilidad en el pago de las acreencias adeudadas al demandante por quien fuere su empleador OPTIMIZAR S.A., pues dicha responsabilidad solidaria solo podría surgir frente a la EST OPTIMIZAR S.A. en caso de que se hubiere declarado como verdadero empleador al FONDO NACIONAL DEL AHORRO, en virtud de la superación del tiempo de la contratación, situación que no acaeció en autos, pues el contrato del demandante se declaró con OPTIMIZAR S.A. y en consecuencia la solidaridad no puede emerger de la simple prestación del servicio como Trabajador en Misión, como lo hacer ver el apelante en su impugnación.

En ese orden, siendo indiscutible la vinculación del demandante mediante contrato de trabajo a la empresa de servicios temporales OPTIMIZAR del 1° de diciembre del 2014 al 24 de septiembre del 2015, periodo en el cual el accionante se desempeñó como trabajador en misión ante la usuaria FNA, no es dable concluir que esta última resultó solidaria laboralmente con aquella como se solicita en la pretensión 2.1.8 (fls. 12 y 13).

En esta dirección, de haberse determinado, tal como se propone en la alzada, que la contratación del señor Castro Bolaños no se encuadraba dentro de las circunstancias previstas en la Ley para vincular trabajadores en misión y que por el contrario las actividades o cargos desempeñados por éste demandante se enmarcaban dentro de los propios y permanentes del giro normal del FNA, lo consecuente era concluir que se desnaturalizó su vinculación con la empresa de servicios temporales y por ende, su verdadero empleador era el Fondo Nacional del Ahorro como empresa usuaria y la EST una simple intermediaria, empero en

los precisos términos en que fue propuesta la demanda, dicho análisis, de cara a las pretensiones principales que fueron las que prosperaron, no fue planteado, pues estas estaban dirigidas a que se estableciera como verdadero empleador a la empresa de servicios temporales sin que para ello se considerara necesario analizar si el FONDO NACIONAL DEL AHORRO actuó o no conforme a los parámetros establecidos en la Ley 50 de 1990.

Bajo tales orientaciones, siendo indiscutible en esta instancia que la vinculación de Luis Enrique Castro Bolaños fue con OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES, no resulta posible colegir que el FONDO NACIONAL DEL AHORRO, como empresa usuaria, resultó obligada de manera solidaria con la E.S.T. a pagar la indemnización moratoria a la que fuera condenada a favor del trabajador recurrente.

Sobre el tema se pronunció la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 24 de abril de 1997, rad. 9435, reiterada en sentencia SL-16350 de 2014, en los siguientes términos:

“LA RESPONSABILIDAD DEL USUARIO

“Desde otro enfoque, relativo a una eventual responsabilidad solidaria, importa observar que la ley califica a las E.S.T como empleadoras de los trabajadores en misión (Ley 50 de 1990, art 71) y en el contrato de trabajo el patrono es en principio el obligado directo y exclusivo conforme se desprende del mismo artículo 22 que define dicho nexo. Solo en los casos determinados expresamente en la ley se contempla la solidaridad de personas que no figuren también como empleadoras en el nexo laboral (C.S.T. Arts. 33, 34, 35 y 36), de suerte que como la ley no dispuso expresamente que los usuarios respondiesen in solidum, debe excluirse que los afecte tal especie de responsabilidad en lo tocante a las acreencias laborales de los empleados en misión.

“Resulta en suma que los usuarios no responden por los salarios, prestaciones e indemnizaciones de los trabajadores en misión ni de su salud ocupacional, aunque en este aspecto puedan contraer obligaciones con la E.S.T, como la adopción de medidas particulares respecto a los ambientes de trabajo o el suministro de elementos de protección y seguridad. Acontece que precisamente mediante el contrato con la E.S.T y con autorización legal, el usuario cancela un sobrecosto sobre el valor real de la fuerza de trabajo que requiere para su actividad económica, a fin de hacerse irresponsable en lo que hace a la remuneración, prestaciones y derechos de los operarios. Desde luego, no se desconoce que por esta razón, entre otras, se ha cuestionado seriamente la institución, con argumentos cuya razonabilidad corresponde estudiar al legislador, mas ello no le resta validez jurídica a los preceptos que en la actualidad permiten y regulan su funcionamiento.

“Pero esta irresponsabilidad laboral del usuario con referencia a los trabajadores en misión, supone que la E.S.T funcione lícitamente, o por mejor decir que su actividad

se halle autorizada por el Ministerio del Trabajo (Ley 50 de 1990, art 82), pues de lo contrario la E.S.T. irregular solo podría catalogarse como un empleador aparente y un verdadero intermediario que oculta su calidad en los términos del artículo 35-2 del C.S.T, de forma que el usuario ficticio se consideraría verdadero patrono y la supuesta E.S.T. pasaría a responder solidariamente de las obligaciones laborales conforme al ordinal 3 del citado artículo del C.S.T.

“Igualmente, aparte de las sanciones administrativas que procedan, el usuario se haría responsable en la forma que acaba de precisarse con solidaridad de la E.S.T, en el evento de que efectúe una contratación fraudulenta, vale decir transgrediendo los objetivos y limitaciones fijados por el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, bien sea en forma expresa o mediante simulación. Ello por cuanto las normas que regulan el trabajo humano son de orden público, de obligatorio acatamiento y la ilegalidad o ilicitud se sanciona con la ineficacia a las respectivas estipulaciones. (C.S.T, arts 14 y 43)” (Negrilla y Subrayas de la Sala).

En consonancia con tal pronunciamiento, en el caso bajo examen, como ya se anunció dada su vinculación como trabajador directo de la empresa de servicios temporales llamada a juicio, en modo alguno el FONDO NACIONAL DEL AHORRO está llamado a responder solidariamente por las acreencias laborales que la empleadora dejó de pagarle oportunamente a su trabajador y por la cual fue condenada a pagar la indemnización moratoria.

Por lo expuesto, se confirmará la sentencia de primer grado en este aspecto.

Ahora, en relación con la indemnización moratoria impuesta a cargo de CONFIANZA S.A. como llamada en garantía, por la mala fe endilgada a la empleadora OPTIMIZAR S.A. en el impago de prestaciones sociales a favor de los trabajadores aquí demandantes, calculada entre la fecha de terminación del contrato de trabajo de cada uno de ellos a la apertura del trámite de liquidación judicial⁶ (Paola Catalina Alarcón Cuevas del 1° de octubre del 2015 al 17 de noviembre del 2016 y Luis Enrique Castro Bolaños del 25 de septiembre del 2017 al 17 de noviembre del 2016), punto de apelación por parte de OPTIMIZAR S.A. se debe señalar 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 empleador⁷, examinando la situación específica del mismo en cada caso.

⁶ Data no apelada por esta demandada.

⁷ "...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

De tal manera, en el sub judice, se tiene que la empresa demandada OPTIMIZAR S.A. -empleadora- debió pagar las acreencias laborales de los accionantes en la fecha en la cual se terminó el contrato de trabajo de cada uno de ellos, lo cual como se estableció en el presente proceso no se efectuó, sin que se acreditara el por qué para el 24 y 30 de septiembre del 2015 (fechas de terminación de los contratos de Paola Alarcón y Luis Castro) no realizó tales pagos, precisándose si bien a partir de la fecha de admisión a proceso de reorganización se encuentra prohibido ejercer algunos actos a los administradores, sin la previa autorización del Superintendente de Sociedades, como en este caso sería el pago, transacción o conciliación de la obligación a su cargo por cuenta del crédito laboral de los demandantes, tal como así lo prevé el artículo 17 de la Ley 1116 de 2006, lo cierto es que solo se puede ubicar en el campo de la buena fe a OPTIMIZAR S.A. a partir de la admisión del proceso de reorganización que ocurrió el 15 de febrero de 2016 (folios 508 a 512) y no antes a pesar de que la Juez *a quo* limitara la mora a la fecha de apertura del proceso de liquidación judicial de la EST, fecha que no fue objeto de discordancia en apelación, por lo que las circunstancias de insolvencia del empleador y sus consecuencias, no pueden ser trasladadas al trabajador con anterioridad a tal data, de modo que la mala fe de OPTIMIZAR S.A. por su omisión en el pago solo se puede desvirtuar a partir de su admisión en el proceso de reorganización, que en el caso de autos lo fue con posterioridad a la terminación de los contratos de los aquí demandantes. En similar sentido se pronunció la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral en sentencia del 5 de octubre de 2005, radicado 25456⁸.

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).

⁸ "(...) Cuando la colegiatura resuelve la segunda instancia, plasmó como argumentos para confirmar la indemnización moratoria, que por el incumplimiento del deber de cancelar en forma oportuna las prestaciones sociales se presumía la mala fe, lo que ocurría por no haberse demostrado la razón de su incumplimiento, habiéndose aceptado en la primera audiencia de trámite que no se había cancelado las prestaciones sociales, con el argumento de que ello se debió a que se trataba de procesos que conllevaban a

una liquidación, que conforme a la ley facultaban al liquidador para convocar a las personas que se creyeran con derecho a realizar algún reclamo.

Agregó el Tribunal, que es cierto que la jurisprudencia ha tenido en cuenta que el trabajador participa de las ganancias y no de las pérdidas y que el proceso de liquidación de la empresa no la exoneraba del pago oportuno de los derechos sociales al momento de finiquitar el contrato.

El censor argumentó, que la sociedad demandada “se encuentra en proceso de liquidación forzada por decisión autónoma de la Superintendencia Nacional de Salud, “y que la causa o motivo de la terminación de los contratos de trabajo no se le podían imputar”, para lo cual se apoyó en la jurisprudencia donde la Corte consideró que la situación de iliquidez y de insolvencia de una sociedad, cuya liquidación obligatoria era decretada por la autoridad competente, se convertía en un factor que evitaba la imposición de la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del C. S. del T., dado que las consecuencias de dicha liquidación impedían la viabilidad de la empresa como unidad de explotación económica y generadora de fuente de empleo.

Pero es de advertir, que la regla sentada por la Corte no puede considerarse como absoluta hasta el punto de que siempre que una empresa se encuentre en estado de liquidación obligatoria, ese hecho automáticamente la exonere de la referida sanción, pues aún encontrándose en ese estado, es posible que incurra en actos que demuestren mala fe en el no pago de salarios y prestaciones adeudados a la terminación del contrato de trabajo.

Tampoco puede admitirse como premisa general que las situaciones de iliquidez o de insolvencia y la intervención económica estatal sean circunstancias que impongan necesariamente la sanción regulada por el citado artículo 65 del Estatuto Sustantivo Laboral, como así lo dejó definido la Corporación, verbigracia en la sentencia del 10 de octubre de 2003, radicación 20764, en la que además recordó que los <los jueces deben valorar previamente, sin esquemas preestablecidos, la conducta del empleador renuente al pago de los salarios y prestaciones adeudados a un trabajador al momento de la terminación del contrato para efectos de determinar si dicha renuencia es o no de buena fe>.

No obstante lo acotado, en el asunto de marras, debe decirse que el Tribunal edificó la condena por la indemnización cuestionada por el recurrente en una incorrecta interpretación del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, porque, a pesar de admitir que la demandada está en proceso de liquidación, tal como lo había expuesto la defensa, citando para el efecto y como apoyo jurídico el Decreto 663 de 1993 y la Ley 510 de 1999, no la consideró de buena fe, no sólo porque el trabajador no participaba de los riesgos o pérdidas sino de las ganancias como lo dice el Art. 28 del C.S.del T., sino porque estimó que no estaba exonerada de hacer la liquidación de las prestaciones <e incluir al trabajador dentro de los créditos de la entidad, haciéndolo parte dentro del respectivo proceso>.

Como bien puede observarse, el ad quem reconoció que la accionada estaba en proceso de liquidación por intervención de la Superintendencia Nacional en Salud conforme al Decreto 663 de 1993 y Ley 510 de 1999, y sin más investigación le fulminó condena por indemnización moratoria, no percatándose que en las Sociedades donde el Estado entra a mediar a través del Ministerio de Salud – Superintendencia Nacional de Salud -, conforme al Inciso 3° del Art. 116 de la Carta Política y artículo 116 del Decreto 663 de 1993, en armonía con los cánones 23, 24 y 25 de la Ley 510 de 1999 y 28 a 32 del Decreto 1922 de 1994, tiene la facultad de ordenar la toma de posesión para liquidar la sociedad, cuando se de alguna de las causales contempladas en la ley, como ocurrió en el asunto en estudio según se colige de la resolución 1052 de Junio 1° de 2001, en la que entre otras disposiciones ordenó la suspensión de pagos de las obligaciones causadas hasta el momento de la toma de posesión y la separación de los Administradores y Directores de sus cargos, entrándose a nombrar el respectivo liquidador, que si bien es cierto continua representando a la entidad, debe ceñirse a las funciones y responsabilidad que le señala la ley.

Lo acotado indica, que a partir del ordenamiento de la toma de posesión para liquidar la empresa, decretada por resolución 1052 de Junio 1° de 2001, el liquidador no podía hacer ningún pago de obligaciones, porque se había suspendido; de allí que la defensa de la accionada, se hubiera fundado en que no se le podía imputar mala fe en la no cancelación de los salarios y prestaciones sociales debidos, pues todo obedecía a los trámites propios del proceso de liquidación social, elemento suficiente como constitutivo de buena fe; entendiéndose por ella la conciencia sincera, con sentimiento suficiente de lealtad y honradez del empleador frente al trabajador, que en ningún momento ha querido atropellar sus derechos, de fácil comprensión por el Juzgador, valiéndose de todos los elementos de juicio que estén a su disposición.

Sobre el tema debatido dijo esta S ala, en sentencia del 31 de mayo de 2001, radicación 15571, lo siguiente:

En consecuencia de lo anterior, la sanción moratoria por la mala fe del empleador OPTIMIZAR S.A. se confirmará.

En relación con la indexación de la suma por concepto de indemnización moratoria, se tiene que ésta contrario a lo expuesto en la alzada por Optimizar S.A. resulta viable pues la referida sanción moratoria se limitó hasta el 17 noviembre del 2016 (fecha de apertura del proceso de liquidación judicial no objeto de reproche por esta accionada fls. 513 a 517) y en esa medida todas las sumas objeto de condena a partir de ese momento y hasta la fecha de su pago sufrirán un envilecimiento, razón por la cual resulta procedente esta condena, sin que ello constituya un doble pago.

<Sin duda el Tribunal Superior no apreció adecuadamente los elementos de juicio a que se refiere el ataque, pues si bien descartó la buena fe de la demandada al no cancelar los salarios y prestaciones sociales debidos a la finalización del contrato de trabajo, con fundamento en que sus dificultades económicas no la excusaban de cumplir con las obligaciones laborales, no se detuvo a analizar las consecuencias de toda índole derivadas del hecho de que la sociedad Quintex se hallara en liquidación obligatoria.

“En efecto, tal situación comporta el reconocimiento estatal, por conducto de la Superintendencia de Sociedades, de una extrema insolvencia que impide la viabilidad de la empresa hasta el punto de concluirse que solo procede la realización de los bienes sociales, para obtener en forma ordenada y con arreglo a la ley el pago de las obligaciones pendientes. Para el caso, ello se desprende en forma manifiesta del documento visible a folios 221 a 226 del expediente, en cuanto contiene el auto 4350 de 3 de septiembre de 1996, mediante el cual la mencionada Superintendencia dispuso, entre otras cosas, abrir el trámite de liquidación obligatoria de Quintex, embargar y secuestrar todos sus bienes, haberes y derechos y designar un liquidador.

“De otra parte, con arreglo al documento de folios 137 a 144, el liquidador y representante de la sociedad se dirigió al Ministerio del Trabajo aduciendo en suma que la liquidación obligatoria configura una fuerza mayor que suspende los contratos de trabajo y entre otras razones expuso:

“<Se observa entonces que la decisión no es por responder a una manifestación de voluntad de los administradores, ni de los acreedores, accionistas o trabajadores de la empresa, sino un acto de autoridad competente, pues impone la voluntad legal ocurrida la causal para la decisión, sin que ninguna de las anteriores personas (...) tenga la posibilidad de resistirlo.

“<“La liquidación de la empresa trae implícita la disolución de la persona jurídica, para todos los efectos legales, situación de fuerza mayor que impide el cumplimiento del objeto para el cual fueron contratados los trabajadores...>.

“Desde otro enfoque, es patente que el entendimiento de suspensión del contrato de trabajo ante la liquidación obligatoria, fue responsabilidad del liquidador, así como el no pago de las deudas laborales exigibles a la terminación del nexo. Ello se reconoce en la propia carta de renuncia (ver, folios 3 y 4), pero igualmente es dable desprenderlo del hecho de la liquidación. Y si bien éste funcionario actúa como representante legal, también emerge que su misión fundamental está en lograr una liquidación patrimonial rápida, progresiva y con arreglo a la ley.

“Pues bien de éstos elementos de juicio se impone concluir que la actitud del liquidador frente al demandante, obedece exclusivamente al ánimo de ejecutar cabalmente sus atribuciones y no al interés de perjudicarlo, por lo que resulta ostensible la buena fe de la sociedad en liquidación>”.

Frente a la alzada formulada por CONFIANZA, parte la Sala por advertir que le asiste razón a esta sociedad en referir la falta de legitimación frente a las condenas impuestas en su contra, por cuanto la indemnización moratoria correspondía asumirla a OPTIMIZAR S.A. en su calidad de empleador del demandante, **sociedad ésta que no llamó en garantía a la aseguradora CONFIANZA S.A** pues la vinculación de esta compañía se originó con ocasión del llamado que hiciera el FONDO NACIONAL DEL AHORRO (folios 255 a 258)⁹, quien por demás, no tenía relación jurídica o contractual con dicha aseguradora que la habilitara para pedir reparación o reembolso alguno de esta, pues la póliza No. DL006347 (fl. 256 hecho 3) sobre la que fundó la petición del llamamiento es a favor de los trabajadores en misión de OPTIMIZAR S.A, como se puede ver a folios 287 a 293, la cual por demás solo tuvo vigencia del 31 de diciembre del 2011 al 1° de enero del 2015, cuando los contratos de trabajo de los aquí accionantes terminaron el 24 y 30 de septiembre del 2015, fecha posterior a esa póliza. Nótese además que si bien la juez a quo profirió condena con base en la póliza No. DL007987 allegada por el FNA en el Cd obrante a folio 259, lo cierto es que sobre ésta no se realizó el llamado en garantía sino sobre la DL006347.

De este modo, memórese, con el llamamiento en garantía, y según lo estatuido en el artículo 64 del C.G.P., se habilita al llamante a convocar a un tercero que le proteja y pague por él o le reembolse lo que erogó por razón de la condena, figura que a su vez posibilita que un demandado llame en garantía a otro demandado (demanda de coparte).

Sobre el tema el maestro DEVIS ECHANDÍA explicaba que:

*“(…) con alguna frecuencia ocurre que una de las partes -demandante o demandada- **tiene el derecho contractual o legal de exigir a un tercero la indemnización del perjuicio o la restitución del pago que llegue a soportar como resultado, por existir entre él y ese tercero una relación de garantía,** es decir, aquella en virtud de la cual ese tercero (garante) está obligado a garantizar un derecho del demandante y, en consecuencia, a reponer a la parte principal (garantizada) lo que haya dado o perdido en virtud de la acción de otra persona. En otras ocasiones, el derecho a citar al tercero proviene de una relación jurídica distinta, existente entre los dos, respecto a la cosa materia del litigio, como cuando el tenedor demandado en reivindicación denuncia al verdadero poseedor en cuyo nombre tiene el inmueble. Esa citación puede*

⁹ Llamamiento admitido por auto del 8 de febrero del 2019 (folio 261)

prevenir (sic) también de la pretensión excluyente de un tercero sobre la misma cosa”¹⁰).

Además la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Civil, advirtió que para que proceda el llamamiento en garantía se requiere que exista –la garantía-, es decir, que este último, por ley o por contrato, esté obligado a indemnizar al llamante por la condena al pago de los perjuicios que llegare a sufrir, o que esté obligado, en la misma forma, al “reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia”¹¹.

Sobre el particular ha sostenido esa Corporación:

“El llamamiento en garantía es uno de los casos de comparecencia forzosa de terceros, que se presenta cuando entre la parte y el tercero, existe una relación legal o contractual de garantía que lo obliga a indemnizarle al citante el “perjuicio que llegare a sufrir o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia” que se dicte en el proceso que genera el llamamiento.

La justificación procesal del llamamiento en garantía, previsto en el artículo 57 del Código de Procedimiento Civil-hoy artículo 64 del C.G.P., no es otra que la de la economía, pues lo que se procura es hacer valer en un mismo proceso, las relaciones legales o contractuales que obligan al tercero a indemnizar, sin perjuicio, claro está, de las garantías fundamentales del proceso, que en manera alguna se ven conculcadas. Por tal razón, la Corte ha sostenido que “El texto mismo del precepto transcrito indica que el llamamiento en garantía requiere como elemento esencial que por razón de la ley o del contrato, el llamado deba correr con las contingencias de la sentencia, como consecuencia de la cual el demandado se vea compelido a resarcir un perjuicio o a efectuar un pago” (Sent. de 11 de mayo de 1976).

(...)

Ahora, sea que el llamamiento en garantía lo proponga una u otra parte, lo significativo **es que éste comporta el planteamiento de la llamada pretensión**

¹⁰ ” Devis Echandía, Hernando, nociones generales de derecho procesal civil, segunda edición, Temis, Bogotá 2009, página 519.

¹¹ “(...) como el vocablo mismo así lo indica, para que proceda el llamamiento en garantía requiérrese que la halla; es decir, que exista un afianzamiento que asegure y proteja al llamante contra algún riesgo, según la definición que de garantía da la Real Academia Española. O, en otras palabras, que el llamado en garantía, por ley o por contrato, esté obligado a indemnizar al llamante por la condena al pago de los perjuicios que llegare a sufrir, o que esté obligado, en la misma forma, al “reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia”, según los términos del artículo 57 del C. de P. Civil”.

Agregó además que “el llamamiento en garantía se produce, al decir de Guasp, «cuando la parte de un proceso hace intervenir en el mismo a un tercero, que debe proteger o garantizar al llamante, cubriendo los riesgos que se derivan del ataque de otro sujeto distinto, lo cual debe hacer el tercero, bien por ser transmitente: llamado formal, o participante: llamado simple, de los derechos discutidos». En uno y otro caso precisase, como se dejó dicho antes, que haya un riesgo en el llamante, que por ley o por contrato deba ser protegido o garantizado por el llamado; o según palabras del Art. 57 ya citado, que el llamante tenga “derecho legal o contractual de exigir a un tercero la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir, o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia” Sentencia Sala de Casación Civil, CSJ. radicado 2393 del 14 oct. 1976, reiterada en sentencia SC1304 de 2018.

revérsica, o la “proposición anticipada de la pretensión de regreso” ..., o el denominado “derecho de regresión” o “de reversión”, como lo ha indicado la Corte, que tiene como causa la relación sustancial de garantía que obliga al tercero frente a la parte llamante, “a indemnizarle el perjuicio que llegare a sufrir, o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia” (artículo 57). De modo que, de acuerdo con la concepción que sobre el llamamiento en garantía establece el texto legal antes citado, **la pretensión que contra el tercero se formula es una pretensión de condena eventual (in eventum), es decir, que ella sólo cobra vigencia ante el hecho cierto del vencimiento de la parte original y que con ocasión de esa contingencia de la sentencia, “se vea compelido a resarcir un perjuicio o a efectuar un pago”, como lo ha dicho la Corte.**”(Negrilla y Subrayas de la Sala)

Sin embargo, tal relación sustancial no puede entrar a ser estudiada si no se formula la demanda (llamamiento en garantía) con el lleno de los requisitos que establece la ley (artículo 65 del C.G.P.), esto es, si no se aduce la existencia de la misma, pues esta es una discusión que se resuelve entre el llamado y el llamante solo cuando este último es vencido en juicio, luego de agotarse el debate jurídico y probatorio respectivo, con el respeto de la garantía al debido proceso que le asiste a ambas partes, entre ellas, el derecho de defensa y contradicción.

Atendiendo lo expuesto, aunque eventualmente exista una póliza a favor de OPTIMIZAR otorgada por CONFIANZA, en virtud de la cual pudiera trasladarse la carga de asumir el pago de la condena a esta última, lo cierto es que **la empresa de servicios temporales demandada no formuló pretensión alguna contra la aseguradora** –como lo exigen los artículos 64 y siguientes del C.G.P.- a efectos de resolver sobre esta relación material, figura que aquí no puede entrar a verificarse por no haber sido alegada por quien en últimas es la que debe asumir el pago de la sanción moratoria impuesta, esto es OPTIMIZAR S.A.

En orden a lo anterior, no siendo CONFIANZA S.A. llamada en garantía de OPTIMIZAR S.A. quien según se infiere de las consideraciones expuestas por la Juez de primer grado en el fallo apelado, es sobre quien recae la sanción moratoria en su calidad de ex empleador por haber incurrido en mora en el pago de las prestaciones causadas a favor de los demandantes, sin justificación válida para proceder de tal manera, debe revocarse parcialmente la sentencia de primera instancia para establecer que la indemnización ordenada a favor de los trabajadores aquí demandantes deberá ser pagada por OPTIMIZAR S.A. en calidad de empleador y no por CONFIANZA S.A., quien se insiste, no está

legitimada para ser condenada como llamada en garantía de OPTIMIZAR en tanto dicha relación sustancial no fue objeto de debate probatorio.

Por sustracción de materia, se hace inocuo el pronunciamiento sobre la apelación presentada por la llamada en garantía CONFIANZA S.A., dirigida a limitar la condena impuesta por sanción moratoria al 15 de febrero del 2016 y no hasta el 17 de noviembre del 2016, pues como vio se revoca la condena impuesta a esta llamada en garantía, no siendo la legitimada ahora para apelar dicho punto.

Finalmente y en lo que tiene que ver con las costas objeto de apelación por el demandante y por Optimizar S.A. ha de recordarse el legislador nacional ha acogido un criterio objetivo, en virtud del cual, las costas corren siempre a cargo de la parte vencida en juicio, por así disponerlo el numeral 1o del artículo 392 del C.P.C, ahora artículo 365 C.G.P., el cual contiene el principio general, según el cual *"se condenará en costas a la parte vencida en el proceso (...) "*, sin consideración a su intención, razonabilidad de su discusión en el conflicto jurídico en litigio o su conducta en el trámite procesal, sino el hecho de haber sido vencido en juicio, por manera que al haber sido desfavorable la sentencia de primer grado a OPTIMIZAR las mismas resultan procedentes, sin que el valor impuesto por la a quo pueda ser definido en esta instancia, pues ello se debe alegar en la etapa procesal correspondiente conforme lo indica el artículo 366 del C.G.P.

En consonancia con lo expuesto y como quiera que el demandante LUIS ENRIQUE CASTRO BOLAÑOS no resultó vencido en este juicio, por el contrario fue favorable en cuanto al pago de la indemnización moratoria, habrá de revocarse la condena a ésta impuesta y a favor del Fondo Nacional del Ahorro.

En los términos anteriores, agotada como se encuentra la competencia de la Sala, por el estudio de los motivos de apelación, conforme a las motivaciones precedentes, se revocará parcialmente el numeral segundo de la providencia apelada para disponer que el pago de la indemnización moratoria a favor del trabajador este a cargo de OPTIMIZAR S.A, igualmente se revocara el numeral cuarto en punto a la condena por costas a cargo de Luis Enrique Castro Bolaños y a favor del Fondo Nacional del Ahorro.

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 PARCIALMENTE el numeral **SEGUNDO** de la sentencia proferida por el Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá, para establecer que la indemnización ordenada a favor de los demandantes PAOLA CATALINA ALRCON CUEVAS y LUIS ENRIQUE CASTRO BOLAÑOS deberá ser pagada por OPTIMIZAR S.A. en calidad de empleador y no por CONFIANZA S.A.

SEGUNDO: REVOCAR PARCIALMENTE el numeral **CUARTO** del fallo de primer grado, para en su lugar ABSOLVER a LUIS ENRIQUE CASTRO BOLAÑOS del pago de las costas a favor del FONDO NACIONAL DEL AHORRO.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por la Juez 34 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

RAFAEL MORENO VARGAS

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO