

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

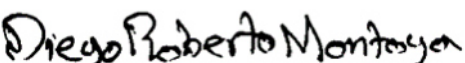
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR SYLVIA DEL CARMEN ROBLEDO PARDO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS, Y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A (RAD. 02 2019 00046 01)

Bogotá D.C. veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la abogada VIVIANA MORENO ALVARADO como apoderada sustituta de la demandada COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por CLAUDIA LILIANA VELA, en su calidad de representante legal de la firma CAL & NAF ABOGADOS S.A.S, el cual fue remitido a esta Corporación mediante correo del 8 de octubre de los corrientes (folio 13).


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por la parte demandante (folios 23 y 24), las demandadas COLPENSIONES (folios 10 y 11), PORVENIR S.A (folios 4 a 8) y OLD MUTUAL S.A (folios 17 y 18), 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 OLD MUTUAL hoy SKANDIA, PORVENIR S.A y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, contra la sentencia proferida por la Juez Segunda (2ª) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, el pasado 12 de agosto de 2021 (*Audiencia virtual concentrada Arts. 77 y 80 del C.P.T. y la S.S., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 1:00:26, archivo “12. Grabación Audiencia Art. 80 C.P.T, -S.S 12 Agosto de 2021, expediente digital*), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la nulidad o ineficacia del traslado realizado por la señora SILVIA DEL CARMEN PARDO identificada con cédula de ciudadanía 39.774.469 al régimen de ahorro individual, realizado el 04 de agosto de 1994, a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva del este proveído.

SEGUNDO: CONDENAR a OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTIAS hoy SKANDIA PENSIONES Y CENSANTIAS S.A., a devolver dentro de los 45 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante SILVIA DEL CARMEN ROBLEDO PARDO, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses y con los rendimientos y demás emolumentos que se hubieren causado, sin lugar a descuento alguno.

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES a aceptar dichos valores, y tener como válida la afiliación de la demandante SILVIA DEL CARMEN ROBLEDO PARDO identificada con cédula de ciudadanía No. 39.774.469, efectuada el 04 de julio de 1991, en el régimen de prima media con prestación definida, por lo que deberá incluir tal información en sus bases de datos y sistemas de información.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.

QUINTO: CONDENAR en costas a las demandadas PROTECCIÓN S.A., SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS S.A. y PORVENIR S.A, dentro de las que deberá incluirse por concepto de agencias en derecho la suma equivalente a 2 SMLMV.

SEXTO: Si no fuere apelado, consúltese con el Superior”

Inconforme con la decisión los apoderados judiciales de las demandadas PORVENIR, COLPENSIONES y OLD MUTUAL la apelaron.

Así, en primer lugar COLPENSIONES solicitó se revoque la sentencia y en su lugar se le absuelva de todas las pretensiones incoadas en su contra. En sustento de ello advierte, la afiliación no es un acto unilateral y por ende, surgen obligaciones para ambas partes. Así, si bien la AFP tiene como obligación informar al potencial afiliado, este también deber actuar suficientemente informado, anotando, cuando se guarda silencio en estos casos, surge una afiliación tácita.

Además, alega, se está atentando directamente contra el principio de la relatividad de los negocios jurídicos, debido a que la afiliación de la demandante a su representada trae situaciones adversas para dicha entidad, particularmente en materia de sostenibilidad financiera por cuanto esa entidad ha dejado de tener en cuenta a la demandante para realizar el presupuesto anual y así establecer un futuro monto pensional, por lo anterior se afecta la capitalización del fondo pensional del régimen de prima media, el cual se sostiene con las cotizaciones realizadas por los afiliados, para que, al cumplir con los requisitos correspondientes puedan obtener una pensión mínima, independientemente de la suma cotizada, y al permitir que una persona próxima a la edad para que le sea reconocida esta prestación sea subsidiada por las cotizaciones de otras personas, resulta contrario a la equidad y el principio de eficiencia pensional.

Manifiesta, permitirle a la demandante el traslado en cualquier tiempo, encontrándose dentro de la prohibición establecida en el artículo 13 de la ley 100 de 1993, vulnera el derecho de equidad de las personas que han tenido que construir su futuro pensional con base en sus cotizaciones, y al ser favorecida de una pensión financiada por el fondo común, resulta improcedente el traslado al régimen de prima media.

Añade, respecto de los vicios del consentimiento alegados, estos debían ser demostrados por la demandante, no bastando la simple afirmación de la actora, aunado a ello, dice, se deben tener en cuenta los actos de relacionamiento evidenciados en los aportes efectuados y los traslados horizontales que realizó

la actora dentro del RAIS, denotando la intención de permanencia en el régimen seleccionado.

Insiste, no es procedente la declaración de nulidad de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual, debido a que esta fue una manifestación libre, y además ha permanecido en este por más de 24 años sin mostrar inconformidad alguna.

Por último, de no accederse a los anteriores argumentos, asevera, la obligación de COLPENSIONES debe sujetarse a la condición previa de que OLD MUTUAL hoy SKANDIA, normalice la afiliación en el sistema de información de administradoras y devuelva los aportes a COLPENSIONES esto es, entregue a esa entidad cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración pertenecientes a la cuenta de ahorro individual de la demandante, debidamente indexados¹ (*Audiencia virtual concentrada Arts. 77 y 80 del C.P.T. y la S.S.*,

¹ Gracias su señoría siendo el momento procesal oportuno me permito para interponer recurso de apelación ante el Honorable Tribunal de Bogotá Sala Laboral, solicitando sea revocada íntegramente la sentencia de primera instancia, en los siguientes términos:

En primer lugar, no se comparte la decisión del despacho de declarar la nulidad o ineficacia del traslado de régimen de la demandante, teniendo en cuenta que la afiliación no es un acto unilateral y de acuerdo con el artículo 1495 del Código Civil, ello conduce a genera obligaciones en ambas partes, esto es, que si bien la AFP tiene la obligación de informar a su potencial afiliado, también este debe actuar lo suficientemente informado, así mismo cuando se guarda silencio en estos casos de afiliación la Corte ha establecido que se esta frente a una afiliación tacita, en igual medida, cuando se ordena a la demandante a COLPENSIONES se atenta directamente contra el principio de la relatividad de los negocios jurídicos, teniendo en cuenta que esa afiliación contraria situaciones adversas para mi representada, como el principio de sostenibilidad financiera pues descapitaliza al fondo común, igualmente, debe tenerse en cuenta que la demandante incumplió con sus deberes como consumidora financiera, por ello, existió una inatención por parte de la misma.

De lo anterior, al momento de trasladarse la demandante del régimen mi representada COLPENSIONES ha dejado de tenerla en cuenta para realizar el supuesto el presupuesto anual, y así mismo establecer un futuro monto pensional que pudiera devengar la demandante, por lo que se vería afectada la descapitalización del fondo pensional del régimen de prima media, desde esta perspectiva se ha referido la Corte Constitucional desde los siguientes términos, ha dicho el régimen de prima media se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en toda la vida de los afiliados, para que cuando ellos cumplan con los requisitos de edad y semanas puedan obtener una pensión mínima, independientemente de la suma que efectivamente cotizadas, pues permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no solamente al concepto constitucional de equidad, sino también en el principio de eficiencia pensional, el cual consiste en obtener la mejor utilización económica de recursos administrativos, y financieros disponibles para asegurar el reconocimiento y el pago de forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios que da derecho el sistema de seguridad social.

Manifestado lo anterior por la Honorable Corte Constitucional se puede evidenciar que dentro del presente asunto, al permitirle el traslado a la demandante en cualquier tiempo, estando dentro de la prohibición contenida en el artículo 13 de la ley 100 del 93, vulnera los derechos de equidad de todas las personas que han tenido que construir su futuro pensional con base de lo cotizado durante su vida laboral, y verse favorecido por obtener una pensión financiada por el fondo común, que resultaría improcedente, criterio aplicable para el presente caso, por lo que resulta a todas luces improcedente el traslado al régimen de prima media.

Ahora bien, respecto a los vicios de consentimiento en sentencia con radicado 0720150022, con fecha del 25 de octubre de 2017, del Tribunal Superior de Bogotá, manifestó lo siguiente: sobre los vicios del

realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 1:02:24), archivo “12. Grabación Audiencia Art. 80 C.P.T, -S.S 12 Agosto de 2021, expediente digital).

A su turno, OLD MUTUAL hoy SKANDIA solicita sea revoquen o modifiquen los numerales segundo y quinto de la sentencia argumentando la imposibilidad de ordenar la devolución de los gastos de administración debido a que, en su sentir, operó la figura de la prescripción por ser un concepto de tracto sucesivo, causado con la periodicidad señalada en la norma, por lo que, al no haber sido reclamados dentro de los 3 años siguientes a su causación están prescritos. Añade, al no constituir factor de financiación de la pensión de vejez en ningún régimen, no se encuentran ligados al derecho imprescriptible.

De otro lado, precisa, el Decreto 2545 de 2010 establece que los gastos de administración tienen asignación específica en 11 gastos, entre ellos, garantizar la defensa judicial del fondo, comprar seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los 9 restantes se encuentran destinados a realizar las

consentimiento que ella prestó al suscribir el traslado de régimen por error inducido o dolo, prima la sala que no se aportaron pruebas tenientes o suficientes por quien tenía la carga procesal, la parte demandante al tenor de lo dispuesto en el artículo 167 del Código General del Proceso, se debe recordar, además se debe recordar que frente a los argumentos expuestos en esta audiencia, que las consecuencias del traslado del régimen atendiendo las normas constituiría un error de derecho que no vicia el consentimiento según lo dispone el artículo 1509 del Código civil, menos aún para personas como la demandante que efectuaron traslados sucesivos en el RAIS con diferentes administradoras de fondos de pensiones, de este último hecho da cuenta el documento a folio 64. Como la jurisprudencia transitada le competía a la aquí demandante demostrar los vicios del consentimiento alegado, no bastando para ello la simple afirmación de que no fue informada, además que no hay que perder de vista y tener en cuenta los actos de relacionamiento, pues hizo traslados horizontales dentro del RAIS.

Juez (1:07:24): Doctora Laura, que pena es que se entrecorto la última parte, por favor nos la puede repetir, para que quede completo su recurso.

Apoderada COLPENSIONES (1:07:40): De acuerdo su señoría, conforme a la jurisprudencia citada le correspondía a la demandante demostrar los vicios del consentimiento alegado, no bastando para ello la simple afirmación de la demandante, además hay que tener en cuenta los actos de relacionamiento, los cuales se evidencian en los aportes efectuados y los traslados horizontales que efectuó la demandante dentro del mismo régimen, esto denota la intención de permanecer en el régimen seleccionado.

En conclusión, no es procedente declarar la nulidad de afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual, toda que esta fue una manifestación libre de su parte y además ha permanecido por más de 24 años, sin haber manifestado en algún momento su inconformidad de permanecer al mismo, en consecuencia, solicito al Honorable Tribunal de Bogotá Sala Laboral, revocar la sentencia de primera instancia, acogiéndome para tal efecto a las razones y argumentos de la defensa. De otro lado señores Magistrados, de no acceder a los argumentos esgrimidos por la aquí apoderada, y de accederse a las pretensiones de la demanda la obligación de hacer de mi representada debe estar sujeta a la condición previa de que la AFP, en este caso PORVENIR normalice la afiliación en el sistema de formación de administradoras de fondo de pensiones SIAFF, perdón PORVENIR no, sino OLD MUTUAL SKANDIA, y la devolución de los aportes a COLPENSIONES con la respectiva entrega de cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración pertenecientes a la cuenta de ahorro del actor, debidamente indexados, por el tiempo en el que el actor permaneció afiliado al fondo privado, así las cosas dejo sustentado el recurso de apelación. Gracias su señoría.

inversiones de los fondos privados, a partir de los cuales se generan los rendimientos respectivos.

Añade, el Decreto 2555 de 2010 prevé que el manejo de este recurso es vigilado por la Superintendencia Financiera y en el caso que los fondos de pensiones no garanticen la rentabilidad mínima, deben los socios responder con su propio patrimonio, considerando con ello la existencia de mecanismos que para el buen uso de tales gastos de administración.

Resalta, de realizarse un estudio de equivalencia financiera de los dineros de la cuenta de ahorro individual con los rendimientos generados que se trasladan a COLPENSIONES, se evidenciaría que estos últimos son superiores a los que se hubieran podido causar en el régimen de prima media. Por ello, estima, si SKANDIA devuelve los gastos de administración se generaría un enriquecimiento injustificado porque estos gastos de administración no son factor de financiación de la pensión de vejez y además, con el pago de las respectivas pólizas de invalidez y sobrevivencia se garantizó el amparo de dichos riesgos, es decir, se cumplió con la destinación de tales recursos que ahora se encuentran en poder de un tercero y respecto de los cuales no se advirtió nada en la fijación del litigio, contrariando con ello sus garantías a la defensa y contradicción.

Igualmente, establece que no es viable retornar el porcentaje destinado al fondo de garantía mínima, en virtud a que este descuento se realiza por disposición legal y tiene como destino el principio de solidaridad del sistema general de pensiones, y en todo caso, constituiría una doble condena ordenar la devolución con los rendimientos y además los frutos e intereses, ya que el legislador estableció como mecanismo los primeros para que los saldos de la cuenta pensional se mantengan actualizados.

Por otro lado, de confirmarse la condena, dice, esa sociedad únicamente deberá asumir el traslado de conceptos diferentes a aportes y rendimientos a partir de la fecha de efectividad de la afiliación de la demandante con dicha AFP, y respecto a cuotas de administración, seguros previsionales y demás emolumentos al ser descontadas por PORVENIR y PROTECCIÓN, son ellas quienes deben asumirlos por el periodo de vinculación con cada una de ellas.

Finalmente, sostiene, no debe ser condenada al pago de costas y agencias de derecho porque si bien es claro puede considerarse parte vencida dada su integración en la parte pasiva de la litis, lo cierto es que ello obedeció a la necesidad de que todas las entidades a las que la demandante ha estado afiliado en el RAIS comparezcan al proceso² (Audiencia virtual concentrada Arts. 77 y

² “Gracias señora juez, de manera respetuosa le manifiesto al despacho que haré uso del recurso de apelación de manera parcial, frente a la sentencia que usted acaba de proferir en esta audiencia, con el fin de que se revoque o se modifique el numeral segundo de la parte resolutive del fallo, así como el numeral quinto de la parte, de dicha parte resolutive, que solicito sea revocado, en el cual se sustenta en los siguientes términos.

No era posible ordenar la devolución de los gastos de administración porque frente a estos operó la prescripción por ser un concepto de tracto sucesivo, causado con la periodicidad que impone la ley, por tanto, estos gastos que no fueron reclamados dentro de los 3 años siguientes a su causación están prescritos, y si son susceptibles de prescripción, porque no constituyen factor de financiación de la pensión de vejez, ni siquiera en el régimen de prima media con prestación definida, entonces no están ligados a ese derecho imprescriptible.

Por otra parte, frente al decreto 2545 de 2010, contrario a como siempre se han concebido los gastos de administración, estos tiene una asignación específica en exactamente 11 gastos, de los cuales uno es para garantizar la defensa judicial del fondo, otro es para la compra de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los otros 9 son destinados únicamente para realizar las inversiones de los fondos privados que general los rendimientos que son depositados diariamente en las cuentas de ahorro individual de los afiliados, de modo que también dichos gastos nunca hacen parte del PIG de los fondos de pensiones.

Adicionalmente, el decreto 2555 de 2010, señala que el manejo de este recurso es vigilado por la Superfinanciera e incluso los fondos de pensiones que reciban, incluso los fondos de pensiones que reciban de las utilidades que reciban como sociedad, es decir, los que si reportan dentro del PIG deben crear reservas que garanticen la rentabilidad mínima mediante el mecanismo creado por este decreto y que periódicamente señala la Superfinanciera y si los fondos de pensiones no garantizan la rentabilidad mínima, deben incluso los socios deben responder con su propio patrimonio, por lo que entonces la norma y el órgano de vigilancia y control, prevé mecanismos para que los fondos hagan buen uso de esos gastos de administración, a su vez si se mira la rentabilidad que genera mi mandante, esta es superior a la rentabilidad que genera el régimen de prima media, por lo que se hace un estudio equivalencia financiera de los dineros de la cuenta de ahorro individual, con los rendimientos generados que se trasladaran con destino a COLPENSIONES, ello arrojaría que los rendimientos que va a trasladar mi representada son muy superiores a los rendimientos que hubiere podido generar el régimen de prima media, si la demandante nunca (se entrecorto). Es por lo anterior, que ordenar a SKANDIA a devolver los gastos de administración genera un enriquecimiento injustificado de parte del fondo que va recibir los aportes de la demandante, porque como ya se dijo esos gastos de administración no son factor de financiación de la pensión de vejez y con el pago de la pólizas de invalidez y sobrevivencia la actora ha estado amparada y estará amparada por los cubrimientos de estos riesgos de invalidez y muerte, hasta la ejecutoria del fallo, pese a la declaratoria de ineficacia, por tanto, esa contratación y pago de las pólizas previsionales cumplió y seguirán cumpliendo su específica destinación, además estos recursos no están en poder de SKANDIA y en la fijación del litigio jamás se estableció la devolución de dineros que estuvieran en poder de terceros, que ni siquiera fueron vinculados en el proceso, violándose así su derecho de defensa y contradicción, al paso que dichas garantías serían también serían desconocidas para SKANDIA, por tanto, solicito se absuelva a mi representada de trasladar dichos conceptos al régimen de prima media.

Tampoco era viable disponer el retorno del porcentaje destinado al fondo de garantía mínima, pues este descuento se realiza por disposición legal y esta destinada y esta destinado a cumplir el principio de la solidaridad que irradia al sistema general de pensiones. En todo caso, también se constituye en una doble condena ordenarle a mi representada que devuelva la cuenta pensional con sus rendimientos, y además de rendimientos, frutos e intereses, pues son los rendimientos precisamente el mecanismo que ha generado el legislador para que estos saldos de la cuenta pensional se mantenga actualizados, y por ende, son los rendimientos esos frutos e intereses, y no se podía independientemente ordenar frutos, intereses y además los rendimientos financieros.

Por otra parte, en caso de mantenerse la condena solicito a la Honorable Sala de decisión equilibrar las cargas procesales de las partes y se ordene que cada AFP que ha administrado los recursos pensionales de la afiliada devuelva los conceptos y rendimientos por el periodo de afiliación con cada una de ellas, si en este caso en gracia de discusión se aceptara dicha condena debe tenerse en cuenta que SKANDIA únicamente tendría que asumir el traslado de conceptos diferentes a aportes y rendimientos a partir de la fecha de efectividad de la afiliación de la demandante con mi representada, que la entidad con la que

80 del C.P.T. y la S.S., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 1:10:45), archivo “12. Grabación Audiencia Art. 80 C.P.T., -S.S 12 Agosto de 2021, expediente digital).

Por último, PORVENIR solicitó sea revocado el fallo, arguyendo, no es posible aplicarse de manera objetiva el precedente judicial, sin analizar las circunstancias que rodean cada caso concreto y, en esa medida, no debía ser declarada la ineficacia del traslado basado en la falta de información, debido a que no era obligatorio a la AFP brindarla según la Circular 19 de 1998 emitida por la Superintendencia Financiera de Colombia, la cual tenía como única exigencia establecida, a efectos que se entendiera no solo materializado sino válido el traslado del régimen pensional, que el afiliado expresara su voluntad a través del diligenciamiento del correspondiente formulario, de conformidad con las disposiciones vigentes sobre el particular, lo cual en el presente asunto se cumplió en su totalidad. Además, la permanencia de la demandante al régimen de ahorro individual ha sido una decisión libre, voluntaria e informada, la cual se ha ratificado con el paso del tiempo. Adicionalmente, anota, la Ley 1748 de 2014 que regula la obligación de realizar una proyección de la pensión, entró en vigencia a partir del 26 de diciembre de 2014, razón suficiente para establecer que al momento del traslado no era obligatorio la entrega de documentos y bastaba con la asesoría verbal.

De otro lado, argumenta, no es razonable la ineficacia del traslado por la falta de consentimiento o vicios en este, ya que PORVENIR brindó a la demandante una asesoría oportuna, en la cual le informó ampliamente sobre las implicaciones de sus decisión, sobre el funcionamiento del RAIS y las condiciones pensionales tal como se aprecia en el formulario suscrito por ella. Aunado a lo

tampoco se trasladó de régimen, las cuotas de administración, seguros previsionales y demás emolumentos que se estimen deben devolverse al régimen de prima media con prestación definida, fueron descontadas por las AFP HORIZONTE hoy PORVENIR Y PROTECCIÓN, y por tanto, deben ser dichas entidades las llamadas asumirlas por el periodo de afiliación con cada una de ellas, y trasladarlas al régimen de prima media con prestación definida.

Por último, manifiesto que tampoco era posible condenar a mi representada al pago de costas y agencias de derecho porque es claro que al no ver materializado el traslado de régimen puede considerarse a SKANDIA como parte vencida en esta causa, si bien SKANDIA integra la parte pasiva de esta litis, esto obedece a la necesidad que todas las entidades a las cuales ha estado afiliada la demandante al RAIS comparezcan al proceso, pero solo a la AFP que materializa el traslado de régimen puede podrían resolverse las pretensiones de la demanda, siguiendo para la restantes solo un efecto de dicha decisión y por ende, también solicito se revoque dicha condena. Así dejó sustentado el recurso señora juez.”

anterior, sostiene, en virtud de lo previsto en el artículo 1752 del Código Civil operó de manera automática el saneamiento del consentimiento por ratificación tácita, ya que la demandante realizó aportes y traslados dentro del régimen individual de manera voluntaria.

Sobre ello además, alude, en la sentencia SL3752 del 2020 se establece que deben entenderse como actos de relacionamiento la suscripción de varios formularios por el afiliado, esto es, la intención de permanecer en el régimen de ahorro individual y, en el presente asunto, la demandante suscribió 3 formularios con AFP del RAIS.

Se cuestiona dónde está el deber de diligencia que le incumbe a la actora, cuando es capaz de entender las consecuencias que le acarrea la suscripción de un contrato.

Finalmente, advierte, la condena en costas no deviene del actuar temerario o de mala fe, ni siquiera de su culpa, sino que al tenor del artículo 365 establece son el resultado de la derrota en el proceso, y es por ello que, estima, la condena por este concepto debe extenderse a COLPENSIONES³ (*Audiencia virtual*

³ “Muchas gracias su señoría, muy respetuosamente interpongo recurso de apelación ante el Honorable Tribunal de Bogotá Sala Laboral, para que se revoque el fallo proferido, el cual me permite sustentar así: señores magistrados pongo a su consideración si bien existe un precedente del órgano de cierre de la jurisdicción, como lo el citado en el a quo, con los argumentos que ha manifestado el Honorable Tribunal en diferentes salas no se debe aplicar el precedente de manera objetiva, ya que sin analizar las circunstancias de cada caso en concreto, y es por esto que no le asiste al fallador de primera instancia en declarar la ineficacia del traslado, con base en la falta de información cuando no le era obligatorio a mi representada en 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 efectos que se entendía no solo materializado sino valido el traslado del régimen pensional que el afiliado expresa su voluntad a través del diligenciamiento del correspondiente formulario, de conformidad con las disposiciones vigentes sobre el particular, tal y como esta en el presente asunto y que mi representada cumplió con la totalidad de su obligación a su cargo y la permanencia de la actora en el régimen de ahorro individual, administrado por mi representada, ha sido una decisión libre, voluntaria e informada y que se ha ratificado con el tiempo.

Tampoco es razonable decir que la ineficacia del traslado se da por falta de consentimiento o vicios en el mismo, toda vez que PORVENIR brindó a la demandante en una asesoría oportuna donde le informo ampliamente sobre las implicaciones de sus decisión, sobre el funcionamiento del RAIS y sobre las condiciones pensionales tales como se aprecia en el formulario suscrito por ella, así como en el presente caso se da el fenómeno establecido en el artículo 1752 y siguientes del Código Civil, relativos al saneamiento del consentimiento por ratificación tácita, la cual opera de manera automática ya que la demandante realizó aportes y traslados de régimen individual de manera voluntaria, lo que sin lugar a dudas, si existía un vicio del consentimiento la misma demandante ratifico su decisión de trasladarse de régimen, de permanecer en el con su propio actuar, con el paso del tiempo.

Además, tenemos la sentencia SL 3752 del 2020 emitida por la Honorable Magistrada Ana Maria Muñoz Segura, que la misma fue ratificada con la SL 1061 de 2021, en la cual nos indica que pone de presente debe tomarse como actos de relacionamiento la suscripción de varios formularios por el afiliado como su intención de permanecer al régimen de ahorro individual, en el presente caso ocurre aquí, toda vez que la

concentrada Arts. 77 y 80 del C.P.T. y la S.S., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 1:18:09), archivo “12. Grabación Audiencia Art. 80 C.P.T., -S.S 12 Agosto de 2021, expediente digital).

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda (página 2, archivo “01 Expediente 2019-046 Completo foliado 19 de abril de 2021”, expediente digital) las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (página 3, *ibídem*), aspirando se declare la nulidad o ineficacia de su traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad efectuado el 4 de agosto de 1994 al fondo

demandante suscribe 3 formularios de afiliación ratificando su voluntad de permanecer en el régimen mencionado.

Por otro lado, no podemos decir la falta de, perdón, no podemos aducir que mi representada hubiere faltado al deber de información obligándole aportar documentos que a la fecha del traslado no era obligatorios, como son las simulaciones pensionales y demás documentales que parte demandante, como lo pone la ley 1328 2009, artículos 3 literal c y 9, que establecen el deber de información que tiene las AFP con su afiliado, obligación que se cumplió a cabalidad en dicho momento. Aunado a lo anterior, la ley 1748 de 2014 en la que hace alusión a la obligación de hacer una proyección de todo a lo que pensión se refiere y establece la obligación de envía extractos de la cuenta de ahorro individual, sin embargo, debemos tener en cuenta la vigencia de esta norma, es a partir del 26 de diciembre de 2014, razón suficiente para establecer que al momento del traslado no era obligatorio la entrega de documentos y bastaba con la asesoría verbal, por lo que no es dable dar por sentado de información al momento del traslado.

Señores magistrados también téngase en cuenta donde esta el deber de la diligencia de la demandante, cuando es plenamente capaz de entender las consecuencias de la suscripción de un contrato, en la cual lo único que pudo deducirse en el interrogatorio de parte, es que ella le hacia caso lo que los demás le indicaban, sin que pudiera ella misma tomar las decisiones, porque se indica aquí, porque la suscripción de un contrato de forma horizontal que se realizó, ella indicó que fue porque un empleador le indico, pero nunca se tomó el deber de diligencia de solicitar información adicional, si en caso tal tenía alguna duda o de manifestar su insatisfacción con alguno de los fondos, estando así por las de 24 años válidamente afiliada.

Para finalizar traigo a colación la sentencia C157 del 2013, con referencia a las costas, la condena en costas no resulta de lugar temerario o de mala fe, o siquiera culpable de la parte condena, sino que como resultado de su derrota en el proceso o del recurso que haya propuesto, según el artículo 365 de esta manera las costas se originan y tiene el propósito de ser una indemnización de perjuicios causados por el proceder de una parte, ni puede asumirse como una sanción en su contra, entonces si esto fue por una derrota en el proceso, como aquí ocurrió, por el cual no se condene a COLPENSIONES a pagar las costas, no queda claro. Señores magistrados téngase en cuenta la información que acabo de pronunciar se tenga en caso tal, se puedan acreditar las consecuencias que se quedaron plenamente dentro del proceso, de manera considero que los supuestos sobre los cuales se condena a mi representada no se encuentran acreditados, en consecuencia, solicito de manera respetuosa al Honorable Tribunal revocar en su totalidad la condena impuesta presentada dentro del proceso y en consecuencia absolverla de todas y cada unas de las pretensiones de la demanda y en caso de lo contrario, pues que se condene en costas igual a COLPENSIONES, por también haber sido derrotada dentro del proceso. Muchas gracias su señoría.”

de pensiones y cesantías COLPATRIA hoy PORVENIR S.A. En consecuencia, se tenga como afiliación válida al Sistema General de Pensiones la efectuada en el RPM administrado por COLPENSIONES y se condene a OLD MUTUAL a trasladar a COLPENSIONES los aportes realizados en el RAIS, disponiendo a esta última contabilice para efectos de su pensión, las semanas cotizadas en el régimen de ahorro individual. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró la nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por la actora a COLPATRIA hoy PORVENIR, disponiendo a la AFP OLD MUTUAL hoy SKANDIA, como actual administradora a la que se encuentra vinculada, devolver dentro de los 45 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia a COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la de afiliación de la actora, como lo son las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos los frutos e intereses y los rendimientos, y los demás emolumentos que se hubieren causado. Además, ordena a COLPENSIONES a aceptar los anteriores valores y tener como válida la afiliación de la demandante efectuada el 04 de julio de 1991. 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 para con la demandante al momento del traslado.

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

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

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía de la demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 28 de abril de 1967 (*página 22, archivo “01 Expediente 2019-046 Completo foliado 19 de abril de 2021”, expediente digital*), por lo que la edad de 57 años, los cumpliría el mismo día y mes del año 2022, procediendo a solicitar su traslado por primera vez mediante petición elevada ante COLPENSIONES y PORVENIR el 17 de octubre de 2018 (*páginas 34 a 40 y 41 a 46, ibídem*) y a OLD MUTUAL el 18 siguiente (*páginas 47 a 52 ibíd.*), esto es, cuando le faltaban menos de diez años para adquirir el derecho pensional -tenía 51 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 98,85 semanas cotizadas que corresponden a 1,87 años (*páginas 109 a 111, archivo “01 Expediente 2019-046 Completo foliado 19 de abril de 2021”, 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 **04 de agosto de 1994** con fecha de efectividad a partir del **01 de septiembre de 1994** (*páginas 58, 193, 200 y 333, archivo “01 Expediente 2019-046 Completo foliado 19 de abril de 2021”, expediente digital*), por afiliación que hiciera a COLPATRIA hoy PORVENIR, específicamente conforme la información consignada en el reporte SIAFP expedido por ASOFONDOS y el formulario de afiliación suscrito con esa AFP.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

jamás, es decir, con ineficacia ex 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.

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

Así, discurrió

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un **traslado de la carga de la prueba** de la actora al fondo accionado PORVENIR (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 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, raditaciones 31989 y 31314, dijo:

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

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

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

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

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

“(…).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(…)

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

(…).

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

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

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen la demandante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, con ninguno de los medios de prueba acopiados en el expediente se acredita el suministro de información a la accionante cuando efectuó el tránsito entre regímenes en los términos aquí referidos, pues en manera alguna se evidencia en el plenario que se le informó sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la demandante⁷, no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que los asesores le dijeron que el seguro social se iba a acabar, en consecuencia, no podría obtener una pensión de vejez. Además, mencionó, su madre, quien fue la asesora para el momento del traslado, le realizó argumentos comerciales, que el fondo tenía un respaldo financiero por COLPATRIA, empero nunca se le hizo mención sobre aspectos particulares del régimen al que se estaba afiliando como la existencia de la cuenta de ahorro individual o las condiciones para acceder a la prestación.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a COLPATRIA hoy PORVENIR (*páginas 58 y 200, archivo “01 Expediente 2019-046 Completo foliado 19 de abril de 2021”, expediente digital*), este no constituye en manera alguna medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada (sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019) y, en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus*, pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que se advierten ausentes en el plenario.

Respecto al comunicado de prensa (*páginas 201 a 203, archivo “01 Expediente 2019-046 Completo foliado 19 de abril de 2021”, expediente digital*), es de anotarse, la transcripción de normas legales allí consignadas no suple el deber de información idónea referido a lo largo de este proveído, pues lo que allí se lee es la cita de normas relacionadas con la posibilidad de traslado, siendo el tema aquí en discusión absolutamente distinto a la oportunidad del traslado entre regímenes.

⁷ Audiencia del 12 de abril de 2021, récord 23:17,

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

Aquí también debe resaltar esta Sala, aunque PORVENIR invoca como argumento del recurso el que para la época de traslado no estaba vigente el deber de información, lo cierto es que este sí existe desde la misma creación de las administradoras de fondos de pensiones.

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

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

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

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

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

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

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

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

...

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

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

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

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

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

Como se ve, ya para el año 1994, cuando se produjo el traslado de la aquí demandante, la AFP estaba en la obligación de informar a su futura afiliada sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, pero ello en el asunto no ocurrió o, por lo menos, no se acreditó.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR (antes COLPATRIA), omitió en el momento del traslado de régimen (04 de agosto de 1994, efectivo el 01 de septiembre de 1994), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia, no obstante, conforme lo visto se modificará el numeral primero de la decisión de primer grado, únicamente para precisar que las consecuencias de la omisión de información en el momento del traslado de régimen no derivan en la nulidad del mismo sino en un **TRASLADO INEFICAZ**, al tenor de lo señalado por la Corte suprema de justicia en la sentencia SL. 12136 de 2014.

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

Tampoco importa el hecho que la demandante hubiese efectuado traslados entre AFP (*página 333 archivo “01 Expediente 2019-046 Completo foliado 19 de abril de 2021”, expediente digital*) en tanto ello no conlleva a que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en el RAIS, máxime si se tiene en cuenta que si bien se trató de traslados los mismos fueron dentro del mismo régimen de ahorro individual, según se observa en el historial de vinculación (*ibíd.*), y en esa medida, esa circunstancia no implica una ratificación de la voluntad de la afiliada de permanecer en el RAIS, como se adujo en la alzada por PORVENIR y COLPENSIONES.

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).”

En ese orden, la ineficacia del tránsito de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de OLD MUTUAL (hoy SKANDIA) como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliada la actora, de todos los costos cobrados por concepto de administración y la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, de tal manera se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto, , aclarando en este punto y para resolver la apelación de COLPENSIONES, aunque esta entidad no intervino de manera directa en el acto jurídico de traslado, no puede perderse de vista que en la actualidad dentro de la estructura del sistema de pensiones es la única entidad administradora del régimen de prima media con prestación definida, siendo de contera la llamada a recibir nuevamente a la demandante como su afiliada.

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

Asimismo, advierte la Sala, frente a los argumentos de apelación de OLD MUTUAL hoy SKANDIA, relacionados con los gastos de administración y el porcentaje dirigido a financiar las prestaciones por invalidez y sobrevivencia, resulta que estos surgen como consecuencia de la afiliación, y en ese orden, al declararse la ineficacia del traslado, resulta claro que dichos gastos quedan sin fundamento, pues lo que ocurre es que la situación de afiliación de la actora vuelve a su estado inicial es decir es como si dichos gastos no se hubiesen

generado, razón por la cual es procedente la remisión de la totalidad de los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la demandante a Colpensiones (actual administradora del RPM), incluyendo las sumas de gastos de administración. Así fue consignado en sentencia de la CSJ Sala Laboral SL 2914 del 22 de julio del 2020, en la que cita la del 8 septiembre 2008, radicado 31989, donde se dijo:

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

[...]

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

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

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

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

“Conforme a lo establecido en sede de casación, fuerza concluir entonces, que debe declararse la ineficacia de la afiliación de la demandante al sistema pensional de ahorro individual, debiendo retrotraerse las cosas al estado en que se encontraban, es decir, como si ello no hubiera ocurrido, lo cual trae como consecuencia, que la actora jamás perdió el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100/93, y de igual forma, que el Fondo de Pensiones y

Cesantías PORVENIR S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, como en oportunidades anteriores lo ha dispuesto la Sala, pudiéndose traer a colación las sentencias CSJ SL17595-2017 y CSJSL4989-2018, donde se rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989 (...)."

Frente a esta temática, debe anotarse igualmente el deber de devolver las cuotas de administración incumbe a todas las administradoras del régimen de ahorro individual en 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.**”*

Bajo ese escenario entonces, como bien lo sostiene SKANDIA, le corresponde tanto a PROTECCIÓN como a PORVENIR retornar los gastos de administración descontados durante el tiempo que estuvo vigente la afiliación de la actora con esas administradoras, por lo que habrá de adicionarse la sentencia de primer grado, para condenar a estas administradoras a la devolución de dichas sumas de dinero.

Es importante precisar frente a este tema, aunque no quedó expresamente consignada la procedencia de la devolución de los gastos de administración al momento fijarse del litigio por la *a quo*, lo cierto es que esta situación resulta ser consecuencial a la declaratoria de ineficacia, debiendo entenderse por tanto que era posible analizar lo atinente al retorno de este dinero y demás conceptos recibidos por la AFP en virtud de la afiliación efectuada por la actora.

En lo que atañe a la excepción de prescripción (páginas 107 y 133, archivo “01 Expediente 2019-046 Completo foliado 19 de abril de 2021”, expediente digital)⁸,

⁸ Se tuvo por contestada la demanda en proveído del 27 de noviembre de 2020 (páginas 233 a 239, archivo “01 Expediente 2019-046 Completo foliado 19 de abril de 2021”, expediente digital).

basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL-1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que, además, está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por las encartadas, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

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

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

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

*Al efecto, aun cuando en las controversias suscitadas en el ámbito del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, los preceptos llamados a regular la extinción de la acción, son los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, 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 último 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)

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 SKANDIA, baste con indicar, que 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.

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

adicionarse la providencia apelada para disponer que este concepto debe estar a cargo igualmente de COLPENSIONES.

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: MODIFICAR el numeral **PRIMERO** de la sentencia proferida por la Juez 2 Laboral del Circuito de Bogotá para establecer que las consecuencias de la omisión de información en el momento del traslado de régimen no derivan en la nulidad del mismo sino únicamente en un **TRASLADO INEFICAZ**, al tenor de lo señalado por la Corte suprema de justicia en la sentencia SL. 12136 de 2014, de conformidad con las motivaciones precedentes.

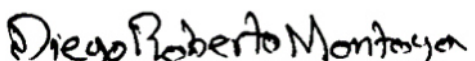
SEGUNDO: ADICIONAR un ordinal SÉPTIMO a la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, y en ese sentido **ORDENAR** a PORVENIR y PROTECCIÓN devolver los gastos de administración que fueran descontados de los aportes efectuados por la actora durante el tiempo en que estuvo vigente la afiliación con cada uno de estos fondos, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

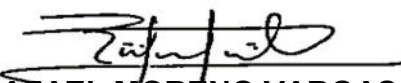
TERCERO: ADICIONAR el numeral quinto de la sentencia en el sentido de condenar en costas también a COLPENSIONES, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MYRIAM FIGUEREDO
MAZO CONTRA EL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES EN LIQUIDACIÓN
(RAD. 04 2013 00640 01)**

Bogotá D.C. veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

Vencido el término de traslado otorgado, sin que se hubieran presentado los alegatos en esta instancia por las partes, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES EN LIQUIDACIÓN, atendiendo lo dispuesto por la Sala de Casación Laboral – Sala de Descongestión No. 1- de la Corte Suprema de Justicia, mediante proveído del 20 de abril de 2021 (*folios 72 a 75, Cdno. Corte*), contra la sentencia proferida por el Juez Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 25 de agosto de 2014 (Cd a folio 261, record 01:01:30, acta a folio 260), en la que se resolvió:

***“PRIMERO: DECLARAR** la existencia de dos contratos de trabajo entre la demandante la ciudadana MYRIAM FIGUEREDO MAZO, que se identifica con cédula de ciudadanía No. 35.469.689 y el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES EN LIQUIDACION cuya vigencia fue del 3 de octubre de 2007 al 30 de abril del año 2009, y el segundo del 27 de mayo del año 2009 al 30 de noviembre del año 2012, en consecuencia y de conformidad con lo expuesto en la parte motiva, condenar a la parte demandada a pagar a la demandante los siguientes conceptos y cuantías.*

1.1 Por indemnización por terminación de contrato de trabajo de orden convencional el valor de \$12.301.783.

1.2 Por el auxilio de cesantías según convención colectiva de trabajo \$10.718.728

1.3 Por prima de navidad el total de \$9.937.714

1.4 Por intereses a la cesantía de orden convencional \$1.286.247

1.5 Por vacaciones de la ciudadana demandante el total de \$5.200.288

1.6 Por prima de servicios de orden convencional el total de \$8.510.025

1.7 Por cotizaciones al sistema general de seguridad social en pensiones y en salud a cargo de la demandada que cubrió la demandante \$3.249.284.

1.8 Por indexación de las anteriores cuantías de acuerdo a la formula IPC final/ IPC inicial que corresponde el del final al de diciembre del año anterior de la fecha en la cual se realiza el pago y el IPC inicial al de diciembre del año anterior fecha en la cual se causó el derecho por el valor a actualizar.

SEGUNDO: Absolver a la demandada de las demás pretensiones no indicadas en la parte resolutive de esta sentencia.

TERCERO: Se tiene por no probadas las excepciones propuestas por la demandada, y probada parcialmente la de prescripción de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia. Releva de manifestarse sobre las excepciones relacionadas en su contenido por las cuales se absuelve a la demandada.

CUARTO: Costas a cargo de la demandada, agencias en derecho por 5.5. SMMLV siempre y cuando no superen el 25% del total de las condenas.

QUINTO: Se concederá el grado jurisdiccional de consulta si esta sentencia no es apelable por la demandada”.

Inconforme con la decisión anterior, la apoderada de la parte actora interpuso recurso de apelación, aduciendo la existencia de un solo contrato de trabajo, por cuanto las funciones variaban según las indicaciones, por las necesidades que iban surgiendo, siendo todas del objeto social de la entidad, razón por la que considera, no puede tomarse el cambio de funciones como existencia de dos contratos dado que con ello afecta lo atinente al auxilio de cesantías, y la prima de vacaciones; aunado a ello, insiste en la procedencia de la prima técnica y la nivelación salarial, considerando, quedo acreditado en el proceso, la calidad de profesional ostentada como único requisito para acceder a la prima técnica, así mismo solicita la aplicación de la escala salarial aportada, nivelando su salario con el de odontólogo en un nivel inferior a 27 y finalmente, frente a la indemnización moratoria, señala que el estado de liquidación del ISS no puede ser tomado como buena fe, precisando que la Corte Suprema de Justicia ha sido reiterativa al señalar que no hay justificación en el actuar del ISS en lo referente a las

contrataciones, iterando que en materia laboral el estado financiero no puede tenerse como buena fe (Cd a folio 261, record 01:05:53 y acta a folio 260)¹

¹ De acuerdo su señoría, voy a formular recurso de apelación respecto a la declaratoria de la relación laboral muy respetuosamente le solicito tener en cuenta lo que se ha mencionado respecto a lo mismo (audio de mala calidad) (...) Sin embargo esas funciones en la práctica variaban según las indicaciones que impartía el jefe según las necesidades que iban surgiendo, por lo tanto, su señoría no se puede pensar, Honorables Magistrados que en virtud de la variación de funciones se encuentre cobijado por diferentes contratos de trabajo porque más aún cuando el Instituto de Seguros Sociales continúa siendo el mismo empleador. No se puede pensar que por la ¿? de ciertas funciones y actividades que se vayan dando en el transcurso del tiempo se pueda predicar los diferentes contratos de trabajo. Asimismo su Señoría y Honorables Magistrados, según la prueba testimonial determinadas funciones en el departamento de calidad se correspondía con ¿?? internas, tutelas, apoyo al Gerente. Esas funciones guardan estrecha relación entre sí y además están ligadas con el objeto social de la entidad aquí demandada. Por eso, no se puede creer que esas funciones son completamente extrañas entre sí. Asimismo esas funciones que van surgiendo por la necesidad de la prestación del servicio no se encuentran detalladas de manera estricta en el objeto contractual sino que simplemente se van impartiendo según pues la conveniencia y lo que necesitara la entidad, eso fue reconocido por la prueba testimonial.

Así pues su señoría, en virtud pues de digamos que es abogada, hay criterios suficientes para establecer dos relaciones laborales por el contrario hay unas situaciones jurídicas que tenderían a cambiar como es el tema de las cesantías, en ese tema diría yo no se puede predicar una prescripción de las que se causaron en la primera vinculación laboral como fue ya decidido en el día de hoy, porque entre otras la finalidad del auxilio de cesantías es básicamente darle digamos el dinero al cesante y se hacen exigibles a la finalidad del contrato de trabajo, por eso la declaratoria de un solo contrato de trabajo dichas prestaciones no están prescritas más aún porque como se ha dicho esto no se encuentra cobijado por el fenómeno jurídico de la prescripción en vigencia de la relación laboral así la ley disponga que su liquidación sea anual habida cuenta que para la terminación del contrato de trabajo es cuando verdaderamente se causa o se hace exigible las prestaciones, entonces dicha prestación variaría respecto a la declaratoria de uno o dos contratos de trabajo. (1:08:45)

Respecto pues a la prima de vacaciones tendría también una variación jurídica en cuanto a la declaratoria de una sola relación laboral porque primero que todo no se encuentran prescritas y además si se tendría el tiempo que establece la convención colectiva para otorgarlas que son cinco años y digamos que la relación laboral empezó el 3 de octubre del 2007 y terminó el 30 de noviembre de 2012 con lo que se estarían causando los cinco años para tener este derecho.

Respecto a la prima técnica la justificación del Despacho era que no era posible dársela a la demandante porque no desempeñaba funciones de odontóloga pero pues en la resolución mencionada no se establece pues que es necesario que cumplan las funciones por las cuales están acreditadas profesionalmente sino simplemente que dicha calidad se logre probar en el proceso, es decir que ostente una calidad de profesional y no médica. Dicha prueba se acreditó en el proceso y obra pues en la prueba documental anexada. Así pues me permito leer el artículo primero del objeto de dicha prima, de la prima técnica de los trabajadores oficiales vinculados a la planta de personal en los cargos profesionales no médicos que laboran en el ISS serán beneficiarios de dicha convención y de la prima. Entonces en ese orden de ideas no hay una discriminación respecto a que el objeto contractual no se desarrolle funciones a las cuales corresponde con su profesión, simplemente lo que dice es que sean profesionales. Entonces considero que debe ser acogida dicha pretensión.

Respecto a la nivelación salarial, tal como obra al folio 166 a 161, está la respuesta a un derecho de petición el cual establece la escala salarial para todos los cargos del seguro Social, entre ellos se encuentran los profesionales no médicos y médicos no odontólogos. Entonces básicamente lo que buscan las pretensiones es que se nivelen salarialmente a la demandante con aquellos trabajadores que desempeñaban el mismo cargo odontólogo con un nivel inferior al grado 27, aplicando la escala salarial asignada para los trabajadores de planta que está fijada en esta prueba y que realmente fue aceptada por la contraparte y fue sujeta a todo el debate probatorio y a la admisión de la misma. Señoría entonces enfáticamente lo que se pretende es que se nivele de manera salarial así como en la ley se puede, la Corte Suprema de Justicia es que hay unas mismas funciones que están reconocidas por la entidad aquí demandada y reconocidas por los jefes y pues que digamos que en el presente caso no hay un ajuste salarial del mismo por cuanto hay una discriminación y hay una disminución en lo que se ganaba con todos ¿? Por el cargo de contratista independiente respecto a personas de planta que estaban en la misma posición profesional. Entonces su señoría ruego pues que sea acogido el tema de la nivelación salarial respecto al principio de la igualdad y a la responsabilidad que era ¿? de la entidad decretar diferentes salarios. Es pues su señoría con base en la nivelación salarial también se liberan diferentes consecuencias jurídicas que son tenidas en cuenta para liquidación de la seguridad social, indemnización por despidos, indemnización moratoria, primas, vacaciones.

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

Finalmente, respecto al punto de la indemnización moratoria, si eres abogada, porqué una entidad aquí demandada en ningún momento actúa de buena fe, así que debe estudiar para la ¿? indemnización moratoria es la buena o mala fe de la entidad no el hecho de que por situaciones jurídicas en el estado de liquidación porque ese tema ha sido criticado en reiteradas ocasiones por la Corte Suprema de Justicia. Entonces su señoría y honorables magistrados considero que en el presente caso no hay prueba alguna de que realmente eran contratos de prestación de servicios. Por el contrario lo que se presentó es la prueba de todos los elementos de la subordinación pues elementos notorios de un contrato de trabajo. Así lo ha dicho en reiteradas ocasiones la CSJ 13 de abril de 2010, radicado 35550, sentencia del 4 de mayo de 2010, radicado 36812, sentencia del 6 de mayo de 2010 radicado 38408, sentencia del 25 de mayo de 2010; radicado 37120 sentencia del 1º de junio de 2010, radicado 36808, sentencia del 24 de 2013, radicado 40666 en los cuales la Corte ha precisado que no existe una justificación en el comportamiento asumido por la entidad al tergiversar el tipo de vínculo y la última sentencia, sentencia del 2014, Magistrado Ponente Elsy Rivera Cuello Calderón, la cual respetuosamente me permito citar “Al persistir en contratar a un importante número de sus servidores a través de contratos de prestación de servicios para ejecutar labores estrechamente asociadas al desarrollo del objeto social de la entidad lo que pone de manifiesto es el desprecio por la figura de un contrato de trabajo, tal actitud en manera alguna puede calificarse como una expresión de su actuar debido a los postulados de la buena fe, indispensable para exonerar a quien es declarado empleador y de la imposición de la sanción establecida en el artículo 1º decreto 797 del 49. Se tiene por adocinado que la sola existencia de documentos que incorporan contratos de prestación de servicios supuestamente independientes no es una prueba suficiente para colegir la buena fe. Tal restricción se mantiene vigente, estima la sala, porque contra un línea de pensamiento contraria puede argüirse que la celebración de un pacto de esa naturaleza lo que muestra es la intención del contratante de ocultar la verdadera relación que subyace bajo la apariencia de un nexo jurídico ajeno al concepto de la subordinación. (1:15:19) Entonces Honorables Magistrados y su señoría, teniendo en cuenta este precedente y digamos que es reciente, muy reciente, otra vez vuelve a tomar fuerza respecto a la sanción moratoria que debe soportar la entidad aquí demandada por su actuar de mala fe, considero pues que debe ser tenido en cuenta por este Despacho y por los Honorables Magistrados. También se debería con respecto al argumento de que no se puede condenar porque está en estado de liquidación, estaba, digamos actuando bajo el principio de legalidad que son los decretos que establecen dicho estado la Corte se ha tomado el trabajo de estudiar y ha sentado tres precedentes, y tres argumentos claves que son: Que no se puede tratar de asunto de fuerza mayor, radicado 17963 Magistrado Escobar Henríquez., del 30 del 2002, ha dicho que no puede ser fuerza mayor por cuanto se define como un imprevisto que no es posible resistir y tal determinación, es decir, como cerrar una entidad, por su propia naturaleza debió ser objeto de previsión y de estudio minucioso. También en el radicado 37656 del 10 de mayo del 2011, Magistrado Gnecco Mendoza, ha dicho pues que el hecho de que la entidad haya entrado en proceso de liquidación no es una razón que justifique no haber pagado al actor las prestaciones sociales pues en este caso lo que se presentó fue una denegación de la vinculación laboral del actor lo que no resulta atendible habida consideración al carácter subordinado de la prestación del servicio. A menudo su señoría han dicho que así esté en estado de liquidación la entidad puede ejecutar actos de buena fe como son el reconocimiento de las prestaciones y una relación laboral. No mantenerse en una negación absoluta, digamos por límites no temporales. También ha dicho pues que abarcando los principios del derecho laboral, radicado 33275 del 2010, ha dicho que el estado financiero de la entidad no puede tenerse como indefectible causal de buena fe pues son las circunstancias del caso las que pueden llevar a la conclusión fundada toda vez que es un postulado del derecho del trabajo el que los trabajadores no participen de las pérdidas del empleador y menos padezcan los perjuicios derivados de una conducta del cual no son responsables ni atribuibles ni reprochables. Finalmente, los órganos de control como la Procuraduría General de la Nación en su instructivo número 014 digamos pues que alertó al ISS de dicho actuar, aparte de alertarlo le dijo en este instructivo y se encuentra de manera clara las consecuencias jurídicas que puede tener dicho actuar, les voy a citar uno muy breve que dice que “El empecinamiento, la reiteración y el yerro en la contratación puede conducir a la judicatura a encontrar desvirtuada la buena fe cuando la institución persiste indebidamente en esa modalidad de contratación y por lo tanto, podría dar lugar a condenar a la entidad por la indemnización moratoria lo cual sería más gravoso para el patrimonio público”. Así pues Honorables Magistrados y Honorable Juez cierro mis argumentos, teniendo en cuenta que es importante revisar otras versiones y otros temas en cuanto a la sanción moratoria y lo más importante, ver la buena fe y la creencia de actuar de manera correcta, que no se desvirtúa con la presentación de contratos o con un aparente actuar de buena fe sino que se ve en todas las ejecuciones que se den durante todo el tiempo. Así termino mi recurso de apelación. Muchas gracias señor Juez y Honorables Magistrados.

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda (**folios 6 y 7**) las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (**folios 3 a 6**), aspirando, se declare que estuvo vinculada con el Instituto de Seguros Sociales por medio de contrato de trabajo, el cual terminó de manera unilateral y sin justa causa. En consecuencia, se disponga su reintegro al cargo desempeñado junto con el pago de salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir entre la fecha del despido y el reintegro. En subsidio de esto, se ordene el pago de la indemnización por despido establecida en la convención colectiva o la legal, así como las cesantías y la indemnización moratoria o la indexación, anotando *“en el evento de considerarse que a la demandante la ligaron varios contratos de trabajo con el ISS condenará al pago de la indemnización por despido convencional o legal con respecto de cada uno de ellos”*. Adicionalmente, pidió el pago de los intereses sobre las cesantías, vacaciones, prima de vacaciones, prima de servicios, prima de navidad legalmente establecidas, incrementos por servicios y prima técnica convencional, así como el valor de los aportes que le correspondía efectuar a la demandada al sistema de seguridad social, la nivelación salarial con los profesionales universitarios especializados vinculados mediante contrato de trabajo al ISS, con el reconocimiento y pago de reajustes salariales y en subsidio de ello, se reconozca el incremento salarial reconocido para los trabajadores oficiales de la entidad para los años 2010 a 2012. **Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró la existencia de dos contratos de trabajo entre las partes así: i) del 3 de octubre de 2007 al 30 de abril de 2009 y ii) del 27 de mayo de 2009 al 30 de noviembre de 2012, disponiendo el pago de la indemnización por terminación de contrato, las cesantías, la prima de navidad, los intereses a la cesantías y la prima de servicios de orden convencional, las vacaciones, la devolución de los aportes al sistema de seguridad social en salud y pensiones y la indexación. Absolvió a la demandada de las demás aspiraciones en su contra.

Para arribar a dicha determinación, el juzgador de primer grado consideró, con relación al contrato de trabajo, la demandada no había logrado desvirtuar la presunción derivada de la prestación personal del servicio y, por el contrario, los elementos de prueba incorporados al expediente daban cuenta de la presencia de la misma en la vinculación que tuvo formalmente la demandante a través de la suscripción del múltiples contratos de prestación de servicios. Sin embargo, estimó, la interrupción presentada entre los contratos 5000010928 y 50000214929, así como la modificación del objeto de la prestación, conllevaban a concluir que el no existió una sola relación laboral con la convocada a juicio.

Con relación a la indemnización por terminación del contrato, discurrió, la prueba del despido la constituía el que se haya suscrito un término al contrato de trabajo mediante la utilización de la forma de prestación de servicios, es decir, se encontraba probado con la manifestación de voluntad de la pasiva de “*no vincular más*” a la demandante con posterioridad al 30 de noviembre de 2012, fecha de finalización del último contrato, razón por la cual dispuso el pago de este concepto, en los términos previstos en la convención colectiva de trabajo.

Declaró prescritos los derechos causados con anterioridad al 28 de diciembre de 2009, es decir, contando 3 años atrás a la reclamación administrativa, por lo que ordenó la cancelación de las cesantías del último contrato y demás prestaciones derivadas de la última vinculación no afectadas por prescripción.

Frente al reembolso de los aportes a seguridad social en salud y pensiones, estableció, la prueba de su pago era la norma que establecía a cargo del ISS como empleador, la obligación de constatar dichos pagos, disponiendo el pago conforme la diferencia entre lo pagado por la actora y lo que debía cancelar la demandada.

Como quiera que no accedió a la indemnización moratoria, ordenó el pago debidamente indexado de las sumas condenadas a favor de la actora.

De tal manera, habida cuenta que el presente proceso se conoce además del recurso de apelación por la parte actora, con ocasión del grado jurisdiccional de consulta en favor de ISS, inicialmente se pasará al examen acerca de la existencia

de la relación laboral aducida en el libelo, para con posterioridad, si a ello hubiere lugar, verificar la procedencia de las condenas impuestas en contra de esta accionada.

En esa dirección sea lo primero advertir, en los juicios del trabajo es primordial para el operador judicial establecer si existe o no contrato de trabajo, que resulta ser la fuente o causa de los derechos laborales y, acreditados los extremos temporales de la relación y el salario devengado, resultaría factible efectuar las liquidaciones a que hubiere lugar.

En autos, resulta ser justamente el distanciamiento principal entre las partes, la existencia o no de un contrato de trabajo, consignando la Sala y dada la controversia que se presenta, que no tiene importancia la denominación que al mismo le asignen las partes, ni que se halle regido por estipulaciones especiales, pues lo que lo configura es la forma como se ejecuta la prestación, es decir, debe hacerse primar la realidad sobre la apariencia formal, de acuerdo con el artículo 53 Constitucional y el entendimiento jurisprudencial y doctrinal en torno al tema.

De ésta manera, se examinará inicialmente la forma en que la demandante ejecutó su actividad, durante el periodo en que se prolongó la vinculación contractual, en el lapso comprendido del 3 de octubre de 2007 y el 30 de noviembre del 2012, conforme así lo hizo constar el Instituto de Seguros Sociales en certificación obrante a folio 51.

Ciertamente, desde el punto de vista formal la relación jurídica entre la demandante y el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES hoy liquidado, se circunscribió a la celebración de varios contratos estatales de prestación de servicios, según se aprecia en la certificación obrante a folio 51, sin embargo, lo allí plasmado puede desvanecerse dada la continua dependencia laboral, es decir dejar sin efecto la presunción del inciso 3º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, si la demandante acredita las características esenciales del contrato de trabajo.

Ahora, sobre la realidad como se prestaba el servicio de la demandante a favor del I.S.S., se recibieron en primera instancia las declaraciones de LEDY YORYET

NOCUA BECERRA², JENIFER PAOLA MEXA PINTO³, JUAN CARLOS RODRIGUEZ OCHOA⁴, quienes adujeron ser compañeros de la demandante, fueron consistentes en indicar que la promotora del litigio prestó sus servicios al Instituto de Seguros Sociales en las dependencias de calidad, recobros FOSYGA, auditoria interna y tutelas, precisando, sus funciones estaban directamente relacionadas con el funcionamiento de la entidad, en todas las áreas recibió órdenes de sus jefes directos y cumplía horario como los trabajadores de planta. Adicionalmente, indicaron, no le era posible delegar sus actividades en un tercero, las actividades eran permanentes, para ausentarse debía pedir permiso a sus superiores, recibía capacitaciones por parte de la entidad y los elementos de trabajo eran suministrados por el ISS. Afirmaron, para las épocas de navidad y semana santa se remitía un circular por parte de la Gerencia Nacional del Instituto donde se asignaban unos turnos de descanso no obstante todo el personal debía reponer el tiempo con horas de trabajo extra.

Así pues, las declaraciones vertidas por los testigos merecen plena credibilidad pues, obsérvese, los declarantes conocen, por percepción directa, los hechos discutidos -debido a que trabajaron con la demandante-, la realidad en la ejecución del vínculo, dando cuenta de que evidentemente la actora estaba sujeta a órdenes, así como al cumplimiento de un horario fijado por el Instituto de Seguros Sociales, aspectos que constituyen *“elementos indicativos de la subordinación laboral”*⁵, y que excluyen el concepto de autonomía, propio de vinculaciones jurídicas distintas al contrato de trabajo.

Igualmente queda claro con estas declaraciones que la actividad se cumplía en las instalaciones de la demandada y con los elementos que ésta le suministraba, imponiéndose entonces contratar personal idóneo para el efecto, bajo las directrices del artículo 1° de la Ley 6 de 1945 y no conforme a contratos de prestación de servicios regulados por el artículo 3 de Ley 80 de 1993, desvaneciendo de ésta forma la presunción legal que de la norma podría haberse inferido, lo cual halla soporte además en la documental de folios 24 a 41, 51 a 53m 58, 71, 78, 79 a 80 y 82, precisándose igualmente, siendo la naturaleza jurídica

² Audiencia del 31 de julio de 2014, récord 03:10, CD folio 239, acta folio 241.

³ Audiencia del 31 de julio de 2014, récord 31:59, CD folio 239, acta folio 241.

⁴ Audiencia del 31 de julio de 2014, récord 47:24, CD folio 239, acta folio 241.

⁵ Ver radicado 22357 Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral.

del ISS, la de una Empresa Industrial y Comercial del Estado, por regla general, sus servidores ostentaban la calidad de trabajadores oficiales.

Así, la verdadera relación jurídica contradice lo que informan los contratos de prestación de servicios suscritos entre la demandante y el Instituto de Seguros Sociales liquidado, por lo cual, estos no opacan la realidad de lo vivido entre las mismas.

Ahora, el juez a quo, en consideración al objeto de los contratos suscritos entre las partes, encontró que la relación laboral se rigió por dos contratos de trabajo, cuyas vigencias estableció entre el 3 de octubre de 2007 y el 30 de abril de 2009, y del 27 de mayo de 2009 al 30 de noviembre de 2012.

Al respecto, para resolver uno de los puntos de apelación propuestos por la parte actora, debe señalarse, en lo que tiene que ver con la solución de continuidad, se observa a folio 51 a 53 certificación expedida por la enjuiciada en la cual se constata que las partes suscribieron quince contratos y tres prorrogas⁶,

6

CONTRATO	FECHA INICIAL	FECHA FINAL
p-0588263	3 de octubre de 2007	17 de Diciembre de 2007
p-059732	18 de diciembre de 2007	31 de marzo de 2008
5000001233	1 de abril de 2008	31 de julio de 2008
500004869	1 de agosto de 2008	31 de agosto de 2008
5000005686	1de septiembre de 2008	30 de septiembre de 2008
5000006039	1 de octubre de 2008	31 de octubre de 2008
adición al 500006039	1 de noviembre de 2008	14 de noviembre de 2008
6000100866	1 diciembre de 2008	31 de enero de 2009
5000010928	2 de febrero de 2009	30 de abril de 2009
50000214929	27 de mayo de 2009	31 de agosto de 2009
adición al 50000214929	1 de septiembre de 2009	15 de octubre de 2009
5000015801	16 de octubre de 2009	30 abril de 2010
terminación anticipada del contrato 5000015801		1 de febrero de 2010
5000017703	1 de febrero de 2010	30 de junio de 2010
5000018489	1 de julio de 2010	30 de noviembre de 2010

destacándose por su vigencia los identificados con N° 5000010928 y 5000014929, cuya copia milita a folios 33 a 35, pues en virtud de estos el *a quo* determinó una interrupción en la relación laboral y por ende la existencia de dos vinculaciones, tras considerar que entre uno y otro transcurrieron de 27 días y se produjo un cambio del objeto del contrato.

De la copia de los contratos suscritos, obrantes a folios 24 a 41 del plenario, se establece que el objeto de contratación desde la suscripción del primer contrato (P-058263)⁷, esto es, el 3 de octubre de 2007 y hasta 31 de enero de 2009 (6000100866)⁸ versa sobre las gestiones de auditoria, control seguimiento e implementación de acciones tendientes a verificar el cumplimiento de las metas establecidas para las IPS contratadas por el ISS, tales como oportunidad de citas de consulta externa y de urgencias, procedimientos diagnósticos, seguimiento de tratamientos, suministro de medicamentos, entre otros (folios 24 a 31).

El contrato N° 5000010928 de 2 de febrero de 2009 (folio 32), cambia el objeto de contratación, estableciendo el mismo al proyecto de recuperación de ingresos de la EPS, en procesos de facturación, apoyo para el traslado de la población a la Nueva EPS, imponiendo como metas el recobro al FOSYGA, verificación de soportes y anexos de facturas a efectos de evitar glosas entre otras actividades tendientes a recuperar recursos por vía administrativa.

En el contrato N° 5000014929, del 27 de mayo de 2009 (folio 33) se modifica nuevamente el objeto, dirigiéndose a las actividades de auditoria interna y al apoyo de la gerencia seccional y al departamento de pensionados, tendientes a cumplir como meta en resumen el seguimiento y evaluación y suministro de información de los controles de los procesos básicos y en caso de ser necesario formulando correctivos. Dicho objeto se mantiene hasta el 31 de octubre de 2011 (contrato 5000023678, folio 39); variándose en el contrato 5000026077 de 1 de

5000020351	1 diciembre de 2010	31 de marzo de 2011
5000023678	1 de abril de 2011	31 de octubre de 2011
5000026077	1 de noviembre de 2011	30 de junio de 2012
5000027855	4 de julio de 2012	30 de noviembre de 2012

⁷ Folio 24

⁸ Fol.31

noviembre de 2011 (folio 40) donde el objeto se determinó en el apoyo para contestar derechos de petición, emisión de conceptos, dando cumplimiento a los requerimientos de los peticionarios y en apoyo al grupo de tutelas, manteniendo las metas impuestas en el contrato 5000014929 y siguientes.

De todo lo anterior, es claro que inicialmente la actora fue contratada para la ejecución de funciones propias del ISS como EPS, posteriormente inicia labores de facturación y traslado de población a la nueva EPS, para concluir con actividades de auditoria y en el área de tutelas de la entidad demandada como administradora de pensiones, lo que permite establecer que ciertamente la relación laboral entre las partes se rigió por un solo contrato de trabajo, pues la modificación del objeto de contratación se dio por el empleador, incluso, se puede inferir, tales cambios surgen de la desaparición del ISS como EPS, hecho que contrario a evidenciar una interrupción de la relación laboral, vislumbra la voluntad del empleador de continuar contando con los servicios de la actora, máxime si se tiene en cuenta que la modificación de las funciones puede emanar de *ius variandi*⁹ sin afectar la ejecución del contrato laboral.

Por otra parte, encuentra la Sala que la prestación del servicio entre el 3 de octubre de 2007 y el 30 de noviembre del 2012 lo fue de manera continua, como quiera que pese a que en la certificación obrante a folio 51 a 53, aparece una interrupción entre la finalización del contrato 5000010928 y la suscripción del 5000014929, esta corresponde a 27 días, los cuales en criterio de esta Corporación, resultan precarios para interrumpir su continuidad, destacándose en todo caso, la relación contractual se mantuvo por espacio de **5 años 1 mes y 27 días**, por lo ese lapso de interrupción frente al término del contrato resulta ínfimo. Además, conforme la testimonial y la documental previamente analizada, la

⁹ Al punto, del Ius Variandi, ha sostenido la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral en sentencia del 21 de noviembre de 1983:

“El poder directivo o subordinante, de que sin duda goza el patrono en la relación laboral, y del cual es consecuencia directa el llamado ius variandi, dista mucho de ser una potestad absoluta, incondicionada o ilimitada, conforme lo ha señalado la Sala en varias ocasiones.

El ius variandi, en sentido propio o restringido, permite al patrono alterar o modificar por decisión suya aspectos tales como la forma de remuneración, el horario, la función, oficio o puesto laboral, y el lugar o sitio de trabajo. Pero este derecho empresarial debe atemperarse teniendo en cuenta el claro derecho del trabajador a que su situación no sea desmejorada (el principio de “la condición más beneficiosa”), y debe ser de todos modos utilizado –como todo derecho–, no de manera caprichosa, sino por razones objetivas, humanas o técnicas, de organización o producción.”.

(negrilla fuera del texto)

accionante siempre ejerció sus funciones bajo los parámetros propios de un contrato de trabajo, de manera continua, sin presenciar las declarantes algún tipo de ausencia.

Todo lo anterior, permite concluir que la vinculación jurídica que existió entre las partes, en la realidad, estuvo regida por un contrato de trabajo el cual se ejecutó de manera continua entre el **3 de octubre de 2007 y el 30 de noviembre del 2012**, y no por dos relaciones laborales como lo concluyó el juez *a quo*, razón por la cual se modificará la sentencia de primer grado, en este punto, en atención de la alzada propuesta por la actora.

Determinada la existencia de la relación laboral en los extremos anunciados, abordaremos el estudio de la procedencia de las condenas deprecadas, dilucidando previamente la procedencia de la aplicación de la convención colectiva, en atención a que la mayoría de condenas impuestas derivaron de las disposiciones allí previstas.

Al efecto, se halla copia de la Convención Colectiva 2001-2004, suscrita el 31 de octubre de 2001 (folio 117 vto.) entre SINTRASEGURIDADSOCIAL y el I.S.S., a folios 84 a 118, donde se verifica el sello de constancia de depósito oportuno del 31 de octubre de 2001 (folio 84); de igual forma se observa en el artículo primero que la organización sindical actúa “*como SINDICATO MAYORITARIO de conformidad con el artículo 357 del C.S.T*” (folio 85), por lo que todos los trabajadores del ISS son destinatarios de su clausulado, además, en el artículo tercero, expresamente se consignó (*ibídem.*):

“ARTICULO 3. BENEFICIARIOS DE LA CONVENCIÓN:

Serán beneficiarios de la presente convención colectiva de trabajo los trabajadores oficiales vinculados a la planta de personal del Instituto de seguros sociales, de acuerdo con lo establecido en las normas legales vigentes y los que por futuras modificaciones de estas normas asuman tal categoría, que sean afiliados al Sindicato Nacional de trabajadores de la Seguridad social, o que sin serlo no renuncien expresamente a los beneficios de esta convención, según lo previsto en los artículos 37,38 y subsiguientes del decreto ley 2351 de 1965 C.S.T. para efectos de la aplicación de lo establecido en el presente artículo, el ISS le reconoce su representación mayoritaria (...)” (Negrilla de la Sala)

Conforme lo anterior, ante la ausencia de la firma de una nueva convención (Art. 479 Numeral 2) y sin que obre evidencia alguna de la cual se pueda determinar la renuncia expresa de la accionante a los beneficios convencionales, resulta que dicho acuerdo se encuentra vigente desde el 1° de noviembre de 2001 (Art. 2° Convención Colectiva, folio 85), al tenor de lo dispuesto en el artículo 478 del C.S.T., aunado a que no obra prueba en el proceso de que la asociación sindical haya dejado de tener la “*representación mayoritaria*”, razón por la cual debe entenderse que la demandante es beneficiaria de los derechos convencionales allí regulados, tal como lo determinó el juzgador de primera instancia.

Bajo tales premisas, a continuación se estudian las condenas impuestas a cargo de la demandada, previo examen de la excepción de prescripción oportunamente propuesta por el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES (folio 145)¹⁰, verificándose en ésta instancia, a folios 18 a 23 obra reclamación elevada ante el ISS el 28 de diciembre de 2012, la cual comprendió la existencia del contrato de trabajo, el reajuste salarial, el reconocimiento y pago de prestaciones legales y extralegales, debidamente discriminadas, la indemnización moratoria, la devolución de la indexación, la sanción por despido y la devolución de pólizas, esto es, determinó de manera detallada y concreta los derechos aquí pretendidos, a excepción de la devolución de las sumas canceladas por concepto de aportes a seguridad social en salud y pensiones, sin que se advierte en el plenario respuesta a la misma, acudiendo a la jurisdicción el 25 de octubre de 2013 (folio 129), por lo que con la reclamación efectuada, logró interrumpir el término de prescripción previsto en los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 151 del C.P.L. y S.S., operando tal fenómeno respecto de los derechos que se hicieron exigibles con anterioridad al **28 de diciembre de 2009**, como lo concluyó el juez primigenio, advirtiendo, debe excluirse de tal fenómeno a las cesantías¹¹, la compensación de vacaciones (SL 7915 radicación No. 43894 del 10 de junio del 2015¹²), la

¹⁰ Por auto del 12 de mayo de 2014, se tuvo por contestada la demanda (folio 165)

¹¹ “*AUXILIO DE CESANTÍAS*”

Tiene dicho la Sala que la prescripción de las cesantías debe contabilizarse a partir de la fecha de terminación del contrato, momento en que el trabajador puede disponer libremente de su importe y, en consecuencia, es cuando efectivamente se hace exigible.” SL 902 del 9 de marzo del 2020

¹² “(...) Sin embargo, el término de prescripción de algunos derechos laborales sólo se puede empezar a computar desde el momento de la finalización de la relación laboral, como acontece con el auxilio de cesantía y la compensación en dinero de las vacaciones. (...)”

indemnización moratoria, la indemnización por despido (SL 11271 del 8 de agosto del 2017¹³), y la indemnización moratoria por cuanto éstas se hacen exigibles a la terminación del contrato.

Asimismo vale la pena precisar, sobre éste aspecto la Honorable Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado recientemente en sentencia SL2561 Radicación No. 68248¹⁴ del 9 de julio del 2019, en la que se reitera lo expuesto en la SL6380¹⁵ del

Y, en punto a la **compensación de las vacaciones**, en sentencia CSJ SL, 14 ago. 2013, rad. 39023, la Sala se pronunció en los siguientes términos:

Además de ello, esta Sala de la Corte ha sostenido que la compensación en dinero de las vacaciones, que es la que se amolda a las pretensiones de la demanda, se hace exigible desde la misma terminación del contrato de trabajo y, por lo mismo, desde allí comienza a contarse el término para la prescripción. En la sentencia del 9 de marzo de 1994, Rad. 6354, la Sala explicó al respecto:

“Sin embargo, no obstante esta conclusión sobre la suerte del cargo, ello no impide que la Corte haga una corrección doctrinal a la sentencia del ad quem, en el sentido de que según desarrollo jurisprudencial de esta Sala de la Corte, el derecho a las vacaciones presenta dos modalidades: 1- Como regla general, el descanso remunerado durante quince días hábiles consecutivos (artículo 186, ord. 1, Código Sustantivo del Trabajo), el cual solo puede ser satisfecho en vigencia de la relación laboral; y 2.- Como excepción, la compensación en dinero a manera de sustitución de dicho descanso, modalidad esta que se da en dos casos: a- Durante la vigencia del contrato, cuando con autorización del Ministerio de Trabajo, se puede pagar al trabajador hasta la mitad de las vacaciones, "en casos especiales de perjuicio para la economía nacional o la industria"; y b- Finalizado el contrato cuando el trabajador no hubiere disfrutado del descanso, caso éste en el cual dicha compensación "procederá por año cumplido de servicio y proporcionalmente por fracción de año, siempre que esta exceda de seis (6) meses." (artículo 14 Decreto 2351 de 1965, subrogatorio del 189 del Código Sustantivo del Trabajo).

Ahora, de este último caso de compensación ha expresado la Corte que solo se hace exigible desde la fecha en que termina la relación contractual; mientras que el derecho al descanso se hace exigible dentro del año siguiente al de la prestación del servicio, según los términos del artículo 187 del Código Sustantivo del Trabajo.

De allí ha concluido y dicho de modo reiterativo esta Corporación que el cómputo del tiempo de la prescripción respecto de aquellas dos modalidades se inicia en momentos diferentes. Pues mientras la prescripción de las vacaciones como descanso se cuenta desde el día en que se cumple el año subsiguiente a aquel en que se causa el derecho a disfrutarlas, la de la compensación en dinero por terminación del contrato se cuenta desde la fecha en que esto último sucedió.

Luego si en el caso de autos el actor no disfrutó de sus vacaciones en tiempo y por efecto de la extinción del vínculo contractual adquirió el derecho a la compensación monetaria de aquellas, para determinar si este derecho prescribió o no ha debido iniciarse el cómputo respectivo desde la fecha de la terminación del contrato y no como lo hizo el Tribunal desde el año subsiguiente al de la causación de las vacaciones, por cuyo desatino declaró prescritas las causadas del 1 de marzo de 1979 al 28 de febrero de 1982.”

¹³ “...lo que hace improcedente impartir condenas respecto de las acreencias laborales que son exigibles a la terminación del vínculo, tales como cesantías, vacaciones no disfrutadas en tiempo, indemnización por despido sin justa causa e indemnización moratoria, entre otras.”

¹⁴ “Así las cosas, corresponde determinar si el Tribunal erró en la contabilización del término de prescripción, cuando se trata de trabajadores oficiales. Frente a ello, esta Sala se pronunció en sentencia CSJ SL9641-2014, en donde indicó que:

Según lo planteado en el cargo, corresponde a la Corte Suprema de Justicia determinar el **día inicial -dies a quo-** para comenzar a contabilizar el término de prescripción de las acciones de los trabajadores oficiales,

2015 Radicación No. 42921, a través de las cuales se indicó que el fenómeno extintivo para el caso de los trabajadores oficiales –como el de autos- debe iniciar a contabilizarse una vez cumplidos los 90 días con que cuenta la administración para resolver sobre sus reclamaciones, de conformidad con lo establecido en el parágrafo 2º del artículo 1º del Decreto 797 de 1949.

cuando la relación laboral ha fenecido. El parágrafo 2º del art 1º del D. 797/1949, en la parte pertinente estatuye:

(...) Los contratos de trabajo entre el Estado y sus servidores, en los casos en que existan tales relaciones jurídicas conforme al artículo 4º de este Decreto, solo se considerarán suspendidos hasta por el término de noventa (90) días, a partir de la fecha en que se haga efectivo el despido o el retiro del trabajador. Dentro de éste término los funcionarios o entidades respectivas deberán efectuar la liquidación y pago de los correspondientes salarios, prestaciones e indemnizaciones que se adeuden a dicho trabajador (...)

Si transcurrido el término de noventa (90) días señalado en el inciso primero de este parágrafo no se hubieren puesto a órdenes del trabajador oficial los salarios, prestaciones e indemnizaciones que se le adeuden, o no se hubiere efectuado el depósito ante autoridad competente, los contratos de trabajo recobrarán toda su vigencia en los términos de la ley

Nótese que el precepto en precedencia consagra un período de gracia de 90 días en favor del deudor -administración pública-, con que ella cuenta, una vez terminado el vínculo jurídico laboral con el trabajador oficial, para liquidar y pagar las acreencias laborales de éste; es decir, en palabras del artículo 1551 del Código Civil, dicho plazo «es la época que se fija para el cumplimiento de la obligación».

*Pero antes de avanzar en el análisis propuesto, aquí y ahora bien vale la pena memorar las enseñanzas expuestas por esta Sala en sentencia del pasado 14 de marzo, CSJ SL3169-2014, rad. 44069, en torno a que los plazos de los **términos prescriptivos** empiezan a correr, como lo dice expresa, explícita e inequívocamente la ley, desde cuando **las obligaciones se hacen exigibles** (verbigracia, artículos 41 del Decreto 3135 de 1968, 102 del Decreto Reglamentario 1848 de 1969, 488 Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social) y la exigibilidad de las obligaciones se predica **desde cuando, estando sometidas a plazo o condición, termina aquél o se cumple ésta, es decir, desde cuando sean puras y simples**.*

*Así pues, y a no dudarlo, también resulta provechoso traer a colación el principio consagrado en el artículo 1553 del Código Civil según el cual «**quien tiene plazo, nada debe**», es decir, que durante los 90 días de gracia que la ley le otorga a la administración pública para cumplir con sus obligaciones laborales -plazo que, valga decir, constituye un hecho futuro, determinado y cierto-, la cancelación de estas no puede exigirse y por tanto el acreedor no puede echar mano de su derecho de crédito, esto es, se suspende su ejercicio, salvo, claro está, en los casos en los que se presente lo que la doctrina ha denominado decadencia del beneficio.*

Entonces, como ya se dijo, vencido el plazo de 90 días, la obligación se hace exigible, precisamente porque, verificado aquel, ésta muta su naturaleza a una obligación pura y simple, y a partir de allí el trabajador ya puede hacer uso del derecho de acción consagrado en la Constitución y la ley, puesto que el empleador oficial, a partir de ese momento, queda constituido en mora.

Como síntesis, se tiene que el hito temporal que debe ser considerado para que se inicie el conteo de la prescripción, solo se presenta transcurridos los 90 días siguientes a la terminación del contrato de trabajo, vale decir, a partir del día 91, no antes (negrilla del texto original)."

¹⁵ "El restante reparo que se realiza en las acusaciones, deviene de la equivocada contabilización en la que a su juicio incurrió el sentenciador de segundo grado, al no percatarse que para los trabajadores oficiales existe una ampliación del término prescriptivo de 90 días.

Frente al punto esta Sala de la Corte, en reciente decisión SL 9641/2014 recordó que la prescripción de los trabajadores oficiales debe iniciar a contabilizarse una vez cumplidos los 90 días con que cuenta la administración para resolver sobre sus reclamaciones, (...)"

Así las cosas y como se anunció al inicio, dado que además de la alzada promovida la actora se conoce el presente proceso en el grado jurisdiccional de consulta, se pasará al examen respecto de la viabilidad de las condenas impuestas en primera instancia, así como la procedencia de la pretensión de indemnización moratoria, previa determinación del salario devengado por la demandante durante el vínculo contractual, para lo cual se tomaran los referidos los contratos de prestación de servicios formalmente suscritos, en la cual se plasmó el valor de la remuneración percibida por la demandante (folios 24 a 41), así:

AÑO	SALARIO	
2007	\$ 2.364.086,00	
2008	\$ 2.364.086,00	
2009	\$ 2.364.086,00	ene-may
	\$ 2.545.411,00	may-dic
2010	\$ 2.800.000,00	ene- jun
	\$ 2.856.000,00	jun-dic
2011	\$ 2.946.535,00	
2012	\$ 2.946.535,00	

Frente a las **vacaciones**, lo primero que debe advertirse es que no obra prueba de su pago ni del disfrute, por lo que como ya se dijo su exigibilidad nace a la terminación del contrato (Ver sentencia SL 11271 rad. 49888 del 2 de agosto de 2017) y en ese orden deben ser compensadas a la finalización del vínculo laboral como así lo determinó la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL7915 radicación No. 43894 del 10 de junio del 2015, precisando éstas no se encuentran afectadas por el fenómeno prescriptivo como quiera que el contrato de trabajo objeto de análisis terminó el 30 de noviembre del 2012 (folio 53), se elevó la respectiva reclamación el 28 de diciembre de 2012 (18 a 23) y la demanda fue presentada el 25 de octubre de 2013 (folio 129).

Bajo dicha precisión se procede entonces con el cálculo aritmético, en los términos establecidos en el artículo 48 de la Convención Colectiva (folio 91 vto.) tomando como base salarial la última remuneración devengada por la actora (\$2.946.535,00) y teniendo en cuenta 18 días hábiles, por haber prestado servicios la demandante por más de 5 años.

De este modo se obtiene una suma de **\$10.887.446,83**, cifra que resulta superior a la obtenida por el juzgador de primer grado en razón a que este tuvo en cuenta solo una fracción de la relación laboral –ya que concluyó la existencia de dos-, debiendo modificarse la sentencia de primer grado en este aspecto en virtud de la apelación propuesta por la parte actora a partir de la cual se concluyó que entre las partes existió solo un contrato de trabajo.

COMPENSACIÓN VACACIONES					
Inicial	Finalizan	Último Salario	Salario Diario	Días	Subtotal
3/10/2007	2/10/2008	\$ 2.946.535,00	\$ 98.217,83	18	\$ 1.767.921,00
3/10/2008	2/10/2009	\$ 2.946.535,00	\$ 98.217,83	18	\$ 1.767.921,00
3/10/2009	2/10/2010	\$ 2.946.535,00	\$ 98.217,83	18	\$ 1.767.921,00
3/10/2010	2/10/2011	\$ 2.946.535,00	\$ 98.217,83	18	\$ 1.767.921,00
3/10/2011	2/10/2012	\$ 2.946.535,00	\$ 98.217,83	18	\$ 1.767.921,00
3/10/2012	2/10/2013	\$ 2.946.535,00	\$ 98.217,83	18	\$ 1.767.921,00
3/10/2012	30/11/2012	\$ 2.946.535,00	\$ 98.217,83	2,85	\$ 279.920,83
TOTAL					\$ 10.887.446,83

De otra parte, en lo atinente a la **prima de vacaciones**, objeto de alzada por la promotora del juicio y contenida en el artículo 49 de la convención colectiva (folio 92), se tiene que la misma es procedente por cuanto la actora cuenta con 5 años 1 mes y 27 días de servicio, en consecuencia en aplicación de dicha disposición se procederá a adicionar la sentencia incluyendo dentro de las sumas que deberán ser canceladas al actor la de **\$1.964.356,67** por prima de vacaciones correspondiente al año 2012

Año	Prima de vacaciones
2.007	\$ 0,00
2.008	\$ 0,00
2.009	\$ 0,00
2.010	\$ 0,00
2.011	\$ 0,00
2.012	\$ 1.964.356,67
Totales	\$ 1.964.356,67

Respecto la **prima de servicios de orden extralegal**, esta fue concedida con fundamento en el artículo 50 de la Convención Colectiva¹⁶ (folio 92), el cual consagra 2 primas de servicios al año, equivalentes a 15 días de salario cada una, pagaderas en los primeros 15 días de junio y de diciembre, teniendo en cuenta para su liquidación como factores salariales el promedio de lo percibido en los 6 meses anteriores a junio y diciembre por dominicales y festivos, trabajo suplementario o en horas extras, reemplazos, auxilio de transporte y prima de vacaciones, de los cuales ninguno se tendrá en cuenta por no ser acreedora de los mismos, y una vez realizadas las operaciones matemáticas teniendo en cuenta la prescripción atrás anotada (28 de diciembre de 2009 hacia atrás), arrojan como resultado la suma de **\$8.543.732,25**, y en consecuencia, dado que la cuantía hallada por esta Corporación es mayor al monto de la condena -\$8.510.025-, NO se modificará la decisión, al ser objeto de consulta en favor de la pasiva, sin que se puede hacer más desfavorable su situación.

Año	Periodo	Salario	Prima de servicios
2007	junio	\$ 2.364.086,00	PRESCRITA
	diciembre	\$ 2.364.086,00	PRESCRITA
2008	junio	\$ 2.364.086,00	PRESCRITA
	diciembre	\$ 2.364.086,00	PRESCRITA
2009	junio	\$ 2.545.411,00	PRESCRITA
	diciembre	\$ 2.545.411,00	PRESCRITA
2010	junio	\$ 2.800.000,00	\$ 1.400.000,00
	diciembre	\$ 2.856.000,00	\$ 1.428.000,00
2011	junio	\$ 2.946.535,00	\$ 1.473.267,50
	diciembre	\$ 2.946.535,00	\$ 1.473.267,50
2012	junio	\$ 2.946.535,00	\$ 1.473.267,50
	diciembre	\$ 3.110.231,39	\$ 1.295.929,75
TOTAL			\$ 8.543.732,25

En lo relativo a la **prima de navidad de orden legal** a la cual se condenó en primera instancia ha de señalar la Sala, la misma se torna procedente por no ser incompatible o asimilable con la prima de servicios extralegal concedida, pues en criterio del máximo órgano de esta jurisdicción *“resulta evidente que la prestación extralegal es de causación semestral; mientras que la de orden legal, se genera*

¹⁶ “(...) En adición a la prima legal, los trabajadores oficiales tendrán derecho a dos (2) primas de servicios al año, equivalente cada una de ellas a quince (15) días de salario, pagaderas así: quince (15) días de salario, en los primeros quince (15) días del mes de junio y quince (15) días de salario en los primeros quince (15) días del mes de diciembre (...)”

anualmente, por lo que no es dable asimilarlas”¹⁷ (sentencia SL593 de 201 y SL3291 de 2021).

Bajo tal entendido, y como quiera que dentro de autos no se acreditó que la demandante devengara una prima anual de cuantía igual o superior a la aquí estudiada, se revisará la suma por la cual se condenó a la accionada en virtud de la consulta, obteniendo por como suma adeudada por este rubro la suma de **\$8.495.340,60**, modificándose la sentencia de primera instancia que fue por \$9.937.714, precisándose hay prescripción de derechos causados con anterioridad al 28 de diciembre de 2009.

¹⁷ “iii) Prima de navidad

Alega el recurrente, que el Tribunal se equivocó al negar la prima de navidad de orden legal, por considerar que esta era incompatible con la regulada en el artículo 50 de la Convención Colectiva de Trabajo, pues a juicio de la censura, las referidas prestaciones no resultan asimilables.

Por su parte, el juez de apelaciones para denegar la prima de navidad, arguyó que conforme al artículo 11 del Decreto 3135 de 1968, no era dable reconocerle por ser un derecho de similares connotaciones a la prima de servicios de orden extralegal.

Pues bien, se tiene que la cláusula 50 de la Convención Colectiva de Trabajo, celebrada entre el ISS y el Sindicato de Trabajadores de la Seguridad Social 2001-2004 (fls. 450 a 485), señala:

En adición a la prima legal, los trabajadores oficiales tendrán derecho a dos (2) primas de servicio al año, equivalente cada una de ellas a quince (15) días de salario, pagaderas así: Quince (15) días de salario, en los primeros quince (15) días del mes de Junio y quince (15) días de salario en los primeros quince (15) días del mes de diciembre.

PARAGRAFO 1°. Para la liquidación de la prima de servicios tanto legal como extralegal aquí establecida, se tendrán en cuenta los siguientes factores (...).

A su vez, el artículo 11 del Decreto 3135 de 1968, dispone:

ARTÍCULO 11.- Prima de Navidad. "Todos los empleados públicos y los trabajadores oficiales, tendrán derecho a una Prima de Navidad equivalente a un (1) mes del sueldo que corresponda al cargo en treinta (30) de noviembre de cada año, prima que se pagará en la primera quincena del mes de diciembre."

(...).

PARÁGRAFO 2. Quedan excluidos del derecho a la Prima de Navidad a que se refiere este artículo, los empleados públicos y trabajadores oficiales que presten sus servicios en establecimientos públicos, empresas industriales o comerciales del Estado y sociedades de economía mixta, que por virtud de pactos, convenciones colectivas de trabajo, fallos arbitrales o reglamentos de trabajo, tengan derecho a primas anuales similares, cualquiera sea su denominación (subrayado y negrilla fuera de texto)

De las normas antes transcritas, surge evidente el error cometido por el Tribunal, pues sin mayor esfuerzo, resulta evidente que la prestación extralegal es de causación semestral; mientras que la de orden legal, se genera anualmente, por lo que no es dable asimilarlas, y por tanto, no era posible predicar respecto del demandante la exclusión prevista en el parágrafo 2 del artículo 11 del Decreto 3135 de 1968, que prevé su aplicación única y exclusivamente frente a aquellos empleados públicos y trabajadores oficiales que tengan derecho a una prima anual, cualquiera sea su denominación, supuesto de hecho que no cumple la prevista en la cláusula 50 de la Convención Colectiva de Trabajo, de manera que también habrá de casarse la sentencia confutada respecto del aspecto aquí analizado.” (Negrilla y subrayas de la Sala).

Año	Salario Mensual	Salario Diario	Días	Prima de Navidad
2007	\$ 2.364.086,00	\$ 78.802,87	-	PRESCRITA
2008	\$ 2.364.086,00	\$ 78.802,87	-	PRESCRITA
2009	\$ 2.545.411,00	\$ 84.847,03	-	PRESCRITA
2010	\$ 2.856.000,00	\$ 95.200,00	30	\$ 2.856.000,00
2011	\$ 2.946.535,00	\$ 98.217,83	30	\$ 2.946.535,00
2012	\$ 2.946.535,00	\$ 98.217,83	27,42	\$ 2.692.805,60
TOTAL				\$ 8.495.340,60

Respecto de la condena por cesantías, la Sala procederá a liquidar esta pretensión de acuerdo a lo previsto en el artículo 62 de la Convención Colectiva (folio 93 vto.), teniendo en cuenta, de una parte, la vigencia total del contrato de trabajo que fuera modificada en esta sentencia y, de otra, que no operó la prescripción sobre este emolumento, lo cual arroja como resultado la suma de **\$14.824.431.73.**, cifra que se modificará del fallo gravado por la apelación de la demandante.

Año	FACTORES SALARIALES			SALARIO BASE	DÍAS LABORADOS	CESANTÍAS
	Salario Basico Mensual	Prima de vacaciones	Prima de servicios			
2007	\$ 2.364.086,00	\$ -	\$ -	\$ 2.364.086,00	88	\$ 577.887,69
2008	\$ 2.364.086,00	\$ -	\$ -	\$ 2.364.086,00	360	\$ 2.364.086,00
2009	\$ 2.545.411,00	\$ -	\$ -	\$ 2.545.411,00	360	\$ 2.545.411,00
2010	\$ 2.856.000,00	\$ -	\$ 2.828.000,00	\$ 3.091.666,67	360	\$ 3.091.666,67
2011	\$ 2.946.535,00	\$ -	\$ 2.946.535,00	\$ 3.192.079,58	360	\$ 3.192.079,58
2012	\$ 2.946.535,00	\$ 1.964.356,67	\$ 2.769.197,25	\$ 3.340.997,83	329	\$ 3.053.300,79
TOTAL						\$ 14.824.431,73

En lo que toca a los intereses a las cesantías convencionales (artículo 62 convencional) en cuantía del 12% sobre el valor de las cesantías, considerando que operó el fenómeno prescriptivo respecto de los causados en los años 2008 y 2007, pues estos se hacen exigibles en el mes de enero de cada año, resulta procedente la liquidación de los años subsiguientes, estos arrojan **\$1.394.344,19**, cifra que resulta superior a la liquidada por el juez de primer grado, por lo que, atendiendo la consulta a favor del ISS, no se modificará.

Año	Cesantías	Intereses sobre las cesantías
2007	\$ 577.887,69	PRESCRITO

2008	\$ 2.364.086,00	PRESCRITO
2009	\$ 2.545.411,00	\$ 305.449,32
2010	\$ 3.091.666,67	\$ 371.000,00
2011	\$ 3.192.079,58	\$ 383.049,55
2012	\$ 3.053.300,79	\$ 334.845,32
TOTAL		\$ 1.394.344,19

En otro giro, el apelante insiste en la aplicación de la **prima técnica**, la cual se encuentra prevista en el artículo 41 A de la Convención Colectiva (fl. 91), regulada por la resolución 075 de 2002 (folio 119-121), en la cual se prevé que para que se cause éste derecho es necesario ser profesional no médico, y es equivalente al 10% de la asignación salarial mensual, para el cargo de profesional y del 12% de la asignación mensual para el cargo de profesional especializado y no es constitutiva de salario.

En este punto, según los mismos contratos de trabajo, la actora se vinculó a I ISS en calidad de “*odontólogo especialista en auditoria y garantía de calidad en salud con énfasis en epidemiología*” es decir, ocupo un cargo como profesional especializada y no médico, por lo que se impondrá condena al pago de éste emolumento, de las sumas causadas a partir de 28 de diciembre de 2009, atendiendo el fenómeno prescriptivo. Una vez realizados los cálculos matemáticos resulta la suma total de **\$ 12.550.525,92**, debiendo adicionarse la sentencia de primera instancia en este aspecto.

Año	Salario Básico Mensual	Prima Técnica
2007	\$ 2.364.086,00	PRESCRITA
2008	\$ 2.364.086,00	PRESCRITA
2009	\$ 2.545.411,00	\$ 305.449,32
2010	\$ 2.856.000,00	\$ 4.112.640,00
2011	\$ 2.946.535,00	\$ 4.243.010,40
2012	\$ 2.946.535,00	\$ 3.889.426,20
TOTAL		\$ 12.550.525,92

Ahora, respecto de la **devolución del porcentaje correspondiente al empleador por concepto de cotización de los aportes al sistema de seguridad social a favor de la demandante**, revisado detenidamente el libelo, no se señala cual fue el valor cancelado por concepto de dichos aportes, ni tampoco se allegó prueba de

tales pagos, para con ello poder efectuar los correspondientes cálculos aritméticos, téngase en cuenta que en el hecho No. 27 de la demanda (folio 6) tan solo se refirió “*El ISS nunca efectuó los aportes para la seguridad social que le incumbían como empleador*”.

Por estas razones y al no haberse acreditado el pago de las cotizaciones al sistema de salud y pensión, deberá absolverse a la entidad demandada de la devolución de dinero solicitado, revocando en este sentido el fallo de primer grado. Al punto debe precisarse, no comparte la Sala la postura asumida por el Juzgador en la que concluyó que el pago de estos emolumentos devenía acreditado con la norma misma que obligaba a la entidad empleadora a constatar que la trabajadora efectuara dichos pagos, pues ello no relevaba a la demandante de demostrar en juicio, y al tenor del artículo 167 del C.G.P. (*antes artículo 177 del C.P.C*), el aporte que realizó al sistema, no siendo suficiente en autos el reporte de semanas cotizadas en pensión que milita a folio 44 a 50, pues el IBC reportado resulta superior al 40% del valor de la remuneración pactada, porcentaje sobre el cual los trabajadores independientes realizan la cotización al sistema, de allí que no se tenga certeza que se hayan efectuado en razón, únicamente, de la vinculación que tenía con el ISS.

En lo que atañe a la nivelación salarial, recurrida por la actora, es primordial para la Sala establecer si existe o no una desigualdad respecto del salario de un trabajador, frente al percibido por otro, que ocupando el mismo puesto, cumpliendo la misma jornada y desempeñando su labor en igualdad de condiciones de eficiencia, sea de tal entidad que pueda por si sola constituirse en discriminatoria de los derechos salariales de éste frente a los de aquel, contraviniendo así el principio de derecho laboral, consagrado en el artículo 5º de la Ley 6ta de 1945 y 53 de la Constitución Política, esto es, “a trabajo igual salario igual”¹⁸

Sea lo primero señalar, que en pretéritas ocasiones en aplicación a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia se exigía acreditar en juicio la

¹⁸ “Artículo 143.-A trabajo igual, salario igual.

1o) A trabajo igual desempeñado en puesto, jornada y condiciones de eficiencia también iguales, debe corresponder salario igual, comprendiendo en éste todos los elementos a que se refiere el artículo 127.

2o) No pueden establecerse diferencias en el salario por razones de edad, sexo, nacionalidad, raza, religión, opinión política o actividades sindicales.”

existencia de tres elementos esenciales como eran, un puesto de trabajo igual, con una jornada igual, y en condiciones de eficiencia semejantes, por haber sido así considerado por la Alta Corporación, como en sentencia del 20 de octubre de 2006, radicada bajo el N° 28441¹⁹.

¹⁹ "El cargo pone a consideración de la Corte el tema relativo a la carga de la prueba respecto de la demostración de las razones que justifiquen una asignación salarial distinta, en el marco del artículo 143 del Código Sustantivo del Trabajo, pues en sentir de la censura el Tribunal no explicó quien tenía la carga de probar si eran iguales o no las condiciones de eficiencia entre los dos trabajadores comparados, cuando de la correcta interpretación de la norma se debe entender que "al trabajador que reclama la aplicación del principio <a trabajo igual, salario igual>, le basta probar que el trabajo lo desempeña en puesto y jornada iguales a las de otro trabajador, y que es al empleador a quien le incumbe probar que las condiciones de eficiencia de uno y otro no son iguales, por lo que el diferente tratamiento en cuanto a la remuneración no entraña una diferencia en el salario por alguna de las razones propuestas en dicho precepto legal", para lo cual armoniza dicho mandato con lo reglado por el artículo 2° del Decreto 1373 de 1966 sobre el procedimiento en caso de despido por deficiente rendimiento, aseverando que en este último evento también se requiere que el empleador demuestre que el rendimiento del trabajador es igual al de otro cuyo puesto y jornada son iguales "por medio de un cuadro comparativo de rendimiento promedio en actividades análogas".

La norma cuestiona es del siguiente tenor literal:

"(...) ART. 143. A trabajo igual, salario igual. 1. A trabajo igual desempeñado en puesto, jornada, y condiciones de eficiencia también iguales, debe corresponder salario igual, comprendiendo en éste todos los elementos a que se refiere el artículo 127.

2. No pueden establecerse diferencias en el salario por razones de edad, sexo, nacionalidad, raza, religión, opinión política o actividades sindicales". (Resalta la Sala).

La citada disposición prescribe la igualdad salarial o de remuneración bajo el aforismo "a trabajo igual, salario igual", respecto de aquellos trabajadores que ejecutan un mismo oficio, bajo los supuestos de que la prestación del servicio sea desempeñada en igual puesto y jornada, así como en condiciones de eficiencia semejantes, pero en momento alguno establece reglas de la carga de la prueba, en el sentido de determinar a cual parte involucrada le corresponde probar los requerimientos contenidos en dicho precepto legal.

En estas condiciones, para solucionar el tema resulta imperioso acudir al principio de la carga de la prueba previsto en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, aplicable en materia laboral por integración analógica, consistente en que "Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen", significando lo anterior que **quien pretende se le declare la igualdad salarial, es el llamado a demostrar la existencia efectiva de los tres elementos esenciales que contempla la norma, esto es, puesto, jornada y condiciones de eficiencia semejantes.**

Lo anterior es jurídicamente razonable, puesto que de antaño se ha considerado como principio universal en cuestión de la carga probatoria, que quien afirma una cosa es quien está obligado a probarla, obligando a quien pretende o demanda un derecho, que lo alegue y demuestre los hechos que lo gestan o aquellos en que se funda, **desplazándose la carga de la prueba a la parte contraria cuando se opone o excepciona aduciendo en su defensa hechos que requieren igualmente de su comprobación, debiendo desvirtuar la prueba que el actor haya aportado como soporte de los supuestos fácticos propios de la tutela jurídica efectiva del derecho reclamado.**

Al decir del recurrente, el trabajador demandante en estos eventos sólo está obligado a probar dos de los requisitos plasmados en el Artículo 143 del C.S. del T., el puesto y la jornada iguales, más no las condiciones de eficiencia, trasladándole esta última carga al empleador, lo cual por lo visto no tiene asidero jurídico, habida cuenta que **para que se pueda dar la igualdad salarial es indispensable que se demuestre por quien la alega, los tres aludidos presupuestos, pues la falta de alguno de ellos da al traste con la pretensión.**

Es más, al no estar obligado el demandado a demostrar que las condiciones de eficiencia son diferentes y no iguales, la acreditación por el demandante de los dos primeros supuestos no son suficientes, por virtud de que se debe estar en real y concreta presencia de todos como un todo jurídico plasmado en el aludido precepto, máxime que la legislación no consagra la presunción de alguno de los tres componentes que dan cabida al principio de "a trabajo igual salario igual", el cual no es de aplicación automática, porque para cada caso en particular, además del puesto de trabajo y la jornada igual, se requiere la prueba de las condiciones de eficiencia semejantes, que se traducen en el desempeño de funciones idénticas por parte de los trabajadores que se encuentren en un mismo plano de igualdad, respecto de ciertos factores como por ejemplo: calidad y cantidad de trabajo, experiencia en las actividades que se ejecutan, capacitación, preparación, nivel educativo o conocimientos frente a las tareas que se realizan, antigüedad, rendimiento,

No obstante lo anterior, en pronunciamiento del 5 de noviembre de 2014, dentro de la Radicación No. 43090, se estimó que cuando se demanda la igualdad salarial, al trabajador no le resulta posible demostrar además de la diferencia de salarios e igualdad de cargo y labor, la igualdad en las condiciones de eficiencia entre él y el otro trabajador, así como de jornada, circunstancias éstas últimas que si son de registro y conocimiento del empleador, quien se encuentra en una situación más favorable para aportar al proceso los medios probatorios que expliquen las razones objetivas de la diferencia salarial, por lo que el llamado a probar este evento es el empresario o contratante; así mismo reiteró y dejó de sentado textualmente: *“...cuando se acusa al empleador de dar trato discriminatorio de carácter salarial a uno o varios de sus trabajadores, le corresponde a éste o a estos demostrar la diferencia de salario y la igualdad en el cargo...”*, ello en desarrollo de lo que se denomina por la doctrina *“la carga dinámica de la prueba”*²⁰, asignada a quien tiene mayor facilidad de acceder a los

resultados en la actividad desplegada, responsabilidad, evaluaciones, entre otros, que permitan establecer la similitud o no de tales condiciones.” (Subrayas de la Sala)

²⁰ Módulo prueba judicial, análisis y valoración, escuela judicial, Rodrigo Lara Bonilla, autor Jairo Iván Peña: *“...corresponde a una doctrina que se introdujo con la finalidad de flexibilizar la rigidez en la que puede caer el juez al aplicar la carga de la prueba (Léopori White 2005: 60); en consecuencia, a partir de la dificultad para aplicar la carga de la prueba, el juez hace un análisis dinámico de cada situación, y en casos en que así lo determine, la carga de la prueba se traslada a la parte que se encuentra en condiciones de aportar los medios al proceso. La Sala Contencioso Administrativa del Consejo de Estado, la ha establecido en los siguientes términos “(...) el deber de probar un determinado hecho o circunstancia se impone a la parte que se encuentre en mejores condiciones de hacerlo, aun cuando no lo haya alegado o invocado”.293. La buena fe es uno de los principios en que se fundamenta la carga de la prueba, pues es una presunción y al mismo tiempo un deber, es decir, aunque se presume la buena fe tanto de los particulares como de las autoridades públicas, ante la facilidad de aportar una prueba a un proceso, la buena fe indicaría realizar dicho aporte. La lealtad se trata de un deber legal de las partes involucradas en una controversia, e implica una actuación sin subterfugios, ni ocultaciones, cuando una parte soporta la carga de la prueba. Y en tercer lugar, se fundamenta en el principio de solidaridad, como un valor que orienta el ordenamiento jurídico; ésta solidaridad es palpable en la carga de la prueba cuando se conmina a que quien pueda obtener más fácilmente una prueba está obligada a aportarla. Por lo anterior, se plantea un desplazamiento del onus probando hacia aquella parte que se encuentre en mejores condiciones técnicas, profesionales, de hecho o económicas para aportar las pruebas (Airasca 2005:135).*

En otros términos, la carga dinámica implica un derecho de las partes involucradas en un proceso para que quien tenga la mayor facilidad de probar un hecho, lo haga, para proteger a la parte más débil en el litigio. Está fundamentada en la determinación de la verdad, pues se trata de una carga procesal impuesta por el ordenamiento jurídico a una de las partes en consideración a sus particulares condiciones (técnicas, científicas, institucionales etc.) y su proximidad con respecto a la prueba, para que se aporte.

Cuando el sistema jurídico impone a una determinada parte la carga de la prueba, en estos términos reconoce una desigualdad yacente entre las partes, debido a los distintos niveles de formación o tecnificación de las mismas, o a la facilidad de la cual dispone una de las partes para procurar la prueba.

Así, se reconoce que existe una desigualdad material entre las partes involucradas en un litigio y se pretende subsanarla. El interrogante que debe formularse para determinar a quién corresponde la carga de la prueba es del siguiente tenor: ¿a quién le queda más fácil probar el hecho? Y se trata de determinar en cada caso cuál de las partes se encuentra en condiciones más favorables para suministrar los medios probatorios a partir de los cuales se establezcan los hechos procesalmente relevantes.

La doctrina argentina en esta materia asume que tiene el deber de probar quien se halle en mejor condición profesional o técnica de hacerlo; quien se encuentre en mejores condiciones de obtener los elementos de

medios para acreditar el hecho extrañado, dada su proximidad a la prueba y condiciones técnicas e institucionales.

Bajo las premisas anteriores, es de advertir, si bien en los contratos de prestación de servicios suscritos entre 2007 y 2012 (folios 24 a 41), se acredita que la actora se desempeñó como odontólogo especialista en auditoria y garantía de calidad en salud con énfasis en epidemiología, lo cierto es que el caso de marras no fue objeto de debate el grado del cargo de la actora, no se acreditó que existieran personas que ocuparan el mismo cargo y las funciones en las épocas en las cuales la demandante las ejerció conforme la variación de objeto de contratación ya establecido, a efectos de verificar los presupuestos aludidos en la jurisprudencia traída a colación, y en ese orden, no podrá accederse a la nivelación salarial anhelada por la parte actora, procediendo la confirmación de la sentencia apelada en éste aspecto.

En lo que hace a la **indemnización por despido sin justa causa**, que fuera condenada por el sentenciador *a quo*, se tiene que la cláusula quinta de la Convención Colectiva de Trabajo (folio 85 vto.), dispone:

“ARTÍCULO 5. ESTABILIDAD LABORAL

El Instituto garantiza la estabilidad en el empleo de sus Trabajadores Oficiales y en consecuencia no podrá dar por terminado unilateralmente un contrato individual de trabajo sino tan solo por alguna de las justas causas debidamente comprobadas y establecidas en el artículo 7º del Decreto Ley 2351 de 1965, con previo cumplimiento de lo contemplado en el artículo 1º. del mismo Decreto y de lo establecido en el inciso 16 del artículo 108 esta Convención Colectiva. No producirá efecto alguno la terminación unilateral de un contrato de trabajo que se efectúe pretermitiendo lo estipulado anteriormente y en consecuencia, el trabajador, mediante sentencia judicial, tiene derecho al restablecimiento del contrato mediante el reintegro en las mismas condiciones de empleo que gozaba anteriormente sin solución de continuidad y con el pago de todos los salarios y prestaciones dejados de percibir, o la indemnización prevista en esta Convención a opción del trabajador.

Cuando el Instituto de por terminado un contrato de trabajo de manera unilateral sin justa causa, deberá reconocer y pagar al Trabajador Oficial afectado una indemnización por despido así (...)”

Por su parte, en la contestación de la demanda (folios 136 a 150), especialmente

prueba; quien se encuentre en mejores condiciones para producir la prueba; la parte que posee un conocimiento directo de los hechos; y quien afirme hechos anormales (Lépori White 2005: 70)” (SIC)

la respuesta dada al hecho 24 del escrito genitor, en el que se afirmó que el finiquito contractual se produjo por una decisión unilateral del ISS, la demandada indicó:

“AL HECHO 24: NO ES CIERTO Y ACLARO. No existió terminación unilateral y sin justa causa del contrato de trabajo a término indefinido, apreciación equivocada de la demandante, al contrario la terminación del objeto estipulado mediante el contrato de prestación de servicios, fue por el cumplimiento de lo pactado en el último contrato de prestación de servicios, del cual se infiere que no hubo despido unilateral sino vencimiento del término contractual, con lo cual, es claro que no existe en este tipo de contrato, indemnización por el vencimiento pactado en periodos cortos”

Adicionalmente, en la certificación emitida por el ISS que milita a folios 51 a 53 se dejó constancia de los diferentes períodos en los que se desarrollaron los contratos de prestación de servicios celebrados entre las partes y, que el último vínculo contractual finalizó el 30 de noviembre de 2012, lo que resulta consistente con el plazo pactado en el contrato No. 5000027855 (folio 41).

Precisado ello, debe tenerse en cuenta que la Corte Suprema de Justicia, en asuntos como el de autos, ha sostenido que *“conforme a las cláusulas 5ª de la Convención Colectiva de Trabajo, cuando media la declaración judicial de contrato realidad, el contrato es a término indefinido (...) a excepción de los que ingresen para desempeñar labores netamente transitorias”*²¹.

Bajo tal entendido, y atendiendo que como se analizó de manera precedente, entre las partes existió, en realidad, una vinculación de carácter laboral en el que la actora ostentó la calidad de trabajadora oficial, para que pudiera finiquitarse por parte de la entidad llamada a juicio dicho contrato de trabajo, esta ha debido acudir a alguna de las justas causas estipuladas en el artículo 7° del Decreto Ley 2531 de 1965, sin embargo, como quedó visto, según lo admitió la entidad demandada, el finiquito obedeció *“al vencimiento del plazo pactado”*, motivo que no se encuentra enlistado en la disposición mencionada y, por ende, resulta claro que el despido fue injusto, siendo por tanto la demandante titular de la indemnización prevista en la norma convencional a la que se hizo alusión.

²¹ Sentencia SL 981-2019, reiterada SL3291 de 2021.

En este mismo sentido se ha pronunciado el Alto Tribunal de cierre de esta jurisdicción en sentencias como la SL 12223-2014, Rad. 44679, que reitera las del 12 de diciembre de 2007, 31 enero de 2012, y 21 de agosto de 2013, Rads. 29152, 43175, y 44529, la SL981-2019, Rad. 74084, SL986-2019, Rad. 73969 y más recientemente en la SL3291 de 2021, en las que se tuvo como razón de la terminación el vencimiento del plazo pactado al tratarse la naturaleza contractual del contrato de trabajo con los trabajadores oficiales del ISS a término indefinido en virtud de la cláusula 5ª de estabilidad laboral convencional, precisándose el criterio de esta Sala, en los términos aquí referenciados.

En ese orden, se procede a verificar la liquidación realizada por el juzgador de primer grado, atendiendo lo regulado en la norma convencional que prevé

“Cuando el Instituto de por terminado un contrato de trabajo de manera unilateral sin justa causa, deberá reconocer y pagar al Trabajador afectado una indemnización por despido así:

a) Cincuenta (50) días de salario cuando el trabajador tuviere un tiempo de servicios no mayor de un año.

(...)

c) Si el trabajador tuviere cinco (5) años o más de servicios continuo y menos de diez (10), se le pagarán treinta (30) días de salario adicional sobre los cincuenta (50) básicos del literal a) por cada uno de los años de servicio subsiguientes y proporcionalmente por fracción

(...)

A partir de lo anterior, se tiene que a la convocante le correspondería la suma de \$19.205.515.13, a título de indemnización por despido injusto convencional (tal y como se observa en el siguiente cuadro), no obstante por resultar dicha cifra superior a la fijada por el *a quo* -\$12.301.783-, no se modificará el valor en virtud de la consulta a favor de la llamada a juicio.

Ultimo Salario
\$ 2.946.535,00

	Días de indemnización	Salario diario	Subtotal
1er año	50	\$ 98.217,83	\$ 4.910.891,67
2o. Año	35	\$ 98.217,83	\$ 3.437.624,17

3er. Año	35	\$ 98.217,83	\$ 3.437.624,17
4o. Año	35	\$ 98.217,83	\$ 3.437.624,17
5o. Año	35	\$ 98.217,83	\$ 3.437.624,17
Proporcional	5,54	\$ 98.217,83	\$ 544.126,80
TOTAL INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO			\$ 19.205.515,13

En cuanto a la **indemnización moratoria** recurrida en la alzada por la parte demandante, memórese, esta se encuentra establecida en el Decreto 797 de 1949 y procede cuando el empleador no satisface en oportunidad los salarios y prestaciones sociales derivadas del contrato de trabajo, correspondiéndole en consecuencia al Juzgador analizar el material probatorio obrante en el proceso, para así determinar si existen razones atendibles frente a los motivos que tuvo para no pagar o hacerlo de manera extemporánea que revelen buena fe en su comportamiento, precisándose ésta no procede de manera automática, pues como ya se mencionó, ha de analizarse el elemento buena fe, incluso cuando se trate de trabajadores oficiales, tal como de antaño lo ha sostenido la Sala de Casación Laboral (sentencia Nov. 20 de 1990)²².

Bajo la premisa anterior, en armonía con el criterio sentado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia con radicación 36506 reiterada en la proferida dentro de la Radicación No. 38822 , a juicio de la Sala la conducta del Instituto de Seguros Sociales, durante la ejecución del contrato, no puede considerarse como demostrativa de buena fe, pues en palabras de la citada Corporación “...el ISS abusó en la celebración y ejecución de contratos de prestación de servicios con supuestos mantos de legalidad, con el único propósito de negar la verdadera relación de trabajo subordinado como la del analizado servidor, a efecto de burlar la justicia y los condignos derechos sociales

²²“(…) será el patrono oficial quien deba demostrar así mismo su buena fe para liberarse de la indemnización moratoria prevista en el artículo 1º del Decreto 797 de 1949 cuando deje de pagar, dentro del plazo fijado en la norma, los salarios, prestaciones e indemnizaciones que haya quedado debiendo al trabajador a la finalización del contrato. Precizando el punto para el sector oficial la Sección Primera de la Sala de Casación Laboral en sentencia de 23 de Septiembre de 1982 se pronunció así:

“Tiene razón el censor, en principio, puesto que el tribunal hizo al parecer una aplicación automática de la norma sancionatoria (Decreto 797 de 1949), ya que no se detuvo a examinar la conducta de la demandada, como era de rigor dentro de un recto entendimiento de la ley (...). Mas no puede olvidarse que de acuerdo con esa misma jurisprudencia, la carga de la prueba de la buena fe exonerante corresponde al patrono incumplido o moroso, puesto que la referida norma, al igual que el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo equivale a una presunción de mala fe que favorece al trabajador perjudicado con el incumplimiento o la mora” (G.J. No. 2410, pág. 953) ”.

que debieron reconocerse a tiempo a favor del trabajador demandante, lo que es reprochable y reafirma la mala fe de la entidad empleadora”.

Frente a esta sanción, en un caso de similares contornos fácticos, recientemente el órgano de cierre de esta jurisdicción en sentencia SL3291 de 2021, consideró:

*“(...)esta Sala de la Corte de manera reitera y pacífica ha sostenido, **que no resulta procedente la exoneración de la sanción moratoria por el mero hecho de que la entidad alegue haber ajustado su actuar conforme a los contratos de prestación de servicios suscritos en desarrollo de la facultad otorgada por la Ley 80 de 1993. Así, se tiene que en la providencia SL18619-2016, se explicó:***

El artículo 1º del decreto 797 de 1949, constituye la norma que contiene el derecho indemnizatorio sobre el que discurre el ataque, respecto del cual también ha explicado la Sala que no opera de manera automática e inexorable, es decir, por el mero hecho del no pago, el pago tardío o incompleto de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones, sino que es menester que en cada caso el juez laboral, desde las pruebas regularmente aportadas, examine la conducta del empleador público para establecer si su condición de deudor moroso respecto de quien otrora trabajó a su servicio, tiene una explicación atendible, hipótesis en la que no le serían imponibles los drásticos efectos de esa norma, pues no estaría acreditada la mala fe que ella castiga.

En ese escenario, recuerda la Corte que en varias oportunidades, por ejemplo en la sentencia SL 9641-2014, ha explicado que la buena o la mala fe en asuntos como el presente, no depende de la prueba formal de los contratos de prestación de servicios que entidades como la demandada suscriben con personas como el accionante, o de su mera afirmación de que obra convencida de estar actuando conforme a derecho al no tener por laboral el vínculo que de allí se desprende, pues de todas formas es necesario verificar otros aspectos que giraron alrededor del comportamiento que asumió en su condición de deudora obligada, razón por la cual el juez del trabajo debe apreciar todo el acervo probatorio para establecer la existencia de otros fundamentos para no imponer la sanción por mora sobre la que se discurre.

Así las cosas, encuentra la Corte que en el caso concreto no existen pruebas ni razones convincentes que justifiquen la conducta del ISS, pues los nueve contratos de prestación de servicios que refiere el ad quem suscribió tal institución con el demandante, no demuestran buena fe, sino la clara intención de la demandada de acudir de manera sistemática a supuestos contratos administrativos de prestación de servicios, como los regulados por la ley 80 de 1993, para ocultar verdaderas relaciones contractuales laborales y burlar el pago de derechos de ellas derivados, establecidos a favor de quienes a la postre son realmente sus trabajadores.

Ahora, frente al planteamiento de la parte opositora, relativo a la aplicación de la teoría de los actos propios para justificar la improcedencia de la condena por indemnización moratoria, debe señalarse que esta Sala de la Corte, reiteradamente ha venido señalado, que la misma no opera cuando se ha declarado la existencia de

un contrato de trabajo en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, pues bajo tal situación no tiene ninguna relevancia y mucho menos efecto alguno lo pactado por las partes, incluso así el demandante hubiese actuado conforme a los contratos de prestación celebrados (SL825-2020).

Luego entonces, resulta evidente que no existe razón alguna que condujera a que el Tribunal exonerara al ISS, del pago de la indemnización moratoria, por lo que incurrió en equivocar el juez de segundo grado, al revocar la condena impuesta por el juzgado por el referido concepto, razón por la que habrá de casarse el proveído confutado, sobre este puntal aspecto.”

De esta manera, habrá de revocarse la sentencia de primer grado en cuanto absolvió a la encartada de la condena al pago de la indemnización moratoria para en su lugar ordenar el pago de la misma a favor de la actora, la cual, de conformidad con lo previsto en el artículo 1º del Decreto 797 de 1949, empezaría a causarse 90 días después de la terminación del contrato de trabajo que a través de este proceso se declaró, advirtiendo en este punto la Corporación, conforme lo ha señalado el Alto Tribunal, entre otras, en sentencias SL 981-2019, Rad. 74084²³ del 20 de febrero de 2019 y SL2584-2019, Rad.74357²⁴ del 3 de julio de

²³ **“3.10.2 El plazo de gracia de 90 días de las entidades oficiales para reconocer los créditos laborales ¿Hábiles o comunes? – En torno a los plazos relativos al contrato de trabajo**

En cuanto al plazo de 90 días consagrado en el artículo 1.º del Decreto 797 de 1949 la Sala debe hacer las siguientes precisiones:

Desde hace muchos años la legislación colombiana cuenta con un cuerpo normativo que regula los tipos de plazos (días, meses y años) y los criterios a seguir para establecer cuándo inicia y finaliza un término.

De esta forma, el artículo 59 de la Ley 4.ª de 1913 (Código de Régimen Político y Municipal) preceptúa que «todos los plazos de días, meses o años, de que se haga mención legal, se entenderán que terminan a la medianoche del último día del plazo. Por año y por mes se entienden los del calendario común, y por día el espacio de veinticuatro horas».

A su turno, el artículo 67 del Código Civil refiere que «El primero y último día de un plazo de meses o años deberán tener un mismo número en los respectivos meses», es decir, que los plazos en meses y años se cuentan de fecha a fecha. Por ejemplo, un plazo de un mes que inicia el 2 de enero termina el 2 de febrero, y el de un año que comienza el 2 de enero termina el 2 de enero del año siguiente.

En lo relacionado con los plazos dados en días, el artículo 62 del Código de Régimen Político y Municipal establece: «En los plazos de días que se señalen en las leyes y actos oficiales, se entienden suprimidos los feriados y de vacantes, a menos de expresarse lo contrario. Los de meses y años se computan según el calendario; pero si el último día fuere feriado o de vacante, se extenderá el plazo hasta el primer día hábil». Lo anterior, significa que por regla general los plazos de días señalados en las leyes, se entienden hábiles, a menos de expresarse lo contrario.

Por último, conforme al artículo 120 del Código de Procedimiento Civil, hoy 118 del Código General del Proceso, la doctrina pacíficamente ha sostenido que los términos se cuentan desde el día siguiente a aquel en que sobrevenga el hecho, acontecimiento o circunstancia que genera el conteo del término. O en otras palabras, el día en que acontece el hecho o circunstancia que desencadena el principio del término no hace parte del plazo, se excluye. Por ejemplo, el día de la reclamación del trabajador no cuenta para efectos de contabilizar la prescripción trienal.

Entonces, si se aplicaran las anteriores reglas a ciertos plazos referidos al contrato de trabajo, tales como los 30 días de preaviso de terminación del contrato de trabajo a término fijo, el aviso de 15 días consagrado en el artículo 62, literal a) del Código Sustantivo del Trabajo, o el plazo de gracia de 90 días del artículo 1.º del Decreto 797 de 1949 habría que concluir, en principio, que esos días son hábiles pues no hay mención legal expresa que refiera que son calendario.

Sin embargo, para la Sala ese entendimiento no es correcto, puesto que en el Derecho del Trabajo existe la particularidad de que el contrato de trabajo se ejecuta día a día, desde la fecha de su suscripción hasta aquella de su finalización. Todos los días, incluso los de descanso dominical y festivo, suman para efectos laborales.

Por lo anterior, esta Corporación ha afirmado que «[...] en lo relacionado a preavisos y demás situaciones que surgen del vínculo individual de trabajo, no se puede perder de vista que este es continuado y su desenvolvimiento no se trunca con los festivos o feriados, que en manera alguna producen efectos de suspensión o terminación del contrato, sino, simplemente, constituyen días de obligado descanso» (sentencia de 16 de septiembre de 1981, ordinario de Leonidas Cortés M. contra Sears Roebuck de Cali S.A.). Este criterio fue reiterado en la sentencia CSJ SL 2739, 16 mar. 1989, en la que se adocrinó que los días del contrato de trabajo no son «hábiles sino corridos».

Desde este ángulo, esta Corte ha sostenido que ciertos plazos referidos al contrato de trabajo, tales como el preaviso de 30 días de terminación del contrato a término fijo (CSJ SL 3613, 28 feb. 1990, CSJ SL 33615, 23 sep. 2008) o el aviso de 15 días de despido por las justas causas de los numerales 9.º a 15 del literal a), artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, son comunes o calendario (CSJ SL 2739, 16 mar. 1989).

Bajo esta misma lógica, también ha entendido la Sala que el cálculo de los tiempos de servicio necesarios para acceder a las prestaciones económicas del contrato de trabajo debe incluir el día de inicio del contrato de trabajo y realizarse teniendo en cuenta el calendario. Para estos efectos, ha descartado la aplicación del artículo 67 del Código Civil, conforme al cual «El primero y último día de un plazo de meses o años deberán tener un mismo número en los respectivos meses» bajo la idea de que los tiempos de servicios laborales no son en estricto sentido «términos».

Por ejemplo, en la sentencia CSJ SL1180-2018 al resolver un caso en el que se discutió si un trabajador que laboró entre el 1.º de enero de 1987 y el 30 de diciembre de 2006 completó 20 años de servicio, la Corte concluyó que no podía aplicarse el artículo 67 del Código Civil –conteo de fecha a fecha– para la «contabilización del tiempo de servicios para acceder a una prestación económica derivada de un contrato de trabajo», toda vez que en estricto sentido los días laborados no son «términos»; por este motivo, descartó que los 20 años de servicios se cumplieron el 1.º de enero de 2007.

A su vez, en la sentencia CSJ SL467-2019 la Sala explicó con un ejemplo, que 1 año de vacaciones de un trabajador que ingresó a laborar el 2 de mayo de 2019 se cumple el 1.º de mayo de 2020, por lo que a partir del día 2 de igual mes y año el empleador podía conceder las vacaciones.

En la sentencia CSJ SL 34584, 24 mar. 2010, al contabilizar el plazo presuntivo de 6 meses de un trabajador oficial que ingresó el 9 de octubre de 1989, la Corporación sostuvo que las prórrogas automáticas operaron «entre esa fecha y el 8 de abril, y así sucesivamente hasta el año 2003, motivo por el cual cabe concluir que el contrato de la actora terminó por vencimiento del plazo presuntivo previsto en la ley, en esta última data».

En similar sentido, en el fallo CSJ SL 44746, 22 nov. 2011, la Corte concluyó frente a un trabajador oficial que empezó a laborar el 20 de junio de 1995, que el plazo «presuntivo de duración del contrato, según el artículo 40 del Decreto 2127 de 1945, vencía el 19 de diciembre de 1998».

Y es que para la Sala, desde el punto de vista del contrato de trabajo, lo anterior tiene plena lógica, dado que, por ejemplo, un año de servicios de un trabajador que ingresa el 1.º de enero se cumple el 31 de diciembre, pues a partir del 1.º de enero del año siguiente comienza el primer día del segundo año. Así mismo, un plazo de vigencia de un contrato de trabajo de 6 meses a partir del 1.º de enero, se cumple el 30 de junio, como quiera que el 1.º de julio es el primer día de la prórroga.

Pues bien, todo lo reseñado, así como los ejemplos enunciados, se traen a colación para precisar:

- (i) que el contrato de trabajo se ejecuta todos los días, desde su inicio hasta su finalización, incluyendo días de descanso obligatorios y festivos;

2019, este lapso se debe contar **en días calendario** y no hábiles, expresándose en la primera de las providencia referidas: “(...) *en el Derecho del Trabajo existe la particularidad de que el contrato de trabajo se ejecuta día a día, desde la fecha de su suscripción hasta aquella de su finalización. Todos los días, incluso los de descanso dominical y festivo, suman para efectos laborales.*”

Así, como quiera que el contrato de trabajo terminó el 30 de noviembre de 2012, el Instituto de Seguros Sociales debió pagar a la demandante sus acreencias a más tardar el 1 de marzo de 2013, pues en esa fecha vencían los 90 días de que trata el artículo 1º del Decreto 797 de 1949²⁵, razón por la cual se ha de condenar al pago de **\$98.217.83**²⁶ diarios, a partir del **2 de marzo de 2013**, indemnización que sólo se otorgará hasta el **31 de marzo del 2015** (fecha en que se suscribió el acta final del proceso liquidatorio del ISS), en atención a la postura asumida por la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL194 del 23 de enero del 2019 Radicación No. 71154, en la que discurrió:

-
- (ii) *por lo anterior, algunos plazos en días referidos al contrato de trabajo en los cuales la ley no califica si son hábiles o calendario, deben entenderse corridos;*
 - (iii) *en tal orden de consideraciones, el plazo de 90 días, precisamente establecido para la liquidación del contrato de trabajo, es calendario;*
 - (iv) *las reglas civiles de cómputo de plazos no son compatibles con la lógica del contrato de trabajo; luego, deben aplicarse con el cuidado de no confundir la contabilización de los términos²³ con el cómputo de los tiempos de servicio, los plazos de vigencia de los contratos y los otorgados para la realización de ciertas actuaciones relativas al contrato de trabajo (preaviso de 30 días de terminación de contrato a término fijo; aviso de 15 días para el despido por las causales 9 a 15 del literal a), artículo 62 Código Sustantivo de Trabajo; 90 días para la liquidación del contrato de trabajo de los trabajadores oficiales según el Decreto 797 de 1949, entre otros).*

Por lo demás, vale agregar que el Decreto 797 de 1949 se expidió en un contexto muy diferente, propio del siglo XX y por tanto es deber de los jueces interpretar las normas jurídicas de acuerdo con las realidades para las cuales se regula. Desde esta perspectiva, la anterior interpretación es más acorde con el grado de evolución tecnológica que, actualmente, en pleno siglo XXI le permite a la administración pública liquidar los contratos de trabajo mediante aplicativos y software seguros, rápidos y simples.

En consecuencia, hoy carece de justificación que la entidad pública, so pretexto de una lectura amplísima del artículo 1.º del referido decreto, tarde más de 90 días comunes en liquidar los contratos de trabajo, en detrimento de los derechos de los trabajadores a percibir sus créditos laborales oportunamente para satisfacer sus necesidades de subsistencia.”

²⁴ “Así, teniendo en cuenta que el contrato de trabajo terminó el 30 de junio de 2012, el plazo de gracia de 90 días comienza a contarse a partir del día siguiente, día a día, (CSJSL981-2019) término que se cumplió el 28 de septiembre de la misma anualidad. Por lo anterior, y sobre un último salario de \$1.842.345 (f.º 71), se condenará al Instituto a pagar \$61.411.5 diarios, a partir del 29 de septiembre de 2012.”

²⁵ PARÁGRAFO 2o. Los contratos de trabajo entre el Estado y sus servidores, en los casos en que existan tales relaciones jurídicas conforme al artículo 4º de este Decreto, solo se considerarán suspendidos hasta por el término de noventa (90) días, a partir de la fecha en que se haga efectivo el despido o el retiro del trabajador. Dentro de éste término los funcionarios o entidades respectivas deberán efectuar la liquidación y pago de los correspondientes salarios, prestaciones e indemnizaciones que se adeuden a dicho trabajador.

²⁶ Salario mensual \$2.946.535,00.

“La sanción moratoria operará hasta la liquidación de la entidad responsable, esto es, hasta la suscripción del acta final de liquidación del ISS que fue publicada en el Diario Oficial 49470 del 31 de marzo de 2015. Comoquiera que la entidad existió hasta la fecha indicada, es hasta ese momento que debe liquidarse la sanción, pues con posterioridad a esa data el instituto perdió toda posibilidad de dar cumplimiento a las obligaciones que pudiesen estar a su cargo.

La Sala subraya que con la extinción definitiva de la entidad, la obligación se tornó de imposible ejecución y, en tal virtud, se presenta el fenómeno de la inimputabilidad de la mora, por tanto, no es viable extender la sanción más allá del 31 de marzo de 2015. Así, lo ha entendido esta Corporación en los eventos de disolución y liquidación de entidades en los que tampoco es posible emitir orden de reintegro o de reinstalación más allá de la existencia de la entidad, entonces, lo mismo sucede en tratándose de la sanción moratoria dado que no es lógico condenar por la demora en la atención de obligaciones a quien se encuentra imposibilitado para cumplir.

En consecuencia, precisa la Corte Suprema de Justicia su criterio a fin de establecer que cuando ocurre la liquidación de la entidad, la sanción moratoria se calcula hasta que aquella deja de existir. Esto se explica, porque al no tener el ISS la posibilidad de atender las obligaciones ordenadas en este trámite judicial con posterioridad a su liquidación final, necesariamente debe considerarse esta circunstancia para limitar la condena por concepto de indemnización moratoria hasta la fecha de extinción de la entidad, acaecida el 31 de marzo de 2015”

Conforme a lo anterior es claro que la omisión de pago a partir de la fecha de expedición del acta final en comento, no derivó de una o buena o mala fe, sino de la imposibilidad de disposición de recursos, pues quien fungió como liquidador, por virtud legal, estaba sujeto al cumplimiento de las normas de ese proceso liquidatorio, situaciones constitutivas de fuerza mayor que impidieron satisfacer las obligaciones de la demandante, por lo que a juicio de esta Sala, a partir de la expedición de dicha acta de liquidación sí surgió una justificación legal que impidió el pago de las prestaciones sociales de la accionante.

En ese orden, la deuda por indemnización moratoria corresponde a **\$73.565.157,17**, cifra se adicionará en el fallo gravado, conforme lo analizado.

Fecha inicial después de 90 días calendario	Fecha Final	No. Días	Último Salario	Salario Diario	Total
2/03/2013	31/03/2015	749	\$2.946.535,00	\$ 98.217,83	\$ 73.565.157,17

En relación con la **indexación**, si bien al otorgarse la indemnización moratoria la cual es justamente de carácter indemnizatorio, la indexación o actualización de las

sumas adeudadas pierde su objetivo, cual es, el de prevenir la devaluación de la moneda, concretamente, en relación a las sumas objeto de condena, por ello y como quiera que la compensación de las vacaciones no acarrea la referida indemnización, se condenará a la indexación únicamente de la suma debida por tal concepto, modificándose en este punto el fallo de primer grado.

De ésta manera se agota la competencia de la Sala, por el estudio de los argumentos expuestos por los recurrentes en la alzada, y el grado jurisdiccional de consulta, procediendo la revocatoria parcial de la sentencia apelada y consultada, así como la modificación de algunas sumas de dinero y adición de otras condenas, 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,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral PRIMERO de la sentencia dictada por el JUEZ CUARTO LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, en el sentido de **DECLARAR** que entre las partes existió un contrato de trabajo, vigente entre el 3 de octubre de 2007 y 30 de noviembre de 2012, de conformidad con las motivaciones precedentes.

SEGUNDO: REVOCAR el ordinal 1.7, del numeral PRIMERO de la sentencia de primer grado, en el que se condenó al pago de la devolución de cotizaciones al sistema de seguridad social en pensiones y salud, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: MODIFICAR los ordinales 1.2, 1.3, 1.5 y 1.8 del numeral PRIMERO de la sentencia de primera instancia y **ADICIONAR** los ordinales 1.9 y 1.10 con el fin de indicar que la encartada debe cancelar al señor MYRIAM FIGUEREDO MAZO los siguientes conceptos y cuantías:

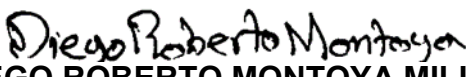
1.2 Por cesantías	\$ 14.824.431,73
1.3 Por prima de navidad	\$ 8.495.340,60
1.5 Por compensación de vacaciones	\$ 10.887.446,83
1.8 Por la indexación sobre las sumas derivadas de conceptos sobre los que no procede la indemnización moratoria.	
1.9 Por prima técnica	\$ 12.550.525,92
1.10 Por prima de vacaciones	\$ 1.964.356,67

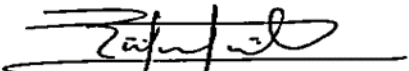
CUARTO: REVOCAR PARCIALMENTE el numeral SEGUNDO de la sentencia de primer grado y, en su lugar, **CONDENAR** a la demandada al pago de la INDEMNIZACIÓN MORATORIA en suma de **\$ 73.565.157,17** causada entre el 2 de marzo del 2013 y el 31 de marzo del 2015, la cual deberá ser indexada al momento de su pago, conforme a lo considerado.

QUINTO: CONFIRMAR en lo demás.

SEXTO: Sin **COSTAS** en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR RAFAEL ERASMO REY CASTRO CONTRA EL FONDO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS, CESANTÍAS Y PENSIONES -FONCEP- y la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL- (RAD. 11 2018 00056 01).

Bogotá D.C., veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por la parte demandada FONCEP (folio 333 y 334), 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 FONCEP contra la sentencia proferida por el Juez Once Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 04 de junio de 2021 (Cd a folio 326, record: 24:47 acta a folios 327-328), en la que se resolvió:

“PRIMERO: CONDENAR al FONDO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS, CESANTÍAS Y PENSIONES - FONCEP a reconocer y pagar a la aquí demandante RAFAEL ERASMO REY CASTRO debidamente indexada y hasta que ratifique su pago las mesadas adicionales de junio y diciembre respecto de la pensión de jubilación convencional que percibe, este reconocimiento se dará a partir del 09 de marzo de 1999, debiendo ser cancelada en la medida de su causación, de conformidad a lo expresado en la parte motiva de la presente sentencia. (sic)

SEGUNDO: DECLARAR probada parcialmente la excepción de prescripción respecto de las mesadas pensionales adicionales causadas con anterioridad al 28 de diciembre del año 2014, de conformidad con lo expresado en la parte motiva de la presente providencia.

TERCERO: ABSOLVER a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL de las pretensiones de la demanda, como se expresó en la parte motiva de la presente providencia.

CUARTO: CONDENAR en costas en esta instancia a la parte demandada FONCEP, incluidas en estas las agencias de derecho la suma \$1.000.000 pesos, de conformidad con los argumentos normativos expuestos en la parte motiva de esta proveído.

QUINTO: REMITIR el expediente al Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá en su Sala Laboral para que se surta el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de FONCEP, en caso de no ser apelada oportunamente y de conformidad con los argumentos normativos de orden procesal esbozados en la parte motiva de esta sentencia, la cual haberse emitido de carácter oral y por medio de estos medios electrónicos queda legalmente notificado a las partes.”

Inconforme con la decisión el apoderado del FONCEP, interpone recurso de apelación, manifestando que: i) en los pagos realizados por convención colectiva se reconoció un retroactivo, en el que se tuvo en cuenta las mesadas adicionales reclamadas; ii) que se acredita que el demandante no tiene derecho a lo pretendido toda vez que desde el 2008 las mesadas pensionales a él reconocidas superan los 3 smmlv y afirmó que iii) existe una cosa juzgada que ya había sido declarada por el Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá donde el actor solicitó el reconocimiento de la pensión convencional.

Igualmente solicita se revoque la condena por costas toda vez que prosperó la excepción de prescripción¹.

¹ CD folio 326, minuto 27:02 **Apoderado demandada** : Gracias su señoría, procedo a esta instancia a interponer recurso de apelación contra la decisión que se está notificando en la presente diligencia o audiencia, en los siguientes términos, sustentación para que sea conferido al Tribunal Superior de Distrito Judicial Sala Laboral, de la ciudad de Bogotá, a fin de que revoque la decisión proferida por su despacho en los siguientes términos:

Como bien lo señaló el problema jurídico era si le asiste o no el derecho a la mesada adicional o mesadas adicionales o mesadas adicionales o mesada 14, es decir, las que habla la ley 100 del año 93, como es la mesada de junio y mesada de diciembre, como también lo señaló y lo manifestó en el escrito de, perdón en su decisión, esto se origina a través de unas decisiones judiciales que se dieron cumplimiento por parte de la entidad que represento a través de la resolución 416 del 06 de octubre de 2009, en esta lo que hace es reconocer la pensión convencional de acuerdo a las sentencias del Juzgado 18 Laboral del Circuito, del 23 de abril de 2007 y del Tribunal Superior de Bogotá del 12 de octubre de 2007, en el proceso 2006 – 574, en esa decisión ordena el cumplimiento del fallo la cual se tradujo en la expedición, perdóneme, en la expedición de la resolución 1596 del 17 de octubre, donde ya se concreta y se determina cual es el valor que se va a reconocer, y lo que hace las decisiones de los juzgados, de las decisiones de los despachos antes mencionados, es de reconocer pensión convencional con la suma fija que ya estableció y ya determino el mismo despacho en \$1.095.797, ese reconocimiento de esa pensión de jubilación, se hizo o se liquidó con base en la información que fue enviada por la Secretaría de obras públicas, ahora UNIDAD ADMINISTRATIVA DE MANTENIMIENTO Y MAYA VIAL, en el expediente obra a folio 303 y siguientes, la liquidación o historia de la liquidación de cómo se realizó o como se efectuó el reconocimiento de la pensión convencional, para efectos de establecer el retroactivo.

Del folio 107 del expediente pensional del demandante, es muy claro que desde el año, desde el momento que se ordenó el reconocimiento hasta el año 2008, que fue el cumplimiento del fallo, si ustedes revisan detenidamente la nómina o histórico de nómina de mesadas liquidadas se van a encontrar que el último

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

valor por el cual ordenó un millón cero noventa y cinco actualizado indexado para el año 2008, y arrastrado hasta este momento, se ve que en junio se le canceló \$1.000.000, mesada adicional de junio, mesada adicional de noviembre para pagar pagarlo en diciembre del año 2008. Folio 309, año 2007 mesada adicional de junio \$1.063. 397 para esa época, mesada adicional diciembre \$1.063. 397, año 2006 mesada adicional de junio \$1.020.771 mesada adicional, y así habla del año 2005, 2004, 2003, que de esto nos permite llegar a la conclusión inicial, pues se le canceló y reconoció tal y como establece en la hoja de ruta de la liquidación de histórico de mesadas, que luego es certificado a través de un derecho de petición solicitado en su momento, obrante folio 318 donde se le dice actualmente se le está reconociendo de una pensión, desde el 09 de marzo del año 99, el valor del retroactivo, los periodos cobrados y los descuentos realizados por concepto de pensión y salud, esto quiere decir inicialmente, que este o este reconocimiento ya se viene haciendo o ya se presentó tal y como obran las pruebas dentro del expediente, del cual es claro que el pago o los ingresos o los valores del retroactivo tuvieron en cuenta las mesadas adicionales.

La segunda parte del recurso de apelación va encaminado a lo siguiente: es cierto que la pensión convencional a partir del acto legislativo 01 de 2005, estableció que para el caso no hay controversia, que efectivamente si causó antes del 31 de julio de 2002, perdón si se causó esta pensión antes de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, se respeta el derecho por supuesto, pero también como lo hizo su señoría fue muy claro y enfático en determinar y establecer que esa mesada no vaya a superar los 3 salarios mínimos, para el caso en concreto tenemos, cuando empieza el reconocimiento de la mesada si miramos los los valores o los salarios o expresados en salarios mínimos para el año 2008, donde percibió o se percibe una mesada de \$1.127.075 y el valor actualizado en el momento pues supera los 3 salarios mínimos y esta condición no le permite porque no cumple con el requisitos y exigencias del Acto Legislativo del 2005.

Tercer argumento para el recurso de apelación, es cierto que se presentó un incidente donde más que un incidente era precisamente, el incidente era encaminado de acuerdo al artículo 127 del Código General del Proceso, que es una figura novedosa, en los eventos que dentro de la litis se presentes hecho sobrevinientes que puedan alterar o afectar en algún momento la decisión y se planteó como cosa juzgada debido a que inicialmente no se presentó en el escrito de demanda porque no se conocía las resultados del proceso, y se presenta el incidente como una forma de lealtad procesal para con las decisiones en el sentido de informar que existían unos fallos judiciales donde se demandó este tipo de prestación, yo hago o se hace mención al incidente, no tanto a las decisiones por las cuales se estaban solicitando en su momento, como era la indexación de la primera mesada de la pensión convencional, de este caso si no se hizo un paralelo de las decisiones o de los pretensiones de la demanda, Juzgado 11 y Juzgado 29, simplemente para que dentro de su facultad oficiosa el juez, este juez, este despacho pudiera declarar probada la cosa juzgada. En que va encaminado o porque se presentó o se hizo énfasis en estas decisiones, son 3 procesos que ya van y se hizo énfasis en la sentencia confirmada por el Tribunal Superior bajo el radicado 2019 0666, proferido por el Juzgado 29 Laboral el 19 de noviembre de 2019, en el sentido el Tribunal al analizar los temas relacionados con esta decisión fue muy claro o de lo que se extracta fue muy claro en señalar que las pretensiones o que las pretensiones que se estaban planteando fueron resueltas en decisiones anteriores, fue los motivos por los cuales se planteó esta incidente por decirlo así, para que su señoría lo revisará, desafortunadamente con no coacción de prosperidad.

Entonces tenemos las conclusiones, es muy claro que la convención colectiva los pagos se realizaron, se pagó un retroactivo, se realizó, se reconoció tal y como es el retroactivo. Dos no tenía derecho al cumplimiento o el pago de las mesadas adicionales por el evento de que, si bien se causaron a partir como dice su señoría, con la prescripción de la excepción planteada de la prescripción que sería a partir del 27 de diciembre de 2014, no cumpliría con el requisito de los 3 salarios mínimos que deben ser, es decir, está por debajo de los 3 salarios mínimos para el reconocimiento de la pensión, y existe una cosa juzgada que ya había sido declarada, tanto en sede judicial por el Juzgado 29 como inicialmente dentro de los procesos primigenio, donde solicito la convención colectiva, perdón, la pensión convencional.

Entonces en estos términos su señoría, también se solicita muy amablemente se revoquen las cosas del proceso, debido a que se prospera o prosperó la prescripción, la excepción de prescripción de las mesadas pensionales, relacionadas con la litis del proceso y se proceda a reconocer el recurso de apelación en los términos de argumentación planteados y para que el Honorable Tribunal proceda a revocar la decisión de este despacho, su señoría, así queda consignando el recurso de apelación, muchas gracias.

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante, señor RAFAEL ERASMO REY CASTRO, en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el respectivo acápite a folio 3, las cuales encuentran sustento en los hechos relatados a folios 3 y 4, aspirando, se condene a las demandadas a reconocer y pagar las mesadas adicionales causadas a partir del día 09 de marzo de 1999, teniendo en cuenta que mediante sentencia de fecha 12 de octubre de 2007 el Tribunal Superior de Bogotá, confirmó la sentencia del Juzgado 18 Laboral del Circuito mediante la cual se le reconoció al actor la pensión convencional; lo anterior, junto con los intereses moratorios, lo *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho. Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus aspiraciones, por cuanto se condenó a la demandada al pago de las mesadas adicionales de junio y diciembre respecto de la pensión de jubilación convencional que percibe, a partir del 09 de marzo de 1999, debiendo ser cancelada en la medida de su causación, debidamente indexadas; declaró probada parcialmente la excepción de prescripción respecto de las mesadas pensionales adicionales causadas con anterioridad al 28 de diciembre del año 2014; absolvió a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL de las pretensiones de la demanda y condenó en costas al FONCEP.

El a quo definió como problemas jurídicos el de: i) determinar si el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de las mesadas adicionales derivadas de la pensión convencional que viene percibiendo desde el 09 de marzo de 1999; ii) si es procedente condenar a la demandada al reconocimiento y pago de intereses moratorios; iii) si es procedente declarar la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por el FONCEP y el incidente propuesto por la demandada diferido en su estudio para la etapa de juzgamiento.

Precisó que, no fue objeto de controversia que él demandante ostenta la calidad de pensionado, toda vez que el FONCEP mediante la Resolución 001596 del 17 de noviembre de 2008, reconoció y ordenó el pago de una pensión de jubilación convencional a partir del 09 de marzo de 1999 en cuantía de \$1.095.757 en cumplimiento de las sentencias proferidas por el Juzgado 18 Laboral del

Circuito de Bogotá y la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá que confirmó lo decidido en primera instancia; que la pensión reconocida al demandante es de naturaleza convencional, toda vez que acreditó los requisitos señalados en el art. 38 de la convención colectiva de trabajo lo cual se determinó en sede judicial.

Respecto al reconocimiento y pago de las mesadas adicionales precisó que la mesada 14 nació con la entrada en vigencia del sistema general de pensiones, creada por el art. 142 de la Ley 100 de 1993, beneficio que la Corte Constitucional hizo extensivo para los pensionados de todo orden, incluyendo a los beneficiarios de pensiones extralegales.

Hizo referencia a la sentencia proferida por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia el 28 de abril de 2021 dentro del radicado 814 que remite a la sentencia SL-2074-2020 que consideró que a partir de la vigencia del acto legislativo 01 de 2005 la mesada adicional de junio fue derogada salvo para los pensionados por vejez, invalidez o sobrevivientes que perciban una pensión igual o superior a tres smmlv y cuya prestación se haya causado antes del 31 de julio (sic), quienes mantendrán el derecho.

Respecto a la aplicación de dicho parámetro a las pensiones convencionales indicó que en sentencia SL-1507 de 2015 el órgano de cierre indicó que los beneficiarios de pensiones extralegales también tienen derecho a percibir 14 mesadas al año, porque ello no tiene relación con la naturaleza de la prestación.

En virtud de lo relacionado consideró que: i) es procedente acceder a las pretensiones del demandante a partir del 09 de marzo de 1999, calenda a partir de la cual se hizo exigible el derecho pensional. ii) que es el FONCEP la encargada de asumir dicho pago, por tener por objeto la asunción del reconocimiento y pago de las cesantías y obligaciones pensionales a cargo del Distrito Capital y la administración del fondo de pensiones públicas de Bogotá, en virtud de lo dispuesto en el art. 65 del acuerdo 257 de 2006, ello aunado al hecho de que es esa entidad la que en la actualidad reconoce el derecho pensional que disfruta el actor, por lo que es la legitimada en la causa por pasiva.

En lo que tiene que ver con los intereses de mora establecidos en el art. 141 de la Ley 100 de 1993, precisó que sólo se reconocen cuando se tiene como fundamento una pensión regulada por dicha Ley; por la transición o cuando se tiene como base los acuerdos suscritos por COLPENSIONES, de ahí que no resulta procedente su aplicación a las pensiones de orden convencional, ni mucho menos sobre los incrementos que se están reclamando.

Declaró probada parcialmente la excepción de prescripción propuesta por el FONCEP, argumentando que teniendo en cuenta el término trienal establecido en el art. 488 del CST y en el art. 151 del CPT y de la SS, el demandante contaba con 3 años para reclamar lo pretendido por vía administrativa, reclamación que no materializó en oportunidad por ello concluyó que resultarían afectadas con el fenómeno prescriptivo todas aquellas mesadas adicionales causadas con anterioridad al 27 de diciembre de 2014.

En lo que tiene que ver con el incidente por hecho sobreviniente propuesto por el FONCEP determinó que tiene por objeto la declaratoria de cosa juzgada, argumentó que no es procedente dicha declaratoria porque las pretensiones que conoció el Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá tuvieron como sustento la reliquidación de la mesada pensional, hecho que dista de las pretensiones perseguidas en el caso en estudio que tienen únicamente por objeto el reconocimiento y pago de las mesadas adicionales derivadas de la pensión convencional.

Revisados los antecedentes procesales y los fundamentos del recurso de apelación presentado por el apoderado del FONCEP empieza esta sala de decisión por advertir, no es motivo de controversia que: i) al demandante le fue reconocida pensión convencional de jubilación con sentencia calendada 23 de abril de 2007, proferida por el Juzgado 18 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. confirmada con sentencia de segunda instancia de fecha 12 de octubre de 2007 proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá D.C., como consta a folios 53-68; ii) que el FONCEP es la entidad encargada del pago de la pensión convencional reconocida al actor desde el 09 de marzo de 1999. iii) que la pensión convencional fue reconocida a partir del 09 de marzo de 1999, en cuantía de \$1.095.757, como primera mesada pensional.

Así las cosas, teniendo en cuenta los hechos acreditados, válido es inferir de ellos que el actor tendría derecho a que le sean pagadas 14 mesadas al año, toda vez que el derecho pensional extralegal se causó en 1999, esto es, en vigencia de la Ley 100 de 1993, la cual estableció en su art. 142 la mesada 14, beneficio que se reconoce a todo tipo de pensiones², siempre que se hayan causado con anterioridad a la entrada en vigencia del acto legislativo 01 de 2005, como se dispuso en el inciso 8 del art. 1:

“ARTÍCULO 1o. Se adicionan los siguientes incisos y párrafos al artículo [48](#) de la Constitución Política:

...

Las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año. Se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento".

El primer punto de inconformidad aducido por el recurrente tiene que ver con que en el trámite procesal se acreditó que al demandante se le pagaron las mesadas adicionales causadas entre el 09 de marzo de 1999 y noviembre de 2008 con los pagos realizados al demandante por concepto de retroactivo, ello en virtud de dar cumplimiento a lo ordenado por el Juzgado 18 Laboral del Circuito de Bogotá; esta corporación³ y la Resolución No. 01596 del 17 de octubre de 2019.

Para resolver la sala encuentra, entre las pruebas documentales aportadas por el FONCEP en medio magnético a folio 94, archivo digital fl. 301, que al señor RAFAEL ERASMO REY CASTRO se le reconoció un retroactivo por mesadas insolutas de la pensión convencional de jubilación por valor de \$56.364.280, liquidado desde el 09 de marzo de 1999 hasta el 30 de noviembre de 2008:

² En sentencias SL-3689-2021; SL-2655-2021 y SL-3438-2021 se itera que: “La naturaleza de la pensión - legal o extralegal- es indiferente frente al reconocimiento de las mesadas trece y catorce, a menos que la prestación se haya causado con posterioridad a la vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005”.

³ Sentencia de primera instancia proferida en el proceso ordinario laboral 0574/06 el 23 de abril de 2007 (fls. 53-58) y Sentencia de segunda instancia del 12 de octubre de 2007 (fls.60-68).

FONDO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS CESANTÍAS Y PENSIONES "FONCEP"										
SUBDIRECCIÓN TÉCNICA DE PRESTACIONES ECONÓMICAS										
NÓMINA DE PENSIONADOS										
VALORES A LIQUIDAR POR PASO DE PENSIÓN LEGAL A PENSIÓN CONVENCIONAL DE LA SOP EN CUMPLIMIENTO A FALLO JUDICIAL										
NOMBRE PENSIONADO				RAFAEL ERASMO REY CASTRO		Estado:		ACTIVO		F.Fallecimiento:
CEDULA DEL PENSIONADO				19.073.059						
ACTOS:				Actos	No.	fecha acto	valor mesada	fecha efectividad		
				Jubilación Legal	549	01/04/2002	633.326,00	09/03/1999		
				Convencional SOP	1595	17/10/2008	1.095.757,00	09/03/1999		
Liquidación LEGAL: Valores liquidados en nómina según Resolución No. 5548 del 01/04/2002										
AÑO	IPC	PERIODO	DÍAS	VR MESADA	TOTAL BRUTO MESADAS	EPS ACUMULADO	TOTAL NETO MESADAS	MESADA ADICIONAL JUNIO	MESADA ADICIONAL DICIEMBRE	
				633.326						
1999		09-mar-99 30-dic-99	292	633.326	6.164.373	738.725	5.424.648	633.326	633.326	
2000	1.0923	01-ene-00 30-dic-00	360	691.782	8.301.384	996.166	7.305.218	691.782	691.782	
2001	1.0875	01-ene-01 30-dic-01	360	752.313	9.027.755	1.083.331	7.944.424	752.313	752.313	
2002	1.0785	01-ene-02 30-dic-02	360	809.865	9.718.378	1.166.205	8.552.173	809.865	809.865	
2003	1.0699	01-ene-03 30-dic-03	360	868.475	10.397.700	1.247.724	9.149.976	868.475	868.475	
2004	1.0649	01-ene-04 30-dic-04	360	922.709	11.072.511	1.328.701	9.743.809	922.709	922.709	
2005	1.0550	01-ene-05 30-dic-05	360	973.458	11.681.499	1.401.780	10.279.719	973.458	973.458	
2006	1.0485	01-ene-06 30-dic-06	360	1.020.871	12.248.052	1.469.768	10.778.285	1.020.871	1.020.871	
2007	1.0448	01-ene-07 30-dic-07	360	1.068.397	12.798.754	1.589.598	11.197.169	1.068.397	1.068.397	
2008	1.0569	01-ene-08 30-nov-08	330	1.127.075	12.397.625	1.549.728	10.848.097	1.127.075	1.127.075	
TOTAL LIQUIDADO					103.806.241	12.582.722	91.223.519	8.864.071	8.864.071	
Liquidación CONVENCIONAL: Valores a liquidar en cumplimiento a Resolución No. 1596/17-10-2008										
AÑO	INCREMENTO SALARIOS MINIMOS	PERIODO	DÍAS	VR MESADA	TOTAL BRUTO MESADAS	EPS ACUMULADO	TOTAL NETO MESADAS	MESADA ADICIONAL JUNIO	MESADA ADICIONAL DICIEMBRE	
1999		09-mar-99 30-dic-99	292	1.095.757	10.655.368	1.279.844	9.385.524	0	0	
2000	9.397.482.5730	01-ene-00 30-dic-00	360	1.205.305	14.463.658	1.735.639	12.728.020	0	0	
2001	8.957.705.5736	01-ene-01 30-dic-01	360	1.325.326	15.903.908	1.908.489	13.995.439	0	0	
2002	8.041.958.0420	01-ene-02 30-dic-02	360	1.431.908	17.182.893	2.081.947	15.100.946	0	0	
2003	7.443.365.6958	01-ene-03 30-dic-03	360	1.538.490	18.461.879	2.215.425	16.246.453	0	0	
2004	7.831.325.3012	01-ene-04 30-dic-04	360	1.668.874	19.907.689	2.388.923	17.518.766	0	0	
2005	6.584.245.8101	01-ene-05 30-dic-05	360	1.767.873	21.214.478	2.545.737	18.668.741	0	0	
2006	6.948.264.7444	01-ene-06 30-dic-06	360	1.860.874	22.688.092	2.722.571	19.965.521	0	0	
2007	6.299.019.6078	01-ene-07 30-dic-07	360	2.009.788	24.117.270	3.014.652	21.102.617	0	0	
2008	6.409.950.8024	01-ene-08 30-nov-08	330	2.138.594	23.524.530	2.940.566	20.583.964	0	0	
TOTAL LIQUIDADO					188.129.716	22.813.775	165.315.941	0	0	
VALORES A LIQUIDAR A FAVOR DEL PENSIONADO:										
DEVENGADOS										
Mesadas				84.323.475						
Adicional Junio				-8.864.071		EPS 12%		7.425.158		
Adicional Diciembre				-8.864.071		EPS 12.5%		2.805.895		
TOTAL DEVENGADOS				88.595.333		TOTAL DEDUCIDOS		10.231.053		
NETO A PAGAR A FAVOR DEL PENSIONADO					56.364.280		CON CARGO A FONDO SOP-CONV			
Proyecto:					Dolly M. Castro Céspedes					
Ligia Selene Moreno Suárez					Ana Mariela Roa Bonal					
Fecha de emisión: 15-04-2008					Fecha de Emisión: 15-04-2008					

Sin embargo, en lo observado se evidencia que en la liquidación de la pensión convencional realizada por la convocada a juicio no se tuvo en cuenta las mesadas adicionales demandadas, no asistiéndole en este punto razón al recurrente; ahora bien, se precisa advertir que en la sentencia del Juez de primer grado se fulminó la condena por las mesadas causadas con anterioridad al 28 de diciembre de 2014 por considerar que estaban afectadas por el fenómeno prescriptivo, resultando inane este punto de inconformidad alegado por el apoderado del FONCEP.

En lo que tiene que ver con la improcedencia de la condena toda vez que la mesada pensional del demandante es superior a los 3 SMMLV, encuentra esta instancia que lo argumentado por el recurrente se sustenta en lo dispuesto en el parágrafo 6º transitorio del art. 1 del acto legislativo 01 de 2005 que establece:

“Parágrafo transitorio 6o. Se exceptúan de lo establecido por el inciso 8o. del presente artículo, aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año”.

En este punto ha de tenerse en cuenta que la pensión del demandante se causó el 09 de marzo de 1999⁴, es decir en vigencia de la Ley 100 de 1993 y antes de la expedición del acto legislativo 01 de 2005, esto es el 29 de julio de 2005, razón por la que su derecho a las mesadas adicionales de junio “mesada catorce” no tienen por qué salir afectadas con la expedición de dicha normativa.

Al respecto el órgano de cierre de esta jurisdicción en providencia SL 5132-2020 precisó:

“1. De la mesada catorce:

Las mesadas adicionales de diciembre y junio, fueron creadas en dos momentos distintos: la primera a través del artículo 5.º de la Ley 4.ª de 1976 recogido en el artículo 50 de la Ley 100 de 1993, y la segunda -que se discute- a través del artículo 142 de la misma norma sustancial la cual prevé:

Los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, del sector público, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del primero (1º) de enero de 1988, tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta (30) días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, que se cancelará con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994.
[...]

Como se observa, inicialmente el legislador restringió el alcance de la mesada de junio -la catorce- a quienes causaran la pensión antes del 1.º de enero de 1988, pero tal límite fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional a través de la sentencia C-409-1994, al considerar que esa exclusión quebrantó la prohibición suprallegal de crear situaciones discriminatorias al interior de los mismos grupos de jubilados «otorgando privilegios para unos en detrimento de los otros, al restringir el ejercicio del derecho a la misma mesada adicional sin justificación alguna, para aquellos pensionados jubilados con posterioridad al 1o. de Enero de 1988». Por tanto, la mesada adicional de junio que se instituyó para beneficiar a un grupo selecto, se extendió a todos los pensionados sin excepción.

...

el anterior recuento se concluye que: (i) en virtud de la sentencia CC C-409-1994, la mesada adicional de junio de que trata el artículo 142 de la Ley 100 de 1993 se aplica a todos los pensionados sin excepción; (ii) a partir de la vigencia del Acto

⁴ Folios 70-73.

legislativo 01 de 2005 (29 de julio de 2005), dicha prerrogativa fue derogada, salvo para quienes recibieran pensiones iguales o inferiores a tres salarios mínimos legales mensuales vigentes y (iii) tal beneficio se extinguió definitivamente a partir del 31 de julio de 2011 por virtud de la citada norma supralegal, es decir, las pensiones causadas con posterioridad a tal fecha no pueden ser reconocidas en 14 mesadas al año"».

En virtud de la sentencia C-409-1994, proceden las mesadas adicionales contempladas en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993 a todos los pensionados con independencia de que la prestación haya sido causada después del 1 de enero de 1988
Tesis:

«Posteriormente, y dentro de un asunto con matices similares a los acontecidos en el presente caso, donde fungió como demandada la extinta Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero a quien se le reclamó el pago de la pensión restringida de jubilación, esta Sala emitió la sentencia CSJ SL1366-2020, donde se dijo lo siguiente:

"[...] 2.- De la pensión del demandante y la mesada adicional de junio

[...]

Pues bien, tal como lo advirtió el juez de segundo grado, el actor consolidó la pensión el 16 de noviembre de 1991 cuando se retiró por mutuo acuerdo, después de más de 19 años de servicios de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero y no el 29 de septiembre de 2011, toda vez que en esta fecha solo se hizo exigible la prestación, pero el derecho ya se encontraba en su haber.

Así, es evidente que el accionante tiene derecho al reconocimiento de la mesada adicional de junio en virtud de la sentencia CC C-409-1994, en el sentido de que aun cuando su pensión se causó en noviembre de 1991, en todo caso fue cobijado por los beneficios del artículo 142 de la Ley 100 de 1993, sin verse afectado por la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005, dado que la prestación se consolidó antes de que esta entrara en vigor. Por tal motivo, el Tribunal no se equivocó al concluir la procedencia de la mencionada mesada adicional, tal como lo ha reiterado esta Corporación en casos de similares, entre otras, en las sentencias CSJ SL840-2019, CSJ SL1349-2019, CSJ SL2054-2019, CSJ SL3782-2019 y CSJ SL5110-2019".

Por lo tanto, del criterio jurisprudencial expuesto válido es concluir, los pensionados que hayan consolidado su derecho a la mesadas adicionales con anterioridad a la expedición del acto legislativo 01 de 2005 no pueden salir afectados por las modificaciones de la referida enmienda constitucional.

Lo que quiere decir que el señor RAFAEL ERASMO REY CASTRO no está cobijado por la excepción establecida en el parágrafo 6° transitorio, relacionado en precedencia, resultando imperioso respetar ese derecho, incluso porque en el inc. 10° del Art. 48 Superior quedó claro que en materia pensional se respetarán todos los derechos adquiridos⁵.

⁵ Constitución Política de Colombia, art. 48 <Inciso adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2005. El nuevo texto es el siguiente:> En materia pensional se respetarán todos los derechos adquiridos.

Ahora y en lo que atañe al último punto de inconformidad, dirigido a obtener la declaratoria de cosa juzgada, se tiene que el art. 303 del Código General del Proceso, aplicable a esta jurisdicción por remisión expresa del art. 145 del CPT y de la SS, exige la concurrencia de tres elementos: i) identidad de personas, ii) identidad de la cosa pedida e iii) identidad de la causa, elementos que incluso la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema ha reiterado.⁶

El recurrente sustenta la petición de cosa juzgada en el hecho de que existen tres decisiones judiciales anteriores, en las que ya se debatió lo pretendido en esta demanda, señalando específicamente que en las decisiones proferidas por el Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá y por este órgano en sala de decisión distinta, al analizar los temas relacionados se relacionó de forma clara lo que ahora es objeto de estudio.

En vista de lo argumentado esta colegiatura evidencia que a folio 3 en el acápite denominado “condenas” el actor solicita:

- “1. Se condene a las demandadas a reconocerle y pagarle al demandante RAFAEL ERASMO REY CASTRO las mesadas adicionales causadas a partir del día nueve (9) de marzo de mil novecientos noventa y nueve (1999), teniendo en cuenta que mediante sentencia de fecha doce de octubre de dos mil siete (2007) el Tribunal Superior de Bogotá, confirmó la sentencia del Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito mediante la cual se le reconoció al demandante la pensión convencional.
2. Se condene a las demandadas a reconocerle y pagarle al demandante los intereses de mora sobre todas y cada una de las mesadas pensionales causadas.
3. Se condene a las demandadas a lo que resulte probado ultra y extra petita.
4. Se condene a las demandadas al pago de las costas y agencias en derecho.”

Ahora en lo que tiene que ver con el proceso tramitado ante el Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., radicado bajo el No. 2019-00066⁷, en principio se colige que existe una identidad de partes, pues se trata de una demanda interpuesta por el señor RAFAEL ERASMO REY CASTRO contra EL FONDO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS, CESANTÍAS Y PENSIONES -FONCEP- y la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE

⁶ Providencias CSJ SL1686-2017; CSJ SL198-2019 reiteradas en las distinguidas como CSJ SL1354-2019; CSJ SL4042-2019; CSJ SL1154-2021, entre otras, dicha colegiatura ha precisado que para que se configure la existencia de la institución de la cosa juzgada, de acuerdo con el artículo 332 del CPC hoy 303 del CGP, debe concurrir la triple identidad: de partes, objeto o cosa solicitada y causa para pedir.

⁷ CD Folio 152, archivo 5 y 6.

REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL; empero no existe identidad de pretensiones, toda vez que lo pretendido en ese proceso va dirigido a obtener condena por reajuste la pensión convencional de jubilación a partir del 09 de marzo de 1999 de conformidad con lo dispuesto en el art. 33 y párrafo de la convención colectiva de trabajo celebrada entre el sindicato de trabajadores de la SECRETARÍA DE OBRAS PUBLICAS DE BOGOTÁ para los años 1996; se reconozca el retroactivo, la indexación, lo ultra y extra petita y costas del proceso.

Y en cuanto a la identidad de causa se observa que no hay correspondencia, si bien es cierto en principio se hace referencia al hecho del reconocimiento de la pensión convencional por orden judicial, las pretensiones de la demanda conocida por el Juzgado 29 se fundamentan en un reajuste que se fijó en el art. 33 convencional, norma que en el sub examine no ha sido objeto de litigio.

Frente a lo decidido en ese proceso la Juez 29 Laboral del Circuito profirió sentencia absolutoria, decisión que fue confirmada por esta instancia con providencia calendada 25 de septiembre de 2020, concluyendo la existencia de cosa juzgada entre ese proceso y el conocido por el Juzgado 18 Laboral del Circuito de Bogotá que terminó con sentencia proferida el 23 de abril de 2007 confirmada por sentencia del 12 de octubre de 2007, providencia que reconoció el derecho pensional de carácter convencional a favor de la demandante.

De cara a lo relacionado esta instancia considera que tampoco se configura cosa juzgada entre el proceso por el que se reconoció la pensión convencional y el hoy estudiado, pues de la revisión de las sentencias de primera y segunda instancia (folios. 53-68) se observa que el demandante pretendía en el proceso radicado bajo el No. 2006-00574, *el reconocimiento y pago de la pensión convencional de jubilación a partir del 09 de marzo de 1999, en cuantía equivalente al 75% de la asignación mensual promedio devengada durante el último año de servicio, en forma indexada, las mesadas adicionales, el pago de intereses moratorios y costas del proceso*; sin embargo, en la sentencia de primera instancia el entonces Juez 18 Laboral del Circuito de Bogotá, precisó:

“No obstante lo anterior, atendiendo que conforme lo constatado en el expediente, el actor viene disfrutando de una pensión legal de jubilación otorgada por la entidad demandada, mediante la Resolución 0549 del 1 de abril de 2002 (fls.316-320), y como bien sabido es que tanto la una como la otra son incompatibles al amparar el mismo riesgo y estar a cargo de la misma entidad, y sin desconocer tampoco que nadie puede devengar dos asignaciones provenientes del tesoro público en forma simultánea, el pago de la mesada pensional reconocida dentro de la presente acción, quedara condicionado a que el demandante renuncie a la pensión legal de jubilación que viene gozando en los términos de la Resolución No. 0549 de 2002, por resultar inferior a la reconocida a través de la presente acción.

Así las cosas, no habrá lugar a reconocer las mesadas pensionales ordinarias y adicionales, causadas y no pagadas, desde el 09 de marzo de 1999, toda vez que, como quedó anotado en precedencia, el pago de esta prestación se encuentra condicionado a que el demandante renuncie a la pensión legal de jubilación que viene disfrutando, situación discrecional del actor conforme a lo dicho anteriormente.”

De lo que se traduce que no hubo un pronunciamiento de fondo respecto de las “*mesadas adicionales*” que en esa oportunidad reclamó el demandante, por cuanto la efectividad de la pensión convencional reconocida estaba sometida si y solo si a la renuncia que el señor RAFAEL ERASMO REY presentara respecto de la pensión legal de jubilación que para esa época se encontraba devengando y hecho que se materializó el 07 de octubre de 2008 como consta a folio 263 del CD aportado por la demandada a folio 94:

Doctora
MARCELA VIZCAINO JARA
Gerente de Pensiones
Subdirección Técnica de Prestaciones Económicas
FONCEP
E. S. D.

RAFAEL ERASMO REY CASTRO, mayor de edad y vecino de esta ciudad, identificado con la C.C. No. 19.073.059 de Bogotá, comedidamente me permito manifestarle, que con el fin de poder dar cumplimiento al fallo No. 077 de 2007 del Juzgado 18 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y acatando lo mandado en el numeral 2 del resuelve de dicha sentencia, **RENUNCIO** a la Pensión Legal de Jubilación que vengo disfrutando, por cuenta de la demandada según resolución No. 0549 de 2002.

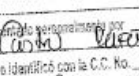
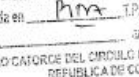
Así mismo subsano lo expresado en el poder aportado a su Despacho para el pago del fallo como lo solicitó su Señoría, al tiempo que le solicito encarecidamente me sea cancelado dicho fallo de la forma más pronta posible como se lo expresé, anteriormente dado que el proceso está más que ejecutado desde el 14 de julio de este año.

De otro lado, le expreso mi preocupación por el tiempo que se tome el proferir el Acto Administrativo y el pago del fallo, dado que estoy renunciando a la pensión legal que es mi único sustento y el de mi familia.

Cordialmente


RAFAEL ERASMO REY CASTRO
C.C. No. 19.073.059 de Bogotá

El anterior memorial dirige a

Fue presentado personalmente por 
Quien no idéntico con la C.C. No. 19073.059
Expedido en  T.P. No. 
De  más el suscrito.

NOTARIO CONFORTE DEL CIRCULO DE SANTA FE DE BOGOTÁ
REPUBLICA DE COLOMBIA
10-7-OCT-2008

REPUBLICA DE COLOMBIA
El suscrito Notario 14 del Circuito de Bogotá D.C.
Visto el anterior con la fe de suscribir y así lo expone.




Por lo anterior, al no haber contado el demandante con un pronunciamiento específico y concreto respecto de la procedencia de las “mesadas adicionales”, por cuanto el derecho pensional del que se derivaban estaba sometido al cumplimiento de una condición, no sería procedente declarar la cosa juzgada y como quiera que la demandada al reconocer la pensión convencional omitió ese punto, era viable debatirlo ahora judicialmente.

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

que sea condenada en costas, como así lo definió el juez de primera instancia.

Agotada la competencia en esta instancia por el estudio de los aspectos objeto de apelación, habiéndose arribado a las mismas conclusiones halladas por el Juez *a quo* lo que se sigue es la confirmación de la sentencia de primera instancia, adicionándose en lo que tiene que ver con la autorización para los descuentos en salud.

SIN COSTAS en esta instancia.

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

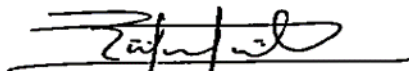
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juez Once Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MARIA YOSSED CARRANZA SOTO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A. Y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS (RAD. 14 2018 00713 01)

Bogotá D.C. veintinueve (29) de Octubre de dos mil veintiuno (2021)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por la demandante y COLPENSIONES (folios 325 a 327), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente:

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES y el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta, contra la sentencia proferida por la Juez Catorce (14) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 13 de agosto de 2021 (Audiencia virtual de que trata el art.80 del C.P.T. y la S.S., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 33:07, CD folio 319, acta folio 320 y vto), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del acto de traslado que hizo la demandante señora MARIA YOSSED CARRANZA SOTO del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, administrado por COLFONDOS S.A.

Señalando como consecuencia de tal declaración, que ningún efecto jurídico surtió el traslado y por tanto siempre estuvo afiliada al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES y declarar que no perdió el régimen de transición que era beneficiaria por edad, el cual conserva por acreditar los requisitos previstos en el Acto Legislativo 01 de 2005.

SEGUNDO: ORDENAR a la AFP PROTECCIÓN S.A donde se encuentra vinculada actualmente la demandante a trasladar a COLPENSIONES el saldo total de la cuenta individual de ahorro, incluyendo rendimientos financieros.

TERCERO: ABSTENERSE de ordenar el reconocimiento de la pensión por vejez solicita, conforme a lo indicado en la parte motiva del proveído.

CUARTO: DECLARAR no probada las excepciones de mérito propuestas por las convocantes a juicio, en tanto que no enervaron las pretensiones.

QUINTO: CONDENAR en costas de esta acción a los fondos demandados, esto es a COLFONDOS S.A y PROTECCIÓN S.A. ”

Inconforme con la decisión, la apoderada de COLPENSIONES presentó recurso de apelación en los siguientes términos.

Solicitó la revocatoria de la sentencia proferida, por considerar que en la decisión no se tuvo en cuenta el principio de la relatividad jurídica, argumentó que COLPENSIONES es un tercero ajeno a los actos jurídicos celebrados entre COLFONDOS, PROTECCIÓN y la demandante, y en esa medida la entidad recurrente no puede ser favorecida ni perjudicada por lo resuelto, más aun cuando en su opinión, se está afectando el equilibrio financiero del sistema de seguridad social en pensiones, establecido por el artículo 48 de la Constitución Política y adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005¹.

¹ CD Folio 319, **apoderada COLPENSIONES (35:29)**: Su señoría me permito interponer recurso de apelación contra la decisión acaba de proferir, teniendo en cuenta los siguientes aspectos y solicitando a los Honorables Magistrados del Tribunal Superior de Bogotá que se revoque la sentencia proferida, toda vez que en el momento de dictar la sentencia no se tuvo en cuenta el principio de la relatividad jurídica, entendiendo que COLPENSIONES es un tercero ajeno a los actos jurídicos celebrados entre COLFONDOS y PROTECCIÓN con la parte demandante, en razón a que todos los actos tienen efectos inter partes, por lo cual independientemente de la decisión adoptada por su señoría, 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 nada tuvo nada que ver con la decisión adoptada por la parte actora.

Le solicito al Honorable Tribunal Sala Laboral que no se condene a mi representada a recibir a la parte actora, pues con esta decisión y la consecuencia de la declaratoria de inexistencia del traslado, se estaría afectando el equilibrio financiero del sistema de seguridad social en pensiones, el cual fue establecido para el artículo 48 de la Constitución Política y adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005, pues en caso de una condena debe tenerse en cuenta que se estaría dando un impacto a la reserva pensional que se ha venido afectando de manera excesiva con este tipo de procesos.

Le solicito muy respetuosamente al Honorable Magistrado que revoque la sentencia proferida, ya que como se dijo COLPENSIONES no tuvo injerencia en el acto jurídico celebrado, y existe una alta, en el presente asunto existe una alta probabilidad del reconocimiento pensional, lo que genera un impacto en el sistema de seguridad social. Solicito su señoría que se tenga en cuenta las sentencia SL 17995 de 2017, SL 4989 de 2018, SL 1421 de 2019, en el que hay lugar a reintegrar la totalidad de la cotización, es decir, los recursos de la cuenta individual de ahorro, cuentas abonadas al fondo de garantía mínima, los rendimientos, anulación de bonos pensionales y porcentaje destinado al pago de seguros previsionales y gastos de administración, si en dado caso se decide confirmar la presente decisión, que esto sea devuelto a mi representada para el posible reconocimiento pensional que tiene que hacerle a la demandante. Por lo anterior, solicito se revoque la decisión, muchas gracias su señoría.

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

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante MARIA YOSSED CARRANZA SOTO en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas a folios 90-91, las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos expuestos en el mismo archivo en las págs. 66 a 68, aspirando se declare la nulidad o la ineficacia de la afiliación en pensión realizada por la señora MARIA YOSSED CARRANZA SOTO al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la vinculación efectuada a la AFP COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS para el mes de enero de 2001, por el incumplimiento de los deberes legales de información al demandante; se declare que los traslados horizontales realizados por la demandante son nulos o ineficaces y en virtud de dichas declaraciones se condene a la AFP PROTECCIÓN S.A. a trasladar la totalidad del capital consignado en la cuenta de ahorro individual de la demandante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES, se registre a la demandante como afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida sin solución de continuidad y se ordene el reconocimiento de pensión de vejez, teniendo en cuenta que la demandante es beneficiaria del régimen de transición, se reconozca la pensión de forma retroactiva, intereses moratorios, lo ultra y extra petita y costas del proceso **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 COLFONDOS, ordenando a PROTECCION, actual administradora de la demandante, la devolución de saldos de la cuenta de ahorro individual al Régimen de prima media con prestación definida, sumas adicionales de aseguramiento, frutos e intereses, así mismo ordenó a COLPENSIONES activar su afiliación al RPM, tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada COLFONDOS no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía con la demandante, al momento del traslado, además de encontrar el

perjuicio que se ocasiona a la demandante con su permanencia en el RAIS, particularmente respecto al monto de su mesada pensional.

Por otra parte, si bien declaró que la señora MARIA YOSSED CARRANZA SOTO era beneficiaria del régimen de transición por cumplir con los parámetros dispuesto en el art. 36 de la Ley 100 de 1993 y el parágrafo 4to transitorio del acto legislativo 01 de 2005, no accedió al reconocimiento pensional bajo el argumento de que COLPENSIONES aún no tiene en su poder los recursos para financiar la pensión de vejez de la actora, hecho que sólo se consolidaría con el cumplimiento de esta sentencia por parte de PROTECCIÓN S.A.

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.

En ese orden, conforme la copia de la cédula de ciudadanía obrante en el plenario (*folio 29*), la actora nació el 31 de diciembre 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 -38 años-, 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 04 enero de 2001 con fecha de efectividad el 1° de marzo de 2001 (*folio 138*) y que para el 1° de abril de 1994 contaba apenas con 472,98 semanas -equivalentes a 9,19 años de servicios- (*fl.30*), 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

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”.

sentencia C-789 de 2002³, por lo que resulta procedente el estudio del traslado de régimen pensional y la conservación del beneficio transicional con base en la

³ “Como se desprende de la lectura del inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el legislador previó el régimen de transición en favor de tres categorías de trabajadores que, al momento de entrar en vigor dicha ley, cumplieran con determinados requisitos. En primer lugar, los hombres que tuvieran más de cuarenta años; en segundo lugar, las mujeres mayores de treinta y cinco y; en tercer lugar, los hombres y mujeres que, independientemente de su edad, tuvieran más de quince años de servicios cotizados; requisitos que debían cumplir al momento de entrar en vigencia el sistema de pensiones, conforme lo establece el artículo 151 de dicha ley.

A su vez, como se desprende del texto del inciso 4º, este requisito para mantenerse dentro del régimen de transición se les aplica a las dos primeras categorías de personas; es decir, a las mujeres mayores de treinta y cinco y a los hombres mayores de cuarenta. Por el contrario, ni el inciso 4º, ni el inciso 5º se refieren a la tercera categoría de trabajadores, es decir, quienes contaban para la fecha (1º de abril de 1994) con quince años de servicios cotizados. Estas personas no quedan expresamente excluidos del régimen de transición al trasladarse al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme al inciso 4º, y por supuesto, tampoco quedan excluidos quienes se trasladaron al régimen de prima media, y posteriormente regresan al de ahorro individual, conforme al inciso 5º.

El intérprete podría llegar a concluir, que como las personas con más de quince años cotizados se encuentran dentro del régimen de transición, a ellos también se les aplican las mismas reglas que a los demás, y su renuncia al régimen de prima media daría lugar a la pérdida automática de todos los beneficios que otorga el régimen de transición, así después regresen a dicho régimen. Sin embargo, esta interpretación resulta contraria al principio de proporcionalidad.

Conforme al principio de proporcionalidad, el legislador no puede transformar de manera arbitraria las expectativas legítimas que tienen los trabajadores respecto de las condiciones en las cuales aspiran a recibir su pensión, como resultado de su trabajo.[19] Se estaría desconociendo la protección que recibe el trabajo, como valor fundamental del Estado (C.N. preámbulo, art. 1º), y como derecho-deber (C.N. art. 25). Por lo tanto, resultaría contrario a este principio de proporcionalidad, y violatorio del reconocimiento constitucional del trabajo, que quienes han cumplido con el 75% o más del tiempo de trabajo necesario para acceder a la pensión a la entrada en vigencia del sistema de pensiones, conforme al artículo 151 de la Ley 100 de 1993 (abril 1º de 1994),[20] terminen perdiendo las condiciones en las que aspiraban a recibir su pensión.

En tal medida, la Corte establecerá que los incisos 4º y 5º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 resultan exequibles en cuanto se entienda que los incisos no se aplican a las personas que tenían 15 años o más de trabajo cotizados para el momento de entrada en vigor del sistema de pensiones consagrado en la Ley 100 de 1993, conforme a lo dispuesto en el artículo 151 del mismo estatuto.

Por supuesto, esto no significa que las personas con más de 15 años cotizados, y que se encuentran en el sistema de ahorro individual con solidaridad, se les calcule su pensión conforme al régimen de prima media, pues estos dos regímenes son excluyentes. Como es lógico, el monto de la pensión se calculará conforme al sistema en el que se encuentre la persona.

Adicionalmente, resulta indispensable armonizar el interés en proteger la expectativa legítima de las personas que habían cumplido quince años o más cuando entró en vigencia el sistema, con el interés en que el régimen de prima media tenga los recursos suficientes para garantizar su viabilidad financiera. También resultaría contrario al principio de proporcionalidad, que quienes se trasladaron de este régimen al de ahorro individual, y después lo hicieron nuevamente al de prima media, reciban su pensión en las condiciones del régimen anterior, sin consideración del monto que hubieran cotizado.

Por lo tanto, las personas que hubieran cotizado durante 15 años o más al entrar en vigencia el sistema de pensiones, y se encuentren en el régimen de prima media con prestación definida, tendrán derecho a que se les apliquen las condiciones de tiempo de servicios, edad y monto de la pensión, consagradas en el régimen anterior, siempre y cuando:

- a) Al cambiarse nuevamente al régimen de prima media, se traslade a él todo el ahorro que habían efectuado al régimen de ahorro individual con solidaridad, y
 - b) Dicho ahorro no sea inferior al monto total del aporte legal correspondiente en caso que hubieran permanecido en el régimen de prima media.
- En tal evento, el tiempo trabajado en el régimen de ahorro individual les será computado al del régimen de prima media con prestación definida.”

declaratoria de ineficacia del traslado de régimen, desde luego si hay lugar a declararla.

Así las cosas, con fundamento en la ausencia del suministro de información, pretende la 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 como ya se mencionó el **04 de enero de 2001** con fecha de efectividad el 1° de marzo de 2001 (fl. 138) específicamente, conforme el formulario de afiliación a COLFONDOS 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 tunc⁴, en los términos del artículo 1746 del Código Civil, ante la inexistencia de una norma distinta que de manera explícita regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico.

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

“(…)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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.

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 desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

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

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

En el interrogatorio de parte practicado a la demandante la señora MARIA YOSSED CARRANZA indicó que en el año 2001 trabajaba en la EPS CRUZ BLANCA, lugar donde fue visitada por un asesor de COLFONDOS, quien realizó una reunión grupal indicando que el ISS se acabaría, que no podrían pensionarse en esa entidad, que con los fondos privados tendrían la garantía de pensionarse, obtener una mesada pensional mejor a la que les ofrecería el ISS y además de ello afirma que le brindó la posibilidad de pensionarse a una edad más temprana que la dispuesta legalmente; aunado a ello dice que el promotor incentivó la afiliación con la posibilidad de participar en la rifa de un millón de pesos semanales.

De lo relatado por la demandante no es posible colegir de forma alguna que haya confesado la recepción de una información, clara, oportuna y certera y muchos menos que el promotor haya cumplido con su obligación de buen consejo, pues lo único que advierte la sala es una labor de publicidad y promoción de los fondos privados donde se enfatizó en las supuestas bondades del RAIS y la posibilidad de recibir beneficios económicos por la decisión de vinculación que tomaran los potenciales afiliados, sin que en esa labor se tomará en cuenta la responsabilidad social que tenían las AFP desde su creación.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a COLFONDOS (fl. 49), 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 tal 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, la demandada COLFONDOS omitió en el momento del traslado de régimen (04 de enero de 2001 con fecha de efectividad el 1° de marzo de 2001 folio138), 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 (fl. 138, 141-152), 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.

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, los gastos de administración, surgen como consecuencia de la afiliación, y en ese orden, al declararse la ineficacia del traslado resulta claro que los mismos quedan sin fundamento, pues lo que ocurre es que la situación de vinculación de la actora vuelve a su estado inicial, es decir es como si dichos gastos no se hubiesen generado, razón por la cual es procedente la remisión de la totalidad de los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la 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 lo 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, 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 COLPENSIONES⁶ (CD. FL.234), 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:

“...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

⁶ Se tuvo por contestada la demanda mediante auto del 11 de febrero de 2021, folio 236-237.

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

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

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

SIN COSTAS en esta instancia.

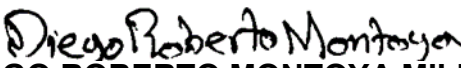
En mérito de lo expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Catorce (14) 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 ORLANDO ANTONIO VILLAMIL CONTRA COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS y como litisconsorte necesario el MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO (RAD. 15 2019 00503 01).

Bogotá D.C., veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por la parte demandante (folio 157 y 158) y por COLFONDOS S.A. (folios 160 a 163), 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 recurso de apelación interpuesto por la demandada COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS, contra la sentencia proferida por el Juez Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 17 de agosto de 2021 (Audiencia virtual artículo 80 del C.P.T, realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, CD fl. 151 récord 1:04:33, acta de audiencia folios 149-150), en la que se resolvió:

“PRIMERO: RECONOCER al señor ORLANDO ANTONIO VILLAMIL MEDINA la pensión reconocida mediante comunicación del 12 de octubre del año 2018, a partir del día 19 de julio del año 2018, por un valor de \$1.060.000 pesos reconocidos y no como en forma errónea se reconoció a partir del 01 de noviembre del año 2018, en este mismo valor. Ordenando pagar el correspondiente retroactivo comprendido entre el 19 de julio de 2018 y el 31 de octubre del año 2018, por valor de \$3.568.636 a favor del señor demandante.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada COLFONDOS al reconocimiento y pago a favor del señor demandante los intereses moratorios, previstos en el artículo 41 de la ley 100 de 1993, a partir del día 21 de enero de 2019 sobre el capital de \$3.568.666 conforme se expuso en la parte motiva de la presente providencia.

TERCERO: CONDENAR a COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS a las costas para el efecto se fijan como agencias en derecho a su cargo lo correspondiente a un salario mínimo legal vigente para el año 2021.

CUARTO: ABSOLVER a la NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO de todas y cada una de las peticiones invocadas en la presente acción, conforme se expuso en la parte motiva y frente a esta declarar probada la excepción de falta de legitimación por pasiva.”

Inconforme con la decisión el apoderado judicial de COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, solicita su revocatoria por considerar que al demandante no le asiste derecho al retroactivo reconocido desde julio del 2018, argumentó que si bien para esa fecha se emitió y redimió el bono pensional, debe tenerse de presente que en el Régimen de Ahorro Individual no se reconoce la pensión de manera retroactiva, dado que el precepto no indica desde que fecha el fondo de pensiones debe iniciar el pago de las mesadas pensionales.

Aunado a ello indicó que no se puede ignorar el hecho de que el actor hasta septiembre de 2018 radicó la solicitud pensional de manera completa y con la documental que le acreditaba el derecho que pretendía.

A su vez solicita se revoque la condena por intereses moratorios, con fundamento en la sentencia SL 787 del 2013 señalando, “las administradoras de fondos privados no están obligadas a pagar los intereses moratorios, cuando niegan las prestaciones económicas al haber hecho un estudio minucioso de la ley”.

Adujo que en el sub judice COLFONDOS negó el reconocimiento de pago del retroactivo pensional, con fundamento legal porque alega que en el régimen de ahorro individual no está estipulada una fecha para iniciar el pago de la mesada pensional; adicionó que con la condena por retroactivo se atenta contra la financiación de la pensión y el correcto manejo de la cuenta de ahorro individual del actor¹.

¹ **CD Folio 151, Apoderado demandada (1:07:03):** Gracias su señoría, si señor interponer el recurso de apelación en contra de la sentencia proferida. Estando en el momento procesal oportuno me permito presentar recurso de apelación frente a la sentencia proferida por este Honorable despacho. Primero, solicitándole a los Honorables Magistrados del Honorable Tribunal de Bogotá se revoque íntegramente la sentencia proferida en primera instancia, teniendo en cuenta que al demandante no le asiste el retroactivo reconocido en sentencia desde julio del 2018, esto teniendo en cuenta, que si bien fue para esa fecha se emitió y redimió el bono pensional, se debe tener presente que en el Régimen de Ahorro Individual no se reconoce la pensión de manera retroactiva, dado que la norma no indica desde que fecha el fondo de pensiones debe iniciar el pago de las mesadas pensionales, aunado a lo anterior, se debe tener presente que si bien el demandante conocía desde julio de 2018 se le emitió y redimió el bono pensional, no fue hasta septiembre de 2018 cuando el demandante radicó la solicitud de manera completa y con la documental que le acreditaba el derecho que pretendía, siendo así que se debe tener en cuenta que el demandante omitió radicar la solicitud, y se le reconoce la mesada pensional a partir de noviembre de 2018, cuando el demandante pues se le realizaron el monto pensional,

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante ORLANDO ANTONIO VILLAMIL en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de la

el cálculo de la mesada pensional conforme a la documental que acreditó, conforme a la documental que radicó, téngase en cuenta que el demandante realizó la solicitud hasta septiembre de 2018 y por lo tanto, el reconocimiento de la pensión, de la mesada pensional procedía solamente únicamente a partir del momento en el cual COLFONDOS, emitió el comunicado respectivo del reconocimiento, esto es, a partir de la mesada pensional de noviembre de 2018, siendo así que dentro del presente asunto, se debe tener en cuenta que la norma en ningún momento manifiesta o indica que el fondo de pensiones privado deba reconocer la mesada pensional de manera retroactiva o de una fecha en especial, esto teniendo en cuenta y que por lo tanto, no hay lugar a que se condene a mi representada a reconocer un retroactivo pensional.

Ahora bien, tampoco hay lugar que se reconozca o se pague unos intereses moratorios a la aquí demandante, y por lo tanto solicito al Honorable Magistrado que se revoque toda condena de intereses moratorios a partir del enero del 2019 sobre el valor del retroactivo, téngase en cuenta que los intereses moratorios del artículo 141 de la ley 100, solamente proceden cuando habiéndose reconocido la pensión de vejez se pagan o no se reconoce, o se pagan tardíamente las mesadas pensionales, lo cual no aconteció dentro del presente proceso, ya que como se debe tener presente el reconocimiento del demandante se realizó a partir del 01 de noviembre de 2018, fecha en la cual se le reconoció la primera mesada pensional al demandante y desde ese momento se le ha venido pagando la mesada pensional de manera puntual y cumplid, y por lo tanto, no hay una demora en el pago de las mesadas pensionales. Así mismo, tener presente que la Corte Suprema de Justicia en la Sala, en la sentencia SL 787 del 2013 ha indicado de manera similar, que las administradoras de fondos privados no están obligadas a pagar los intereses moratorios, cuando niegan las prestaciones económicas al haber hecho un estudio minucioso de la ley al momento de negar las prestaciones, en dicha oportunidad la Corte dijo frente la imposición de los intereses moratorios se absuelve a estos cuando “las actuaciones de las administradoras de pensiones públicas o privadas al no reconocerlas o pagarlas las prestaciones periódicas a su cargo, se encuentra plena justificación bien porque tengan un respaldo normativa o que su postura provenga de la aplicación minuciosa de la ley”, siendo así que para el presente caso COLFONDOS negó el reconocimiento de pago del retroactivo pensional, y que se debe se aplicó la norma de manera minuciosa, ya que como bien lo he manifestado, el reconocimiento del retroactivo pensional, en el régimen de ahorro individual no está estipulado y tampoco se tiene fecha en que se debe iniciar a pagar, a cancelar la mesada pensional, así mismo con esta condena que se está imponiendo a mi representada de un retroactivo, se estaría ordenando en diferente forma, una reliquidación de la mesada pensional que con este pago estaría desfinanciando, y se estaría atentando contra la financiación y el correcto manejo de la cuenta de ahorro individual de la aquí demandante y por lo tanto, se debe tener en cuenta que no hay lugar de que se conde a mi representada de este a reconocer este retroactivo, ya que como consecuencia traería que se desfinancie y se bajen los recursos con los cuales se realizó la liquidación de la mesada pensional, téngase en cuenta que la mesada pensional o la pensión del demandante se liquidó conforme al capital de la cuenta de ahorro individual y se re liquidó a partir del 01 de noviembre de 2018, razón por la cual, no hay lugar a que se ordene a mi representada a reconocer o pagar este retroactivo pensional, Máxime cuando se le reconoció y liquidó la mesada pensional solamente a partir del 01 de noviembre 2018, como lo he manifestado Honorables Magistrados pues la norma no estipula una fecha en la cual se debe pagar o no tiene una estipulación en la que el fondo de pensiones, el fondo de pensiones privado debe comenzar a pagar la mesada pensional, téngase en cuenta que si se ordena a pagar el retroactivo pues estaría generando una des financiación, una descapitalización en la cuenta de ahorro individual del demandante, lo que ocasionaría tener un futuro se proceda a hacer una reliquidación, y se le bajaría y se genere una disminución de la mesada pensional, máxime cuando el demandante optó por la modalidad de retiro programado, siendo así que se debe revocar la sentencia íntegramente y absolver a mi representada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, y por lo tanto, tampoco.

Ahora bien, si el Honorable Tribunal considera que se debe pagar el retroactivo, solicito al Honorables Magistrados que se revoque la condena impuesta a mi representada en lo correspondiente a los intereses moratorios, por cuanto, estos intereses dentro del presente asunto no se han ocasionado, así mismo, no hay lugar a estos, por cuanto mi representada actuó con total apego a la norma y se aplicó la norma de manera minuciosa y como lo he manifestado no hay una norma, no hay una parte en la norma que nos indique a los fondos privados desde que fecha procederá el reconocimiento y pago de un retroactivo, cuando en el régimen de ahorro individual no se reconocen las pensiones de manera retroactiva, las pensiones de vejez, de manera retroactiva ya que la norma no indica desde que momento se debe iniciar a pagar.

Siendo así, dejo sentado mi recurso de apelación, solicitando a los Honorables Magistrados se revoque íntegramente la condena impuesta a mi representada y se ordene y se absuelva a COLFONDOS de las pretensiones. Dejo así sentado el recurso de apelación, señor juez.

demanda (folios 3 y 4) las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (folio 3), aspirando se condene a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS a reconocer y pagar a su favor el retroactivo por las mesadas pensionales causadas desde el 06 de diciembre de 2015, junto con los intereses moratorios, la indexación, las costas y los derechos ultra y extra petita. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones,** por cuanto se declaró que el señor ORLANDO ANTONIO VILLAMIL MEDINA tiene derecho al reconocimiento de su pensión desde el 12 de octubre del año 2018 teniendo como primera mesada pensional la suma de \$1.060.000 pesos; ordenó el pago de retroactivo causado entre el 19 de julio de 2018 y el 31 de octubre del año 2018, por valor de \$3.568.636; condenó a COLFONDOS a reconocer y pagar a favor del señor demandante los intereses moratorios, previstos en el artículo 141 de la ley 100 de 1993, a partir del día 21 de enero de 2019 sobre el capital de \$3.568.666; condenó en costas y absolvió a la NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO de todas y cada una de las peticiones invocadas.

El a quo empezó por indicar, no fue motivo de discusión la calidad de pensionado del demandante y al respecto se remitió al oficio BP-R-IL-RAD-38166-10-2018 del 12 de octubre de 2018 donde COLFONDOS le reconoce la pensión de vejez en un monto de \$1.060.0000, a partir del 01 de noviembre de 2018 como consta a folio 64.

El problema jurídico definido consistió en determinar si hay lugar a reconocer el retroactivo - solicitado por el demandante - respecto de la pensión que le fue reconocida por COLFONDOS.

Para resolver hizo referencia a lo dispuesto en el art. 64 de la Ley 100 de 1993 que establece los requisitos para acceder a la pensión de vejez en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS); al art. 68 relativo a la financiación de la pensión de vejez y, sobre la posibilidad de obtener un retroactivo en el RAIS hizo referencia a la sentencia proferida por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia el 30 de abril de 2019 con ponencia del Dr. Martin Emilio Beltrán y a la sentencia del 03 de abril de 2019, radicado 58612, con ponencia del Dr. Rigoberto Echeverry.

Luego de relacionar los presupuestos legales y jurisprudenciales pasó por analizar las pruebas aportadas en el plenario para concluir que el señor ORLANDO ANTONIO VILLAMIL nació el 06 de diciembre de 1953, cumpliendo la edad de 62 años el mismo día y mes del año 2015, advirtió que no es posible el reconocimiento pensional desde esa data por cuanto el requisito de edad no es exigible en el RAIS

como si los es para la prestación por vejez regulada bajo el amparo del régimen de prima media con prestación definida.

Indicó que el demandante en enero de 2014 intentó realizar el trámite correspondiente para la redención del bono pensional, frente a ello la oficina de bonos pensionales profirió la Resolución 12184 de febrero de 2014, mediante la cual hizo una liquidación provisional del fondo, sin embargo el trámite fue suspendido por solicitud del actor.

Luego de ello hizo referencia a la Resolución No. 18265 del 19 de Julio de 2018 donde se le hizo la correspondiente emisión y pago del bono pensional; concluyó que a partir de dicha data (19 de julio de 2018) el demandante acreditó el cumplimiento de los presupuestos para acceder al derecho pensional esto es los aportes, los rendimientos y la correspondiente redención del bono pensional.

Precisó que en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad una de las características es la posibilidad de pensionarse de forma anticipada y en virtud de ello señaló que el actor contaba con dos opciones la de pensionarse en el año 2014, pero para esa data el bono pensional era muy inferior al reconocido en el 2018, hecho que hubiese afectado de forma ostensible el valor de su mesada pensional o, contar con la posibilidad de pensionarse posteriormente con una mesada pensional superior, contando con una mayor rentabilidad en el capital de su cuenta de ahorro individual.

Consideró que para el 19 de julio de 2018 se cumplieron los requisitos exigidos por el RAIS para efectos del reconocimiento pensional, ello teniendo en cuenta la anulación que hizo el actor respecto del trámite para la redención de su bono pensional - aceptada por el MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO - que en últimas le significó un aumento del capital de su cuenta de ahorro individual, por ende consideró que la pensión debió reconocerse a partir de aquella data y no desde el 01 de noviembre de 2018.

Respecto a la condena por intereses moratorios, invocó el art. 33 de la Ley 100 de 1993 para determinar que a partir del 21 de septiembre de 2018 el actor presentó la solicitud completa para el acceso a su derecho pensional y desde esa dicha data debían contarse los 4 meses establecidos en el precepto legal para que la AFP resolviera el reconocimiento pensional pretendido.

Por lo anterior y teniendo en cuenta que hasta el 21 de enero de 2019 la AFP debía reconocer la pensión desde el 12 de julio de 2018, condenó al pago de intereses moratorios de que trata el art. 141 de la Ley 100 de 1993.

Declaró no probada la excepción de prescripción y no procedente la condena por indexación toda vez que se impuso condena por intereses moratorios.

Relacionados los antecedentes procesales, 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 que el demandante ORLANDO ANTONIO VILLAMIL MEDINA se encuentra afiliado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP COLFONDOS y, en esa medida, es claro que las prestaciones a las que puede tener derecho deben ajustarse a los lineamientos normativos que regulan dicho régimen y que sea dicha AFP la llamada a garantizar el reconocimiento y pago de tales beneficios.

Tampoco se discute en el asunto la calidad de pensionado que ostenta el actor, tal como puede verificarse de la comunicación del 12 de octubre de 2018 por la cual la AFP COLFONDOS informa al demandante la aprobación de la solicitud pensional a partir del 01 de noviembre de 2018 (fls. 10-13 y 64-67); ni que la modalidad pensional escogida fue la de retiro programado como COLFONDOS lo manifestó en la contestación a la demanda (fl.46) hecho que no fue desmentido por el actor, ni motivo de censura.

También son hechos indiscutidos en la alzada, que: i) el accionante nació el 06 de diciembre de 1953 (fl.7 y 68), de modo que el mismo día y mes de 2015 cumplió 62 años; ii) que para dicha anualidad contaba con más de 1300 semanas conclusiones a las que arribó el juez de primer grado sin que frente a ellas se presentara inconformidad alguna.

Así, le corresponde a la Sala determinar si resulta procedente el pago retroactivo de pensión de vejez del demandante a partir del 19 de julio de 2018 como lo determinó el a quo y los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Para resolver el problema jurídico, se debe señalar que el Régimen de Ahorro Individual es administrado por una entidad de carácter privado que escoge el afiliado y la pensión se obtiene con el fruto del ahorro individual que debe cumplir un monto determinado que permita la exigibilidad del derecho.

El ahorro en la cuenta individual está integrado por cuatro componentes básicos: i) las cotizaciones obligatorias, ii) las cotizaciones voluntarias, iii) los rendimientos financieros y iv) el bono pensional (artículos 63, 64 y 68 de la Ley 100 de 1993).

En el expediente quedó acreditado que el actor era beneficiario de un bono pensional tipo A, originado por el tiempo cotizado en el ISS, el cual fue expedido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público (fls. 91-97) en cuantía de \$177.781.000; las entidades emitieron, reconocieron y pagaron a la sociedad Colfondos S.A. la cuota parte del bono pensional; también se observa que el demandante nació el 06 de diciembre de 1953 y para el 12 de octubre de 2018 el capital acumulado en su cuenta de ahorro individual era de \$274.804.275 (fl. 11 y 65).

Respecto de la discusión sobre la fecha a partir de la cual debe ser reconocida la pensión, deben tenerse en cuenta las normas que regulan el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

De conformidad con el artículo 64 de la Ley 100 de 1993:

“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 hubiere lugar.”

ARTICULO 67 “Los afiliados que tengan derecho a recibir bonos pensionales, sólo podrán hacer efectivos dichos bonos, a partir de la fecha en la cual cumplan las edades para acceso a la pensión, previstas en el artículo 65 de la presente Ley”.

A su turno, el artículo 12 del Decreto 1889 de 1994 ccompilado en el artículo [2.2.5.7.1](#) del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016, 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”.

De los preceptos relacionados se concluye, en el Régimen de Ahorro Individual con solidaridad los requisitos de semanas cotizadas y de edad no son necesarios para el reconocimiento del derecho pensional, salvo que se trate de la pensión originada en la garantía de pensión mínima que no es el caso presente.

Corolario a lo anterior se precisa, para acceder a la pensión en el Régimen de Ahorro Individual solo se requiere que en la cuenta individual del afiliado se haya acumulado un capital superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente, reajustado anualmente según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE; teniendo en cuenta, incluso para el cálculo de dicho monto el valor del bono pensional, al que tuviera derecho el afiliado.

Es importante tener en cuenta que en el RAIS la petición del afiliado, no es un requisito para el acceso y disfrute de la pensión, sin embargo es un trámite necesario para que a partir de allí se realicen los trámites correspondientes para determinar si se cumple o no con el capital necesario para el reconocimiento de la pensión, el monto de la pensión y la escogencia de la modalidad de pensión como lo establece el artículo 79 de la Ley 100 de 1993, dado que es el afiliado quien debe determinar si opta por una pensión sometida o no a las fluctuaciones del mercado, y así lo ha reconocido la jurisprudencia del órgano de cierre de esta jurisdicción en la sentencia SL 2645-2016, radicación 72225 que explicó:

“Examinado el contenido de la norma, se advierte que si bien, expresamente no supedita el reconocimiento de la pensión de vejez a la escogencia de una de estas modalidades pensionales, lo que sí se observa forzoso concebir es que la selección de la especie pensional es un paso que ineludiblemente debe agotar el aspirante a pensionado, en aras de que la entidad adquiera certeza sobre la forma y términos en que debe comenzar a satisfacer la prestación, pues mientras ello no suceda, la AFP queda sumida en una total incertidumbre acerca de la manera en que debe comenzar a pagar la obligación que le concierne.

La importancia de satisfacer este trámite radica en que la administradora de pensiones no puede suplir la ausencia de la manifestación de voluntad del afiliado, en tanto el precepto legal atribuye la responsabilidad de la escogencia al interesado, quien es el único que está en condiciones de optar entre obtener un ingreso fijo mensual que se incrementa con base en la variación del índice de precios al consumidor, ajeno a las fluctuaciones del mercado de valores, durante toda su existencia, así supere la expectativa de vida, o asumir el riesgo financiero que comporta la otra modalidad.”

Por otra parte, respecto a la procedencia de reconocimiento de retroactivo en pensiones reguladas por el RAIS, en sentencia SL1168-2019, radicación 58612 M.P. Rigoberto Echeverry Bueno el órgano de cierre de esta jurisdicción indicó:

“Por su parte, en el RAIS no puede hablarse de una fecha de causación y disfrute de la pensión, estrictamente fijada, pues, se reitera, salvo en lo que tiene que ver con la garantía de pensión mínima, todo depende de la voluntad libre del afiliado y de los recursos existentes en su cuenta de ahorro individual. En ese sentido, el artículo 64 de la Ley 100 de 1993 dispone diáfanoamente que los afiliados «...tendrán derecho a una pensión de vejez, a la edad que escojan, siempre y cuando el capital acumulado en su cuenta de ahorro individual les permita obtener una pensión mensual, superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de expedición de esta Ley...»

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

Ahora bien, aunque en el RAIS no es posible identificar una regla fija e invariable de causación y disfrute de la pensión, lo cierto es que la figura del retroactivo pensional no es del todo ajena a su naturaleza y reglas, pues, en todo caso, existe una fecha cierta a partir de la cual se empieza a pagar la prestación, en función de la voluntad del afiliado y la acreditación del capital suficiente. En ese sentido, una vez reconocida la pensión desde determinada fecha, es a partir de allí que se puede entender configurado el derecho a cualquier pago relativo a la prestación. Un ejemplo de ello está dado en que, en este mismo caso, la pensión fue reconocida por el fondo de pensiones demandado desde el 7 de julio de 2006, cuando se acreditó el bono pensional, pero, como el primer pago se hizo en el mes de marzo de 2007, mientras se resolvía la solicitud, se generó un retroactivo de \$22.630.177. (fol. 25 y 26).

Lo anterior daría pie para pensar que cualquier reajuste de la pensión de vejez debería darse desde la fecha de reconocimiento inicial, como lo defiende la parte demandante y lo admitió el Tribunal. No obstante, para la Corte la procedencia del retroactivo pensional, en este preciso contexto, debe definirse en función de las particularidades de cada caso y, por las especificidades del régimen, debe tenerse en cuenta la forma en la que se hubiera hecho la proyección del capital y la voluntad del afiliado.”

De los presupuestos señalados se encuentra acreditado en el expediente que desde el 19 de julio de 2018 el señor ORLANDO ANTONIO VILLAMIL ya contaba con el capital suficiente y señalado en el artículo 64 de la Ley 100 de 1993, para la financiación de la pensión de vejez hecho que fue aceptado por COLFONDOS en la contestación de la demanda ² y que no fue objeto de censura por el recurrente.

Por otro lado se tiene que el demandante presentó su solicitud pensional el 23 de agosto de 2018, como consta en la comunicación que COLFONDOS aportó a folios

² Folio 46.

71-72³, ante esa petición que la AFP calificó incompleta requirió al señor ORLANDO VILLAMIL para que en virtud de lo dispuesto en el art. 7 del Decreto 510 de 2003 completara su reclamación, hecho que se materializó el 21 de septiembre de 2018 como consta a folio 73 y en virtud del cual COLFONDOS resolvió reconocer la pensión con comunicación del 12 de octubre de 2018 en la que se dejó constancia de la aprobación de la solicitud pensional, se le requirió al demandante para que indicara la modalidad pensional que ampararía su prestación y se le indicó que la fecha de adquisición del derecho sería a partir del 01 de noviembre de 2018 (fl. 64).

De cara a lo anterior, es innegable que el único requisito exigido por el art. 64 de la Ley 100 de 1993 para la efectividad del derecho a la pensión es que el afiliado posea en su Cuenta de Ahorro Individual un capital que efectivamente le permita obtener una pensión mensual superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente, hecho que en el caso en estudio se configuró el 19 de julio de 2018, razón por la que COLFONDOS estaba obligada a reconocer el derecho pensional del señor ORLANDO VILLAMIL desde esa data y no otra; el hecho de que la petición del actor se haya realizado en fecha posterior – 23 agosto de 2018 y 21 de septiembre de 2018 – no es óbice para pasar por alto la fecha de redención del bono (19 de julio de 2018) con el que se completó el capital de la cuenta de ahorro individual del actor que daría lugar al reconocimiento pensional y en este caso al retroactivo reclamado en la fecha dispuesta por el a quo.

En este punto se itera que la fecha de petición no es un requisito para determinar la fecha de efectividad del derecho, sino que es un trámite necesario para que la AFP conozca la forma y términos en que debe comenzar a satisfacer la prestación a elección del afiliado, por ello COLFONDOS con la respuesta del 12 de octubre de 2018 debió indicarle al actor que la fecha de efectividad de su derecho pensional sería a partir del 19 de julio de 2018 y no desde el 01 de noviembre de 2018 como errónea e injustificadamente lo hizo, máxime cuando a partir de aquella data ya se había redimido el bono pensional por valor de \$177.781.000 al que tenía derecho y con el que se completaba el capital para dar cumplimiento a los requisitos establecidos en el art. 64 de la Ley 100 de 1993.

En ese orden de ideas, no habría lugar a revocar la decisión del a quo frente al reconocimiento de retroactivo, pues como se ha explicado a lo largo de esta providencia a partir del 19 de julio de 2018 se dio cumplió el requisito de capital

³ Documental que no fue tachada por el actor y que en los términos del art. 244 del CGP se considera auténtico.

acumulado, sin que la cuantía del retroactivo haya sido objeto de reproche en esta instancia, lo que impone la confirmación del numeral 1 del fallo de primer grado en virtud del principio de consonancia establecido en el art. 66 A del CPT y de la SS.

Frente a la condena por intereses moratorios contemplados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, se constata con los elementos de prueba que entre la fecha de petición del derecho pensional (21 de septiembre de 2018⁴) y la respuesta de la entidad demandada (12 de octubre de 2018) no se superó el término legal para el reconocimiento de la pensión⁵, de tal manera que para esta instancia no hay lugar a la condena de intereses moratorios y en este sentido se revocará el numeral segundo de la sentencia proferida por el a quo y en su lugar se ordenará la indexación como mecanismo que permite que las sumas adeudadas por retroactivo se ajusten al valor real, pues lo que se busca garantizar es el pago completo e íntegro de las sumas objeto de condena cuando el transcurso del tiempo las devalúa, para lo cual se debe aplicar la siguiente formula:

$$\text{Total indexación} = \frac{\text{Capital X Índice Final} - \text{Capital}}{\text{Índice Inicial}}$$

Agotada como se encuentra la competencia de esta instancia por el estudio de los puntos de la apelación, dadas las anteriores consideraciones, se revocará el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juez Quince Laboral del Circuito de Bogotá D.C. y en su lugar se absolverá a la AFP COLFONDOS de la condena impuesta por intereses moratorios de que trata el art.141 de la Ley 100 de 1993; se condenará a la indexación y en lo demás se confirmará.

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,

⁴ Folio 73.

⁵ Ley 100 de 1993 art. 33 modificado por el art. 9 de la Ley 797 de 2003, inciso 13, párrafo 1: Los fondos encargados reconocerán la pensión en un tiempo no superior a cuatro (4) meses después de radicada la solicitud por el peticionario, con la correspondiente documentación que acredite su derecho. Los Fondos no podrán aducir que las diferentes cajas no les han expedido el bono pensional o la cuota parte.

RESUELVE

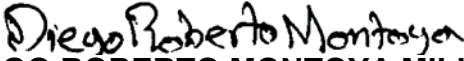
PRIMERO: REVOCAR el numeral **SEGUNDO** de la sentencia proferida por el Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá y, en su lugar, **ABSOLVER** a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS de la condena por intereses moratorios de que trata el art. 141 de la Ley 100 de 1993, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia y en su lugar se ordena la indexación del retroactivo, para lo cual se debe aplicar la siguiente formula:

$$\text{Total indexación} = \frac{\text{Capital X Índice Final} - \text{Capital}}{\text{Índice Inicial}}$$

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN.

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR CARLOS ARTURO RODRIGUEZ BELTRAN, MARTHA LUCIA CARDENAS CRUZ, JUAN SEBASTIAN RODRIGUEZ MARTÍNEZ, CARLOS ARLEY RODRIGUEZ CARDENAS y KAREN DAYANA RODRIGUEZ CARDENAS CONTRA MECANICOS ASOCIADOS S.A.S. (RAD. 15 2019 00856 01).

Bogotá D.C., veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

Vencido el término de traslado otorgado, habiéndose presentado los alegatos de conclusión por la demandante (folio 252) y la demandada (folio 254), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente:

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida por el Juez Quince Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 24 de Junio de 2021 (Audiencia virtual de trámite y juzgamiento realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, Cd a folio 245, record 2:39:28, acta folios 246-247), en la que se resolvió:

***“PRIMERO: ABSOLVER** de todas y cada una de las pretensiones invocadas por el señor CARLOS ARTURO RODRIGUEZ BLETRAN, MARTHA LUCIA CARDENAS, JUAN SEBASTIAN RODRIGUEZ MARTINEZ, CARLOS ANDRES RODRIGUEZ CARDENAS Y KAREN DAYANA RODRIGUEZ CARDENAS a la demandada MECANICOS ASOCIADOS S.A.S y en estos términos declarar demostradas las excepciones de no configuración de los elementos para la culpa patronal, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, conforme se expuso y se analizó en la parte motiva de la presente providencia.*

SEGUNDO: CONDENAR en COSTAS a la parte actora para efectos se fija como agencias en derecho a cargo de la parte actora en una quinta parte para cada uno de un Salario Mínimo legal mensual vigente para el año 2021 y a favor de la parte demandada (sic).

TERCERO: Si la presente providencia no fuere impugnada se remitirá las diligencias al superior para que las revise en el grado jurisdiccional de CONSULTA.”

Inconforme con la decisión, el apoderado judicial de la parte actora interpuso recurso de apelación, solicitando se revoque en su integridad la providencia y, en su lugar, se acceda a lo pretendido en la demanda.

Como fundamento de su inconformidad alega que en el trámite procesal quedó acreditada la existencia de contrato de trabajo, la existencia de accidente de trabajo ocurrido el 25 de marzo del 2015, la negligencia de la empleadora que ocasionó el siniestro y está la pérdida de capacidad laboral que sufrió el demandante; no existiendo una prueba pericial diferente que desvirtué lo argumentado por la junta nacional de calificación de invalidez, dictamen que no fue controvertido por la empresa demandada para determinar que las patologías del actor eran de origen común¹.

¹ CD folio 245. Apoderado parte demandante (2:40: 31): muchas gracias su señoría estando en la oportunidad procesal pertinente me permito manifestar que presento recurso de apelación contra el fallo emitido por este mismo despacho, teniendo en cuenta los siguientes argumentos que paso a desglosar:

Ahorita el despacho encuentra acreditada la relación laboral y encuentra acreditada la ocurrencia del accidente de trabajo, en relación a lo manifestado por el despacho y conforme al dictamen de la junta nacional este referente debe indicar que si bien la junta nacional indica que lo que presenta posiblemente no corresponde a una secuela calificable del accidente de trabajo nótese su señoría que el origen no pudo ser modificado y si era pertinente modificarlo tendría que ser la parte demandada la que tuviera que allegar la prueba pericial la que determinara, incluso desde el momento que fue admitido por la administradora de riesgos laborales que era accidente de trabajo, dicha prueba es decir la empresa demandada debía acreditar en realidad lo que supuestamente manifiesta la junta nacional de calificación de invalidez era un accidente o una enfermedad o una patología de origen común y por lo tanto debía acreditar por mediante de una prueba pericial indicada, toda vez de que en ultimas a pesar de eso la junta nacional en aplicación del artículo 31 de la constitución política de Colombia confirmo y ratifico que la pérdida de capacidad laboral que presentaba el aquí demandante es consecuencia de un accidente de trabajo, por lo tanto se rompe esa parte indicando el tercer punto del fallo aquí referido.

En relación al cuarto punto nótese su señoría que contrario a lo manifestado por el despacho este mismo al argumentar y esbozar esta sentencia inicio expresando que el artículo 57 en su numeral segundo del CST es obligación del empleador garantizar la instalación o el bienestar de sus trabajadores y en ese sentido su señoría como era obligación y era obligación de Mecánicos Asociados verificar que los container así no los suministrase se encontraban en las correctas condiciones para prevenir o mitigar que sus trabajadores que están bajo su subordinación y su seguridad presentaran algún riesgo o una enfermedad o algún accidente de trabajo que pudiera perjudicar sus condiciones de salud, así lo ha manifestado también el mismo artículo 348 del CST en el que indica las medidas de Higiene y Seguridad que debe adoptar cada empleador, independientemente de que si era suministrado nótese que estaba con ocasión del trabajo en el poso y es por esa ocasión el trabajo que tenía que pernotar de estas condiciones, lo mínimo que debería haber garantizar era el hecho de estos container se encontraban en correctas condiciones

Ahora en el testimonio rendido por el señor Fredy pineda este mismo indica que era costumbre de los trabajadores de quitar la sal de la ducha, nótese que el empleador tenía conocimiento y aun así omitió hacer los correctivos a los que estaba para prevenir que los trabajadores no siguieran quitando esos cabezales de las duchas y evitar esos posibles accidentes. No se requiere en que sucediera constantemente, incluso nótese 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 ARTURO RODRIGUEZ BELTRAN, MARTHA LUCIA CARDENAS CRUZ, JUAN SEBASTIAN RODRIGUEZ MARTÍNEZ, CARLOS ARLEY RODRIGUEZ CARDENAS y KAREN DAYANA RODRIGUEZ CARDENAS en este ordinario las pretensiones relacionadas a folios 12 a 13, las cuales encuentran fundamento en los hechos consignados a folios 10 a 12, solicitando principalmente se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo de obra o labor a partir del 18 de julio de 2013 hasta el 10 de agosto de 2016; que en el accidente de trabajo que sufrió el demandante 25 de marzo de 2015 existió culpa suficiente y comprobada del empleador y, en consecuencia se condene a la demandada al pago de indemnización establecida en el art. 216 del CST; al reconocimiento y pago de perjuicios materiales, perjuicios morales, indexación

el segundo testigo Edwin indica que posiblemente podría haber ocurrido más accidentes de los que habrían sido reportados y en esa medida su señoría pues esa obligación de que si existen o no numerosos accidente no acá lo que se tiene que demostrar es la obligación: la obligación que tiene el empleador de cuidar y velar por el bienestar de sus trabajadores y verificar que cada gestión este en su correcto orden, es decir si ellos tenían que realizar la actividad en el campo, lo mínimo que deben verificar sino suministraban el hospedaje era que ese hospedaje que está suministrando un tercero estuviera en las correctas condiciones y hacer un seguimiento a esas prácticas inadecuadas que están haciendo sus trabajadores, por lo tanto está acreditada también la negligencia del empleador en la ocurrencia de ese accidente de trabajo

Ahora en la resolución 204 de 1979 regula taxativamente las condiciones que tiene que hacer cada empleador para verificar que se cumpla esas condiciones de garantizar su seguridad y también regula la indicación de hacer las actas de capacitación, sin bien acá el demandado indica que se realizaban capacitaciones, en ningún momento dentro de sus actas se verifica que se encuentre establecido una capacitación respecto de los buenos hábitos o que se deban tener respecto del uso de las instalaciones en la cual van a pernotar para pasar las noches respectivas o su estancia mientras realizan la labor para que fueron contratados, es decir que al no existir sentada la respectiva responsabilidad por omisión del empleador de vigilar y cumplir con la normatividad diré su señoría, para que sus trabajadores estuvieran en las mejores condiciones óptimas respetando las medidas de higiene y seguridad y las obligaciones contenidas en el artículo 57 antes citado en el respectivo recurso, por lo tanto su señoría es claro que quedó acreditado la existencia de contrato de trabajo, la existencia de accidente de trabajo ocurrido el 25 de marzo del 2015, está acreditado la pérdida de capacidad laboral, está acreditado que no hay una prueba pericial diferente que desvirtué lo argumentado en ultimas por la junta nacional de calificación de invalidez a pesar que presuntamente fue admitido, nótese que esa calificación ya había sido aceptada no fue objeto de discusión en esta litis y en ningún momento la empresa demandada ataco el dictamen para determinar que fuera una enfermedad de origen común, está demostrado el tercer punto de los daños y todo el cuarto punto está demostrado la omisión como empleador puede velar por la seguridad de los trabajadores y de su deber y bienestar, por lo tanto solicito de manera respetuosa al despacho conceder el respectivo recurso de apelación ante el Honorable tribunal Superior de Bogotá sala laboral para que resuelva las inquietudes y los reparos planteados contra el fallo emitido por este mismo despacho en los anteriores términos me permito presentar el recurso de apelación, muchas gracias su señoría

derechos ultra y extra petita y costas del proceso. **Obteniendo sentencia de primera instancia adversa a sus aspiraciones**, por cuanto se absolvió a la demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra por los demandantes.

A fin de tomar decisión de fondo explicó que para valorar la procedencia de la indemnización establecida en el art. 216 del CST deben acreditarse tres elementos: el daño, la culpa comprobada del empleador y el nexo de causalidad.

Respecto a la culpa patronal empezó por leer el art. 13 de la Ley 1562 de 2012 que define el concepto de accidente de trabajo y la sentencia del 12 de septiembre de 2006 radicado 27924 reiterada en sentencia del 17 de agosto de 2011, radicado 38176 para concluir que el empleador responde por los daños causados por un accidente de trabajo cuando concurre la culpa del empleador y es suficientemente demostrada por quien la alega.

En el caso en estudio concluyó que: i) El suceso acaecido el 25 de marzo de 2015 fue reportado por la empleadora ante la ARL; ii) en este caso particular corresponde un deber de protección del empleador frente al trabajador, porque se demostró que el trabajador se encontraba bajo el cuidado y protección de su empleador quien le proporcionaba los container donde pernoctaba el trabajador, atendiendo las especiales particularidades de prestación del servicio, por lo que concluyó que el demandante si sufrió un accidente de trabajo; iii) indicó que la Junta Nacional de calificación de invalidez determinó que el señor sufrió un daño configurado en la pérdida de capacidad laboral en un 29,25%; iv) para determinar el nexo causal entre el accidente de trabajo y el daño ocasionado al demandante hizo referencia a lo calificado por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez donde se determinó que no se encontró correlación fisiopatológica entre el evento traumático con chorro de agua de la ducha y el desenlace final de alteración de campo visual y ceguera; Consideró dicha junta que si existió un accidente de trabajo pero sin secuelas atribuibles al mismo y determinó una pérdida de capacidad laboral por accidente de trabajo del 0,00% el porcentaje del 29,25% no fue derivado del accidente de trabajo sino por un problema congénito que afecta su nervio óptico. v) indicó que existe escasez probatoria dirigida a determinar la negligencia de la empleadora en el siniestro acaecido el 25 de marzo de 2015. Por lo motivado, resolvió no acceder a las pretensiones de la demanda.

Una vez relacionados los antecedentes procesales y teniendo en cuenta los fundamentos del recurso de apelación del demandante, se tiene que no es objeto de debate en esta instancia que: i) entre las partes existió un contrato de trabajo vigente desde el 18 de julio de 2013 al 10 de agosto de 2016, hecho que incluso se ratifica a folios 56-57 y 155-156; CD folio 230, archivo digital folios 49-50; ii) que el señor demandante desempeñaba el cargo de OPERADOR DE EQUIPO RETROEXCAVADORA Y VOLQUETA; iii) que devengaba como salario la suma de \$1.684.000; iv) que sufrió un accidente de trabajo el día 25 de marzo de 2015, como la misma demandada lo reportó a la ARL Seguros de Bolívar (folio 153)

Lo anterior, a más de haber sido así señalado por el juez *a quo* en las consideraciones de la sentencia sin que fuera objeto de apelación.

Pues bien, en los términos de la apelación propuesta, y en consonancia con el objeto del proceso, corresponde a esta Sala determinar: si hay lugar a declarar la responsabilidad por culpa del empleador en la ocurrencia del accidente de trabajo que sufrió el demandante el día 25 de marzo de 2015.

Para resolver se precisa tener en cuenta, que todo trabajo por elemental y sencillo que sea o parezca comporta un riesgo, es decir, es claro que el solo hecho de ejecutar una actividad laboral lleva implícito un peligro, pero sobre esta materia la legislación ha creado únicamente dos tipos de reparación, una, denominada **reparación tarifada de riesgos**, relativa al reconocimiento de los beneficios o prestaciones económicas previstas en la ley, según el caso, a cargo de las Administradoras de Riesgos Laborales; y otra, la **reparación plena de perjuicios** atinente a la indemnización total y ordinaria de éstos por culpa patronal en la ocurrencia del siniestro, y que corresponde asumir directamente al empleador en los términos del artículo 216 del C.S. del T., que en su tenor literal prevé:

“Artículo 216: Cuando exista culpa suficiente comprobada del {empleador} en la ocurrencia del accidente de trabajo o de la enfermedad profesional, está obligado a la indemnización total y ordinaria por perjuicios (...).”.

En esta última –responsabilidad subjetiva-, que es la que al caso interesa, lo que importa es la conducta del causante del daño y si la misma es determinante a efectos de imputar la responsabilidad, por lo que, en estos eventos, se requiere el

análisis de la acción y omisión y el grado de culpa en que incurrió para determinar la responsabilidad y no solamente la verificación de la causación de una consecuencia jurídica, por lo que indispensable resulta la acreditación, no solo de la ocurrencia del siniestro, sino también la demostración con suficiencia de la culpa del empleador.

Esta directriz debe acompasarse con el artículo 1604 del C.C. en el que se señala que *“El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza solo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la levísima en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio.”*

Sobre el concepto de culpa, la ley distingue tres clases de culpa (artículo 63 Código Civil):

“Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo.

Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano.

Culpa o descuido levísimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado.”

Al respecto, bien vale la pena recordar lo dicho por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 6497 del 29 de abril de 2015 con radicación No. 44894:

“(…) Como se observa, la norma no hace referencia a cuál es la culpa que debe acreditarse para tener derecho a la indemnización plena y ordinaria de perjuicios. Por ello, y dado que el contrato de trabajo es bilateral en tanto reporta beneficios recíprocos para las partes, necesariamente debe acudirse a lo previsto por el artículo 1604 del Código Civil, (…)

Así las cosas, la correcta intelección de la norma implica que la culpa derivada del contrato de trabajo —conmutativo— es la “leve” (…)

En este orden de ideas, bajo ninguna perspectiva puede aceptarse que la responsabilidad de los empleadores, en lo que respecta a la culpa patronal en materia de accidentes de trabajo, deriva de la “culpa levísima”, pues como lo enseña el citado artículo 1604 del Código Civil opera solo en los contratos en los

cuales “el deudor es el único que reporta beneficio”, que no es el caso del contrato de trabajo en el que los beneficios son recíprocos para trabajador y empleador.

El anterior criterio, encuentra soporte jurisprudencial, no solo en la sentencia que atinadamente cita el tribunal; también en la providencia CSJ SL, 30 jun 2005, rad. 22656, reiterada recientemente en la CSJ SL5832-2014, cuando al efecto se dijo:

“Ahora bien, la viabilidad de la pretensión indemnizatoria ordinaria y total de perjuicios, como atrás se dijo, exige el acreditarse no solo la ocurrencia del siniestro o daño por causa del accidente de trabajo o enfermedad profesional, sino también, la concurrencia en esta clase de infortunio de ‘culpa suficiente comprobada’ del empleador.

Esa ‘culpa suficiente comprobada’ del empleador o, dicho en otros términos, prueba suficiente de la culpa del empleador, corresponde asumirla al trabajador demandante, en acatamiento de la regla general de la carga de la prueba de que trata el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil. Es decir, a este compete ‘probar el supuesto de hecho’ de la ‘culpa’, causa de la responsabilidad ordinaria y plena de perjuicios laboral, la cual, por ser de naturaleza contractual conmutativa es llamada por la ley ‘culpa leve’ que se predica de quien, como buen padre de familia, debe emplear ‘diligencia o cuidado ordinario o mediano’ en la administración de sus negocios” (negrilla fuera del texto)

Ahora, como se anotó, para que proceda la indemnización solicitada debe comprobarse palmariamente que la enfermedad o el accidente sufrido por el trabajador fue con ocasión y causa imputable a la culpa del patrono, es decir, que haya mediado grado de impericia, negligencia o falta de cuidado en éste y como consecuencia de ello, se haya producido el hecho.

Igualmente, se resalta que conforme el artículo 1757 *ibídem*, quien tiene la carga de la prueba es aquella persona que alega la existencia de una obligación o su extinción, de manera tal, que para el presente caso, debe ser la parte actora quien pruebe la culpa, momento en el cual la carga será trasladada a la empresa demandada.

En el *examine*, se tiene que el demandante el 25 de marzo de 2015 se encontraba laborando para MECANICOS ASOCIADOS S.A.S. en el campamento QUIFA ubicado en el municipio de PUERTO GAITAN, desempeñando el cargo de operador de equipo de retroexcavadora y volqueta; afirmó que como sus labores son en campo, la empleadora le asigna a cada uno de sus trabajadores contenedores para pernoctar y realizar su aseo personal; indicó el actor que una vez terminó sus actividades se dirigió al contenedor a tomar una ducha momento

en el que recibió un trauma en el ojo izquierdo, al tener contacto con un chorro de agua.

Asegura el demandante que como consecuencia de dicho accidente se le determinó una pérdida de capacidad laboral del 29,25% con fecha de estructuración del 01 de junio de 2017.

Alega que cuando la empresa le entregó el contenedor para su hospedaje no revisó que se encontrará en óptimas condiciones, ni se revisó el estado de la ducha.

En ese orden, y atendiendo las manifestaciones de la alzada, a efectos de corroborar si el accidente de trabajo sufrido por el señor CARLOS ARTURO RODRIGUEZ BELTRAN, es por responsabilidad o culpa achacable a su empleador, procede la Sala con el análisis íntegro del acervo probatorio.

A folios 201-207 y 238-243 la parte demandante aportó el dictamen proferido por la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ ² el 31 de enero de 2019 ello con el objeto de acreditar las patologías que se le generaron con ocasión del accidente de trabajo y la pérdida de capacidad laboral; documental que no fue tachada por la demandada y que en virtud de lo establecido en el art. 244 del CGP se califica como auténtica y válida.

² **ARTÍCULO 42. NATURALEZA, ADMINISTRACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DE LAS JUNTAS REGIONALES Y NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ.** <Artículo modificado por el artículo [16](#) de la Ley 1562 de 2012. El nuevo texto es el siguiente:> Las Juntas Regionales y Nacional de Calificación de *invalides* son organismos del Sistema de la Seguridad Social del orden nacional, de creación legal, *adscritas al Ministerio de Trabajo* con personería jurídica, de derecho privado, sin ánimo de lucro, de carácter interdisciplinario, sujetas a revisoría fiscal, con autonomía técnica y científica en los dictámenes periciales, cuyas decisiones son de carácter obligatorio, sin perjuicio de la segunda instancia que corresponde a la Junta Nacional de Calificación de *Invalides*, respecto de las regionales y conforme a la reglamentación que determine el Ministerio de Trabajo.

Será conforme a la reglamentación que determine el Ministerio de Trabajo, la integración, administración operativa y financiera, los términos en tiempo y procedimiento para la expedición de dictámenes, funcionamiento y la inspección, vigilancia y control de estos aspectos, así como la regionalización del país para los efectos de funcionamiento de las Juntas, escala de honorarios a sus integrantes, procedimientos operativos y recursos de reposición y apelación.

PARÁGRAFO 1o. <Aparte tachado INEXEQUIBLE> *Los integrantes de las Juntas Nacional y Regionales de Calificación de Invalides se registrarán por la presente ley y su reglamentación, actuarán dentro del respectivo período y, en caso necesario, permanecerán en sus cargos hasta tanto se realice la posesión de los nuevos integrantes para el período correspondiente*

En el dictamen la Junta calificó las patologías: *“otros trastornos del nervio óptico y de las vías ópticas en enfermedades clasificadas en otra parte y trastorno del globo ocular, no especificado; trauma ocular izquierdo leve”*; determinó una pérdida de capacidad laboral del 29,25%, una fecha de estructuración del 01 de junio de 2017 y como origen determinó que por accidente de trabajo; aspecto este que tampoco fue controvertido por la demandada en el escrito de contestación a la demanda.

Al revisar los análisis y conclusiones del ente calificador se tiene que concluyó: i) no encontrar correlación fisiopatológica entre evento traumático con chorro de agua de la ducha y el desenlace final de alteración del campo visual y ceguera de ojo izquierdo; ii) consideró que se trata de accidente laboral sin secuelas atribuibles al mismo y merma de la capacidad laboral generada en el evento descrito del 0% y la patología del nervio óptico como de origen común³.

Si bien es cierto, en principio se advierte la existencia de contradicción en el dictamen respecto al origen de las patologías objeto de calificación, observa la sala que en el mismo dictamen el ente calificador aclara que se tendrán como de origen laboral las patologías toda vez que la ARL aceptó esa determinación - fijada en primera instancia por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca - sin ningún tipo de discernimiento⁴.

De lo hasta aquí relacionado es válido concluir que si bien cierto, el demandante sufrió un traumatismo en el ojo izquierdo por contacto de la presión del agua, dicho evento no fue el generador de las patologías que originaron la pérdida de capacidad laboral a la que alude el demandante y que pretende sean objeto de la indemnización reglada en el art. 216 del CST, razón por la que hasta aquí puede concluirse que dicho evento no generó un daño o al menos no generó las patologías que fueron objeto de calificación de la Junta y que registró en el dictamen que se itera aportó el mismo demandante.

Lo anterior cobra trascendencia si se tiene en cuenta el concepto de accidente de trabajo establecido en el art. 3 de la Ley 1562 de 2012 que enseña:

³ Folio 242 vto.

⁴ Folio 243.

“ARTÍCULO 3o. ACCIDENTE DE TRABAJO. Es accidente de trabajo todo suceso repentino que sobrevenga por causa o con ocasión del trabajo, y que produzca en el trabajador una lesión orgánica, una perturbación funcional o psiquiátrica, una invalidez o la muerte.

Es también accidente de trabajo aquel que se produce durante la ejecución de órdenes del empleador, o contratante durante la ejecución de una labor bajo su autoridad, aún fuera del lugar y horas de trabajo.

Igualmente se considera accidente de trabajo el que se produzca durante el traslado de los trabajadores o contratistas desde su residencia a los lugares de trabajo o viceversa, cuando el transporte lo suministre el empleador.

También se considerará como accidente de trabajo el ocurrido durante el ejercicio de la función sindical aunque el trabajador se encuentre en permiso sindical siempre que el accidente se produzca en cumplimiento de dicha función.

De igual forma se considera accidente de trabajo el que se produzca por la ejecución de actividades recreativas, deportivas o culturales, cuando se actúe por cuenta o en representación del empleador o de la empresa usuaria cuando se trate de trabajadores de empresas de servicios temporales que se encuentren en misión.”

Lo que quiere decir que para la procedencia de la indemnización de que trata el art. 216 del CST, para que el hecho objeto de indemnización se considere un accidente de trabajo debe ser: i) repentino; ii) que sobrevenga por causa o con ocasión del trabajo y que además, iii) produzca en el trabajador una lesión orgánica, una perturbación funcional o psiquiátrica, una invalidez o la muerte.

Así las cosas, y teniendo en cuenta las conclusiones del dictamen aportado por el actor se advierte que el evento acaecido el 25 de marzo de 2015 no produjo en sí mismo una lesión de ningún tipo al trabajador, pues como se relacionó en precedencia, la JUNTA NACIONAL determinó en su análisis del caso que las patologías del demandante son de origen común; incluso el mismo demandante en su interrogatorio de parte confesó que desde el 2009 se le practicaron dos cirugías oculares a fin de tratar sus padecimientos congénitos de cataratas.

Ahora y en gracia de discusión, de aceptar que las patologías que generaron la pérdida de capacidad laboral calificada al demandante, hayan surgido como consecuencia del accidente de trabajo acaecido el 25 de marzo de 2015 – que como se concluyó en precedencia no lo fue - itera esta instancia que el demandante principal además de demostrar la existencia del accidente de trabajo, debe demostrar la culpa del empleador materializada en el incumplimiento de sus deberes de protección y seguridad.

El órgano de cierre se ha ocupado de delinear lo que incumbe demostrar a cada parte del proceso, cuando se trata de verificar los supuestos para que opere la indemnización ordinaria y plena de perjuicios prevista en el artículo 216; en sentencia CSJ SL12707-2017 reiterada en sentencia SL4172-2021, precisó:

“además de la ocurrencia del riesgo, accidente de trabajo o enfermedad profesional, debe estar la «culpa suficientemente comprobada» del empleador, responsabilidad que tiene una naturaleza eminentemente subjetiva, que lleva a que se establezca en estos casos no solo el daño a la integridad o a la salud del trabajador con ocasión o como consecuencia del trabajo, sino que se demuestre también el incumplimiento del empleador a los deberes de protección y seguridad, que le exige tomar las medidas adecuadas atendiendo las condiciones generales y especiales del trabajo, tendientes a evitar que el trabajador, como se dijo, sufra menoscabo en su salud e integridad a causa de los riesgos del trabajo”.

“La prueba suficiente de la culpa del empleador, corresponde asumirla al trabajador demandante o sus beneficiarios, según las reglas de la carga de la prueba, lo que significa que demostrada en concreto la omisión del empleador en el cumplimiento de sus deberes de protección y seguridad, se genera la obligación de indemnizar al trabajador o causahabientes los perjuicios causados, y teniendo en cuenta que de conformidad con lo consagrado en el art. 1604 del Código Civil la prueba de la «diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», si el empleador pretende cesar o desvirtuar su responsabilidad debe asumir la carga de probar la causa de la extinción de aquélla, tal como lo dispone el art. 1757 ibídem.

Frente a este aspecto puntual de la carga de la prueba en procesos dirigidos a indagar por la culpa patronal en la ocurrencia de accidentes de trabajo, en sentencia de la CSJ SL13653-2015 del 7 oct. 2015, se puntualizó que *«esta Sala de la Corte ha dicho insistentemente que “...la parte demandante tiene la carga de probar la culpa o negligencia del empleador que da origen a la indemnización contemplada en el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo, además de que el empleador puede desligarse de ella demostrando diligencia y cuidado en realización del trabajo...” (CSJ SL2799-2014)». Adicionalmente, ... ha dicho que a pesar de lo anterior “...cuando se imputa al patrono una actitud omisiva como causante del accidente o la enfermedad profesional, a éste le corresponde demostrar que no incurrió en la negligencia que se le endilga, aportando las pruebas de que sí adoptó las medidas pertinentes en dirección a proteger la salud y la integridad física de sus trabajadores” (CSJ SL7181-2015)»*, lo que quiere decir que al trabajador o sus herederos le atañe probar las circunstancias de hecho que dan cuenta de la culpa del empleador en la ocurrencia del infortunio, pero que por excepción con arreglo a lo previsto en los arts. 177 C.P.C. hoy 167 CGP y 1604 C. C., cuando se denuncia el incumplimiento de las obligaciones de cuidado y protección se invierte la carga de la prueba y es «el empleador el que asume la obligación de demostrar que actuó con diligencia y precaución, a la hora de resguardar la salud y la integridad de sus servidores».

De cara a lo dicho, la parte actora en el escrito genitor⁵ aduce que el 25 de marzo de 2015 una vez terminó sus labores se dirigió al contenedor que tenía asignado para tomar una ducha, refiriendo que un chorro de agua le causó un traumatismo en el ojo izquierdo, evento que fue reportado por la empleadora a la ARL

⁵ Folio 10, acápites hechos numerales 13-15.

SEGUROS BOLIVAR como consta a folio 153 y CD folio 230, archivo digital folio 91.

Además, en los hechos identificados con los numerales 16, 17 y 18 afirma que el cabezal de la ducha estaba dañado y que la empresa fue negligente respecto a la supervisión de las duchas de los contenedores.

Para acreditar esa presunta culpa del empleador, el demandante aportó a folios 61-62 el informe de investigación formal de incidentes realizado por la empleadora; en dicho procedimiento refiere que se recaudaron como evidencias la fotografía de la ducha y grifería, la valoración médica y la versión del trabajador⁶. En el análisis de causalidad se concluyó:

9.1 CAUSAS INMEDIATAS

Actos Sub-estándar:

Se usan herramientas defectuosas sabiendo que lo están:

El colaborador no reporta el estado del cabezal de la ducha el cual está dañado y permite un chorro directo.

10. CAUSAS RAICES O CAUSAS BÁSICAS

Factores Personales:

Comportamiento / Evitar incomodidades: El trabajador no realiza notificación del mal estado del cabezal de la ducha y aun así realiza uso de este.

Factores de trabajo:

Planeación del trabajo/ Evaluación deficiente de necesidades y riesgos: El trabajador no realiza una evaluación adecuada sobre el riesgo de la importancia del buen estado del cabezal de ducha, además no tiene una posición adecuada para el uso de la misma. (Línea de peligro)

Causas del sistema:

Gerencia, supervisión, y/o liderazgo del empleado/ No se realizan o se conducen auditorías de HSE en forma inadecuada de los centros de trabajo: No se realiza supervisión sobre el estado de la ducha de los contenedores que habitan los empleados y la respectiva notificación al personal encargado de su mantenimiento junto con el seguimiento de las desviaciones encontradas.

De lo visto se precisa, que la causalidad, es decir, la relación de causa-efecto que debe existir entre la culpa patronal y el daño, además de ser un elemento sine qua non de la responsabilidad plena y ordinaria de perjuicios del empleador, es una

⁶ Folio 35.

pauta de justicia, en la medida que, nadie está obligado a resarcir un daño sino cuando ha dado causa o contribuido a él. De allí que la culpa exclusiva de la víctima o de un tercero, y el caso fortuito y la fuerza mayor (denominados por la doctrina causas ajenas), sean considerados en el derecho común como eximentes de responsabilidad, en tanto que, con su establecimiento, el nexo causal se rompe o quiebra, ante la imposibilidad de imputar el resultado dañino a quien se afirma lo cometió por acción u omisión culposa.

En esa dirección y de la valoración de las pruebas arriba adjuntadas, las cuales también fueron aportadas por la demandada en medio magnético a folio 230, se colige: i) que la ducha del contenedor que utilizaba el trabajador estaba averiada; ii) que el demandante era conocedor de dicho daño estructural y no lo reportó a la empleadora; iii) que no se hizo una supervisión de la ducha por parte de la empleadora.

Ahora en el interrogatorio de parte que el Juez de primer grado le recepcionó al señor CARLOS ARTURO RODRIGUEZ, el actor refirió que el 25 de marzo de 2015 estaba en actividad de campo, conduciendo la camioneta para recoger residuos; relató que terminó su labor a las 4:45 pm y el ingeniero encargado le dio la orden de retirarse al contenedor donde se hospedaba; como estaba en época de verano decidió prender el aire para relajarse, mientras llegaban sus compañeros de habitación a quienes identificó como LUIS LOSADA y LIBARDO.

Una vez sus compañeros llegaron al contenedor, decidió entrar a ducharse cuando de repente salieron dos chorros con bastante presión que le impactaron el ojo izquierdo, lo que le causó un fuerte ardor y procedió a llamar a su compañero LUIS a fin de que lo ayudara y reportara el accidente.

El demandante advirtió que ese mismo día cuando estaba en hora de almuerzo se percató de que en el campamento estaban haciendo mantenimiento a la parte hídrica.

Una vez se presentó el incidente fue remitido a la enfermería donde le pusieron un parche en el ojo, lo inyectaron y le dieron unos medicamentos.

Aseguró que en la mayoría de los contenedores estaban los tubos de la ducha pero no la malla protectora para quitar la presión, situación que nunca reportó por considerar que no había sucedido nada grave.

Confesó que antes de la ocurrencia del incidente, para el año 2009 le practicaron dos cirugías oculares, a fin de tratarle un problema congénito de cataratas; procedimiento en el que le introdujeron un lente intraocular en el ojo izquierdo.

Del relato realizado por el demandante, no se encuentra un indicio del que pueda inferirse que existió una negligencia imputable a la empleadora; lo único que puede extraerse es que el demandante sufrió un incidente, en el que al abrir la ducha se impactó el ojo izquierdo, ocasionándole un ardor por la presión del agua; sin embargo, no se acreditan con claridad las circunstancias de negligencia que puedan endilgarse como culpa exclusiva de la llamada a juicio; si bien es cierto el actor refiere que en la ducha hacía falta la malla para bajar la presión del agua, no puede dejar de advertir esta sede que ese sólo hecho no puede calificarse como una falta de diligencia de la empresa, máxime cuando el mismo actor confesó que nunca había reportado ningún tipo de anomalía en la ducha del contenedor donde se hospedaba porque *“nunca había pasado nada grave”*, aunado al hecho de que él sabía que estaba en la obligación de reportar todos los actos inseguros que detectara en el campamento.

En esa dirección, también se advierte, brillaron por su ausencia los medios de prueba, tendientes a demostrar la culpa del empleador o su responsabilidad frente a los padecimientos de salud sufridos por el demandante, que además y, como quedó acreditado por la JUNTA NACIONAL en su análisis médico son de origen común.

Luego las circunstancias anotadas por sí solas no permiten demostrar que las patologías calificadas al actor y de las cuales pretende su indemnización surgieran como resultado de omisiones endilgables al empleador, pues como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia, para la procedencia de las pretensiones incoadas por el demandante, se requiere acreditar la existencia de un nexo causal entre el daño sufrido y el accidente de trabajo y que en su acaecimiento se pruebe plenamente la culpa del empleador, aspecto que como se anotó, en autos se echa de menos.

Por lo motivado, ante la orfandad probatoria respecto de la existencia del nexo causal entre el daño sufrido por el demandante y el accidente de trabajo del 25 de marzo de 2015 y la culpa del empleador en el origen del padecimiento de las enfermedades del demandante calificadas por la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ el 31 de enero de 2019⁷, no queda otro camino que confirmar la decisión de primer grado.

SIN COSTAS en esta instancia.

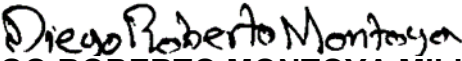
En mérito de lo expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA**, Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juez Quince Laboral del Circuito de Bogotá de conformidad con las motivaciones precedentes.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

⁷ Folios 238-245.

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

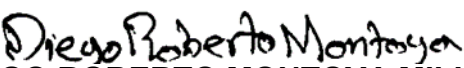
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR JOSE SADY SUAVITA
ROJAS CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. (RAD. 16 2019 00380 01)**

Bogotá D.C. veintinueve (29) de Octubre de dos mil veintiuno (2021)

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la abogada ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES como apoderada sustituta de la demandada COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por MARIA CAMILA BEDOYA GARCÍA, en su calidad de representante legal de la firma ARANGO GARCÍA ABOGADOS Y ASOCIADOS, el cual fue remitido a esta Corporación mediante correo del 11 de septiembre de los corrientes (folio 145).


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por la parte demandante (folios 155 y 156), las demandadas PORVENIR S.A (folios 141 a 144), COLPENSIONES (folios 146 a 149), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente:

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver los recursos de apelación interpuestos por PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, contra la sentencia proferida por el Juez Dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 09 de agosto de 2021 (Audiencia virtual de que trata el art.80 del C.P.T. y la S.S., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 1:54:57, CD folio 130, acta folios 131-135), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuada por el demandante el señor JOSE SADY SUAVITA ROJAS, identificado con cédula de ciudadanía número 19303649 y que tuviera lugar el día 05 de agosto de 1999, con efectividad del 01 de octubre de 1999, en razón de la omisión al cumplimiento del deber de información por parte de la AFP PORVENIR S.A.

SEGUNDO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A a trasladar la totalidad de los recursos de la cuenta de ahorro individual del demandante señor JOSE SADY SUAVITA ROJAS, con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, como administradora del régimen de prima media con prestación definida, incluyendo todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, como cotización es, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, entre otros, con todos sus frutos e intereses y en síntesis todo valor que se haya recibido con motivo de las cotizaciones en favor del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad.

TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, a recepcionar los recursos provenientes de la condena impuesta en el numeral que antecede y reactivando así la afiliación del demandante al régimen de prima media con prestación definida, el cual se declara, es el único al que de manera válida se ha encontrado afiliado el demandante, desde el 23 de julio de 1973.

CUARTO: Se declaran no probadas las excepciones propuestas por el extremo demandado.

QUINTO: Se condena en costas a la parte demandada, practíquese la liquidación por secretaria, incluyendo el monto de medio salario mínimo legal mensual vigente, a cargo de la AFP PORVENIR S.A y de un cuarto de salario mínimo legal mensual vigente a cargo de COLPENSIONES, por concepto de agencias en derecho, practíquese la liquidación por secretaria”.

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

Inicialmente, PORVENIR S.A., solicita se revoque la sentencia y, en su lugar, se le absuelva de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

Sustentó su inconformidad en el hecho de que el a quo declaró una ineficacia contenida en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, sin que se acreditara dolo en cabeza de PORVENIR, aseguró que para el momento de la vinculación del demandante al RAIS el promotor de la AFP no tenía la intención de atentar contra el futuro pensional del afiliado y que simplemente le brindó una información respetando la libertad de escogencia que le asistía a este.

Indicó que el formulario de afiliación, es un documento válido que se presume autentico, que no fue tachado de falso y que es la única prueba con la que cuenta el fondo privado para demostrar que cumplió con las obligaciones legales que para la época le eran exigidas para el trámite de este tipo de vinculaciones.

Advirtió que el actor permaneció vinculado a la AFP PORVENIR durante más de 20 años sin manifestar ningún tipo de inconformidad frente a su afiliación e incluso permitió que se descontaran los aportes a pensión con destino del fondo privado, ratificando con su actuar el deseo de permanecer en el régimen de ahorro individual con solidaridad.

En cuanto a la pérdida del régimen de transición señaló que de la suscripción del formulario es válido inferir, la información suministrada al demandante respecto del régimen de transición, bonos pensionales y las implicaciones sobre su decisión, hecho del que no se dejó constancia por escrito porque la ley no lo exigía.

Arguyó que el actor se encuentra inmerso en la prohibición legal establecida en la Ley 797 de 2013, norma sometida a control previo constitucional conforme lo resuelto en sentencia C-1024 de 2004 donde fue declarada exequible previniendo aspectos de intereses general sobre el particular, con la protección del sistema general de pensiones y también con un principio de estabilidad financiera en el RAIS, no siendo dable admitir que el demandante se escude en una supuesta falta de información, porque su plan de pensión no resultó acorde a sus aspiraciones.

Otro punto de censura, es la condena por devolución de gastos de administración adujo que esos emolumentos no forman parte integral de la pensión vejez, y al respecto invocó el concepto de la Superintendencia Financiera, emitido el 17 de

enero de 2020 que consideró, ante la procedencia de un evento de nulidad e ineficacia los únicos dineros que se deben trasladar de la cuenta de ahorro individual del afiliado son los aportes y los rendimientos, sin que proceda la devolución de la prima previsional de seguros, ni los gastos de administración, pues la entrega de estos dineros generaría un enriquecimiento sin causa a favor de la codemandada COLPENSIONES¹.

¹ **CD Folio 130, APODERADA PORVENIR 2:00:09:** Gracias su señoría, estando en la oportunidad procesal pertinente me permito presentar recurso de alzada contra la sentencia proferida para que los Honorables Magistrados Sala Laboral revoquen en su totalidad la sentencia emitida, por los siguientes motivos:

El primero de ellos, es que el fallador de primera instancia declara una ineficacia contenida en el artículo 271 de la ley 100 de 1993, como manifesté en mi alegatos de clausura, esta norma, atenta contra la afiliación del trabajador lo que supone un dolo que no fue planteado, menos probado dentro del proceso, el asesor de PORVENIR en ningún momento quiso atentar contra esa afiliación, simplemente le brindó una información adicional y el haciendo uso de esa libertad de escogencia, escogió a PORVENIR para que fuera la única que administrará sus aportes.

El fallador de primera instancia nos indica que dentro del expediente no existen documentos que puedan acreditar, la validez y la información que se generó en el año de 1999, con el traslado del aquí demandante, es preciso mencionar que el formulario de afiliación, aunque lo ha manifestado la Corte, es un documento válido que se presume autentico y que no fue tachado de falso, único documento exigido para la época, debido que cuando se generaba un cambio de régimen, según el artículo 114 de la ley 100 de 1993, este se generaba por escrito con la manifestación que se hacía de forma libre y voluntaria, tal cual lo hizo mi representada, por cumplir con la ley no debe ser condenada. Además, el formulario de afiliación más las pruebas que se aportaron al expediente no son elementos suficientes, el fallador de primera instancia no nos indica entonces cual es el documento que se les exige a las administradoras en este caso a mi representada, para demostrar que efectivamente el demandante ha estado válidamente afiliado al régimen de ahorro individual, sin que hasta la fecha hubiere demostrado cualquier tipo de inconformidad con su afiliación, nótese que el permitió los descuentos con destino del fondo privado que represento durante más de 20 años, que en ningún momento generó ningún tipo de rechazo para que fuera PORVENIR la que administrara sus aportes, si validamos las documentales anexadas, el formulario de afiliación, el comportamiento del demandante podemos verificar con certeza, que el deseo del demandante siempre fue permanecer en el régimen de ahorro individual.

En cuanto a la pérdida del régimen de transición que manifiesta el fallador de primera instancia, es preciso señalar que dentro del formulario de afiliación se indica que el recibió información sobre el régimen de transición, bonos pensionales, implicaciones sobre su decisión, dentro del formulario de afiliación se indica también cual es el tiempo que ha permanecido en el Instituto de Seguros Sociales, en este momento COLPENSIONES, y también si tiene o no derecho pensional, que quiere decir esto que si esta diligenciado con los datos del demandante, es porque existió un asesor pero que no quedo por escrito porque la ley no lo exigía, es importante también mencionar que el demandante se encuentra inmerso en la prohibición legal que establece que la ley 797 de 2013, esta norma fue sometida a control previo constitucional y conforme a la sentencia C1024 de 2004 fue declarada exequible previniendo aspectos de intereses general sobre el particular, con la protección del sistema general de pensiones, con la de prima media, y también con un principio de estabilidad financiera en el RAIS, por lo que 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, no solamente se genera condena en cuanto a la devolución de la cuenta de ahorro individual y los rendimientos, como lo ha manifestado la ley, sino que también de manera una exigencia y una condena que mi representada genera una devolución de gastos de administración, es preciso señalar que el inciso 2 del artículo 20 de la ley 100 de 1993, dispone que el régimen de prima media se debe destinar un 3% de la 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, es decir, no es un emolumento que le corresponda al afiliado en ningún de los dos regímenes pensionales, por tanto, mi representada siempre ha mantenido la indicación no solo de la ley sino de la Superintendencia Financiera, una de ellas del 17 de enero de 2020, que cuando proceda un evento de nulidad e ineficacia los únicos dineros que se deben trasladar es la cuenta de ahorro individual del afiliado y los rendimientos, sin que proceda la devolución de la prima previsional de seguros, en consideración que la compañía aseguradora cumplió con el deber contractual de mantener la cobertura ante la vigencia de la póliza y tampoco procede la devolución de los gastos de administración, este tipo de entrega de dinero, generar un enriquecimiento si causa a favor de la codemandada COLPENSIONES, que en ningún momento hizo la buena administración que si hizo mi representada. Así las cosas solicito respetuosamente a los honorables magistrados revoquen la sentencia, y en su lugar absolver a mi representada de cada uno de los cargos, su señoría muchas gracias.

A su turno, COLPENSIONES solicita revocar la sentencia en su totalidad; manifestó que en el año 1999 la información que se brindaba a los potenciales afiliados era de carácter verbal, y en ese sentido la única exigencia era la suscripción del formulario de afiliación, que da constancia de una decisión consiente e informada del demandante; arguye que ese hecho fue confesado en el interrogatorio de parte cuando indicó que leyó el formulario de afiliación optó por no hacer preguntas a la asesora.

Así mismo, consideró que en el interrogatorio de parte el demandante confesó que conocía las características del régimen de ahorro individual con solidaridad posibilitándose la comparación entre uno y otro régimen pensional, no siendo procedente la declaratoria de ineficacia del traslado, por omisión al deber de información, teniendo en cuenta que en su consideración si se probó que el demandante conocía para el año 1999 que contaba con más de 1000 semanas cotizadas.

En caso de mantener la decisión del a quo solicitó se revoque la condena en costas, por cuanto COLPENSIONES no es la competente para dejar sin efectos un acto del que no hizo parte².

² **CD FOLIO 130. APODERADA COLPENSIONES (2:05:31):** Si señor juez siendo este el momento procesal oportuno, me permito interponer recurso de apelación contra la sentencia proferida por el despacho, solicitando respetuosamente a los Honorable Magistrados del Tribunal Superior de Bogotá, se revoque en su totalidad la sentencia proferida por el despacho, esto teniendo en cuenta que si bien que el a quo dentro de sus consideraciones manifestó que el formulario de afiliación no era un documento que validara precisamente la información brindada al demandante, al momento de la afiliación en el año 1999 y que por ende, no se probó por la parte demandada precisamente este deber de información, pues no concuerda así la suscrita teniendo en cuenta que en primer sentido para el año 1999, la información que se brindaba era de carácter verbal, y en este sentido 'pues si bien no desconoce la suscrita que este formulario demuestra la voluntariedad del afiliado de trasladarse el afondo de pensiones, pues en el caso en concreto del demandante si demuestra también la información que se le brindo al momento del traslado, tanto así, que dentro del mismo 0se resalta claramente que se le informo del régimen de transición, y el demandante aun así suscribió el formulario, dando a entender que si recibió la información del régimen de transición, y si bien el mismo, como lo confesó en el interrogatorio de parte leyó el formulario de afiliación optó por no hacer preguntas a la asesora, en ese sentido no puede disponerse por el despacho y que se tome como que no se le brindó la información, porque no va a valer el formulario de afiliación según lo ha manifestado la jurisprudencia la Corte Suprema de Justicia, cuando este es un caso totalmente diferente, al que se ha planteado allí o a los formularios que ha estudiado la Corte, toda vez que en este si obra expresamente el contenido dentro del mismo sobre información del régimen de transición.

Así mismo, considera el fallador de primera instancia que lo manifestado por el demandante en su interrogatorio de parte son generalidades, sin embargo, no considera así la suscrita teniendo en cuenta que el demandante claramente bajo el conocimiento que tenía en cuanto al régimen de ahorro individual con solidaridad, que se le estaba brindado por el asesor, como la apertura de una cuenta de ahorro individual, rendimientos financieros, aportes voluntarios y el fin que tenía realizar aporte voluntarios, que pasaba con sus aportes en caso de fallecimiento y la diferencia que ya tenía con el conocimiento que ya tenía sobre los requisitos de las semanas para pensionarse en el régimen de prima media, no son simples generalidades de los regímenes sino que son características claras de uno y otro, que permiten hacer un comparativo entre ellos. En ese sentido es evidente que el demandante para el año 1999, si conocía y si estaba plenamente informado sobre cada uno de los regímenes pensionales, situación que no solo se prueba con el formulario de afiliación diferente de lo que considera el fallador, sino también con el interrogatorio de parte que fue brindado por la parte demandante.

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda (folios 28-30) las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (folios 30-33), aspirando se declare que la AFP PORVENIR, indujo en error al demandante, incumpliendo con su deber legal de información al no brindar una asesoría veraz, oportuna, pertinente, objetiva y comprensible al momento de su afiliación a esa AFP; se declare que para el momento de la vinculación al RAIS el actor era beneficiario del régimen de transición y por ende contaba con una expectativa legítima; se declare nula e ineficaz la afiliación al RAIS efectuada por el demandante y, en virtud de dichas declaraciones solicita se condene a la demandada AFP PORVENIR S.A. a trasladarlo al Régimen de Prima Media con Prestación Definida Administrado por COLPENSIONES; a trasladar la totalidad de los dineros depositados en la cuenta de ahorro individual de la que es titular el demandante junto con sus rendimientos, bonos y títulos pensionales a COLPENSIONES entidad que deberá recibirlos y activar la afiliación sin solución

En este sentido solicitaría respetuosamente a los Honorables Magistrados del Tribunal Superior de Bogotá se revoque la condena impuesta a mi representada teniendo en cuenta que no es procedente la declaratoria de ineficacia del traslado, por omisión al deber de información, teniendo en cuenta que en este caso, si se probó que el demandante conocía, que pese a que para el año 1999 tenía más de 1000 semanas cotizadas, pues optaba la opción de trasladarse de régimen pensional sin que esta situación pudiese afectar la fecha, ósea actualmente su derecho pensional, teniendo en cuenta como se probó por la simulación pensional aportada por la parte actora, del años 2018 PORVENIR, si le va a reconocer o tenía la posibilidad de reconocerle una pensión de vejez al demandante, en el año 2018, situación que el mismo no acogió, porque encuen6tra una diferencia con lo que puede establecer en pensión con el régimen de prima media, como se evidencia en dicha simulación pensional, sin embargo, se resalta que la misma proyección PORVENIR le manifiesta al demandante que puede optar retornar al régimen de prima media, teniendo en cuenta, que para abril de 1994 tuviese más de 750 semanas cotizadas, situación que el demandante que podía verificar en cualquier momento, incluso en ese momento con su historia laboral y que no acogió así el demandante.

Sin embargo, en dado caso que los Honorables Magistrados no consideren esta situación y por el contrario confirmen la declaratoria de la ineficacia, si solicito respetuosamente si se revoque la condena en costas impuestas a mi representada, teniendo en cuenta que entre el afiliado y el fondo privado se celebró un contrato y teniendo en cuenta, la teoría de los negocios jurídicos y la autonomía de la voluntad, correspondía únicamente a las partes decidir modificar, o dejar sin efectos ese acto celebrado, por lo dicho para el momento que el demandante solicito el traslado de régimen, fundamentado en el la nulidad de traslado, por erro o engaño, no era COLPENSIONES la competente para dejar sin efectos un acto del que no hizo parte, por lo que al no estar de acuerdo las partes, correspondía únicamente a los jueces como administradores de justicia, decidir si existió o no0 dejar sin efecto el contrato celebrado, en este sentido no puede, se debe más bien absolver de costas procesales a la entidad, ya que no puede verse afectada por un acto que carece de eficacia y del cual no hizo parte, máxime téngase en cuenta que dentro del proceso la misma fue convocada como un litisconsorcio necesario al ser el único fondo que administra el régimen de prima media, en este sentido dejo sustentado mi recurso de apelación.

de continuidad, lo ultra y extra petita y costas del proceso. **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 dicha 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, junto con los rendimientos y los costos cobrados por concepto de administración. Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada PORVENIR S.A. no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía para con el demandante al momento del traslado.

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

En ese orden, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía del demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 27 de febrero de 1956 (folio 3), por lo que la edad de 62 años, los cumplió el mismo día y mes del año 2018, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 08 de febrero de 2019 (folio 23), esto es, cuando ya contaba con la edad requerida para adquirir el derecho pensional; sin embargo, contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994⁴-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, tenía 922.67 semanas de cotización (folio 9-12) equivalentes a 17, 9 años

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

⁴ Era trabajador del sector privado folio 9.

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

Conforme lo anterior, y aun cuando atendiendo sus circunstancias particulares el actor hubiese podido retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier momento, conservando el beneficio transicional previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, lo cierto es que ello no fue pedido en el libelo y no se fijó el litigio entorno a esta temática (folio 132), situación frente a la cual las partes no presentaron inconformidad alguna, por lo que resulta procedente el estudio del traslado de régimen pensional y la conservación del beneficio transicional con base en la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen tal como se anhelo, desde luego si hay lugar a declararla.

Así las cosas, con fundamento en la ausencia del suministro de información, pretende el demandante a efectos de continuar válidamente vinculado al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la nulidad o ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció como ya se mencionó el **05 de agosto de 1999** con fecha de efectividad el 1° de septiembre de 1999 (*fl. 7*) específicamente, conforme consta en 90el formulario de afiliación a PORVENIR y el reporte de cotizaciones a esa AFP.

Precisada la fecha de vinculación del demandante al RAIS, 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.

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

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

“(…)

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

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

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

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

Frente a este respecto además, esa alta Corporación en sentencia SL1948 de 2021 tuvo la oportunidad de precisar que la consecuencia de la inobservancia del deber de información debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (*vuelta al status quo ante*, art. 1746 CC). Así, discurrió

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

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

Ahora bien, el a quo declaró la nulidad de la afiliación de la demandante, pues, en su sentir, el «acto no existió y no puede causar ningún tipo de consecuencia, incluso desfavorable». En esa línea, condenó a Colfondos S.A. a devolver «todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de (...) LILIANA ANGULO RUIZ como comisiones, costos cobrados por administración, sumas adicionales, bonos

pensionales de ser el caso, de conformidad con el art. 1746 que se hubieren generado junto con sus rendimientos», e impuso a Colpensiones la obligación de recibirlos y hacer los ajustes pertinentes en la historia laboral de la actora, sin solución de continuidad; esto es, «como si esa afiliación nunca hubiese existido».

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

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

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

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

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

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

Ahora bien, sobre esta temática igualmente, ha asentado reiteradamente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que para el estudio de la procedencia de la ineficacia del traslado, se traslada la carga de la prueba quedando ésta en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de

forma completa la información íntegra al mismo, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales.

De igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

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

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

produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un **traslado de la carga de la prueba** del actor al fondo accionado PORVENIR S.A.

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

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

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

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

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

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

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

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

“En la oferta se le hizo al actor una comparación pura y simple entre una pensión de prima media y una de ahorro individual, sin advertir que el mayor valor pensional que ofrecía Porvenir era bajo la modalidad del retiro programado con un monto posible y que en ningún caso sería definitivo, pues quedaba sujeto a los

rendimientos del capital que podían disminuir su valor si las tasas de interés del mercado fueran inferiores a lo esperado llegando incluso a ser temporal, todo esto, frente a un derecho en el régimen de prima media que ya estaba causado, era cierto y de valor vitalicio constante.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su

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

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

(…)

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

(…).

Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo

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.

puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

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

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen el demandante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, con ninguno de los medios de prueba acopiados en el expediente se acredita el suministro de información al accionante al momento de realizar el traslado de régimen pensional en los términos aquí referidos, pues en manera alguna se evidencia en el plenario que se le informó sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por el demandante⁷ no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen y que se le hubiese puesto de presente la existencia del régimen de transición que lo amparaba, teniendo en cuenta que para esa época ya contaba con 1180 semanas de cotización⁸ pues en el relato detallado de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se dio el traslado indicó que no recuerda la fecha en que suscribió la afiliación a PORVENIR, pero que para esa época trabajaba para una empresa que se denominaba Industrias Cruz, señaló que por intermedio de la jefe de personal fueron unos funcionarios de PORVENIR quienes celebraron una reunión con todo el personal ofreciéndoles la posibilidad de afiliarse a PORVENIR trámite que luego quedó a cargo de la Jefe de personal, por cuanto consideraron que era la decisión más viable porque les ofrecieron muchas garantías como el pensionarse de forma anticipada y con una mesada pensional más alta comparada con la que recibiría con el ISS.

⁷ Audiencia del 25 de marzo de 2021, CD folio 153 récord 15:10.

⁸ Folio 9.

De lo relacionado se resume que al señor JOSE SADY SUAVITA ROJAS no le indicaron en qué consistía el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad ni las implicaciones que la decisión de su traslado tendría para su futuro pensional, simplemente los promotores se centraron en destacar las supuestas bondades del fondo privado como estrategia comercial dirigida a captar potenciales afiliados

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR S.A. (folio 94), este no constituye en manera alguna medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada (sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019) y, en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus*, pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que se advierten ausentes en el plenario.

Respecto al comunicado de prensa (folios 95-96), es de anotarse, la transcripción de normas legales allí consignadas no suple el deber de información idónea referido a lo largo de este proveído, pues lo que allí se lee es la cita de normas relacionadas con la posibilidad de traslado, siendo el tema aquí en discusión absolutamente distinto a la oportunidad del traslado entre regímenes.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el fondo de pensiones demandado proporcionara al afiliado una suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna información sobre las reales implicaciones de abandonar el régimen de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras. No obstante, esa administradora no logró demostrar, como era su deber, que suministró a la convocante una información de tales características, porque, aun cuando en la contestación de la demanda afirmó que proporcionó la adecuada y completa ilustración al demandante al momento de trasladarse⁹, el medio de convicción en que soportó su defensa fue el formulario de afiliación al que se hizo mención, porque allí se lee: ***“HAGO CONSTAR QUE LA SELECCIÓN DE REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD LA HE EFECTUADO***

⁹ Ver folio 58.

EN FORMA LIBRE, ESPONTANEA Y SIN PRESIONES. MANIFIESTO QUE HE ELEGIDO AL FONDO DE PENSIONES COLPATRIA (sic) PARA QUE ADMINISTRE MIS APORTES PENSIONALES Y SOLICITE EL TRASLADO DE LOS VALORES QUE TENGA DERECHO DE LA ANTERIOR ADMINISTRADORA. ASI MISMO DECLARO QUE LOS DATOS PROPORCIONADOS EN ESTA SOLICITUD SON VERDADEROS ¹⁰.

Aquí también debe resaltar esta Sala, aunque PORVENIR S.A. y COLPENSIONES invocan como argumento de su recurso el que para la época de traslado no estaba vigente el deber de información y que exigir requisitos adicionales al formulario atenta contra el principio de confianza, lo cierto es que dicho argumento no es admisible por cuanto el deber de información existe desde la misma creación de las administradoras de fondos de pensiones.

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

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

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

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

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

¹⁰ Ver folio 57.

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

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

...

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

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

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

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

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

Como se ve, ya para el año 1999, cuando se produjo el traslado¹¹ del aquí demandante, la AFP estaba en la obligación de informar a su futura afiliada sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, pero ello en el asunto no ocurrió o, por lo menos, no se acreditó.

Así las cosas, PORVENIR, omitió en el momento del traslado de régimen (05 de agosto de 1999, efectivo el 1 de septiembre de 1999), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

Otro de los argumentos invocados por PORVENIR en su alzada fue el referido a que el a quo declaró la ineficacia en virtud de lo dispuesto en el artículo 271 de la ley 100 de 1993, sin encontrarse acreditada una conducta dolosa por parte del promotor que tramitó la vinculación al RAIS.

¹¹ Folio 94

En este punto conviene aclarar al recurrente que, respecto a lo dispuesto en el art. 271 de la Ley 100 de 1993 la misma Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha adocinado que dicha preceptiva, de manera expresa, previó que: *“la vulneración del derecho a la vinculación libre a cualquiera de las instituciones del Sistema de Seguridad, trae como efecto justamente la ineficacia.”*

Y obviamente la falta al deber de información impide y atenta contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de régimen, pues, como se ha concluido los fondos privados hicieron uso de estrategias de mercadeo para impulsar su crecimiento comercial, dejando de lado los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe que les asistía, en su calidad de administradoras de los fondos de pensiones, derecho social establecido en el art. 48 de la Constitución Política como *“un servicio público de carácter obligatorio”* que obviamente comporta una mayor responsabilidad en su manejo y en virtud de ello, estaban obligados a garantizar el suministro de la información clara, detallada y concreta de las ventajas y desventajas que le traería la decisión de traslado o vinculación al RAIS.

En ese orden, la ineficacia del tránsito de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de PORVENIR como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliado el actor, del saldo existente en la cuenta de ahorro individual, incluyendo todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, entre otros, con todos sus frutos e intereses y en síntesis todo valor que se haya recibido con motivo de las cotizaciones en favor del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, no quedando otro camino que confirmar la sentencia de primera instancia.

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

los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual del demandante.

Asimismo, advierte la Sala, en relación con el argumento de apelación de PORVENIR, relacionado con los gastos de administración, resulta que estos surgen como consecuencia de la afiliación, y en ese orden, al declararse la ineficacia del traslado, resulta claro que dichos gastos quedan sin fundamento, pues lo que ocurre es que la situación de afiliación del actor vuelve a su estado inicial es decir es como si dichos gastos no se hubiesen generado, razón por la cual es procedente la remisión de la totalidad de los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la demandante a Colpensiones (actual administradora del RPM). 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.”

Y 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 prescripción¹² (folios 90 y CD 104) 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 sumas adicionales de la aseguradora, 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 sumas adicionales de la aseguradora y demás restituciones, hace inoperante dicho fenómeno extintivo frente a los mismos. Puntualmente dijo esa Corporación:

¹² Se tuvo por contestada la demanda por PORVENIR en auto de fecha 14 de julio de 2020 (fl. 98) y por COLPENSIONES en auto de fecha 02 de agosto de 2021, folio (106).

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

Pertinente es aclarar, y en aras de resolver la apelación de COLPENSIONES, aunque esta entidad no intervino de manera directa en el acto jurídico de traslado, no puede perderse de vista que en la actualidad dentro de la estructura del sistema de pensiones es la única entidad administradora del régimen de prima media con prestación definida, siendo de contera la llamada a recibir nuevamente al demandante como su afiliado.

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.

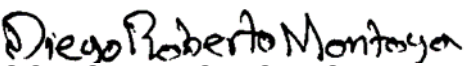
En mérito de lo expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Dieciséis (16) 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 JOSE OLIVER VÁSQUEZ MOLINA CONTRA EL BANCO DE BOGOTÁ, trámite al que se vinculó a LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES (RAD. 18 2048 00278 01¹).

Bogotá D.C., veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la abogada MERY LEONOR LÓPEZ CÁRDENAS como apoderada sustituta de la demandada COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por MARIA JULIANA MEJÍA GIRALDO, en su calidad de representante legal suplente de la sociedad MEJIA Y ASOCIADOS ABOGADOS ESPECIALIZADOS S.A.S, el cual fue remitido a esta Corporación mediante correo del 31 de agosto de los corrientes (folio 4).


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos en esta instancia únicamente por el demandante (folios 10 a 14) y COLPENSIONES (folios 4vto a 5 vto.), pues durante dicho interregno el Banco demandado guardó silencio, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente:

¹ El proceso fue remitido al Juzgado Primero Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá en virtud del Acuerdo PCSJA21-11766 del 11 de marzo de 2021, Despacho que mediante auto del 18 de mayo de los corrientes avocó el conocimiento del mismo (*archivo "02. AUTO ASUME CONOCIMIENTO.pdf", expediente digital*).

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión de los recursos de apelación interpuestos por el demandante y el Banco de Bogotá, contra la sentencia proferida por la Juez Primero Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá D.C., el 30 de julio de 2021 (*Audiencia Virtual Art. 80 del C.P.T., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, archivo “17. AUD. ORD. 18-2018-00278-20210730_145801-Grabación de la reunión.mp4”, récord 49:08*), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR que el señor JOSE OLIVER VASQUEZ MOLINA representado actualmente a través de su sucesora procesal CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ DE VÁSQUEZ, tiene derecho a que el BANCO DE BOGOTA le reajuste la pensión de jubilación a partir del año 1986 en cuantía de \$31.924 pesos conforme a las consideraciones expuestas.

SEGUNDO: DECLARAR probada la excepción de prescripción sobre los reajustes causados con anterioridad al 7 de julio de 2014, según se expuso.

TERCERO: CONDENAR al BANCO DE BOGOTA a pagar al señor JOSE OLIVER VASQUEZ MOLINA, representado actualmente a través de su sucesora procesal CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ DE VÁSQUEZ, la suma de \$25.892.531 por diferencias generadas entre el mayor valor aquí reconocido o aquí hallado y el valor que venía pagando el BANCO DE BOGOTA desde el 07 de julio de 2014 hasta el 30 de junio de 2014 (sic) valor que deberá ser indexado al momento de su pago y sobre el cual se autoriza al BANCO DE BOGOTA para realizar los descuentos por aportes con destino al sistema de seguridad social en salud.

CUARTO: ABSOLVER al BANCO DE BOGOTA de las demás pretensiones incoadas en su contra.

QUINTO: ABSOLVER a COLPENSIONES de las demás pretensiones establecidas, perdón ABSOLVER a COLPENSIONES de las pretensiones establecidas en la demanda.

SEXTO: COSTAS en esta instancia a cargo del BANCO DE BOGOTÁ. Se fija como agencias de derecho la suma de \$800.000 pesos.”

Inconformes con la anterior decisión, los apoderados del demandante y el demandado BANCO DE BOGOTÁ, la apelaron.

Inicialmente, la parte actora aduce, la prescripción debe contabilizarse 3 años atrás a la reclamación presentada, esto es, el 7 de julio de 2014, lo cual, dice genera una suma de \$30.012.848 por diferencias causadas teniendo en cuenta el mayor valor ajustado.

En relación con los perjuicios solicitados, indica, estos fueron pedidos en orden a resarcir el daño causado por la incorrecta actualización de su mesada, los cuales estima “como mínimo de \$81.042.266” que se obtienen de ajustar el valor desde 1990, anotando, la testigo dio argumentos específicos y de primera mano, que le constaban directamente, “sobre las lamentables condiciones económicas” es que se vio el actor. Adicionalmente, precisa, según el código civil todo daño genera la obligación de indemnizar y en este proceso están probadas las diferencias “tan grandes” entre el valor reconocido y el que debió pagársele, por lo que debería procederse al pago de esas diferencias con independencia de la prescripción, a título de perjuicios.

En lo que toca a los intereses moratorios, señala, el cambio jurisprudencial sobre esta materia se produjo por la necesidad de “resarcir los perjuicios que se le causan a los pensionados” por las desafortunadas equivocaciones en las que incurren al determinar su mesada pensional² (Audiencia Virtual Art. 80 del C.P.T., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, archivo “17. AUD.

² “Si señora juez le agradezco mucho al BANCO DE BOGOTA pero vamos a proceder a interponer el recurso de apelación contra la sentencia que usted acaba de emitir en los siguientes términos:
En relación con la valoración de las diferencias pagadas y el valor que se ha debido pagar por el BANCO DE BOGOTA desde la fecha en la cual la señora juez estima se consideran prescritas las mesadas pensionales a juicio de la parte que represento tal circunstancia habrá de considerarse a partir de 3 años antes de la reclamación presentada al BANCO DE BOGOTA la cual el juzgado estableció el 07 de julio de 2017 y como consecuencia de lo anterior habrá de reliquidarse las mesadas desde esa fecha 3 años atrás que es el 2014 07 de julio de 2014 valor a juicio de esta parte asciende a la suma de \$30.012.848 pesos esto en cuanto al valor de las diferencias entre el valor ajustado y el valor de las diferencias pensionales de mayor valor que ha debido pagar el BANCO DE BOGOTA.

De otro lado y en relación con los perjuicios la parte que represento considera que los perjuicios solicitados fueron pedidos en orden a resarcir el daño causado por la ausencia de actualización correcta de la mesada pensional de jubilación y posteriormente del mayor valor suma que por lo mínimo debería corresponder a los valores causados y no pagados por el BANCO DE BOGOTA suma que se estima en el valor en la suma de como mínimo de \$81.042.266 pesos estas cifras se obtienen a partir del valor que se ha debido actualizar económicamente como mínimo desde 1990 entonces a pesar de que la señora juez considera que se trata que la prueba testimonial se basó única y exclusivamente en apreciaciones es importante tener en cuenta que la testigo dio argumentos específicos y de primera mano que le costaban de manera personal y directa sobre las lamentables condiciones económicas en las que se vio don OLIVER representado actualmente a través de su sucesora procesal OLIVER para poder continuar su subsistencia y es de es bien sabido que la ley establece me refiero al código civil que todo daño genera la obligación de indemnizar el daño en este proceso esta evidente está probado la señora juez encontró las diferencias tan grandes que se debieron haber las diferencias en cuanto al incremento de la mesada de la pensión de jubilación y los valores pagados por el BANCO DE BOGOTA que probado el daño como mínimo debería proceder de la diferencia de tales mesadas independientemente de la prescripción entonces es por eso señora juez que consideramos que los perjuicios solicitados deberían causarse y deberían condenarse a cargo del BANCO DE BOGOTA.

De otro lado y en relación con los intereses moratorios independientemente de que el proceso hubiese iniciado en el 2018 el cambio jurisprudencial que sobre los intereses moratorios sea producido se ha generado por la necesidad justamente de resarcir los perjuicios que se le causan a los pensionados por estas desafortunadas equivocaciones que se han generado a lo largo de la causación de las mesadas pensionales la vejez señora juez es mucho más injusta con las personas de lo que uno cree las personas mayores necesitan en la medida en las que se están haciendo mayores muchos más cuidados muchas más necesidades y es por esto no solamente porque la ley lo ordena sino porque la equidad y la justicia lo imponen deberían causarse los intereses moratorios en la forma indicada en la sentencia que tuve la oportunidad de mencionar en los alegatos y a la cual me remito en la presente apelación en estos términos dejo sentado el recurso de apelación sin perjuicio de la ampliación de estos argumentos en la oportunidad correspondiente. Gracias señora juez.”

ORD. 18-2018-00278-20210730_145801-Grabación de la reunión.mp4”, récord 54:12).

A su turno, el BANCO DE BOGOTÁ, alude, esa sociedad estaba convencida que pagó la pensión de jubilación con los salarios devengados, la cual, asegura, era incluso un poco más favorable de la que resulta de aplicar el artículo 160 del C.S.T., además, realizó los incrementos anuales a partir del año 1985, en la manera en que lo determinaba la ley en su momento, tal como se advierte de los soportes de la hoja de vida que reposa en la historia laboral del actor.

Por otra parte, apunta, comparte la postura asumida por la juzgadora de primer grado frente a los perjuicios, la prescripción, la indexación y los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, por lo que su inconformidad versa específicamente sobre el valor que se está condenando y las costas³ (*Audiencia Virtual Art. 80 del C.P.T., realizada a través de la*

³ “Gracias señora juez pues en vista de que pues no se tuvo como eco el tema proponer dejar el juicio en esta instancia sino irnos a instancias superiores entonces el BANCO igual va interponer el recurso de apelación de acuerdo a lo que acaba señalar nuestra señora juez en este caso el BANCO DE BOGOTÁ reitera interpone recurso de apelación contra la sentencia que se acaba de proferir señalando que pues el BANCO estaba convencido de que efectivamente hizo un pago de la pensión de vejez o de jubilación al señor JOSE OLIVER VASQUEZ a partir del año 1991 con los salarios que el devengaba y para ello se soportó documentos al despacho en su momento que ganaba \$29.100 pues si uno hace la conversión efectivamente al momento de liquidar era un poco más favorable a lo que resulta el artículo 160 de la ley para ese año del código sustantivo del trabajo y son los incrementos anuales tal cual lo señala el IPC y el DANE por el IPC y el DANE hizo el incremento año a año al señor JOSE OLIVER VASQUEZ la mesada que a bien tenía en su momento un porcentaje adicional que se le cancelaba año a año por esa jubilación la cual adquirió a partir del 08 de mayo de 1985 pues acá no estamos hablando pues de que no exista la plena jubilación compartida aquí estamos diciendo que no hay problema con eso con la pensión compartida siguió cancelando ese mayor valor al cual venía cancelado la pensión reconocida a partir del año 1985 y para cual tenemos nosotros en nuestros soportes en la hoja de vida que igual reposan también en el expediente de los incrementos que se hizo como la pensión año a año que fue cancelada se soportó los valores que se le viene cancelando año a año también como certificaciones aportadas más como tal al despacho entonces el BANCO como tal hizo efectivamente los incrementos señalados por la ley en su momento la ley que aplicaba bueno en cuanto a eso señale en mis alegatos de conclusión hay sentencias que señalan que efectivamente si la persona recibía su mesada pensional y llegábamos a hablar de unos ajustes era de acuerdo a la ley 100 de 1993 no anteriores a ellas sentencia la cual hice referencia anteriormente igual ratifico en estos argumentos de apelación.

En cuanto a los perjuicios estoy de acuerdo con la señora juez eso si lo comparto porque pues aquí no fueron probados una prueba testimonial no obsta solamente para que efectivamente estemos hablando de unos perjuicios, los perjuicios hay que traer pruebas documentales ante los procesos esto la prueba reina diría yo no es una declaraciones testimoniales ni manifestar pues si causan perjuicios o no en la familia pues si es cierto que la vejez es dura es cierto que la situación no es lo mismo cuando uno estar joven que eso trae muchas consecuencias eso es verdad pero pues la ley no acá no podemos ir por ese tema sino que ajustarnos a la ley y la ley en este caso nos trae que los perjuicios efectivamente se deben probar es con temas documentales situación que brilla por su ausencia en este proceso comparto la decisión de la señora juez en aplicar la prescripción como se solicitó tanto en la esta pues efectivamente aquí no lo hay no estamos hablando del reconocimiento de la pensión sino de mesadas pensionales o incrementos de mesadas pensionales entonces comparto la decisión de aplicar la prescripción en cuanto la indexación también comparto la decisión de la señora juez en señalar pues o lo que señala el artículo 141 de nuestra ley no aplica para el caso que estamos llevando nosotros porque aquí volvemos a decir no es un tema de no cancelar la pensión sino es un tema adicional que es un tema fuera de una indexación o pago adicional que se está aplicando mas no el pago de la mesada pensional al señor se

plataforma Microsoft Teams, archivo “17. AUD. ORD. 18-2018-00278-20210730_145801-Grabación de la reunión.mp4”, récord 1:00:09).

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del actor en este proceso, las pretensiones relacionadas en la demanda (páginas 4 a 6, 01. Archivo “Expediente 18-2018-278.pdf”, expediente digital), las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos enumerados en el acápite respectivo (páginas 6 a 10, *ibídem.*), solicitando se declare que su salario para el año 1985 correspondía a \$40.674; que el Banco de Bogotá le reconoció pensión de jubilación desde el 8 de mayo de 1985; que el Instituto de Seguros de Sociales le reconoció pensión de vejez en diciembre de 1991 en cuantía de un salario mínimo junto con el pago del 14% por persona a cargo, asumiendo la demandada el pago del mayor valor; que le asiste derecho a que el banco demandado le reliquide la pensión realizando los incrementos que corresponden a cada año, de conformidad con el índice de precios al consumidor o cualquier otro método de indexación que garantice la actualización económica de la mesada. Además,

“(…) se condene a la demanda a reliquidar y/o indexar el valor de la pensión que reconoció al señor JOSE OLIVER VÁSQUEZ MOLINA, teniendo en cuenta que al momento de reconocer la pensión de jubilación el actor devengaba un salario para el año 1985 que correspondía a tres (3) veces el salario mínimo.

(…) Que se condene al Banco de Bogotá a pagar al actor la diferencia dejada de pagar a partir del de (sic) diciembre de 1991, fecha en la que debía cancelar el mayor valor al asumido por el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES.

(…) Que se condene al BANCO DE BOGOTA a que liquide y pague el total del mayor valor de la pensión de jubilación (...) sin descontar el incremento adicional de la pensión del 14% por persona a cargo que reconoció el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, hoy COLPENSIONES.

(…) al reconocimiento liquidación y pago de los intereses moratorios a la tasa máxima legal certificada por la superintendencia bancaria por haber descontado

le venía cancelado su mesada pensional desde del año 85 al 90 al BANCO a partir de 1990 de mayo se comenzó a compartir el seguro social en su momento hoy COLPENSIONES sigue cancelándole una parte y nosotros BANCO cancelándole el mayor valor en el cual está convencido el BANCO que es el valor que se le debe cancelar que más señora juez no dando en esta condiciones pues interponemos ese recurso sobre el valor que está condenado a cancelar el mayor valor por los \$25.892.581 señalando que el BANCO considera que no debe salir a la parte jurídica y también interpone recurso en costas que nos están aplicando en este instancia señora juez en esta condiciones dejo interpuesto el recurso de apelación muchísimas gracias.”

el 14% por persona a cargo, cuando dicho valor no hace parte de la pensión de jubilación ni de vejez como lo indicó (sic) la resolución del ISS artículo 3.

(...)”

Sumas que pide se ordenen debidamente indexadas hasta su pago, junto con los perjuicios ocasionados, *“teniendo en cuenta que desde que el INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL reconoció la pensión de vejez al señor JOSE OLIVER VÁSQUEZ MOLINA, -el Banco de Bogotá- descontó en forma arbitraria e ilegal un 14% de la pensión de jubilación a la que estaba obligado por adeudar el mayor valor que estaba a su cargo”*, los derechos ultra y extra petita y las costas. **Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus aspiraciones** por cuanto se dispuso el reajuste de la pensión de jubilación del demandante en cuantía de \$31.924 a partir del año 1986, declaró prescritos los reajustes causados con anterioridad al 7 de julio de 2014 y condenó al BANCO DE BOGOTÁ a pagar a favor del actor la suma de \$25.892.531 por concepto de diferencias generadas entre esa fecha y el 30 de junio de 2014 (sic), debidamente indexado al momento del pago, absolviendo a la pasiva de las demás pretensiones incoadas en su contra. Lo anterior, tras considerar en primer lugar, que no existía discusión frente a la pensiones de vejez y jubilación reconocidas al actor, con carácter compartido, por el ISS y el Banco accionado, respectivamente, encontrándose a cargo de este último el mayor valor, advirtiéndose, no se logró probar el salario que se adujo en la demanda; sin embargo procedió a liquidar la prestación a cargo del ex empleador teniendo en cuenta los IPC anuales, evidenciando que la misma no se actualizó correctamente, razón por la cual se generaban diferencias a favor del pensionado. Negó los intereses moratorios por no encontrarlos procedentes y los perjuicios por falta de prueba de su cuantía.

Relacionados los antecedentes del caso, para resolver se tienen como hechos probados, que no fueron objeto de controversia, que al demandante le fue reconocida pensión plena de jubilación por parte del Banco de Bogotá a partir del 8 de mayo de 1985, en cuantía inicial de \$26.071 (*folios 32 y 138, archivo “01. Expediente 18-2018-278.pdf” y página 90 “EXP. ADMINISTRATIVO.PDF”, carpeta “CD folio 145”, expediente digital*). Además, que el Instituto de Seguros Sociales reconoció pensión de vejez a partir del 3 de mayo de 1990, con una mesada inicial de \$43.906 junto con los incrementos pensionales por cónyuge a cargo, mediante Resolución No. 06373 del 6 de diciembre de 1991 (*folios 34*

a 36, archivo “01. Expediente 18-2018-278.pdf”, expediente digital), la cual tiene carácter compartido con la de jubilación otorgada por el Banco, encontrándose a cargo de este únicamente el mayor valor.

Tampoco se discute el deceso del actor, acaecido el 12 de agosto de 2020, según se constata del registro civil de defunción que fuera arrimado a las diligencias (archivo “15. SOLICITUD SUCESION PROCESAL.pdf”, expediente digital).

De tal manera, la Sala abordará el estudio de los recursos 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*).

En esa orientación, el problema jurídico en esta instancia se circunscribe en establecer, en primer lugar, si la pensión de jubilación reconocida al demandante fue debidamente reajustada conforme a la Ley y, en consecuencia, si existen diferencias a cancelar.

Al respecto, vale la pena precisar, si bien la demanda estuvo orientada principalmente a obtener el reajuste de la prestación jubilatoria a cargo del Banco de Bogotá, con fundamento en que esa entidad tuvo en cuenta para determinar el mayor valor, el incremento por cónyuge a cargo que le fuera otorgado al actor por el ISS junto con su mesada pensional por vejez, lo cierto es que esa temática no fue abordada por la juzgadora de primer grado quien determinó en su análisis, y con fundamento en los cálculos efectuados por ese Despacho, que la pensión no se ajustó adecuadamente con base en el IPC certificado por el DANE y a partir de allí, las diferencias a las que finalmente condenó, omisión ésta frente a la cual ninguna inconformidad se presentó en la alzada por las partes.

Así entonces, para solventar el problema jurídico propuesto, se debe recordar, tratándose de pensiones reconocidas antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, como ocurre en el examine, estas se reajustaban conforme las fórmulas establecidas en el artículo 55 del Decreto 433 de 1971, el artículo 1 de la Ley 4ª de 1976 y el artículo 1o de la Ley 71 de 1988. Actualmente, el

reajuste de la mesada se efectúa con fundamento en el artículo 14⁴ de la Ley 100 de 1993, último que contemplo la actualización con base en el Índice de Precios al Consumidor – IPC- certificado por el DANE, disposición que entró a regir, para casos como el de autos, solo hasta el 1 de abril de 1994.

Al tema, la Corte Constitucional en sentencia C-110 de 2006, explicó, en atención a que las normas laborales son por expresa disposición legal de orden público, *“se tiene que la fórmula de reajuste pensional contenida en el artículo 1° de la Ley 4a de 1976, estuvo vigente y produjo efectos jurídicos (...) hasta la entrada en vigencia de la Ley 71 de 1988, hecho este que tuvo ocurrencia el día 19 de diciembre de ese mismo año (...) A partir del 1° de enero de 1989 y hasta la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, todas las pensiones que fueron reconocidas en el país, tanto en el sector público como en el privado, se reajustaron anualmente conforme a la fórmula prevista en la Ley 71 de 1988 (...). Con la expedición de la Ley 100 de 1993 y su entrada en vigencia, las pensiones reconocidas antes y después de dicha ley, se vienen reajustando en la forma prevista por su artículo 14”*.

Sobre este tópico también se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, entre otras, en sentencia SL1509, Radicación No. 67664 del 9 de mayo del 2018⁵.

⁴ ARTÍCULO 14. REAJUSTE DE PENSIONES. Con el objeto de que las pensiones de vejez o de jubilación, de invalidez y de sustitución o sobreviviente, en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones, mantengan su poder adquisitivo constante, se reajustarán anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior. No obstante, las pensiones cuyo monto mensual sea igual al salario mínimo legal mensual vigente, serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que se incremente dicho salario por el Gobierno.

⁵ “(...) El derecho a conservar el poder adquisitivo de la mesada pensional no implica tener derecho a un determinado monto de incremento, como condición más beneficiosa, sin tener en cuenta si con él se está actualizando o se está aumentando su valor. La forma de actualizar el valor de la mesada es dinámica, siempre dependerá de las condiciones económicas en las que se encuentre el país, y no se puede invocar un derecho adquirido, o la condición más beneficiosa o el principio de favorabilidad respecto de un monto de incremento concedido en determinada época, si las condiciones económicas existentes al momento de su adopción han variado. Ya esta Sala en la sentencia CSJ SL del 19 de octubre de 2011, no. 41105, había planteado lo siguiente:

Lo que sucede es que si ese 15% de reajuste automático mínimo, ordenado por la regla de derecho que se examina [artículo 1° Ley 4 de 1976], se analiza sin relacionarlo con el contexto económico de la época, se podría pensar que resulta exorbitante frente a los bajos índices de depreciación monetaria presentados últimamente en nuestro país; empero, no hay que olvidar que para esos momentos de nuestra historia, el envilecimiento del poder adquisitivo de la moneda colombiana era notablemente alto, si se le compara con el que muestran los índices actuales.

Sin embargo, lo anteriormente discurrido resulta útil para ratificar que con la expedición de la Ley 71 de 1988, el esquema de incremento pensional contemplado en el ordenamiento de 1976, perdió vigor, así como también, la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, significó que desde el 1° de abril de 1994, el reajuste de las pensiones debe coincidir con la variación

del índice de precios al consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior.

Es así, porque a partir del entendido de que la teleología del incremento fijo porcentual de las pensiones, responde a la necesidad de evitar en lo posible la reducción, en términos reales, de la capacidad de compra de lo que se recibe por ese concepto, una lógica aplicada dentro de ese mismo marco hermenéutico, impone asumir que, en la medida en que el comportamiento del proceso inflacionario sufra modificaciones, el legislador adopta los correctivos necesarios para que, lo que antes era adecuado para los fines propuestos, más adelante no genere consecuencias exactamente contrarias al objetivo buscado.

Es decir que, no obstante la desviada exégesis del ad quem, en cuanto restringió el derecho al reajuste de la señora RIOS DE ARBELÁEZ, la acusación no cobra entidad suficiente para quebrar el fallo gravado, dado que para el año 2000, que es desde cuando solicita se le aplique el mismo, ya se encontraba en vigencia el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, por manera que son éstos los incrementos que gobiernan la materia desde el 1° de abril de 1994, que no los de ordenamientos legales que ya dejaron de regir, además porque lo contrario implicaría desatender el mandato del artículo 16 del Código Sustantivo del Trabajo.

Por su parte, en la precitada sentencia C-110 de 2006, la Corte Constitucional concuerda con el anterior razonamiento de esta Sala, a saber:

Ciertamente, dentro de una política pública dirigida a recuperar y mantener el poder adquisitivo constante de las pensiones en todos los sectores -público, oficial, semioficial, privado y las pagadas por el ISS-, el Congreso de la República, a través de las leyes 71 de 1988 y 100 de 1993, se dio a la tarea de reestructurar sustancialmente el sistema de reajuste pensional contenido en el artículo 1° de la Ley 4ª de 1976, en especial, lo relacionado con la manera como se procedía a tal reajuste.

Así, la fórmula contenida en el artículo acusado para llevar a cabo el reajuste anual de las pensiones, fue inicialmente modificada por el artículo 1° de la Ley 71 de 1988, en el cual se dispuso expresamente que las pensiones a que hacía referencia el artículo 1° de la Ley 4ª de 1976 se reajustarían de oficio cada vez y en el mismo porcentaje en que fuere incrementado el salario mínimo legal mensual, aclarando también que dicho reajuste tendría vigencia simultánea a la que se fija para el salario mínimo. El precepto es del siguiente tenor:

“ARTÍCULO 1°. Las pensiones a que se refiere el artículo 1° de la Ley 4ª de 1976, las de incapacidad permanente parcial y las compartidas, serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que sea incrementado por el Gobierno el salario mínimo legal mensual.

PARÁGRAFO. Este reajuste tendrá vigencia simultánea a la que se fija para el salario mínimo.” (Negrillas fuera de texto original).

Siguiendo el texto de la norma citada, la modificación introducida por la Ley 71 de 1988 al sistema de reajuste pensional previsto en la Ley 4ª de 1976 consistió en que, mientras bajo esta última ley el reajuste resultaba de promediar dos salarios -el vigente para el año inmediatamente anterior al reajuste y el vigente para el año en que debía operar el incremento-, arrojando un aumento inferior al porcentaje del salario mínimo, con la ley 71 el reajuste correspondía al mismo porcentaje en que se incrementaba por el Gobierno Nacional para el respectivo año, el salario mínimo legal mensual.

En este sentido, considerando que en uno y otro caso las fórmulas de reajuste pensional son distintas e incompatibles, es claro que el artículo 1° de la Ley 4ª de 1976 fue derogado tácitamente por el artículo 1° de la Ley 71 de 1988, disposición esta última que fue ignorada por el actor, en cuanto no la incorporó a los planeamientos de la demanda ni hizo alusión alguna a la misma.

Posteriormente, el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, mediante la cual se creó el Sistema General de Seguridad Social, avanzando en la política de garantizar el poder adquisitivo constante de las pensiones, procedió a modificar el artículo 1° de la Ley 71 de 1988, disponiendo, como regla general, que todas las pensiones se reajustarían anualmente y de oficio el primero (1°) de enero de cada año, ya no en el mismo porcentaje en que se incrementaba el salario mínimo, sino teniendo en cuenta la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor -IPC- certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior. Sobre el particular dispone la norma:

Por lo anterior, teniendo en cuenta que la pensión de jubilación fue reconocida al convocante en el año 1985, no es posible reajustar la mesada pensional, tomando en cuenta únicamente el IPC vigente en la anualidad anterior a aquel en el que se efectúa la actualización, como equivocadamente lo hizo la a quo, sino que se deben aplicar los incrementos anuales según la norma vigente para el momento en el que se va a ajustar la mesada pensional año a año.

“ARTICULO 14.- Reajuste de Pensiones. Con el objeto de que las pensiones de vejez o de jubilación, de invalidez y de sustitución o sobreviviente, en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones, mantengan su poder adquisitivo constante, **se reajustarán anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior.** No obstante, las pensiones cuyo monto mensual sea igual al salario mínimo legal mensual vigente, serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que se incremente dicho salario por el Gobierno.” (Negrillas fuera de texto).

La misma Ley 100 de 1993, a través de los artículos 142 y 143, complementó el régimen de reajuste pensional en dos aspectos: (i) reconociendo a favor de todos los pensionados una mesada adicional, a cancelar con la mesada del mes de junio de cada año, y (ii) concediendo un reajuste mensual equivalente a la elevación en la cotización para salud, a favor de los pensionados con anterioridad al 1° de enero de 1994. Tales preceptos consagran:

“ARTÍCULO 142. Mesada adicional para pensionados. Los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de sectores públicos, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta (30) días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, que se cancelará con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994.

PARÁGRAFO. Esta mesada adicional será pagada por quien tenga a su cargo la cancelación de la pensión sin que exceda de quince (15) veces el salario mínimo legal mensual.

ARTÍCULO 143. Reajuste pensional para los actuales pensionados. A quienes con anterioridad al 1o. de enero de 1994 se les hubiere reconocido la pensión de vejez o jubilación, invalidez o muerte, tendrán derecho, a partir de dicha fecha, a un reajuste mensual equivalente a la elevación en la cotización para salud que resulte de la aplicación de la presente Ley.

La cotización para salud establecida en el sistema general de salud para los pensionados está, en su totalidad, a cargo de éstos, quienes podrán cancelarla mediante una cotización complementaria durante su período de vinculación laboral.

El Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud podrá reducir el monto de la cotización de los pensionados en proporción al menor número de beneficiarios y para pensiones cuyo monto no exceda de tres (3) salarios mínimos legales.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. Sólo por el año de 1993, los gastos de salud de los actuales pensionados del ISS se atenderá con cargo al Seguro de IVM y hasta el monto de la cuota patronal.”

Así las cosas, en el entendido que las normas laborales son por expresa disposición legal de orden público y de aplicación inmediata (C.S.T. art. 16), se tiene que la fórmula de reajuste pensional contenida en el artículo 1° de la Ley 4ª de 1976, estuvo vigente y produjo efectos jurídicos sólo hasta la entrada en vigencia de la Ley 71 de 1988, hecho éste que tuvo ocurrencia el día 19 de diciembre de ese mismo año tal y como aparece registrado en el Diario Oficial N° 38.624 del 22 de diciembre de 1988. Por tanto, el reajuste conforme al promedio que resultara entre el antiguo y el nuevo salario mínimo mensual legal más alto, previsto en el artículo 1° de la Ley 4 de 1976 y cuestionado por el actor, sólo rigió hasta el año de 1988.

En esa dirección, efectuados los cálculos aritméticos correspondientes, se obtiene como valor de la pensión de jubilación para cada anualidad (sin descontar la pensión de vejez otorgada por el ISS), los siguientes:

AÑO	INCREMENTO	NORMA REAJUSTE PENSIONAL	MESADA LIQUIDADADA TRIBUNAL
1985	N/A	Ley 4a de 1976 (artículo 1 = mitad de la diferencia salario mínimo año actual y salario mínimo anterior + mesada pensional * mitad incremento salario mínimo o el 15% si el resultado es menor	\$ 26.071,00
1986	15,00%		\$ 29.981,65
1987	$PR=PA+1626,90+(PA*12\%)$		\$ 35.206,35
1988	$PR=PA+1849,20+(PA*11\%)$		\$ 40.928,25
1989	27,00%	Ley 71 de 1988 (artículo 1 = porcentaje incremento SMLMV)	\$ 51.978,87
1990	25,95%		\$ 65.467,39
1991	26,06%		\$ 82.528,19
1992	26,00%		\$ 103.985,52
1993	25,03%		\$ 130.013,10
1994	21,09%		\$ 157.432,86
1995	22,59%	Artículo 14 de la Ley 100 de 1993 (Variación porcentual IPC)	\$ 192.996,94
1996	19,46%		\$ 230.554,15
1997	21,63%		\$ 280.423,01
1998	17,68%		\$ 330.001,80
1999	16,70%		\$ 385.112,10
2000	9,23%		\$ 420.657,95
2001	8,75%		\$ 457.465,52
2002	7,65%		\$ 492.461,63
2003	6,99%		\$ 526.884,70
2004	6,49%		\$ 561.079,52
2005	5,50%		\$ 591.938,89
2006	4,85%		\$ 620.647,92
2007	4,48%		\$ 648.452,95
2008	5,69%		\$ 685.349,92
2009	7,67%		\$ 737.916,26
2010	2,00%		\$ 752.674,59
2011	3,17%		\$ 776.534,37
2012	3,73%		\$ 805.499,11
2013	2,44%		\$ 825.153,28
2014	1,94%		\$ 841.161,26
2015	3,66%		\$ 871.947,76
2016	6,77%		\$ 930.978,62
2017	5,75%		\$ 984.509,89
2018	4,09%		\$ 1.024.776,35
2019	3,18%		\$ 1.057.364,24
2020	3,80%		\$ 1.097.544,08

Atendiendo tales valores, resulta que la mesada liquidada por esta Corporación resulta ser inferior a la obtenida por el Juzgado de primer grado quien para el año 1986 estimó la pensión en suma de \$31.924, en 1987 \$38.612, en 1988 \$47.887, en 1989 de \$61.352 y para 1990 de \$77.378; no obstante, la misma resulta ser levemente superior a la pagada por el Banco demandado, a partir

del año 1987⁶, razón por la cual debe procederse al reajuste de la mesada, pero atendiendo los valores indicados por esta Sala de Decisión, dada la alzada propuesta por la demandada.

Con antelación a definir el valor del retroactivo causado por diferencias, se analizará lo tocante a la excepción de prescripción oportunamente propuesta por la demandada⁷ (página 132, contestación Banco de Bogotá, archivo “01. Expediente 18-2018-278.pdf”, expediente digital) frente a la cual presenta reparo la parte actora, señalando, la pensión de jubilación fue reconocida a partir del 8 de mayo de 1985, la reclamación ante el Banco de Bogotá fue presentada el 7 de julio de 2017, según se advierte del sello de radicación impuesto por esa sociedad (páginas 42 a 44, ibídem) y la demanda incoada el 20 de abril de 2018 (página 64 ibíd., acta de reparto secuencia 8217), siendo claro entonces que operó dicho fenómeno respecto de las diferencias causadas y no pagadas con antelación al 7 de julio de 2014, esto es, contando 3 años atrás a la reclamación, no así las causadas a partir de esa fecha, tal como lo determinó la juzgadora de primer grado.

En ese orden, como quiera que, tal como se dejó sentado al inicio, la pensión de jubilación tiene carácter compartido con la otorgada por el ISS y que es un hecho indiscutido el fallecimiento del causante acaecido el 12 de agosto de 2020, fecha hasta la cual se causó el derecho para quien promovió el juicio, hechas las operaciones de rigor, se obtiene por concepto de diferencias causadas entre el 7 de julio de 2014 y el 12 de agosto de 2020, por el mayor

AÑO	INCREMENTO	MESADA LIQUIDADADA TRIBUNAL	MESADA JUZGADO	RECONOCIDA BANCO
1985	N/A	\$ 26.071,00	\$ 26.071,00	\$ 26.071,00
1986	15,00%	\$ 29.981,65	\$ 31.924,00	\$ 29.981,00
1987	PR=PA+1626,9 0+(PA*12%)	\$ 35.206,35	\$ 38.612,00	\$ 30.827,00
1988	PR=PA+1849,2 0+(PA*11%)	\$ 40.928,25	\$ 47.887,00	\$ 36.068,00
1989	27,00%	\$ 51.978,87	\$ 61.352,00	\$ 41.478,00
1990	25,95%	\$ 65.467,39	\$ 77.378,00	\$ 43.906,00

⁷ Se tuvo por contestada la demanda en proveído del 18 de diciembre de 2018 (página 154, archivo “01. Expediente 18-2018-278.pdf”, expediente digital).

valor a cargo del Banco demandado, la suma de **\$2.585.169,87⁸**; sin embargo, se ordenará dejar en suspenso el pago de las condenas impuestas al BANCO DE BOGOTÁ, por cuanto las sumas que en vida le correspondían al señor JOSE OLIVER VÁSQUEZ MOLINA (Q.E.P.D.), no son susceptibles de reconocimiento a favor de su sucesora procesal, pues estas ingresaron al patrimonio del causante, y en esa medida forman parte de la masa sucesoral que debe ser adjudicada a todos sus herederos de acuerdo a los órdenes hereditarios dentro del proceso legal establecido para ello, trámite cuya competencia se encuentra reservada al Juez de Familia. En esa medida, se dispondrá que los valores resultantes de la condena impuesta en el presente ordinario, sean canceladas conforme lo disponga la jurisdicción competente o en el evento que ya se encuentre la sucesión correspondiente una vez se acredite en legal forma ante la encartada, esta procederá con el pago en los porcentajes asignados en la misma en los términos legales, precisándose en este aspecto el fallo de primer grado.

En lo que toca a los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, habrá de confirmarse la decisión de primera instancia en cuanto negó su pago, toda vez que la prestación fue reconocida con anterioridad a la entrada en vigencia de dicha disposición y por lo tanto no le resultan aplicables,

8

AÑO	INCREMENTO	MESADA LIQUIDADADA TRIBUNAL	MESADA ISS	MAYOR VALOR LIQUIDADADO	VALOR RECONOCIDO BANCO	DIFERENCIA A FAVOR DEL PENSIONADO	ADEUDADAS	SUBTOTAL
1985	N/A	\$ 26.071,00			\$ 26.071,00	PRESCRITOS	PRESCRITOS	PRESCRITOS
1986	15,00%	\$ 29.981,65			\$ 29.981,00			
1987	PR=PA+1626,90+ (PA*12%)	\$ 35.206,35			\$ 30.827,00			
1988	PR=PA+1849,20+ (PA*11%)	\$ 40.928,25			\$ 36.068,00			
1989	27,00%	\$ 51.978,87			\$ 41.478,00			
1990	25,95%	\$ 65.467,39	\$ 43.906,00	\$ 21.561,39	\$ 43.906,00			
1991	26,06%	\$ 82.528,19	\$ 51.716,00	\$ 30.812,19	NO REPORTA			
1992	26,00%	\$ 103.985,52	\$ 65.190,00	\$ 38.795,52	NO REPORTA			
1993	25,03%	\$ 130.013,10	\$ 81.510,00	\$ 48.503,10	NO REPORTA			
1994	21,09%	\$ 157.432,86	\$ 98.700,00	\$ 58.732,86	\$ 33.219,00			
1995	22,59%	\$ 192.996,94	\$ 118.934,00	\$ 74.062,94	\$ 40.723,00			
1996	19,46%	\$ 230.554,15	\$ 142.125,00	\$ 88.429,15	\$ 48.664,00			
1997	21,63%	\$ 280.423,01	\$ 172.005,00	\$ 108.418,01	\$ 59.190,00			
1998	17,68%	\$ 330.001,80	\$ 203.826,00	\$ 126.175,80	\$ 69.655,00			
1999	16,70%	\$ 385.112,10	\$ 236.460,00	\$ 148.652,10	\$ 81.287,00			
2000	9,23%	\$ 420.657,95	\$ 260.100,00	\$ 160.557,95	\$ 88.790,00			
2001	8,75%	\$ 457.465,52	\$ 286.000,00	\$ 171.465,52	\$ 96.559,00			
2002	7,65%	\$ 492.461,63	\$ 309.000,00	\$ 183.461,63	\$ 103.946,00			
2003	6,99%	\$ 526.884,70	\$ 332.000,00	\$ 194.884,70	\$ 111.212,00			
2004	6,49%	\$ 561.079,52	\$ 358.000,00	\$ 203.079,52	\$ 118.430,00			
2005	5,50%	\$ 591.938,89	\$ 381.500,00	\$ 210.438,89	\$ 124.944,00			
2006	4,85%	\$ 620.647,92	\$ 408.000,00	\$ 212.647,92	\$ 131.004,00			
2007	4,48%	\$ 648.452,95	\$ 433.700,00	\$ 214.752,95	\$ 136.873,00			
2008	5,69%	\$ 685.349,92	\$ 461.500,00	\$ 223.849,92	\$ 144.661,00			
2009	7,67%	\$ 737.916,26	\$ 496.900,00	\$ 241.016,26	\$ 155.756,00			
2010	2,00%	\$ 752.674,59	\$ 515.000,00	\$ 237.674,59	\$ 158.871,00			
2011	3,17%	\$ 776.534,37	\$ 535.600,00	\$ 240.934,37	\$ 163.907,00			
2012	3,73%	\$ 805.499,11	\$ 566.700,00	\$ 238.799,11	\$ 170.021,00			
2013	2,44%	\$ 825.153,28	\$ 589.500,00	\$ 235.653,28	\$ 174.170,00			
2014	1,94%	\$ 841.161,26	\$ 616.000,00	\$ 225.161,26	\$ 177.549,00	\$ 47.612,26	7	\$ 333.285,80
2015	3,66%	\$ 871.947,76	\$ 644.350,00	\$ 227.597,76	\$ 184.047,00	\$ 43.550,76	14	\$ 609.710,64
2016	6,77%	\$ 930.978,62	\$ 689.455,00	\$ 241.523,62	\$ 196.507,00	\$ 45.016,62	14	\$ 630.232,72
2017	5,75%	\$ 984.509,89	\$ 737.717,00	\$ 246.792,89	\$ 207.806,00	\$ 38.986,89	14	\$ 545.816,52
2018	4,09%	\$ 1.024.776,35	\$ 781.242,00	\$ 243.534,35	\$ 216.305,00	\$ 27.229,35	14	\$ 381.210,88
2019	3,18%	\$ 1.057.364,24	\$ 828.116,00	\$ 229.248,24	\$ 223.183,00	\$ 6.065,24	14	\$ 84.913,31
2020	3,80%	\$ 1.097.544,08	\$ 877.803,00	\$ 219.741,08	\$ 231.664,00	-\$ 11.922,92	8,4	\$ -
TOTAL RETROACTIVO								\$ 2.585.169,87

advirtiendo frente a este punto, no resulta posible disponer el pago de los intereses previstos en el Código Civil como se pidió en los alegatos de conclusión, porque ello no fue objeto del petitum de la demanda y resolver sobre estos en esta instancia procesal, iría en contravía del principio de consonancia.

De otro lado, frente a la indemnización de perjuicios rogada por el actor, no encuentra esta Sala elementos probatorios de los cuales se evidencie la causación de los mismos, no siendo suficiente para el efecto la declaración de la señora BERTHA YOLANDA VÁSQUEZ RODRIGUEZ⁹, hija del demandante, por cuanto esta se limitó a indicar que al revisar los documentos relativos al otorgamiento de la pensión de jubilación encontraron que la misma no se estaba cancelando adecuadamente y que el déficit en la pensión le generó mucha angustia por los problemas económicos a su progenitor, por los cuales además que debió “*salir de su patrimonio*”, situaciones que a más del dicho de la testigo no cuentan con ningún otro soporte en el expediente.

Finalmente, respecto de las costas procesales objeto de apelación por parte del BANCO DE BOGOTÁ, 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 sociedad, lo atinente a derecho es sea condenada en costas, como así ocurrió, motivos por los cuales se confirmará la sentencia en este punto.

Agotada la competencia de la Sala por el estudio de los motivos de apelación conforme las motivaciones que preceden, se modificará parcialmente la sentencia de primer grado en sus numerales primero y tercero, para modificar el valor de las cuantías ordenadas, confirmándola en lo demás.

SIN COSTAS en esta instancia.

⁹ Audiencia del 19 de julio de 2021, récord 11:51.

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

RESUELVE

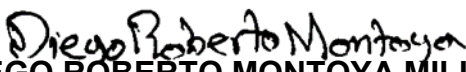
PRIMERO: MODIFICAR el numeral PRIMERO de la sentencia proferida por el JUZGADO PRIMERO LABORAL TRANSITORIO DE BOGOTÁ, en el sentido de indicar que el demandante tiene derecho a que se reajuste su pensión de jubilación a partir del año 1987 en cuantía de \$35.206,35, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

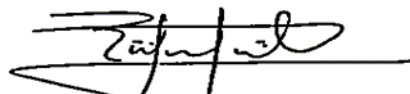
SEGUNDO: MODIFICAR el numeral TERCERO de la sentencia proferida por el JUZGADO PRIMERO LABORAL TRANSITORIO DE BOGOTÁ, en el sentido de señalar que las diferencias generadas entre el mayor valor reconocido por el BANCO DE BOGOTÁ y el aquí hallado, entre el 7 de julio de 2014 y el 12 de agosto de 2020 corresponden a **\$2.585.169,87, precisando** que el pago de las condenas impuestas en este ordinario, se efectuará conforme lo establezca el Juez de Familia o en el evento que ya se encuentre la sucesión correspondiente, una vez se acredite en legal forma ante la encartada, esta procederá con el pago en los porcentajes asignados en la misma en los términos legales, tal como se indicó en la parte motiva de este proveído.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el JUZGADO PRIMERO LABORAL TRANSITORIO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR CARMEN LILIANA ESCALLON SILVA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. (RAD. 19 2018 00363 01)

Bogotá D.C. veintinueve (29) de Octubre de dos mil veintiuno (2021)

AUTO

Reconocer personería adjetiva al abogad ELKIN FABIAN CASTILLO CRUZ como apoderado sustituto de la demandada COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por CLAUDIA LILIANA VELA, en su calidad de representante legal de la firma CAL & NAF ABOGADOS S.A.S, el cual fue remitido a esta Corporación mediante correo del 22 de septiembre de los corrientes (folio 174).


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por la parte demandante (folio 176) y las demandadas PORVENIR S.A (folios 163 a 167) y COLPENSIONES (folios 169 y 170), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente:

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver los recursos de apelación interpuestos por PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, contra

la sentencia proferida por la Juez Diecinueve (19) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 30 de Julio de 2021 (Audiencia virtual de que trata el art.80 del C.P.T. y la S.S., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 25:42, CD folio 158, acta folio 157), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de la señora CARMEN LILIANA ESCALLÓN SILVA quien se identifica con la cédula de ciudadanía número 51.603.272, del régimen de prima media con prestación definida, administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, al de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS HORIZONTE hoy PORVENIR S.A identificada con el NIT. 800 144 331 – 3 realizado el 23 de octubre del año 2001, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR válidamente vinculada a la demandante CARMEN LILIANA ESCALLÓN SILVA identificada con la cédula de ciudadanía número 51.603.272, al régimen de prima media con prestación definida administrado hoy por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, desde el 11 de febrero de 1986, hasta la actualidad como si ella nunca se hubiere trasladado, por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida conforme lo expuesto a la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR a la demandada AFP ADMINISTRADORA DE FONDO Y CESANTÍAS PORVENIR de NIT. 800 144 331 – 3 a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la aquí demandante, como son cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales junto con los rendimientos financieros causados, incluso los intereses y comisiones, sin descontar los gastos de administración con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia (sic).

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

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia.

SEXTO: De no ser apelada la presente decisión se ordena remitir el expediente al Honorable Tribunal de Bogotá, Sala Laboral para que se surta el grado jurisdiccional de Consulta, por ser adversa la decisión a una de las demandadas ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES (sic). ”

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

Inicialmente, PORVENIR S.A., solicita se revoque la sentencia y, en su lugar, se le absuelva de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

Argumentó que no comparte la decisión de declarar la ineficacia del traslado en sentido estricto, ni comparte las consecuencias jurídicas que se derivaron de esta declaración de ineficacia, toda vez que a su modo de ver ello va en contra vía del principio de la confianza legítima, el principio de la inescindibilidad de las normas, y el principio de la sostenibilidad financiera, establecidas y desarrolladas por la Corte Constitucional.

Afirmó que este tipo de decisiones desconoce el valor probatorio del formulario de afiliación que para el año 2001, era la única prueba que debía conservar PORVENIR para probar el elemento de existencia y validez del contrato de afiliación; adujo que no se requería ningún otro elemento, por cuanto en los decretos 663 y el decreto 720 establecen que la suscripción del formulario de afiliación trae como consecuencia la aceptación de todas las condiciones del régimen.

En lo que tiene que ver con la afectación del principio de inescindibilidad, trajo a colación la sentencia T-569 del 2015, para establecer que el texto legal que reglamenta los traslados de régimen pensionales debe emplearse respetando el principio de inescindibilidad de las normas, es decir, aplicándose de manera íntegra en su relación con la totalidad del cuerpo normativo al que pertenece, sin que sea admisible escisiones o fragmentaciones tomando lo más favorable de las disposiciones en conflicto.

También aduce que el artículo 271 establece el efecto jurídico de la ineficacia de manera expresa y clara, sin ningún tipo de interpretaciones.

Otro punto de su inconformidad lo enfoca en la condena por devolución de gastos de administración que en su opinión afecta el principio de equidad y de justicia, porque son obligaciones de tracto sucesivo que afectan derechos de terceros y no son susceptibles de restitución, por contener elementos de frutos financieros que en los términos del artículo 964 y en aras del principio de inescindibilidad de las normas no está en la obligación de trasladar, aunado al hecho de que no se probó ninguna mala fe por parte de PORVENIR.

Sobre la excepción de prescripción, resaltó que sobre los gastos de administración debió declararse, ya que no son ni hechos ni estados jurídicos, son derechos crediticios que se emanan de estas declaraciones, y no son dineros destinados a la

financiación de la pensión, pues recordó que el artículo 20 de la ley 100 de 1993, permite el descuento tanto en el régimen de ahorro individual como en el régimen de prima media de esos dineros; decisión que propende a un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES¹.

¹ CD Folio 158 **Apoderado PORVENIR (27:48)**: Muchas gracias su señoría, sea esta la oportunidad pertinente para presentar recurso de apelación no sin antes manifestar el respeto que se tiene por el despacho, el respeto que se tiene por las decisiones judiciales propiamente, en ese orden de ideas señores Magistrados me permito presentar mi recurso de apelación en los siguientes reparos en concreto:

No se comparte la decisión del despacho declarar la ineficacia del traslado en sentido estricto ni se comparte las consecuencias jurídicas que se derivaron de esta declaración de ineficacia, toda vez que esto va en contra del principio de la confianza legítima, el principio de la inescindibilidad de las normas, y el principio de la sostenibilidad financiera, establecidas y desarrolladas por la Corte Constitucional.

En lo primero de la confianza legítima señores magistrados sea lo primero establecer que a través de la jurisprudencia que es el que se usa dentro de estos argumentos propiamente, se está desconociendo el valor probatorio del formulario de afiliación que para el año 2001, era la única prueba que debía conservar mi representada para probar el elemento de existencia y validez del contrato de afiliación, no se requería ningún otro elemento, nótese que los decretos 663 y el decreto 720 establecen que la suscripción de esta formulario de afiliación trae como consecuencia la aceptación de todas las condiciones del régimen, es decir, el requisito sine qua non, sin embargo, 25 años después la Corte Suprema de Justicia en su sala de Casación Laboral desvirtúa y le quita valor probatorio desconociendo la norma, convirtiendo la norma en una guía, no en un elemento de completa obligatoriedad, se insiste pese a que estos decretos y estas leyes, establecían que era el único requisito sine qua non que se exigía, pue soy por hoy 25 años después de la afiliación pues se le deja valor probatorio, en ese orden de ideas está configurando una prueba diabólica al obligar a mi representada de traer pruebas de algo imposible, como lo son las asesorías brindadas, pues se insiste que mi representada tenía la plena confianza que para esa data era suficiente el formulario de afiliación, reglas que de manera intempestiva cambio la Corte Suprema de Justicia a través de su jurisprudencia, desconociendo el artículo 230 de la Constitución Política.

También se afecta el principio de inescindibilidad de las normas señores magistrados, recordemos que sobre este principio ha dicho la Corte Constitucional en sentencia T569 del 2015, que establece lo siguiente en estos eventos los cánones protectores de los derechos del trabajador y de la seguridad social ordenan la elección de la disposición jurídica que mayor provecho otorgue al trabajador, o al afiliado o beneficiario del sistema de seguridad social. El texto legal así escogido debe emplearse respetando el principio de inescindibilidad de las normas, es decir, aplicarse de manera íntegra en su relación con la totalidad del cuerpo normativo al que pertenece, sin que sea admisible escisiones o fragmentaciones tomando lo más favorable de las disposiciones en conflicto, en ese orden de ideas señores magistrados se incumple ese principio de inescindibilidad de las normas, porque pese se declara una ineficacia en sentido estricto, el artículo 271 establece el efecto jurídico de esta ineficacia de manera expresa y clara, sin ningún tipo de interpretaciones, se remiten por extensión normativa al 1746 y se aplica de manera sesgada y parcializada, porque unos restituciones que son mutuos, acciones recíprocas entre las dos partes, a través de jurisprudencia como si estuviéramos en un sistema common law, se establecen de manera unilaterales y entonces la pregunta que queda señores magistrados si nunca estuvo en el régimen de ahorro individual de donde salieron egresos financieros que está mi representado obligado, entonces está haciendo estas condenas con un doble rocero, por un lado, se asegura que nunca estuvo en un régimen de ahorro individual, por eso mi representada debe trasladar todos los dineros incluyendo los gastos de administración, pero por otro lado, al parecer sí estuvo en el régimen de ahorro individual porque hay que trasladarle los egresos financieros pese a que nunca estuvo en el régimen de ahorro individual, y el régimen de prima media no genera intereses financieros a cada uno de sus afiliados, pues sus dineros van a una bolsa común, pues no guarda sentido que por un lado se asegure una cosa y por otro lado se contradiga el mismo hecho y se asegure otra cosa totalmente diferente, en ese sentido también la hoy demandante tenía la obligación de restituir esos dineros, y en el caso que estos dineros fueran elementos para fiscales de la seguridad social, y todos estos elementos que no los hagan susceptibles de restituciones, se deben tener en cuenta las compensaciones, entre lo descontado por gastos de administración y los dineros que duplicaron los aportes a cotizaciones, pues esto también afecta el principio de la equidad y de justicia, pues solo se está estableciendo la sentencia a favor de una sola parte, pese que la norma claramente establece que son restituciones mutuas y no unilaterales, y se propende a un enriquecimiento sin causa ya que al trasladar estos dineros, si se van a convertir en semanas propiamente hablando, estos dineros o estas semanas donde encuentran su causación, si la causación que es el régimen de ahorro individual se acaba declarar inexistente, nulo o ineficaz, toda vez que se hace una indistinción de estos elementos, de estas figuras jurídicas totalmente diferentes.

Los gastos de administración también son obligaciones de tracto sucesivo que afectan derechos de terceros y no son susceptibles de restitución, tiene elementos de frutos financieros que en los términos del artículo 964 y en aras del principio de inescindibilidad de las normas que hace irnos a todo el compendio normativos, es decir, el artículo 964, mi representada tampoco está en la obligación de trasladar estos gastos de administración, pues aquí

A su turno, COLPENSIONES solicita revocar la sentencia en su totalidad, el primer argumento de inconformidad se dirige a atacar la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen de la demandante por falta de información de las AFP, advierte que en la fecha que se realizó el traslado, la normatividad aplicable para esa época era la Ley 100 de 1993, que se caracterizaba por la aceptación espontánea, libre y expresa de un afiliado para trasladarse de régimen, decisión que se perfeccionaba a través de la firma del formulario de afiliación, lo cual asegura se dio a plenitud según se deriva de las pruebas aportadas.

Argumentó que la obligación de asesoría sólo nació en virtud de la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 22071 de 2015, y que el caso en estudio sólo debe valorarse teniendo en cuenta la normatividad vigente para el año 2001. No siendo razonable ni jurídicamente válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información, que no eran exigibles en esa época, hecho que en su opinión desvirtúa el principio de confianza legítima y viola gravemente el debido proceso de COLPENSIONES quien si haber participado en el trámite del traslado, debe afrontar la carga de la prestación, cuando las consecuencias que se deriven de la celebración de ese acto jurídico solo deberían repercutir entre las partes involucradas.

Finalmente, anota que en este asunto la accionante permaneció en el RAIS por más de 20 años, razón por la que la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES resulta lesionada con la decisión adoptada, esto en cuanto a la

no se probó ninguna mala fe por parte de mi representada o es que estamos presumiendo la mala fe a partir de las presunciones de hecho que establecen las negaciones indefinidas, pues nada se dijo de la actuación de mala o buena fe de mi representada, y por tanto estos frutos financiero, que generaron la administración de estos recursos, que duplicaron el dinero de los aportes, pues se hizo de buena fe y no está mi representada no está obligada a trasladarlos.

Sobre la excepción de prescripción, también es importante resaltara que sobre los gastos de administración debió declarar por lo menos este elemento de prescripción, ya que no son ni hechos ni estados jurídicos, son derechos crediticios que se emanan de estas declaraciones, y ese sentido señores magistrados esto dineros al ser emolumentos netamente económicos, no ser dineros destinados a la financiación de la pensión, pue recordemos que el artículo 20 de la ley 100 de 1993, permite el descuento tanto en el régimen de ahorro individual como en el régimen de prima media que estos dineros no se van a usar para financiar ningún tipo de pensión, no son imprescriptibles y por tanto, se debió declarar la prescripción trienal sobre estos valores al ser emolumentos netamente económicos. Pues resulta muy paradójico que las mesadas pensionales que son dineros entregados directamente al pensionado si son prescriban, pero los gastos de administración que no son dineros ni siquiera para utilizar para el financiamiento de la pensión, no prescriban y por tanto, también se está propendiendo a un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES, ya que está recibiendo dinero sobre los cuales no ha realizado ningún gestión, tanto los gastos de administración como los ejercicios financieros, desconociéndose el principio de inescindibilidad de las normas, el principio de la confianza legítima y afectando el principio de la sostenibilidad financiera de los dos sistemas.

En este sentido señores magistrados solicitó se revoque en su totalidad la sentencia acabada de proferir por el despacho, y en su lugar se absuelva a mi representada de todas y cada una de las pretensiones. Muchas gracias señora juez.”

afectación del equilibrio de la sostenibilidad financiera consagrados en el artículo 48 de la Constitución Política, adicionado por el artículo 1 del acto legislativo 01 de 2005; alega que en caso de que se llegase a confirmar la decisión es necesario mantener la condena a cargo de la AFP por devolución de la totalidad de los recursos de la cuenta individual, cuotas, abonos a la AFP, cuenta de rendimientos, bonos pensionales, cuotas de seguros previsionales, cuotas de administración, en general todos los aportes de la accionante aportados al AFP y solicitó se adicione la sentencia en el sentido de indicar que la condena impuesta a COLPENSIONES consiste en una obligación de hacer que solo se puede hacer efectiva una vez cumplidas las obligaciones impuestas a la AFP PORVENIR².

² CD Folio 158. **Apoderado COLPENSIONES (34:33):** Muchas gracias su señoría, su señoría encontrándome en la etapa procesal pertinente me permito interponer recurso de apelación contra el fallo emitido por el Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá, el cual sustentaré a continuación:

En primer lugar, es de manifestar honorables magistrados mi reproche en cuanto a la decisión de declarar la ineficacia del traslado de régimen de la demandante pues se fundamente en la falta de información de las AFP, al momento de suscripción del formulario de afiliación y pasando por alto que para la fecha en la que se realizó el traslado, la normatividad aplicable para esa época era la ley 100 del 93 y una de sus características era la aceptación espontánea y libre y expresa de un afiliado para trasladarse de régimen de dicha aceptación y esta se perfeccionaba a través de la firma del formulario de afiliación, lo cual en este asunto se dio a plenitud según se deriva de las pruebas aportadas.

Señores magistrados cabe resaltar que para la fecha de la suscripción y firma del formulario, esto es 21 de octubre de 2001, no existía la ley 1748 de 2014, ni el Decreto 22071 de 2015, con los cuales nace la obligación de las AFP de brindar una doble asesoría a sus afiliados, así las cosas en el análisis de la información suministrada por la AFP y el alcance de la asesoría que debió brindar al momento de la afiliación, deben ser valoradas bajo la normatividad vigente para la fecha de suscripción del formulario o la de la materialización del traslado, para este caso la ley 100 de 1993. No es razonable ni jurídicamente válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información, no prestas en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado de régimen, pues tal exigencia desvirtúa el principio de confianza legítima, teniendo en cuenta que el principio de legalidad y del debido proceso no consisten solamente en las posibilidades de defensa o en la oportunidad de presentar recurso, sino que exige además como lo expresa el artículo 29 de la Carta Política, ajuste a las normas preexistentes al acto que se juzga.

Así mismo, Honorables Magistrados el juzgamiento de la conducta de los fondos con base en normas inexistentes, no tiene justificación jurídica alguna y viola gravemente el debido proceso de COLPENSIONES quien si haber participado en el trámite del traslado, es quien debe afrontar la carga de la prestación, esto con base no se tuvo en cuenta al momento de proferir la sentencia el principio de la relatividad jurídica, esto entorno a que COLPENSIONES es un tercero en este asunto y es de recordar que los actos jurídicos en principio tiene efectos inter partes y las consecuencias que se deriven de la celebración de ese acto jurídico solo deben repercutir entre las partes involucradas.

Ahora bien, en cuanto a lo manifestado que la carga de la prueba recae exclusivamente en cabeza de la AFP y lo señalado por la Corte en la sentencia de primera instancia a esta tipo de decisiones encontramos hasta el año 2016 los fondos privados contaban exclusivamente con el consentimiento vertido en el formulario de afiliación para probar el consentimiento del afiliado respecto del trasladado, por cuanto las leyes que surgieron entre el año 1994 y 2016 no exigen nada diferente al formulario de afiliación, donde constaba la plena intención de pertenecer al régimen de ahorro individual con solidaridad, es por esto que imponer cargas adicionales a las previstas a las leyes de la época, se consideran en una situación de carácter imposible.

Finalmente, pongo en consideración de ustedes Honorables Magistrados que en este asunto la accionante permaneció en el RAIS por más de 20 años, por lo que la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES resulta lesionada con la decisión adoptada, esto en cuanto a la afectación del equilibrio de la sostenibilidad financiera consagrados en el artículo 48 de la Constitución Política, adicionado por el artículo 1 del acto legislativo 01 de 2005, donde también reiteramos el artículo 2 de la ley 797 de 2003, en el cual se hace una prohibición expresa que el afiliado no puede trasladarse del régimen cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir su edad para tener derecho a la pensión de vejez, no es un artículo caprichoso y tiene su razón de ser al respecto debe entenderse que el principal propósito que tuvo el legislador de establecer esta prohibición es poder proteger el fondo común por el cual COLPENSIONES usa para pagar las respectivas pensiones a las personas que efectivamente cumplen con los requisitos estipulados en la normatividad, así mismo

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda (folios 5-6) las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (folios 3-5), aspirando se declare que la AFP PORVENIR, incumplió con su deber legal de información al no brindar una asesoría veraz, oportuna, pertinente, objetiva y comprensible al momento de la afiliación de la demandante a esa AFP; se declare nula e ineficaz la afiliación al RAIS efectuada por la demandante y, en virtud de dichas declaraciones solicita se condene a la demandada AFP PORVENIR S.A. a trasladar a la demandante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida Administrado por COLPENSIONES; a trasladar la totalidad de los dineros depositados en la cuenta de ahorro individual de la que es titular la demandante junto con sus rendimientos, bonos y títulos pensionales a COLPENSIONES entidad que deberá recibirlos y activar la afiliación de la demandante sin solución de continuidad, lo ultra y extra petita y costa del proceso. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por la actora a PORVENIR, disponiendo a dicha 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, junto con los rendimientos y los costos cobrados por concepto de administración. Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada**

debe tenerse en cuenta que los recursos que recibe la administradora por concepto de cotizaciones de los afiliados del sistema, no son suficientes para pagar las pensiones a su cargo, esto se sustenta además en la jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional en la sentencia C 1024 de 2004, y además es reiterada en la C 062 de 2010. Ahora bien, en caso en que se llegase a confirmar la decisión por parte del Honorable Tribunal ruego se mantenga la condena a la AFP actual administradora se encuentra la demandante, en el entendido que esta debe reintegrar a COLPENSIONES la totalidad de la cotización que recibe por parte de la demandante, los recursos de la cuenta individual, cuotas, abonos a la AFP, cuenta de rendimientos, bonos pensionales, cuotas de seguros provisionales, cuotas de administración, en general todos los aportes de la accionante aportados al AFP. Así mismo, solicitó Honorables Magistrados se adicione a la sentencia la condición de que la condena impuesta a COLPENSIONES en una obligación de hacer a favor de la demandante, esto es de recibirla y activarla como afiliada y actualizar su historia laboral solo se puede hacer efectiva una vez cumplidas las obligaciones impuestas a la AFP en la sentencia, toda vez que COLPENSIONES no puede dar cumplimiento a la misma hasta que la AFP no reintegre los recursos a mi representada y actualice la información de la demandante en la respectiva base de datos, lo dicho anteriormente, para evitar tutelas por el no reconocimiento de pensiones, con lo anterior dejo sustentado en mi recurso, reiterando a los Honorables Magistrados que revoque la decisión proferida en día de hoy y en consecuencia se absuelva a mi representada de cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

PORVENIR S.A. no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía para con la demandante al momento del traslado.

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

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía de la demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 19 de julio de 1961 (folio 12), por lo que la edad de 57 años, lo cumplió el mismo día y mes del año 2018, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 14 de diciembre del 2017 (folios 33-35), esto es, cuando le faltaban menos de 10 años para adquirir el derecho pensional –para esa data contaba con 56 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 1994⁴-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con 377 semanas cotizadas que corresponden a 7,33 años⁵, 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

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 Laboraba para el sector privado (folio 19).

⁵ Reporte de semanas cotizadas en pensión, expedido por COLPENSIONES folio 19.

Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el **23 de octubre de 2001** con fecha de efectividad a partir del **1 de diciembre de 2001** (folios 18, 64 a 68.) por afiliación que hiciera a PORVENIR S.A.

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

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

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

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

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

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

El juez no puede pasar inadvertidas falencias informativas, menos considerar que ello no es de su resorte, pues es claro que cuando quien acude a la jurisdicción reclama que se le respete el régimen de transición, indiscutiblemente, como se anotó, surge la

perentoriedad de estudiar los elementos estructurales para que el mismo opere, es decir, debe constatar que el traslado se produjo en términos de eficacia, para luego, determinar las consecuencias propias.”

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

En consecuencia, no solo es menester demostrar la existencia del traslado, sino que impone verificarse que este acto se produjo bajo el presupuesto de la libertad informada, pues de no cumplirse con dicho presupuesto, se incurriría en un vicio que invalidaría dicho acto jurídico, lo que trae como consecuencia o efecto, retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, con ineficacia ex tunc⁶, en los términos del artículo 1746 del Código Civil, ante la inexistencia de una norma distinta que de manera explícita regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico.

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

“(…)

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

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

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

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

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

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

Frente a este respecto además, esa alta Corporación en sentencia SL1948 de 2021 tuvo la oportunidad de precisar que la consecuencia de la inobservancia del deber de información debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (*vuelta al status quo ante*, art. 1746 CC). Así, discurrió

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

De igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de la AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva no solamente de la carga dinámica de la prueba, sino de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, la cual aunado a ello, tiene a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, *incluso al punto de desanimar al*

interesado, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

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

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011⁷, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y más recientemente en

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

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

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

Las anteriores condiciones dejan en evidencia el otro yerro del Tribunal, al no tener en cuenta las citadas documentales que conducen a la conclusión indefectible de la forma como se le proporcionó la información al

interesado, amén de que cuando el demandante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, contaba 58 años de edad y tenía una densidad de cotizaciones también aproximada de 1286 semanas, según su historia laboral de Folios 15 a 22; luego, es claro que tenía una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión de vejez a cargo del ISS, por estar próximo a cumplir los requisitos que disponen sus reglamentos.

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

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

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

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

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

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

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

“(…).

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

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

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

“Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en

las sentencias SL 1421 de 2019, SL 1452 de 3 de abril de 2019, SL 1689 de 8 de

especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(…)

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

(…).

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

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

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen la demandante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, con ninguno de los medios de prueba acopiados en el expediente se acredita el suministro de información a la accionante al momento de realizar el traslado de régimen pensional en los términos aquí referidos, pues en manera alguna se evidencia en el plenario que se le informó sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la demandante⁸ no acreditan de manera alguna que conociera las

⁸ Audiencia del 25 de marzo de 2021, CD folio 153 récord 15:10.

implicaciones de su traslado de régimen pues en el relato detallado de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se dio el traslado indicó que en el año 2001 se encontraba laborando como jefe de compras en una empresa textil que fue visitada por asesores de PORVENIR S.A.

Manifestó que una de las promotoras se acercó a su puesto de trabajo ofreciéndole la vinculación al RAIS con dicha AFP con el argumento de que el ISS se acabaría motivo por el que estaba en riesgo de perder el tiempo que llevaba cotizado y su derecho a pensionarse; adujo que la promotora le aconsejó que la mejor alternativa con la que contaba era vincularse a PORVENIR entidad que le garantizaría el acceso a la pensión, con una mejor mesada a la que recibiría en el ISS y que aunado a ello tenía la posibilidad de heredar su pensión.

Precisó la actora que después de 10 minutos la asesora relacionó sus datos en el formulario de vinculación y ella procedió a suscribirlo motivada en el hecho de proteger sus cotizaciones y su futura pensión ante la inminente liquidación del ISS que para la época era un rumor difundido entre la población trabajadora de la época.

De lo relacionado se resume que a la señora CARMEN LILIANA ESCALLON SILVA no le indicaron en qué consistía el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad ni las implicaciones que la decisión de su traslado tendría para su futuro pensional, simplemente la promotora se centró en destacar las supuestas bondades del fondo privado como estrategia comercial dirigida a captar potenciales afiliados

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR S.A. (folios 18 y 64), 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 advierten ausentes en el plenario.

Respecto al comunicado de prensa (folios 94 y 95), es de anotarse, la transcripción de normas legales allí consignadas no supe el deber de información idónea referido a lo largo de este proveído, pues lo que allí se lee es la cita de normas relacionadas con la posibilidad de traslado, siendo el tema aquí en discusión absolutamente distinto a la oportunidad del traslado entre regímenes.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el fondo de pensiones demandado proporcionara al afiliado una suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna información sobre las reales implicaciones de abandonar el régimen de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras. No obstante, esa administradora no logró demostrar, como era su deber, que suministró a la convocante una información de tales características, porque, aun cuando en la contestación de la demanda afirmó que proporcionó la adecuada y completa ilustración a la demandante al momento de trasladarse⁹, el medio de convicción en que soportó su defensa fue el formulario de afiliación al que se hizo mención, porque allí se lee: *“HAGO CONSTAR QUE LA SELECCIÓN DE REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD LA HE EFECTUADO EN FORMA LIBRE, ESPONTANEA Y SIN PRESIONES. MANIFIESTO QUE HE ELEGIDO AL FONDO DE PENSIONES COLPATRIA (sic) PARA QUE ADMINISTRE MIS APORTES PENSIONALES Y SOLICITE EL TRASLADO DE LOS VALORES QUE TENGA DERECHO DE LA ANTERIOR ADMINISTRADORA. ASI MISMO DECLARO QUE LOS DATOS PROPORCIONADOS EN ESTA SOLICITUD SON VERDADEROS* ¹⁰”.

Aquí también debe resaltar esta Sala, aunque PORVENIR S.A. y COLPENSIONES invocan como argumento de su recurso el que para la época de traslado no estaba vigente el deber de información y que exigir requisitos adicionales al formulario atenta contra el principio de confianza, lo cierto es que dicho argumento no es admisible por cuanto el deber de información existe desde la misma creación de las administradoras de fondos de pensiones.

Al respecto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y tal como se dejó sentado de manera precedente, ha explicado de forma detallada y reiterada que desde la implementación del Sistema Integral de Seguridad Social en Pensiones y por ende de los fondos privados se estableció en cabeza de éstos el deber de ilustrar

⁹ Ver folio 62.

¹⁰ Ver folio 58..

a sus potenciales afiliados en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

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

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

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

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

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

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

...

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

De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. No se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de

explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

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

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

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

Como se ve, ya para el año 2001, cuando se produjo el traslado¹¹ de la aquí demandante, la AFP estaba en la obligación de informar a su futura afiliada sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, pero ello en el asunto no ocurrió o, por lo menos, no se acreditó.

Así las cosas, PORVENIR, omitió en el momento del traslado de régimen (23 de octubre de 2001, efectivo el 1 de diciembre de 2001), 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

¹¹ Folio 18 y 64

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

Otro de los argumentos invocados por PORVENIR en su alzada fue el referido a que el artículo 271 de la ley 100 de 1993, establece el efecto jurídico de las afiliaciones ineficaces de manera expresa y clara, sin ningún tipo de interpretaciones.

En este punto conviene aclarar al recurrente que, respecto a lo dispuesto en el art. 271 de la Ley 100 de 1993 la misma Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado que dicha preceptiva, de manera expresa, previó que: *“la vulneración del derecho a la vinculación libre a cualquiera de las instituciones del Sistema de Seguridad, trae como efecto justamente la ineficacia.”*

Y obviamente la falta al deber de información impide y atenta contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de régimen, pues, como se ha concluido los fondos privados hicieron uso de estrategias de mercadeo para impulsar su crecimiento comercial, dejando de lado los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe que les asistía, en su calidad de administradoras de los fondos de pensiones, derecho social establecido en el art. 48 de la Constitución Política como *“un servicio público de carácter obligatorio”* que obviamente comporta una mayor responsabilidad en su manejo y en virtud de ello, estaban obligados a garantizar el suministro de la información clara, detallada y concreta de las ventajas y desventajas que le traería la decisión de traslado o vinculación al RAIS.

En ese orden, la ineficacia del tránsito de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de PORVENIR como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliada la actora, del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, gastos de administración y porcentajes correspondientes a invalidez y sobrevivientes (comisiones), y la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, no quedando otro camino que confirmar la sentencia de primera instancia.

Conviene anotar igualmente, en autos no tiene relevancia lo atinente a la financiación del sistema, o que la demandante no hubiese retornado al régimen de prima media

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

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

Y 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 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 prescripción¹² (folios 61 y 113) 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

¹² Se tuvo por contestada la demanda por PORVENIR y COLPENSIONES en autos de fecha 09 de mayo de 2019 y 28 de noviembre de 2019, respectivamente. (folio 104 y 126).

teniendo en cuenta que además está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por la encartada, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática. Es de anotar en este punto, dado que la pretensión principal, esto es la ineficacia del traslado, no se encuentra afectada con el fenómeno prescriptivo, las consecuencias derivadas de dicha declaratoria sobre el acto jurídico de traslado deben correr la misma suerte de imprescriptibilidad y es por ello que lo relativo a la devolución de gastos de administración y demás restituciones, por ser accesorios a la ineficacia del acto jurídico, tampoco se encuentran afectadas por la prescripción.

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

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

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

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

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

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.

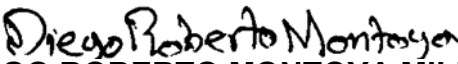
En mérito de lo expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Diecinueve (19) Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

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

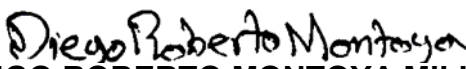
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR LIBIA MORALES FONSECA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y PORVENIR S.A (RAD 20 2019 00774 01)

Bogotá D.C. veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

AUTO

Reconocer personería adjetiva al abogado NICOLAS EDUARDO RAMOS RAMOS como apoderado sustituto de la demandada PORVENIR S.A, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por JOHANA ALEXANDRA DUARTE HERRERA, en su calidad de representante legal de la firma GODOY CORDOBA ABOGADOS S.A.S, el cual fue remitido a esta Corporación mediante correo del 13 de octubre de los corrientes (folio 14).


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, habiéndose presentado los alegatos de instancia por la parte demandante (folios 28 y 29), la parte demandada PORVENIR S.A (folios 4 y 5), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver los recursos de apelación interpuestos por PORVENIR S.A y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, contra la sentencia proferida por el Juez Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá DC, el pasado 9 de

junio de 2021 (Audiencia virtual Art. 80 C.P.T y la S.S., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams récord 1:58:10, archivo “11001310502020190077400. AUDIENCIA DE TRÁMITE Y FALLO – 20210531_142055- Grabación de la reunión.mp4”, expediente digital), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen pensional de prima media al de ahorro Individual, efectuado por la señora LIBIA MORALES FONSECA, el 31 de agosto de 1998 al FONDO PENSIONAL PORVENIR S.A., al FONDO PENSIONAL COLPATRIA hoy PORVENIR (sic) y su posterior traslado el 15 de noviembre del año 2000 a PORVENIR traslado horizontal, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR como aseguradora de la señora LIBIA MORALES FONSECA para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a COLPENSIONES.

TERCERO: ORDENAR a PORVENIR S.A., devolver la totalidad de aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones a pensiones de LIBIA MORALES FONSECA, junto con los rendimientos financieros causados, con destino a COLPENSIONES y los bonos pensionales si los hubiese a su respectivo emisor.

CUARTO: CONDENAR en costas a COLPENSIONES y a PORVENIR en favor del demandante. Tásense por secretaría, incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a 3 SMMLV, pagaderos a cuota parte.

Finalmente si la presente decisión es o no apelada se remitirá de todas maneras para que sea revisada a través del Grado Jurisdiccional de Consulta por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, teniendo en cuenta que fue condenada COLPENSIONES entidad y régimen general de pensiones del cual es garante la nación.”

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

Así, en primer lugar, PORVENIR S.A solicitó se revoque la sentencia. En sustento de ello, advierte la vulneración del principio de legalidad, debido a que el despacho de primera instancia pretermitió las exigencias legales vigentes al momento en que se realizó el traslado de la accionante, ya que para esa fecha no se exigía ningún tipo de formalidad diferente al formulario de afiliación exigiéndose prueba distinta a este para demostrar que en efecto se le suministró a la demandante la información correspondiente para que realizara el traslado. Adicionalmente, indica, en el interrogatorio de parte la actora confesó que se le pusieron de presente los

beneficios más importantes del régimen de ahorro individual, entre otros, la posibilidad de heredar el capital, la garantía de pensión mínima y los excedentes de libre disposición, anotando, debido al paso del tiempo hay detalles que no recuerda

Resalta, solo hasta la expedición de los Decretos 2555 de 2010 y 2071 de 2015 y la Ley 1748 de 2015, las administradoras de fondos de pensiones adquieren la obligación de asesoría e información, por lo tanto, existe una diferencia de más de 20 años desde que se produjo la afiliación de la demandante.

Insiste en la ausencia de medios probatorios tendientes a acreditar la falta de conocimiento de la parte demandante, no siendo suficiente, a su juicio, “*afirmar de manera negativa*” la ausencia de asesoría en el momento de la suscripción del formulario, porque ello debe ser demostrado de alguna manera, pues de lo contrario se impone una carga desproporcionada a las AFP de demostrar con un medio de prueba distinto al interrogatorio de parte que en efecto se le suministró la misma.

Adicionalmente, enfatiza, de acuerdo a lo informado por la actora en su interrogatorio de parte, el principal motivo para retornar al régimen de prima media es el valor de la mesada pensional, y en ese sentido, con fundamento en la sentencia SL 4806 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia dice, solo procede la ineficacia del traslado cuando se genere una lesión injustificada en del derecho pensional de la afiliada, lo cual no ocurre en este caso en tanto a la demandante no se le impide el acceso a su prestación.

Añade, el acceso al sistema general de pensiones es un acto jurídico y de adición a las condiciones que se encuentran previstas en la ley, sin que exista relación alguna con la determinación de la mesada pensional, para lo cual refiere a la sentencia C-86 de 2002, para ilustrar que el régimen de prestaciones de la seguridad social en pensiones no es un régimen contractual como el de los seguros privados.

Alude, con fundamento en el concepto del 15 de enero de 2020 con radicado 2019 15216900030000 de la Superintendencia Financiera de Colombia en que es impreciso comparar las mesadas pensionales o el cálculo a través del cual se determinan estas para quienes se encuentran afiliados al régimen de ahorro individual con solidaridad, debido a que ambos regímenes son diferentes y

excluyentes entre sí, que buscan asegurar los riesgos de vejez, invalidez y muerte¹
(Audiencia virtual concentrada Arts. 77 y 80 C.P.T y la S.S., realizada a través de la

¹ “Su señoría siendo esta la oportunidad procesal correspondiente me permito interponer recurso de apelación en contra de la sentencia proferida por su Honorable despacho motivo por el cual a partir de este momento me dirigiré a los magistrados del Honorable Tribunal.

Honorables magistrados en primera medida solicitó sea revocada en su integridad la sentencia proferida por el a quo, como quiera que se vulnera el principio de legalidad así como se desconocen los precedentes jurisprudenciales.

En primera medida respecto al principio de legalidad debe decirse que el despacho de primera instancia pretermite las exigencias legales al momento en el cual se realizó el traslado de la demandante, como quiera que para la fecha no exigía ningún tipo de formalidad distinta al formulario de afiliación el cual reposa en el expediente, en este sentido nótese señores magistrados como el despacho realiza una exigencia probatoria que resulta ser exagerada con respecto a lo que normativamente regía en el momento en el que se realizó el traslado, como quiera que exige una prueba distinta al formulario de afiliación que permita demostrar que en efecto se le suministró a la demandante la información correspondiente para que realizará el traslado. En este sentido debe hacerse referencia al interrogatorio de parte, en el cual se evidenció una confesión dentro de la cual manifestó la parte demandante, que en efecto se le comunicaron los beneficios más importantes del régimen de ahorro individual, dentro de los cuales se destaca que en caso de que el afiliado muera y no cumpla con el capital para pensionarse, sus herederos pueden disponer de este capital; que en caso de completar el capital necesario para pensiones y cuenta con 1150 semanas de cotización, podrá acceder a garantía de pensión mínima y que si de su monto pensión llega a ser superior al 70% del IBL podrá disponer de sus excedentes de libre disposición.

En este sentido Honorables Magistrados debe resaltarse que es solamente hasta la expedición del decreto 2555 de 2010, el decreto 2071 de 2015 y la ley 1748 de 2015 que las administradoras de fondos de pensiones adquieran en su cabeza la obligación de asesoría e información tanto para los afiliados como para el público en general, nótese como entonces del año 98 al 2010 y 2015 respectivamente se encuentran más de 20 años de diferencia, En ese sentido también debe hablarse de la ausencia de medios probatorios se acrediten en la falta de conocimiento de la parte demandante, como quiera que a través del interrogatorio de parte lo que manifestó, es que en efecto se comunicaron las características más importantes del RAIS y que es producto del paso del tiempo que no recuerda la totalidad de características que no recuerda la totalidad de las características que le fueron suministradas. Así mismo, nótese entonces como no basta solamente con la afirmación negativa de carácter imperativo decir que no le fue informado en el momento que suscribió el formulario sobre las características, sino que deben encontrarse soportado de alguna manera, resulta ser una carga desproporcionada para las AFP el demostrar con un medio de prueba distinto al interrogatorio de parte que en efecto se le suministró esa información, y en el caso en particular nótese como en efecto se logró la confesión de la parte demandante de que si se le suministró esa información y que en efecto el formulario se suscribió de manera libre, voluntaria, espontánea y sobre todo informada.

Sobre este particular también debe destacarse que en el interrogatorio de parte, la parte demandante manifestó que el principal motivo para desear retornar al régimen de prima media con prestación definida no es otro que el valor de la mesada pensional, sobre este particular debe ponerse de presente la sentencia SL 4806 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia con Magistrado Ponente Gerardo Botero Zuluaga, en la cual estableció “Conforme a lo discurrido queda claro que existirá ineficacia de la afiliación cuando quiera que:

1. La insuficiencia de la información genere lesiones injustificadas en el derecho pensional del afiliado impidiéndole su acceso a su derecho”

Nótese entonces como en el caso presente que nos atañe no existe tal lesión injustificada en el derecho pensional del afiliado y mucho menos se le está impidiendo su acceso a su derecho, por lo cual, debe indicarse que el acceso al sistema general de pensiones resulta ser un acto jurídico unilateral y de adición a condiciones que se encuentran previstas en la ley, en cualquiera de los dos regímenes pensionales y que no tiene ninguna relación con la determinación de la mesada pensional, tan es así que la Corte Constitucional en sentencia C86 de 2002 ha señalado el sistema de seguridad social en pensiones no tiene por finalidad preservar el equilibrio cuota prestación sino la debida atención de las contingencias a las que están expuestas los afiliados y beneficiarios, además porque el régimen de prestaciones de la seguridad social en pensiones no es un régimen contractual como el de los seguros privados, en este particular la Superintendencia Financiera de Colombia entidad encargada de vigilar, entre otras, a las administradoras de fondos de pensiones y que cuenta con las facultades con las de emitir conceptos doctrinales respecto de los temas de su competencia, en concepto del 15 de enero de 2020 con radicado 2019 15216900030000 después de explicar las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales y que pese a coexistir en un ambiente en el que se propende por la libre competencia y al desarrollo económico, no debe pasarse por alto que son excluyentes entre sí, por ende, resulta impreciso comparar las mesadas pensionales o el cálculo a través del cual se determinan estas, tanto para quienes se encuentran afiliados al régimen de ahorro individual con solidaridad. Lo anterior, pese a que son dos sistemas que buscan cumplir un mismo objetivo que no es otro que asegurar los riesgos de vejez, invalidez y muerte, reconocen prestaciones en condiciones y características totalmente diferentes, como ejemplo de lo anterior expuso la Superintendencia Financiera que mientras en el régimen de prima media con prestación definida los afiliados obtienen sus prestaciones en condiciones que ya se encuentran taxativamente regladas

plataforma Microsoft Teams récord 2:01:23, archivo “11001310502020190077400. AUDIENCIA DE TRÁMITE Y FALLO – 20210531_142055- Grabación de la reunión (2), expediente digital”).

A su turno COLPENSIONES, solicitó se revoque la sentencia y, en su lugar, se absuelva de las pretensiones incoadas en su contra. Con ese fin, alega no haber sido acreditados los vicios del consentimiento, según lo previsto en artículo 1740 del Código Civil, advirtiendo, de existir un error sobre un punto de derecho este no tiene fuerza legal para repercutir en la eficacia jurídica del acto jurídico celebrado entre la demandante y PORVENIR.

Respecto a la carga de la prueba, manifiesta, el error, la fuerza y el dolo deben ser demostrados por las partes que los alegan, al tenor del artículo 167 del CGP, por lo que en manera alguna puede trasladarse la misma a la AFP y aquí, asegura, tal carga no se cumplió, de hecho se le restó credibilidad a sus testigos y en esa medida, considera no se tiene “certeza de los hechos si se faltó o no al deber de información por la AFP PORVENIR”.

Por otro lado, advierte una afectación a la capitalización del sistema y con fundamento en diferentes sentencias de la Corte Constitucional, alude a la imposibilidad de que alguien pueda ser beneficiado con los recursos ahorrados de manera obligatoria por los afiliados de este esquema² (*Audiencia virtual*

en la ley, en el régimen de ahorro individual con solidaridad los afiliados obtienen sus prestaciones por los valores que hubieran ahorrado en su cuenta individual.

Por lo anterior Honorables Magistrados solicito sea revocada en su integralidad la sentencia de primera instancia proferida por este Juzgado. Muchas gracias señor juez.”

² *Muchas gracias señor juez, encontrándome en el momento procesal oportuno para actuar me permito presentar el recurso de apelación ante el Despacho, teniendo en cuenta los fundamentos fácticos y jurídicos que a continuación se relacionan y se absuelva a mi representada en la totalidad de cada una de las pretensiones solicitadas por el demandante teniendo en cuenta lo siguiente:*

En primer lugar, no se acreditaron los vicios del consentimiento por lo que dentro del expediente no obra prueba alguna que se demuestre que este en presencia algún vicio del consentimiento conservado en el artículo 1740 del Código Civil, ahora bien nos encontramos frente a un error sobre un punto de derecho que no tiene fuerza legal para repercutir sobre la eficacia jurídica del acto jurídico celebrado entre la demandante y la AFP PORVENIR, por no tratarse de un error dirimente o error de nulidad.

En cuanto a la carga de la prueba tenemos que el artículo 167 reza “incube a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagra el efecto jurídico que ella persiguen”, en ese sentido el Honorable Tribunal en varios pronunciamientos ha puesto de presente este artículo, como la sentencia número 1920150915 frente a la carga de la prueba en este tipo de procesos, se manifestó que los vicios de error, fuerza y dolo deben ser demostrados por las partes que las alegan, y de manera alguna puede trasladarse a la entidad la carga que no se actuó con dolo, lo anterior de conformidad con el artículo 167 del Código General del Proceso, las partes tiene la obligación de probar los supuestos fácticos en que fundan sus alegaciones según el extremo que ocupan, en este sentido es claro que la parte demandante no pudo probar el hecho de que la AFP la hecho incurrir en error, por el contrario al manifestar las respuestas en el interrogatorio de parte fue notorio por los testigos alteración de sus respuestas, por lo que resta credibilidad a los testimonios, que indican que la asesoría que se le brindó no fue completa, clara y veraz, al no existir certeza de los hechos si se faltó o no al deber de información por la AFP PORVENIR.

concentrada Arts. 77 y 80 C.P.T y la S.S., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams récord 2:07:35, archivo “11001310502020190077400. AUDIENCIA DE TRÁMITE Y FALLO – 20210531_142055- Grabación de la reunión (2), expediente digital”)

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda (*páginas 2 y 3, archivo “01 2019-774 fl 1 a 235.pdf”, expediente digital*) las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (*páginas 3 a 6, ibídem*), aspirando se ordene a PORVENIR registrar en su sistema de información que la actora no efectuó ninguna vinculación válida con dicha AFP, ello por existir una indebida y errónea información suministrada al momento de la afiliación, causando un vicio del consentimiento, por consiguiente, se declaró la nulidad de la afiliación y el traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuada a COLPATRIA desde septiembre de 1998, ordenando en consecuencia a esa AFP S.A trasladar con destino a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que se encuentran en su cuenta de ahorro individual y a esta última corregir y actualizar su historia laboral. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró ineficaz el traslado de régimen pensional realizado por la actora a COLPATRIA hoy PORVENIR, disponiendo a esa AFP, como actual administradora a la que se encuentra vinculada, devolver a COLPENSIONES la totalidad de aportes girados por concepto cotizaciones a pensiones, junto con los rendimientos financieros causados y los bonos pensionales si los hubiere a su respectivo emisor, declarando a su vez a COLPENSIONES como la asegurada de los riesgos de vejez, invalidez y muerte de la convocante. Lo

Téngase en cuenta también la afectación sobre la descapitalización del sistema y las sentencias SU 1024 del 2004, SU 062 de 2010, y SU 130 del 2013 de la Corte Constitucional en materia del traslado que manifiestan que nadie puede resultar beneficiado a costas de los recursos ahorrados de manera obligatoria por los afiliados a este esquema, dado que el régimen solidario de prima media con prestación definida se descapitalizaría, conforme a la jurisprudencia transitada le compete a la aquí demandante demostrar el o los vicios del consentimiento alegado, no bastando para ello la simple afirmación de la demandante y en sus testigos en este caso carecen de credibilidad. En conformidad con lo expuesto en el artículo 1506 del Código Civil y el 167 del CGP le correspondía la carga de probar dicha afirmación, lo cual brilla por su ausencia en el presente caso. Por lo anterior, le solicitó a los Honorables Magistrados de la Sala Laboral de Bogotá se revoque la sentencia en su totalidad y se absuelva a mi representada de cada uno de los numerales incoados en su contra. Muchas gracias.

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 para con la demandante al momento del traslado.

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

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía de la demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 1 de agosto de 1961 (página 24, “archivo “01 2019-774 fl 1 a 235.pdf”, expediente digital), por lo que la edad de 57 años, los cumplió el mismo día y mes del año 2018, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 30 de enero de 2014 (página 57 archivo “01 2019-774 fl 1 a 235.pdf”, expediente digital) y a PORVENIR el 28 de enero de 2019 (página 63, ibíd.) esto es, cuando le faltaban menos de diez años para adquirir el derecho pensional –tenía 52 y 57 años, respectivamente- 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 1994⁴-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con 551,16 semanas entre las cotizadas al sistema y tiempos de servicio público que corresponden a 10,57 años (página 66 archivo “01 2019-774 fl 1 a 235.pdf” y archivo “GRP-SCH-HL-2018_10081631-20181113082409.PDF, expediente administrativo), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia

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 Para esa fecha era trabajadora del sector público Nacional, laboraba en el Instituto Nacional de Medicina legal y ciencias forenses (página 66 archivo “01 2019-774 fl 1 a 235.pdf”, expediente digital).

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 **31 de agosto de 1998** con fecha de efectividad a partir del **1 de octubre de 1998** (página 170 archivo “01 2019-774 fl 1 a 235.pdf”, expediente digital) por afiliación que hiciera a COLPATRIA (hoy PORVENIR), específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP, el formulario de afiliación suscrito con esa AFP y la certificación emitida por ASOFONDOS.

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

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

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

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

Es evidente que cualquier determinación personal de la índole que aquí se discute, es eficaz, cuando existe un consentimiento informado; en materia de seguridad social, el juez no puede ignorar que por la trascendencia de los derechos pensionales, la información, en este caso, del traslado de régimen, debe ser de transparencia máxima. Para este tipo de asuntos, se repite, tales asertos no comprenden solo los beneficios que dispense el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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.

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.

“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.

(...)

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

(...).

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

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

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

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la demandante⁷, no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que el asesor le dijo que el seguro social se iba a acabar, que su pensión sería heredable, podría pensionarse anticipadamente y retirar los dineros cuando quisiera.

⁷ (Audiencia virtual concentrada Arts. 77 y 80 C.P.T y la S.S., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams récord 12:31, archivo “11001310502020190077400. AUDIENCIA DE TRÁMITE Y FALLO – 20210531_142055- Grabación de la reunión (2), expediente digital”)

Tampoco deviene acreditado con lo dicho ante estrados por las testigos LUZ MARINA PACHON⁸ y JULIETA GUTIERREZ⁹, en tanto reiteraron lo dicho por la actora porque estuvieron en la misma reunión efectuada por los asesores de COLPATRIA, aunado a que adujeron no haber estado presente en el momento en que la actora firmó el 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 COLPATRIA (hoy PORVENIR S.A.) (*página 46 y 227 “archivo “01 2019-774 fl 1 a 235.pdf”, expediente digital*), este no constituyen en manera alguna medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada (sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019) y, en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus*, pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que se advierten ausentes en el plenario.

Respecto al comunicado de prensa (*páginas 233 a 235 archivo “01 2019-774 fl 1 a 235.pdf”, expediente digital*), es de anotarse, la transcripción de normas legales allí consignadas no supe el deber de información idónea referido a lo largo de este proveído, pues lo que allí se lee es la cita de normas relacionadas con la posibilidad de traslado, siendo el tema aquí en discusión absolutamente distinto a la oportunidad del traslado entre regímenes.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el fondo de pensiones demandado proporcionara al afiliado una suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna información sobre las reales implicaciones de abandonar el régimen de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras. No obstante, esa administradora –PORVENIR, antes COLPATRIA- no logró demostrar, como era su deber, que suministró a la convocante una información de tales características, porque, aun cuando en la contestación de la demanda afirmó que proporcionó la adecuada y completa ilustración a la demandante al momento de trasladarse, el medio de convicción en que soportó su defensa fue el formulario de

⁸ Audiencia del 9 de junio de 2021, récord 32:48, archivo “11001310502020190077400.AUD.PRUEBAS Y FALLO.ART.80CPTSS.-20210609_101534-Grabación de la reunión.mp4”, expediente digital.

⁹ Audiencia del 9 de junio de 2021, récord 52:10, archivo “11001310502020190077400.AUD.PRUEBAS Y FALLO.ART.80CPTSS.-20210609_101534-Grabación de la reunión.mp4”, expediente digital.

afiliación al que se hizo mención, porque allí se deja constancia expresa en el sentido de su decisión de vincularse a esa AFP de manera totalmente libre, voluntaria y espontánea.

Aquí también debe resaltar esta Sala, aunque PORVENIR invoca como argumento del recurso el que para la época de traslado no estaba vigente el deber de información, lo cierto es que este sí existe desde la misma creación de las administradoras de fondos de pensiones.

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

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

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

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

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

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

Ahora bien, para la Sala la incursión en el sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el

RAIS y, por tanto, de la prestación de un servicio público esencial, estuvo, desde un principio, sujeto a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba.

...

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

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

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

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

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

Como se ve, ya para el año 1998, cuando se produjo el traslado de la aquí demandante, la AFP estaba en la obligación de informar a su futura afiliada sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, pero ello en el asunto no ocurrió o, por lo menos, no se acreditó.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR (antes COLPATRIA), omitió en el momento del traslado de régimen (31 de agosto de 1998, efectivo el 01 de octubre de 1998), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

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

Tampoco incide el hecho que la demandante hubiese efectuado traslados entre AFP (*páginas 47 y 170 “archivo “01 2019-774 fl 1 a 235.pdf”, expediente digital*) en tanto ello no conlleva a que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en el RAIS, máxime si se tiene en cuenta que si bien se trató de traslados los mismos fueron dentro del mismo régimen de ahorro individual, según se observa en el historial de vinculación (*ibíd.*), y en esa medida, esa circunstancia no implica una ratificación de la voluntad de la afiliada 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).”*

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 (página 171 “archivo “01 2019-774 fl 1 a 235.pdf”, expediente digital), de todos los costos cobrados por concepto de administración y la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, de tal manera 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.

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES (página 130 “archivo “01 2019-774 fl 1 a 235.pdf”, expediente digital)¹⁰ entidad a favor de la cual se surte la consulta, basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL-1689 de 2019, el reconocimiento de un

¹⁰ Se tuvo por contestada la demanda en auto del 14 de mayo de 2021, archivo 2, expediente digital.

estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por las encartadas, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

Es de anotar en este punto, dado que la pretensión principal, esto es la ineficacia del traslado, no se encuentra afectada con el fenómeno prescriptivo, las consecuencias derivadas de dicha declaratoria sobre el acto jurídico de traslado deben correr la misma suerte de imprescriptibilidad y es por ello que lo relativo a la devolución de gastos de administración y demás restituciones, por ser accesorios a la ineficacia del acto jurídico, tampoco se encuentran afectadas por la prescripción. Sobre esto último, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2611, Radicación N° 67972 del 1° de julio de 2020, señaló que las consecuencias que deriven de la declaratoria de ineficacia, tales como la devolución de los gastos de administración y demás restituciones, hace inoperante dicho fenómeno extintivo frente a los mismos. Puntualmente dijo esa Corporación:

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

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

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

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

*Exp. 20 2019 00774 01 LIBIA MORALES FONSECA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES – COLPENSIONES Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR S.A*

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR ANTONIO ALFONSO PACHON VARGAS CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. (RAD. 22 2019 00074 01).

Bogotá D.C. veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose corrido el término de traslado presentado los alegatos de instancia por COLPENSIONES (folios 4 y 5), PORVENIR S.A (folios 11 a 13); el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente:

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con el fin de resolver los recursos de apelación formulados por las demandadas ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, de la sentencia proferida por la Juez Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 26 de marzo de 2021 (Audiencia virtual de trámite y juzgamiento, realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, expediente digital folios 220-222), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado efectuado por ANTONIO ALFONSO PACHON VARGAS identificado con la cédula de ciudadanía número 79.145.808, al régimen de ahorro individual con solidaridad acaecido el 08 de abril del año 2003, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: ORDENAR a PORVENIR fondo en el que se encuentra afiliado el demandante traslade al COLPENSIONES los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, quien está en obligación de recibirlos y efectuar los ajustes en la historia pensional del actor conforme quedó explicado precedentemente.

TERCERO: DECLARAR no probada las excepciones propuestas por las demandadas de conformidad con la parte motiva de esta sentencia.

CUARTO: CONDENAR en costas a PORVENIR se fijan como agencias en derecho la suma de 1 SMLMV.

QUINTO: En caso de no ser apelada la presente decisión por parte de COLPENSIONES consúltese a su favor ante el Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá Sala Laboral. ”

Inconformes con la decisión los apoderados de COLPENSIONES y la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. presentaron recursos de apelación los cuales sustentaron en la debida oportunidad exponiendo los siguientes argumentos:

PORVENIR Solicita se revoque en su totalidad la sentencia proferida y en su lugar se absuelva a PORVENIR S.A., afirma que para el momento de la afiliación del demandante no existía norma alguna que hubiese desarrollado el deber de información y los presupuestos o requisitos que debían cumplir los fondos de pensiones respecto de los afiliados en ese momento; indicó que para el año 2003, la Ley 100 de 1993 y los Decretos Reglamentarios no desarrollaron obligación puntual para las administradoras respecto al deber de información, y por lo tanto, no es dable aplicar efectos retroactivos a las normas que efectuaron dicho desarrollo, como el Decreto 555 de 2010 entre otras.

De igual forma consideró, no es dable invertir la carga de la prueba porque a su modo de ver al revisar el líbello demandatorio no existen negaciones indefinidas, circunstancia que no fue tomada en cuenta por el despacho.

Así mismo, solicitó tener en cuenta que en el sub judice se acreditaron actos de relacionamiento de los que se desprende, la voluntad del demandante fue permanecer en el régimen de ahorro individual y no abandonarlo, por cuanto nunca retornó al régimen de prima media y recibió sin objeción alguna los beneficios del RAIS.

Alegó que la motivación principal del demandante para reclamar su traslado, es netamente económica y que en todo caso el deber de información fue cumplido por la AFP, supuesto que asegura fue objeto de confesión en el interrogatorio de parte realizado al actor.

Solicitó que en caso de confirmarse la decisión de la a quo se revoque la condena impuesta por devolución de gastos de administración, los cuales tienen regulación legal en el artículo 20

de la Ley 100 de 1993, no estando llamados a financiar el derecho pensional ni afectados por el fenómeno prescriptivo.¹

COLPENSIONES Solicita la revocatoria del fallo de primera instancia advirtió que la decisión de primera instancia afecta la sostenibilidad financiera del régimen pensional, toda vez que el actor hace más de 20 años no cotiza al régimen de prima media con prestación definida, sus cotizaciones no ayudaron a financiar la prestación pensional de ningún afiliado y por ende su eventual regresó al régimen de prima media, desataría un desfase financiero toda vez que los

¹ **Expediente digital, apoderada PORVENIR (53:26):** Gracias señora juez estando dentro de la oportunidad procesal pertinente interpongo recurso de apelación contra la sentencia proferida por el despacho el cual sustento en los siguientes términos:

En primer lugar, mi representada se aparta de la declaración de ineficacia del traslado del régimen pensional ordenado en el presente caso y de los argumentos expuestos por el despacho, por las siguientes razones: mi representada debe reiterar lo manifestado en el escrito de contestación de la demanda, en cuanto para el momento de la afiliación del demandante no existía norma alguna que hubiese desarrollado el deber de información y los presupuestos o requisitos que debían cumplir los fondos de pensiones respecto de los afiliados en ese momento, esto es para el año 2003, la ley 100 de 1993 y los decretos reglamentarios no desarrollaron obligación puntual para las administradoras respecto al deber de información, y por lo tanto, no es dable aplicar efectos retroactivos a las normas que efectuaron dicho desarrollo, el decreto 555 de 2010 y demás.

De igual forma, mi representada considera que en este caso no es dable invertir la carga de la prueba pues revisado el escrito de la demanda, no existen en este caso negaciones indefinidas realizadas por la parte actora, el escrito de demanda contiene manifestaciones respecto de la información que suministró mi mandante, pero no hay ningún tipo de negación indefinida que lleve a invertir la carga de la prueba, circunstancia que pues no fue tenida en cuenta por el despacho en este caso.

Así mismo, debe tenerse en cuenta que en este caso se pasa por alto que existieron actos de relacionamiento, que la voluntad del demandante si fue permanecer en el régimen de ahorro individual y no abandonarlo, nunca retornar al régimen de prima media, en esa medida considera mi representada que las afiliaciones al fondo de pensiones voluntarias que obran en el plenario, a PORVENIR el 15 de abril de 2016 y la de HORIZONTE el 05 de noviembre de 2009, más las confesiones efectuada por el demandante en el interrogatorio de parte el conocimiento del régimen de ahorro individual, de haber obtenido beneficios de este régimen en pensiones, y adicionalmente, son una clara muestra los actos de relacionamiento, decisiones tácitas que dejan evidenciar en este caso la voluntad del actor de permanecer en este régimen.

Aunado a que es importante en estos casos pues también se aplique la teoría de la realidad sobre las formas, y en ese sentido dar aplicación a la sentencia SL 413 de 2018 de la Corte Suprema de Justicia.

Frente a lo manifestado en el fallo con la motivación económica, mi representada se aparte de las consideraciones del despacho, en este caso la motivación económica es la real causa de este proceso, más allá de lo indicado en cuanto a una falta del deber de información, es claro que el demandante si recibió información para el momento de la afiliación, y así lo indicó en el momento en el interrogatorio y de parte, y así hay confesiones en el escrito de la demanda, y que para el 2003 se cumplió con el deber de información de carácter general, como quiera que para dicha época no se había desarrollado ni legal ni jurisprudencial respecto del buen consejo o la doble asesoría, en consecuencia, se cumplió con el presupuesto para la época, es decir, para el año 2003, sin embargo, para el interrogatorio de parte se puede extraer que esa es la motivación, la diferencia que existe entre la mesada pensional que puede recibir hoy en COLPENSIONES vs lo que puede recibir en el régimen de ahorro individual con solidaridad, tan es así que el demandante desconoce inclusive como puede adquirir una pensión en el régimen de prima media, y así lo manifestó en el interrogatorio de parte, a la fecha no conoce tampoco como adquirir su pensión allá, por el hecho de afirmar que puede ser de mayor valor pretende retornar, en ese sentido no podemos desconocer lo que dicho la Corte Constitucional en sentencia C086 donde claramente indica que el sistema social en pensiones no tiene por finalidad preservar el equilibrio contraprestación sino la debida atención de las contingencias a las que están expuestos los afiliados y beneficiarios, además porque el régimen de prestaciones en seguridad social en pensiones, no es un régimen contractual como el de los seguros privados, y en esa medida no puede pretenderse de ninguna manera tener una pensión similar a lo que pudiese ser su ingreso base de cotización en este caso, base de cotización sino que tendrá que acogerse a las reglas de ahorro individual donde se encuentra válidamente afiliado.

Ahora, si el Honorable Tribunal decide confirmar la decisión del despacho de mantener la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional, de forma subsidiaria solicitó se revoque la condena impuesta a la devolución de gastos de administración, (inaudible) mi representada no comparte que deba procederse a dicho pago por las siguientes razones: en primer lugar, el concepto de gasto de administración que se toma del aporte del demandante tiene regulación legal en el artículo 20 de la ley 100 de 1993, si el demandante jamás se hubiese traslado de régimen pensional, se hubiese quedado en COLPENSIONES, una parte del su aporte también hubiese sido destinado a dicho concepto, adicionalmente, ese concepto no está llamado a financiar el derecho pensional y no puede desconocerse en el presente caso y resulta una decisión totalmente contradictoria que por una parte se ordene la devolución de los rendimientos que son fruto de la gestión y la debida gestión realizada por mi representada a COLPENSIONES y por otro lado, se disponga a que aquellos conceptos que se reconocieron como gastos de administración ahora deban devolverse, si las cosas debieran volver a su estado original como consecuencia de la ineficacia resultaría lógico entonces que si mi representada debe regresar los gastos de administración, entonces el demandante no tenga derecho a retornar con rendimientos, en esa medida es claro que no debe haber lugar en el presente caso a devolución de dichos gastos de administración, además constituirán en este caso a un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES, así mismo, mi representada considera que frente a los gastos de administración si es aplicable el fenómeno de la prescripción, pues si bien la Corte ha señalado que no es dable alegar la prescripción para solicitar la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional no debe acontecer lo mismo con los gastos de administración porque es que la finalidad es totalmente diferente, en ese sentido mi representada considera que si es susceptible de prescripción.

Por esta razón solicito al Tribunal revocar la sentencia en los términos expuestos en este caso, muchas gracias señora juez.

rendimientos y valores cotizados al RAIS solo alcanzarían a financiar la pensión del demandante.

Por otro lado refiere que la única motivación del demandante es la mejoría en el monto pensional, situación que no le compete a COLPENSIONES².

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 señor demandante ANTONIO ALFONSO PACHON VARGAS en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el archivo 1 del expediente digital págs. 37-38, las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos expuestos en el mismo archivo en las págs. 35-37 aspirando se declare la nulidad de su afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad y en virtud de dicha declaración se condene a COLPENSIONES recibir al demandante como su afiliado sin solución de continuidad; se condene a PORVENIR S.A. a liberar de sus bases de datos al actor y devolver al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES todos los dineros que estuvieren depositados en la cuenta de ahorro individual como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses como lo dispone el art. 1746 del CC; se condene en costas a las demandadas y lo ultra y extra petita. Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por el actor a la AFP

² **Expediente digital, apoderado COLPENSIONES** (1:01:58): Gracias su señoría interpongo el recurso de apelación frente a la sentencia que usted acaba de proferir, solicitándole respetuosamente a los magistrados del Tribunal Superior de Bogotá en su Sala Laboral, revoque en su integridad, como en otros casos y reiterándome en muchos de los argumentos que he expuesto frente a la nulidad del traslado, respecto a la mirada que da COLPENSIONES, al mismo le solicito a los Honorable magistrados del Tribunal Superior DE Bogotá se reanaliza la posición que cumple COLPENSIONES, y en especial el régimen de prima media con prestación definida en estos casos, sin embargo, vale la pena también señalarle a los magistrados que el despacho, que el a quo mejor le da una interpretación prescriptiva al término literal e de la ley 100 de 1993, literal e del artículo 3 de la ley 100 de 1993, sin embargo, de ninguna manera la esencia o le alma que le da el legislador a este término es de carácter prescriptivo toda vez que esto no se creó para prescribir o extinguir derechos pensionales, sino para salvaguardar la sostenibilidad financiera de los regímenes pensionales desde la fidelidad de los regímenes pensionales de la fidelidad y el principio de solidaridad que rige especialmente el régimen de prima media con prestación definida, situación que no es dable al aquí demandante perdón, toda vez que hace más de 20 años no cotiza al régimen de prima media con prestación definida, es decir, no fue fiel ni cumplió ese principio de sostenibilidad al régimen de prima media, es decir, su cotizaciones no ayudaron a financiar la prestación pensional de ningún afiliado y su posterior traslado o regresó al régimen de prima media, desataría una desfase financiero toda vez que los rendimientos y valores cotizados al RAIS solo alcanzará a financiar la pensión del demandante, y si hablamos de una pensión mínima máximo por 7 años, de resto sería el mismo régimen e incluso el Estado quien deba subsidiar esa pensión, lo cual estaría afectando gravemente el principio de la primacía del bien general sobre el particular, el cual es un principio superior constitucional.

En tal sentido, también analizamos que la aquí demandante se encuentra su real motivación en incrementar su mesada pensional desde un descontento que tiene la mesada pensional en el RAIS, situación que tampoco compete a COLPENSIONES, toda vez que no tuvo nada que ver con la relación contractual desatada entre terceros, además no se cuadra este descontento.

PORVENIR, ordenando a dicha AFP devolver la totalidad de los valores recibidos de los empleadores del señor demandante, por concepto de cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, a COLPENSIONES quien está en la obligación de recibirlos y efectuar los ajustes en la historia pensional del actor, declaró no probada las excepciones propuestas y condeno en costas a PORVENIR S.A.

En la parte considerativa de su decisión la Juez de primer grado, empezó por señalar como problema jurídico el de determinar si el traslado de régimen pensional realizado por el demandante del régimen de prima media al RAIS es nulo (sic)³, para resolver el litigio hizo referencia al precedente jurisprudencial de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, específicamente a la sentencia con radicado 68852 del 03 de abril de 2019, concluyendo que a las AFP desde su creación se les endilgó el deber de garantizar información completa y comprensible a sus potenciales afiliados; que con la sola firma del formulario de vinculación al RAIS no se acredita la existencia del deber de información, que a lo sumo acreditan un consentimiento pero no informado y que la carga de la prueba del deber de información está a cargo de la AFP demandada.

Sostiene que en el trámite procesal el fondo privado omitió su deber de acreditar la existencia del cumplimiento del deber de información en la vinculación del demandante realizada el 08 de abril de 2003; que no es correcto que el fondo privado excuse su omisión señalando que el motivo por el que el actor accionó el aparato judicial es el objetivo de obtener una mesada superior a la que tendría en el RAIS, pues recuerda que a los fondos privados de pensiones les asiste una obligación social frente a este tipo de derechos; por ende accedió a decretar la ineficacia del traslado y declaro no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.⁴

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

³ Expediente digital folio 220.

⁴ Expediente digital, audiencia, record 45:00.

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 23 de diciembre de 1956 (archivo No.1 folio 5 y 191), por lo que la edad de 62 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2018, procediendo a solicitar su traslado mediante peticiones elevadas ante COLPENSIONES y PORVENIR el 07 y 10 de diciembre de 2018, respectivamente (archivo No. 1 fls. 6-16), esto es, cuando le faltaba menos de 1 año 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, 01 de abril de 1994⁵, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con 12,13 años(archivo No. 1, folio 22 y 195), 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.

Precisado lo que antecede y teniendo en cuenta que el fundamento de la demanda de inejecución es la ausencia del suministro de información para el momento de la afiliación del demandante al RAIS el 08 de abril de 2003 como consta en el formulario obrante a folio 31 y 185, y en el reporte del SIAFP obrante a folio 217.

Esta sala empieza por indicar, que 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.

⁵Era trabajador del sector privado, como consta a folios 22 y 195.

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

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

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

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

En consecuencia, no solo es menester demostrar la existencia del traslado, sino que impone verificarse que este acto se produjo bajo el presupuesto de la libertad informada, pues de no cumplirse con dicho presupuesto, se incurriría en un vicio que invalidaría dicho acto jurídico, lo que trae como consecuencia o efecto retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, con ineficacia ex tunc⁶.

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

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

las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

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

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

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011⁷, Radicación No.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“(…).

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

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

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

“Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14

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 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:

y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(…)

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

(…).

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

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

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen el actor recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte esta Sala de decisión, encuentra coincidencia con la Juez de primer grado, pues en el caso en estudio 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 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.

Es preciso destacar las manifestaciones expuestas de forma detallada por el actor en el interrogatorio de parte practicado ante la Juez de primera instancia (audiencia record 10:00), en las que indicó que cuando inició su vida laboral en el año 1982 empezó a cotizar para pensión en el ISS, entidad donde se mantuvo vinculado hasta el año 2003, época en la que fue visitado por una promotora del fondo de pensiones HORIZONTE S.A. quien le ofreció la opción de trasladarse a esa AFP toda vez que sus aportes pensionales estaban en riesgo de pérdida ante la inminente liquidación del ISS, le brindó la posibilidad de obtener una mesada pensional más alta a la que recibiría con el ISS, pensionándose incluso de forma anticipada y con la posibilidad de disponer de sus aportes en cualquier momento sin restricción alguna.

Al revisar lo relatado por el demandante para esta instancia es claro que PORVENIR no cumplió con su deber de información, pues se observa que la promotora de la AFP en su afán de captar afiliados solamente se enfatizó en vender las bondades del sistema sin entrar a valorar el caso específico del demandante y cumplir con el deber de buen consejo, que desde dicha data ya existía en cabeza de los fondos privados.

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 Porvenir⁸, éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la AFP demandada (sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019) y en todo caso, contrario a lo asentado en la alzada por la apoderada de PORVENIR 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 le asiste razón a la a quo al declarar que la demandada HORIZONTE hoy PORVENIR omitió en el momento del traslado de régimen (08 de abril de 2003 con fecha de efectividad 01 de junio de 2003⁹), el deber de información para con el promotor del litigio, 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,

⁸ Archivo No. 1 folio 27.

⁹ Expediente digital folio 217.

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

La apelante PORVENIR como uno de los argumentos de su recurso manifestó que para el año 1999, época en que se dio el traslado del señor ANTONIO PACHON, no estaba vigente el deber de información en los términos señalados en el Decreto 2555 de 2010, el Decreto 2061 de 2015 y la Ley 1548 de 2015 y sólo se exigía la suscripción del formulario.

Al respecto se precisa que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha explicado de forma detallada y reiterada que desde la implementación del Sistema Integral de Seguridad Social en Pensiones y por ende de los fondos privados se estableció en cabeza de éstos el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

En este sentido la sentencia SL1688-2019 reiterada en sentencias SL-3708-2021 y SL-3199-2021, entre muchas otras, expuso lo siguiente:

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

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

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

De acuerdo con el literal b) del artículo 13 de la citada ley, los trabajadores tienen la opción de elegir «libre y voluntariamente» aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, previniendo que si esa libertad es obstruida por el empleador, este puede ser objeto de sanciones. Es así

como paralelamente el artículo 271 precisa que las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, son susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

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

...

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

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

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

Atendiendo el precedente jurisprudencial expuesto y el formulario de afiliación aportado (fl.31 y 185) como ya se ha dicho de forma reiterada en esta sentencia, el demandante se vinculó al RAIS con HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. el 08 de abril de 2003, época para la cual ya existía el deber de información, como lo explicó la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia desde la sentencia SL-1688-2019 donde detalló:

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

No sobra aclarar en la providencia que, respecto a lo dispuesto en el art. 271 de la Ley 100 de 1993 la misma Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado que dicha preceptiva, de manera expresa, previó que: *“la vulneración del derecho a la vinculación libre a cualquiera de las instituciones del Sistema de Seguridad, trae como efecto justamente la ineficacia.”*¹⁰

Y obviamente la falta al deber de información impide y atenta contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de régimen, pues, como se ha concluido los fondos privados hicieron uso de estrategias de mercadeo para impulsar su crecimiento comercial, dejando de lado los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe que les asistía, en su calidad de administradoras de los fondos de pensiones, derecho social establecido en el art. 48 de la Constitución Política como *“un servicio público de carácter obligatorio”* que obviamente comporta una mayor responsabilidad en su manejo y en virtud de ello, estaban obligados a garantizar el suministro de la información clara, detallada y concreta de las ventajas y desventajas que le traería la decisión de traslado o vinculación al RAIS.

Otro aspecto que es importante aclarar al apoderado de COLPENSIONES, pues, fue motivo de su inconformidad, es que en este tipo de casos no tiene relevancia alguna 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

¹⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral sentencias SL4360 de 2019 y SL-1688 de 2019.

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

Ahora en cuanto a los gastos de administración de los que se ordena su devolución, 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, a Colpensiones, incluyendo, como ya se dijo, las sumas correspondientes a los gastos de administración y seguros previsionales.

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 las accionadas (archivo No. 1 página 107 y 182) en sus contestaciones las cuales fueron admitidas por la Juez de primera instancia en auto del 22 de enero de 2020 (archivo No. 1 fl. 218), 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:

“...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 la ineficacia 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 tiempo¹¹.

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

SIN COSTAS en esta instancia.

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

R E S U E L V E

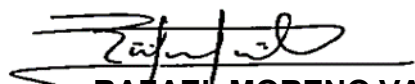
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por la Juez 22 Laboral del Circuito de Bogotá de conformidad con las motivaciones precedentemente expuestas.

¹¹ Ver sentencia CSJ SL 8. mar. 2013 rad. 49741.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR JOSE RAMIRO FRANCO GOMEZ CONTRA TECA TRANSPORTES S.A. (RAD 23 2016 00419 01).

Bogotá D.C., veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por la demandante (folios 164 y 165), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la demandada, contra la sentencia proferida por la Juez Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 08 de junio de 2021 (Audiencia virtual de trámite y juzgamiento realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, Cd. fl. 157, récord 18:28), en la que se resolvió:

“PRIMERO: CONDENAR a la demandada TECA TRANSPORTES S.A a pagar al señor JOSE RAMIRO FRANCO GOMEZ las siguientes sumas de dinero y por los siguientes conceptos:

- a) \$1 392 702 pesos por prima de servicios*
- b) \$308 000 por vacaciones, suma que deberá reconocerse debidamente indexada desde la fecha de causación a la fecha efectiva de su pago*
- c) \$11 564 133 pesos por sanción por no consignación de cesantías*
- d) \$20 533 pesos diarios a partir del 06 de octubre del 2014 y hasta que se cancele las prestaciones sociales aquí adeudadas por concepto de indemnización moratoria del artículo 65 del Código Sustantivo del trabajo.*

SEGUNDO: ABSOLVER a TECA TRANSPORTES S.A de las demás pretensiones incoadas por el demandante.

TERCERO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por TECA TRANSPORTES S.A.

CUARTO: CONDENAR en COSTAS a la demandada.”

Contra la decisión de primera instancia la parte demandada presentó recurso de apelación exponiendo los siguientes argumentos:

El apoderado de TECA presenta inconformidad respecto de la condena por vacaciones, pues aduce que se ese concepto fue reconocido y pagado al señor demandante como lo acreditó con consignaciones aportadas al plenario por valor de \$350 672 y \$750 973 con las que se cancelaron las vacaciones correspondientes a los años 2011, 2012 y 2013.

Y solicita la revocatoria de la condena por sanción moratoria de que trata el artículo 65, pues asegura que la demandada no le adeuda al actor ninguna suma por salarios, ni prestaciones sociales hecho que aduce fue acreditado en el plenario¹

¹ Apoderado parte demandada (20:42): Su señoría pues haber yo no estoy de acuerdo con lo de las vacaciones porque las vacaciones se le pagaron al señor como se mostró en las consignaciones que se le hicieron en dos oportunidades una por \$350 672 que obra en el proceso y otra que obra también por \$750 973 que eran las vacaciones del año 2011, 2012 hasta el 2013, ahí están los soportes su señoría, entonces en ese sentido si se le cancelaron al señor y están los soportes que nosotros anexos al juzgado, no sé porque no los tuvo en cuenta su señoría

Entonces basado en eso pues la verdad yo no quisiera alargar más este proceso porque realmente es desgastante para nosotros, desgastante para todo el mundo pero pues teniendo en cuenta esta posición, pues no me queda otro remedio sino podemos llegar de pronto todavía la sentencia pues si su señoría la está dictando pero todavía podemos tratar de arreglar con el señor y hacer un arreglo más o menos una media a lo que su señoría dice , yo propongo que el señor Franco de pronto ahora si aterrice sobre la sentencia que su señoría acaba de...

Juez: Míreme señor demandado en este momento interponga los recursos porque le estoy dando el uso de la palabra para interponer recurso si a bien lo tiene, luego puede llegar hablar con el señor y hacen un acuerdo y pasan el acuerdo al Tribunal se puede sin inconveniente alguno pero en este momento simplemente es apelación, si lo va a interponer

Apoderado demandada (24:31): Su señoría entonces propongo el recurso de apelación porque basado en que nosotros aportamos las vacaciones a las que se refiere la sentencia que no fueron canceladas, está demostrado dentro del expediente que si se le fueron canceladas estas vacaciones al señor Ramiro Franco, el señor también firmo el recibido de estas sumas de dinero la una por \$350 972 y la otra por \$359 973, estas vacaciones fueron liquidadas y canceladas oportunamente y la sanción moratoria pues habla el artículo 65 que cuando el empleador adeude salarios o prestaciones pero en este caso que nos ocupa, nosotros no le debíamos ni salario, ni prestaciones al señor José Ramiro Franco, también habla el artículo 65 que hay unas causas de retención autorizadas por la ley o convenidas por las partes, realmente aquí no se hizo ninguna retención al señor Ramiro Franco por el contrario se le pagaron todas sus prestaciones laborales se le dieron sus cesantías de vacaciones se le dieron su derecho a las vacaciones, todo eso fue consignado dentro de la contestación de la demanda, pero me preocupa mucho que no se haya tenido en cuenta este hecho que está demostrado, por esta razón no me queda otro remedio que apelar la sentencia y pues esperar las resultas que tengamos ante el Tribunal, dejo sustentado el recurso señoría.

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante las pretensiones elevadas a folios 6 y 7, las cuales encuentran sustentó fáctico en los hechos narrados a folios 4-5, solicitando se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo desde el 02 de noviembre de 2011 al 06 de octubre de 2014, el cual se terminó de forma unilateral y sin justa causa por parte de la empleadora y, en virtud de dichas declaraciones solicita se condene a la demandada al pago cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicio, vacaciones, aportes a seguridad social estos conceptos causados durante todo el tiempo laborado, sanción por no consignación de las cesantías, sanción moratoria, indexación, derechos ultra y extra petita y costas del proceso. **Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a las aspiraciones de la demandante inicial** pues se condenó a la demandada al pago de prima de servicios, vacaciones, sanción por no consignación de las cesantías, sanción moratoria; se absolvió de las demás pretensiones incoadas por el actor y se condenó en costas a la demandada.

Previo a resolver, el Juez de primer grado excluyó del litigio la declaratoria de existencia de contrato de trabajo por ser un hecho que ambas partes aceptaron en los extremos temporales señalados en la demanda, 02 de noviembre de 2011 y el 06 de octubre de 2014.

Como primer punto de su estudio determinó que existía controversia respecto al salario devengado por el demandante durante el tiempo que mantuvo vigente el vínculo laboral; señaló que el demandante en el escrito genitor adujo que la empleadora le reconoció como último salario la suma de \$2.800.000 y que por el contrario TECA manifestó que el estipendio reconocido al trabajador equivalía al salario mínimo mensual legal vigente.

Precisó que la demandada acreditó con el contrato de trabajo y los comprobantes de pago anexados al plenario que efectivamente el salario del señor JOSE RAMIRO FRANCO era el equivalente al mínimo mensual legal vigente y que por el contrario el demandante no aportó soporte probatorio de lo aducido en la demanda, por ello tuvo como base salarial el acreditado por la llamada a juicio.

Respecto a la terminación del contrato de trabajo encontró que culminó por renuncia libre y voluntaria del demandante, hecho acreditado con carta del 06 de octubre de 2014 dirigida a TECA manifestando su decisión de dar por terminado el contrato por motivos personales, documento que no desconoció y del que no es posible inferir que fue por una causal imputable al empleador.

En lo que atañe al pago de cesantías indicó que la demandada acreditó el pago de cesantías durante el periodo comprendido entre el 01 de enero al 31 de diciembre de 2012 las que fueron consignadas en PORVENIR S.A. hecho que el demandante aceptó en el interrogatorio de parte; adicional a ello indicó que con la liquidación final de prestaciones sociales reconocidas al demandante se reconoció la suma de \$1.215.467, suma que cotejó con liquidación realizada por ese despacho encontrando que se sufragó el pago de las causadas entre el 01 de enero de 2013 y el 06 de octubre de 2014.

Frente a lo pretendido por intereses a las cesantías precisó que su pago también fue soportado con comprobante de pago del 2012 y con la liquidación final de prestaciones sociales.

Profirió condena por vacaciones causadas entre el 02 de noviembre de 2011 al 02 de noviembre de 2012 en cuantía de \$308.000 por no existir prueba que acreditara su reconocimiento y pago.

De la prima de servicios encontró que no hay constancia de pago de las causadas en los periodos 2011, 2012 y 2013.

Respecto a los pagos por aportes en seguridad social encontró debidamente probado su pago.

De cara a lo relacionado condenó al pago de sanción moratoria de que trata el art. 65 del CST y de la S.S. toda vez que no se acreditó el pago de las primas de servicios y la demandada no justificó esa omisión; a su vez formuló condena por sanción de que trata el art. 99 de la Ley 50 de 1990 por considerar que la demandada no cumplió de forma oportuna con la obligación de consignar las cesantías de 2012 y 2013 antes del 15 de febrero de cada año al fondo de

cesantías elegido por el trabajador, aunado al hecho de que no es un proceder de buena fe el que hubiese justificado dicha omisión aduciendo que las cesantías causadas durante la vigencia de la relación laboral pueden pagarse a la finalización de la relación laboral.

Ordenó únicamente la indexación de las vacaciones hasta que se haga efectivo el pago por parte de la demandada.

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

La Sala empieza por definir que no es objeto de discusión la existencia de un contrato de trabajo entre las partes desde el 02 de noviembre de 2014 al 06 de octubre de 2014, pues en principio no fue objeto de inconformidad dicha declaratoria, la demandante así lo solicitó en la demanda y la demandada aceptó el vínculo en los extremos alegados por la actora; hecho que incluso se ratificó con las documentales aportadas por ambos litigantes a folios 19 y CD folio 157.

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

Así las cosas, los problemas jurídicos que deberán resolverse en sede de apelación son: i) Si es procedente la condena por vacaciones causadas entre el 02 de noviembre de 2011 al 02 de noviembre de 2012 y ii) si es procedente la imposición de sanción moratoria de que trata el art. 65 del CST.

En primer término, se tiene que el demandante en la pretensión séptima² reclamó el pago de vacaciones causadas durante el periodo comprendido entre el 02 de noviembre de 2011 al 06 de octubre de 2014, soporta el petitum en el

² Folio 7.

hecho de que la demandada nunca le reconoció este derecho durante el tiempo que prestó sus servicios como trabajador.

Por su parte TECA asevera que siempre pago de forma oportuna todas las prestaciones laborales de las que era acreedor el demandante incluidas las vacaciones, específicamente en el recurso arguye que aportó prueba de ese pago en cuantía de \$350 972 y \$359 973.

De la revisión detallada de los medios probatorios aportados por el demandado en la contestación aportada en medio digital ³ y decretados en audiencia de que trata el art. 77 del CPT y de la SS surtida el 25 de mayo de 2021 ⁴, no se encuentran los soportes a los que alude el recurrente y con los que pretendía acreditar el pago de las vacaciones objeto de condena causadas entre el 02 de noviembre de 2011 al 02 de noviembre de 2012, carga probatoria que debía asumir en los términos del art. 167 del CGP *“Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”*, razón por la que se hace inminente confirmar este punto objeto de censura.

No sobra precisarle al recurrente que las vacaciones no son una prestación social son un descanso remunerado de carácter salarial, y por ende de los comprobantes de pago de prestaciones sociales aportados no puede inferir esta sala de decisión que la empleadora sufragó las vacaciones causadas y objeto de condena por el periodo comprendido entre el 02 de noviembre de 2011 al 02 de noviembre de 2012.

Por otra parte y en lo que corresponde a la procedencia de la imposición de la sanción moratoria de que trata el art. 65 del CST, el órgano de cierre de esta jurisdicción recalcó que este tipo de indemnización opera cuando el empleador no aporta razones satisfactorias y justificativas de su conducta, no siendo

³ Compuesta por 12 archivos denominados: 1Cámara de comercio TECA marzo de 2021 (10 folios); 2. Carta de renuncia JOSE RAMIRO FRANCO (1 folio); 3. Contestación demanda JOSE RAMIRO FRANCO (11 folios); 4. Contrato individual de trabajo JOSE RAMIRO FRANCO (3 folios); 5. Cuenta Bancaria JOSE RAMIRO FRANCO (1 folio); 6. LIQUIDACIÓN CONTRATO DE TRABAJO Y COMPROBANTES DE EGRESO (6 folios); 7. PAZ Y SALVO FIRMADO POR JOSE RAMIRO FRANCO (2 folios); 8. REPORTE DE PAGO POR COTIZANTES (diciembre 2013 a octubre 2014 3 folios); 9. REPORTE DE PAGO POR COTIZANTES (enero a noviembre 2013 3 folios); 10. REPORTE DE PAGO POR COTIZANTES (diciembre 2011 a noviembre 2012, 3 folios); 11. REPORTE DE PAGO POR COTIZANTES (septiembre 2011, 1 folio) y 12. SOPORTE PAGO DE CESANTIAS (4 folios).

⁴ CD folio 158, “audiencia 25 de mayo de 2021” minuto 03:28.

de aplicación automática; puesto que en cada caso es necesario estudiar si su comportamiento estuvo o no asistido de buena fe ya que no hay reglas absolutas que objetivamente la determinen.

En este sentido la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL-3288-2021 puntualizó:

“Pues bien, esta Corporación ha señalado de manera inveterada que la sanción moratoria prevista en la normativa atrás citada no constituye una respuesta judicial automática frente al hecho objetivo de que el empleador, al finiquitar el contrato de trabajo, deje de cancelar al trabajador los salarios y prestaciones sociales adeudados, de ahí que la misma encuentre lugar cuando quiera que, en el marco del proceso, el empleador no aporte razones serias y atendibles de su conducta, en la medida que razonablemente lo hubiere llevado al convencimiento de que nada adeudaba por salarios o derechos sociales, lo cual de acreditarse conlleva a ubicar el actuar del obligado en el terreno de la buena fe, y en este caso no procedería la sanción prevista en los preceptos legales referidos. Situación que fue justamente la que descartó el ad quem, toda vez que estableció que el ánimo de la demandada con las formas aparentes dadas a la relación contractual fue la de sustraerse de sus obligaciones laborales.” (Subrayado fuera de texto).

Advierte esta instancia que la demandada fue condenada al pago de primas de servicio causadas durante la vigencia de la relación laboral -02 de noviembre de 2011 a 06 de octubre de 2014- en cuantía de \$1.392.702, y frente a la omisión en el pago de este emolumento no realizó ningún tipo de salvedad en la apelación, ni en la contestación, sólo se limitó a asegurar que había pagado todas las prestaciones sociales de forma oportuna, pero frente a este ítem en especificó no acreditó su dicho, cierto es que de los documentos allegados al proceso y con los que pretendió acreditar el pago no se discrimina, sino que se hizo una mención genérica.

Aunado a ello centró su inconformidad en lo accesorio, la condena por sanción moratoria, sin atacar el origen de dicha penalización - la omisión en el pago de las primas de servicio - punto principal que no fue objeto de censura.

Entonces de cara a lo relacionado, evidenciándose la inexistencia de razones serias y atendibles por parte de TECA TRANSPORTES S.A. frente a la conducta omisiva en la pago de las primas de servicio que fueron objeto de condena, procedente es confirmar la imposición de dicha sanción.

Agotada como se encuentra esta instancia, conforme las motivaciones precedentes, se confirmará la decisión de primer grado por las razones expuestas por esta Sala de decisión.

SIN COSTAS en esta instancia.

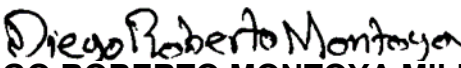
En mérito de lo expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

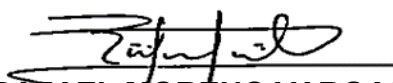
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: SIN COSTAS en Esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MARIO ANDRES QUINTERO GUTIERREZ CONTRA UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA (RAD 23 2020 00403 01).

Bogotá D.C., veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por ambas partes (folios 30 a 36 y 39), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión de los recursos de apelación presentados por el apoderado de la parte demandante y el apoderado de la demandada, contra la sentencia proferida por el Juez Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 24 de junio de 2021 (Audiencia virtual de trámite y juzgamiento realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, Cd. fl. 27, récord 32:29), en la que se resolvió:

“PRIMERO: CONDENAR a la UNIVERSIDAD GRAN COLOMBIA a reconocer y pagar a favor del señor MARIO ANDRES QUINTERO GUTIERREZ las siguientes sumas dineros por los siguientes conceptos:

- a. \$8.091.882 pesos por reliquidación de cesantías.
- b. \$192.052 pesos reliquidación de intereses a las cesantías.
- c. \$1.600.433 pesos reliquidación de prima de servicios (sic)¹.
- d. Reliquidación de aportes a pensión en los siguientes ciclos:
 - Enero de 2014 \$1.754.027 pesos.
 - Enero 2015 \$3.453.300 pesos.
 - Enero 2016 \$3.631.500 pesos.
 - Enero 2017 \$3.930.900 pesos.
 - Septiembre de 2017 \$3.291.300 pesos.

¹ CD Folio 27. Minuto 32:47.

Del mismo modo por los valores correspondientes a esta bonificación por liberalidad.

- Marzo 2014 \$7.120.000 pesos.
- Agosto 2014 \$13.666.000 pesos.
- Marzo 2015 \$8.251,000 pesos.
- Agosto 2015 \$15.796.552 pesos.
- Marzo de 2016 \$7.148.000 pesos
- Agosto de 2016 \$17.079.000 pesos.
- Marzo 2017 \$4.906.000 pesos.
- Agosto 2017 \$7.104.000 pesos.

Recordamos que esta reliquidación de aportes a pensión están limitados por el tope señalado por la norma para cada uno de estos meses, 25 salarios mínimos.

e. Indemnización moratoria artículo 65, se imponen intereses moratorios obre el valor a las prestación sociales adeudas y ordenadas, a partir del mes 25 esto es, 01 de agosto de 2019 y hasta el pago total de la obligación.

TERCERO: ABSOLVER a la demandada de las demás pretensiones de la demanda.

CUARTO: DECLARAR probada parcialmente la excepción de prescripción y no probadas las demás excepciones.

QUINTO: COSTAS a carao de la demandada.”

Contra la decisión de primera instancia las partes presentaron recurso de apelación exponiendo los siguientes argumentos:

La parte demandante presentó inconformidad respecto de la prescripción que declaró el a quo, considera la parte demandante que la interrupción de la prescripción se produjo de acuerdo a la normatividad vigente, lo cual se demostró con el escrito correspondiente presentado en la oportunidad legal ante la universidad por lo que insiste en que se declare no procedente esta excepción de prescripción.

Aunado a ello solicita se emita pronunciamiento de fondo respecto a las demás pretensiones presentadas con la demanda, y que fueron denegadas por el juzgado de primera instancia².

Por otra parte el apoderado de la demandada UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA, solicitó la revocatoria de la sentencia de primera instancia, fundó su inconformidad argumentando que el a quo interpretó de forma errónea el

² CD Folio 27, minuto 36:08.

artículo 65 del Código sustantivo del trabajo i) al no haber dado como demostrado estándolo que la universidad demandada le canceló íntegramente al demandante todas las acreencias provenientes de su vinculación laboral; ii) que los pagos que se le hicieron al demandante por los conceptos enlistados en los hechos 5 y 6 de la demanda, hubieran sido autorizados por el rector único ordenador del gasto, según los estatutos.

Indicó que hizo una apreciación equivocada de algunos medios probatorios, tales como: la demanda, y la respuesta a la misma, los documentos contentivos de la existencia y representación legal y los contratos de trabajo, la comunicación de la rectoría en la que se le otorga la prima, la presentación de la demanda pero fue el 17 de noviembre de 2020 - cuando el vínculo había fenecido el 30 de septiembre del 2017- y el interrogatorio de parte, en el que aduce que el señor MARIO ANDRES QUINTERO sólo daba respuestas evasivas.

Advirtió que la parte demandada acreditó que en el contrato de prestación de servicios se pactó el salario indicado en la demanda; que el estatuto de la Universidad en el numeral 7 del artículo 27 estableció como función del representante legal autorizar los gastos cuando la cuantía no exceda el equivalente a 200 veces el salario mínimo legal vigente; que en ninguna parte de la documentación recaudada en el proceso aparece que el rector hubiera autorizado los pagos de las sumas de dinero enlistados en los hechos 5, 6, 7, 8 y 9, de la demanda; que el demandante a pesar del cargo de dirección del cual era titular y de su formación académica, omitió examinar que los pagos que se le hacían eran legales; que el demandante incumplió el artículo 55 de Código sustantivo que consagra la buena fe, que debe estar presente en todas las fases de la relación laboral, el nacimiento, desarrollo, fenecimiento, al recibir los pagos sin negar que hayan sido autorizados o no por el rector, como le incumbía a él como directivo que era de la universidad; Que no existe ninguna reclamación durante la existencia de la relación laboral escrita, ni verbal de parte del demandante respecto de la inconformidad de la liquidación de las acreencias laborales³.

³ CD Folio 27. **Apoderado demandado (37:34):** Gracias señor juez, con todo respeto me permito interponer el recurso de apelación contra la sentencia que acaba de pronunciar en el día de hoy, motivos de inconformidad:

No estoy conforme con la decisión proferida por cuanto la misma se adoptó con fundamento en estos errores evidentes de hecho y en la interpretación errónea del artículo 65 del Código sustantivo del trabajo, los errores señor juez, son estos:

1. El no haber dado como demostrado estándolo que la universidad demandada le cancelo íntegramente al demandante todas las acreencias provenientes de su vinculación laboral.
 2. El no haber dado como demostrado estándolo, que los pagos que se le hicieron al demandante por los conceptos enlistados en los hechos 5 y 6 de la demanda, hubieran sido autorizados por el rector único ordenador del gasto, según los estatutos.
 3. No perdón tenía un tercero, pero ese lo fallo bien porque estaba precisamente sobre la lo de los intereses.
2. causa de los errores evidentes de hecho, el juzgado incurrió en los errores evidentes de hecho, ilustrados en su decisión, como consecuencia de la apreciación equivocada de algunos medios probatorios, tales como: la demanda, y la respuesta a la misma en cuanto implica confesión, los documentos contentivos de la existencia y representación legal y los contratos de trabajo, la comunicación de la rectoría en la que se le otorga la prima, la presentación de la demanda pero fue el 17 de noviembre de 2020, cuando el vínculo había fenecido el 30 de septiembre del 2017. Y el interrogatorio de parte.

Incidencia de no haber sido de los errores que se hace mérito El juzgado no habría llegado al proveído que se le reprocha, transgrediendo así de modo indirecto las normas que se funda la defensa de mi representada e incurrido en la exegesis equivocado del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, en relación del artículo 55 ibidem, y 83 de la Constitución nacional.

Comprobación de los errores, los argumentos en que se apoya el juzgado para pronunciar el fallo grabado están en contra vía a mi juicio de lo que obra en el plenario, en efecto bástele al ad quem apreciar en el video que registra la absolución del interrogatorio, al percibir la forma evasiva en que responde a algunas preguntas formuladas por el juzgado y casi todas las que les formuló es suscrito, para corroborar mi acierto, para mayor claridad transcribo mutatis mutandi algunas de las respuesta que dio el demandante:

Le pregunta el señor juez ¿Qué relación tuvo usted con la universidad LA gran Colombia? Fui director del mercadeo de comunicaciones de la Universidad La Gran Colombia, desde julio de 2013 hasta septiembre de 2017.

Sigue el señor juez ¿usted suscribió algún contrato? Si el contrato de trabajo.

Continúa el señor juez, ¿Cuánto devengó, cuanto era su salario? Cuando ingrese eran \$3.200.000 el básico, y cuando finalizó recibía una cifra básica alrededor de los 4 millones, más todas las bonificaciones y pagos salariales.

Le pregunta el señor juez más adelante ¿usted firmó esas bonificaciones en algún lado, están estipuladas? Dicen nunca hubo un acuerdo, ósea no se habla de esa bonificaciones, ni en el contrato ni en ningún documento, esas otras bonificaciones se pactaron, fueran periódicas.

Después le dice el señor juez, le pregunta ¿ese valor era una suma exacta? Respuesta, variaba

Le pregunta a su turno el señor juez ¿sabe de qué dependían su variación o no sabe? Ojo señores magistrados, sobre este aspecto importantísimo y lo resalto, la respuesta dice: según recuerdo era de los ingresos de la universidad, téngase en cuenta honorables magistrados cuando estudien esta sentencia, que el señor no era un socio, no era de los ingresos, el contrato de trabajo no habla de ninguna parte que para que produjera ingresos, él no era ningún vendedor, por eso a mi juicio hay una presunción completamente equivocada, salario variable, que variable, un sistema de remuneración que en ninguna parte aparece, sin embargo, el señor juez con todo el respeto no comparto la posición, y toma las bonificaciones como salario.

Le pregunta el señor juez, ¿usted me dice nunca se pactaron esos pagos como salario? Ojo con esta respuesta, la pregunta que se le hace ¿usted me dice nunca se pactaron esos pagos como salario?, ¿o no recuerda pactaron como salario?, no doctor nunca se acordó que no fueran salario, no le está haciendo esa pregunta, sin embargo, la respuesta es evasiva.

Ahora viene el interrogatorio que le hace el suscrito Honorables Magistrados:

Primera pregunta, diga cómo es cierto sí o no, que la universidad le pago íntegramente sus acreencias laborales causadas durante su vinculación con la misma

Respuesta: si me entregaron una liquidación, óigase bien entregaron, yo le estoy hablando pagaron, la respuesta es completamente evasiva. Pero al revisarla nos dimos cuenta que no estaban incluidos los pagos mencionados anteriormente.

Segunda pregunta, diga cómo es cierto sí o no que en la cláusula del contrato de trabajo firmada por usted, se estableció que la remuneración pactada cubría todo trabajo ordinario, y extraordinario que desarrollaba en el cargo para el que fue contratado, él no fue contratado para hacer dinero o capital a la universidad, él fue contratado para hacer un servicio, en mi contrato está muy bien definido que era para ser director de la oficina de mercadeo, si firme el contrato responde.

Tercera pregunta: diga cómo es cierto sí o no que el contrato de trabajo que usted firmo con la universidad fue a término definido.

Cuarta: diga cómo es cierto sí o no que el contrato de que trata la pregunta anterior fue firmado por el rector JOSE GALAR, no tengo el contrato a la mano respuesta, no recuerdo, pero me imagino que sí,

siguiendo los procesos de la universidad, me imagino que debe estar firmado por alguien que autorice el contrato.

Quinta pregunta: diga cómo es cierto sí o no que como directivo de la universidad demandada sabía que el estatuto orgánico de la universidad solamente permite que sea el ordenador de los gastos, no recuerdo el estatuto de la universidad, responde.

Sexta: diga cómo es cierto sí o no que el dinero pagado por los conceptos enlistados en los hechos 5 y 6 de la demanda hubieran sido autorizados por el doctor JOSE GALAT, respuesta yo me imagino que si ósea yo no manejaba eso, yo no ordenaba pagos de nómina, no sabía decirle, no estaba dentro de mis funciones, me imagino yo no era el ordenador de gastos ni pagador de la nómina.

Séptima pregunta: usted sabe si el doctor JOSE GALAT autorizó esos pagos, respuesta: pues doctor yo no lo se me imagino que los pagos de nómina fueron firmas del director financiero, director de control interno, director de talento humano.

Octava: diga cómo es cierto sí o no el pago de la prima que usted recibió durante la vigencia de la relación, jamás fue autorizado por el doctor JOSE GALAT, ordenador del gasto de la universidad. No tengo como responderle a esta pregunta, yo no ordeno pagos de nómina ni recibir nada de eso, entonces no sabía cómo responderle, yo me imagino que sí.

Novena: diga cómo es cierto sí o no que usted era titular de la cuenta número 24379807081 en la caja social, si señor esa cuenta la abrí para que la universidad me pague la nómina.

Decima: diga cómo es cierto sí o no que usted durante el tiempo que estuvo vinculado con la universidad hubiera hecho alguna reclamación, de lo que ahora pide ante la justicia ordinaria. No recuerdo, no se mucho laboral.

Undécima: sírvase decirle a este despacho que usted promovió el juicio ordinario laboral dentro de los 24 meses, oiga bien esta respuesta tan hermosa, entiendo que sí.

3.voy a probar los hechos de la demanda, que argumentos de la contestación de la demanda, en los hechos que aduzco como medios de defensa, que el contrato fue firmado por el representante legal, el doctor JOSE GALAT, está demostrado en ese contrato que en la cláusula segunda del mismo, el empleador pague al trabajador por la prestación de servicios un salario indicado, está demostrado en el estatuto en el artículo 27 en el numeral 7 del artículo del estatuto de la universidad actualmente vigente, se establece como función del representante legal, autorizar los gastos cuando la cuantía no exceda el equivalente a 200 veces el salario mínimo legal vigente. En ninguna parte de la documentación examinada aparece que el rector hubiera autorizado los pagos de las sumas de dineros enlistados en los hechos 5, 5, 6, 7, 8 y 9, de la demanda, que no se documentó alguno emanado de la rectoría que autorizaba los pagos efectuados al demandante, con fundamento en sus facultades estatutarias y mucho menos en convenciones colectivas de cuyos beneficios no era acreedor el demandante, que el demandante era titular de las cuentas de ahorros ya se dijo, que la representación legal de la universidad, que el demandante a pesar del cargo de dirección del cual era titular y de su formación académica, omitió examinar que los pagos que se le hacían eran legales o no, incumplió con la obligación pactada en la cláusula primera del contrato que dice “se obliga a poner al servicio del empleador toda su capacidad de trabajo, que involucraba no solamente su saber respecto del trabajo para el que se vinculaba si no que su destreza. Y la salvaguarda y cuidado del patrimonio de la demandada de quien era su trabajador.

Que el demandante incumplió el artículo 55 de Código sustantivo que consagra la buena fe, que debe estar presente en todas las fases de la relación laboral, el nacimiento, desarrollo, fenecimiento, al recibir los pagos sin negar que hayan sido autorizados o no por el rector, como le incumbía a él como directivo que era de la universidad.

Que no existe ninguna reclamación durante la existencia de la relación laboral escrita o ni verbal de parte del demandante respecto de la inconformidad de la liquidación de las acreencias laborales.

Por otra parte, honorables Magistrados el contrato de trabajo es un acto jurídico es un acto verbal o escrito mediante el cual se crean obligaciones recíprocas entre las partes que lo celebran, como todo contrato tiene su objeto, el del trabajo como todo contrato tiene su objeto el de trabajo tiene el suyo, es doble, en efecto mientras para el empleador consiste en beneficiarse de servicios del empleado para este es ganar un salario que le permita atender sus necesidades y personales y familiares, este aspecto reviste principalmente en el caso del contrato indefinido, el contrato de trabajo por su naturaleza es bilateral, es decir, entre dos partes con obligaciones recíprocas, generales y especiales y están sujetas a prohibiciones que deben cumplir a cabalidad.

Las partes claro está ya lo dijo el señor juez en su sentencia, las partes tienen libertad para estipular la modalidad, la modalidad del salario por unidad de tiempo, por obra, o por destajo, también el salario puede ser visto en una suma fija o variable, sin embargo, las partes deben ajustarse en un todo a lo pactado siempre y cuando no exista prohibición alguna, que vicie la ineficacia del convenio.

Por todas estas razones honorables magistrados, considero que el fallo proferido por el señor juez, que obviamente tiene razones respetables pero que no comparto, debe ser revocado y este es el alcance del presente apelación, revocado en lo que respecta a las condenas impuestas por el juez de primera instancia, es todo señor juez, muchas gracias.

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante MARIO ANDRES QUINTERO GUTIERREZ las pretensiones elevadas a folio 1 del CD obrante a folio 1 las cuales encuentran sustentó fáctico en los hechos narrados a folios 2 y 3, solicitando la reliquidación y pago de las prestaciones sociales a las que tiene derecho el demandante, teniendo en cuenta todos los factores salariales que reintegraron la remuneración, tales como prima técnica, bonificación especial, otras bonificaciones extralegales, prima extralegal de vacaciones; que los valores que resulten de la reliquidación se cancelen debidamente indexados; se reliquiden y paguen los aportes a seguridad social y se condene a la demandada al pago de la sanción moratoria regulada en el art. 65 del CST. **Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a las aspiraciones de la parte demandante** pues se accedió a la reliquidación de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, aportes a pensión, indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST, a partir del mes 25 esto es, 01 de agosto de 2019 y hasta el pago total de la obligación; absolvió de las demás pretensiones de la demanda; declaró probada parcialmente la excepción de prescripción y no probadas las demás excepciones y condenó en costas a cargo de la demandada.

El Juez de primer grado estableció que no se controvertió en el litigio que entre el demandante y la universidad demandada existió un contrato de trabajo a término indefinido que tuvo una vigencia del 19 de junio de 2013 al 30 de septiembre de 2017 donde desempeñó el cargo de Director del área de comunicaciones y publicidad devengando un salario inicial de \$3.288.800 más el pago de la prima técnica mensual por valor de \$211.200, hechos que fueron aceptados por la demandada en su contestación.

Respecto al objeto del litigio dirigido a obtener la reliquidación de las prestaciones sociales y vacaciones teniendo en cuenta como factores salariales la prima técnica pagadera mensualmente, bonificación especial pagadera en enero y otras bonificaciones especiales pagaderas en los meses de marzo y

agosto y la prima extralegal de vacaciones, luego de hacer un recuento de las tesis expuestas por las partes indicó que por regla general todos los pagos que recibe el trabajador por su labor subordinada son salario a menos que se trate de prestaciones sociales, sumas en dinero o en especie entregadas al trabajador para desempeñar a del empleador y pagos laborales que por disposición legal no son salario o que poseen un propósito remunerativo, beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados en convenciones o contractualmente otorgados en forma extralegal cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario.

En el caso objeto de estudio indicó que al demandante se le pagó inicialmente una prima técnica por valor de \$211.200 de forma mensual hecho que la demandada aceptó y del que se observa su pago mensual por un periodo consecutivo de 4 años con los desprendibles de pago de nómina aportados por el demandante y que no fueron desconocidos por la demandada; elementos probatorios en los que se advierte que la demandada nunca hizo reparo alguno frente al reconocimiento de dicho emolumento para que ahora en el trámite procesal alegara que se trataba de un pago ilegal; concluyó que eran recibidos por el demandante de buena fe con ocasión a su vinculación laboral con la Universidad, aunado a que no existe ninguna cláusula de exclusión salarial y pago que el mismo representante legal de la Universidad aceptó que ostentaba carácter salarial y que al verificar la liquidación final fue tenido en cuenta, motivo por el que por este concepto absolvió a la demandada.

Respecto a la prima de vacaciones consideró que se trata de una prima extralegal que solo se causa por el disfrute real del periodo de descanso o de vacaciones concedidas al demandante pero no por su prestación directa del servicio, motivo por el que tampoco le endilgó carácter salarial a este concepto.

En lo que atañe a la bonificación especial pagadera en enero de cada año señaló que se acreditó su pago en los comprobantes de nómina donde se observa que fue pagadera año tras año en el mes de enero y en la liquidación final de prestaciones sociales por el periodo laborado en el 2017; y del mismo modo advirtió que el actor recibía una bonificación denominada “por mera liberalidad” de forma habitual en marzo y agosto de cada anualidad , pagos que en su defensa la universidad advirtió que fueron ilegales y argumento que para

el a quo no fue de recibo por cuanto la demandada no acreditó que hubiese resuelto o se hubiera opuesto a dicha situación, supuestamente irregular, de forma interna y en cambio realizó dichos pagos de forma cumplida y habitual por un periodo de 4 años, convalidando su legalidad.

Concluyó que en el trámite procesal se demostró con toda certeza que dichos pagos se caracterizaron por ser habituales; no se acreditó que tuvieran una razón de ser diferente a la prestación del servicio del demandante; ni se acreditó la existencia de un pacto de exclusión salarial sobre dichos conceptos, razón por la que resolvió que debía aplicarse la regla general contenida en el art. 127 del CST y tenerse como factor salarial.

Luego de determinar la procedencia de la reliquidación pretendida paso al estudio de la excepción de prescripción determinando que la relación laboral terminó el 30 de septiembre de 2017 y el demandante reclamó hasta el 18 de marzo de 2020, siendo por ello procedente declarar la prescripción de todas las prestaciones sociales causadas con anterioridad al 18 de marzo de 2017, excepto lo correspondiente al pago de auxilio de cesantías y aportes en seguridad social.

Condenó por sanción moratoria de que trata el art. 65 del CST por considerar i) que hubo omisión en el pago completo de la liquidación final de prestaciones sociales a favor del demandante y ii) que el argumento sostenido por la demandada en el que afirma que los pagos que recibía el demandante eran ilegales, no son de recibo porque se acreditó que dichos pagos se venían pagando de forma normal y oportuna por la convocada a juicio, quien nunca advirtió la existencia de algún tipo de irregularidad.

Advirtió que la condena por sanción moratoria sólo debía limitarse a la imposición de intereses moratorios sobre el valor de las prestaciones sociales adeudadas y ordenadas a partir del mes 25, esto es 1 de agosto de 2019 hasta que se haga efectivo el pago total de la obligación.

Establecidos los antecedentes procesales se abordará el estudio del recurso de apelación interpuesto por el demandante y la Universidad demandada, en los puntos concretos objeto de censura, atendiendo el principio de consonancia

(artículo 66A del C.P.T. y de la S.S.), pues recuérdese que es el apelante quien delimita el ámbito sobre el cual ha de recaer la decisión de segunda instancia (tantum devolutum quantum appellatum).

La Sala empieza por definir que no es objeto de discusión la existencia de un contrato de trabajo entre las partes desde el 19 de junio de 2013 al 30 de septiembre de 2017, para que el demandante desempeñara el cargo de Director del Departamento de Comunicaciones, Mercadeo y Publicaciones, supuesto fáctico que la demandada aceptó en su contestación⁴ y que incluso fue ratificado con las documentales aportadas por ambas partes en el CD a folio 26 archivo “demanda y anexos” folios 5 y 6 y archivo “contestación UNIGRANCOLOMBIA” folios 5 y 6, en los que obra el contrato individual de trabajo a término indefinido suscrito por ambas partes el 18 de junio de 2013.

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

De conformidad con el discurrir procesal, esta sala de decisión define como problemas jurídicos: i) determinar si los pagos devengados por el actor durante la vigencia de la relación laboral y denominados bonificación especial y otras bonificaciones extralegales ostentan carácter salarial; ii) si los pagos denominados prima técnica y prima extralegal de vacaciones deben tenerse en cuenta para la reliquidación de la liquidación final de prestaciones sociales; iii) Si es procedente o no la declaratoria del fenómeno prescriptivo sobre la reliquidación de prestaciones pretendida y iv) si es procedente el reconocimiento de la indemnización moratoria de que trata el art. 65 del CST y de la SS.

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

Para resolver el primer problema jurídico se tiene que la parte demandante solicitó en la pretensión 1 literales b y c que se tuviera en cuenta para la liquidación final de prestaciones sociales los pagos denominados bonificación

⁴ CD Folio 26, archivo “CONTESTACIÓN UNIGRANCOLOMBIA” folio 2.

especial y otras bonificaciones extralegales, por considerarlos factor salarial.

Ante dicha petición la parte demandada manifiesta que efectivamente al señor MARIO ANDRES QUINTERO se le reconocieron dichos pagos pero aduce que de forma ilegal por cuanto esos emolumentos no contaban con la autorización del rector de la universidad, único ordenador del gasto; argumento que mantuvo en el recurso interpuesto contra la decisión del Juez de primer grado.

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

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

Luego al trabajador le basta con demostrar que el pago era realizado por su empleador de manera constante y habitual y el empleador quien tiene la carga de la prueba de demostrar lo contrario. Señala el precedente que:

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

Siguiendo el precedente reseñado se tiene que la parte demandante aportó a folios 8-106 del archivo denominado “DEMANDA Y ANEXOS” grabado en el CD aportado a folio 26, los comprobantes de pago de nómina correspondientes a los periodos de junio de 2013 a septiembre de 2017.

Documentos que fueron aportados al proceso por la parte demandante y que en virtud de lo dispuesto en el art. 244 del CGP gozan de autenticidad, aunado al hecho de que no fueron tachados por la demandada.

De la revisión de dichos folios se logra extraer que: i) al actor se le reconocía una bonificación especial en enero de cada mes desde el 2014 así:

BONIFICACION ESPECIAL			
PERIODO	VALOR	DIAS	FOLIO
ene-14	\$ 1.754.027,00	192	8
ene-15	\$ 3.453.300,00	360	9
ene-16	\$ 3.631.500,00	360	10
ene-17	\$ 3.803.900,00	360	11
Sep-17	\$4.177.200	270	130

ii) que al actor la demandada le reconocía una bonificación denominada “mera liberalidad” en los meses de marzo y agosto así:

BONIFICACION MERA LIBERALIDAD		
PERIODO	VALOR	FOLIO
mar-14	\$ 7.120.000,00	12 y 13
ago-14	\$ 13.666.000,00	14
mar-15	\$ 8.251.000,00	15
ago-15	\$ 15.796.552,00	16
mar-16	\$ 7.148.000,00	17
ago-16	\$ 17.079.000,00	18
mar-17	\$ 4.906.000,00	19
ago-17	\$ 7.104.000,00	20

Ahora en el contrato de trabajo suscrito por las partes se observa que se pactó como salario la suma de \$3.288.800⁵, en el clausulado no se advierte la existencia de algún pacto de exclusión salarial, donde las partes hayan convenido de forma expresa que las bonificaciones especial y por mera liberalidad no fueran tenidas en cuenta para el cálculo de las prestaciones sociales y derechos laborales del actor.

De las pruebas relacionadas advierte esta instancia que la parte demandante acreditó que los pagos denominados “bonificación especial” y “bonificación por mera liberalidad” eran reconocidos por la demandada de manera constante,

⁵ CD a folio 26 archivo “demanda y anexos” folios 5 y 6 y archivo “contestación UNIGRANCOLOMBIA” folios 5 y 6.

habitual, periódica y permanente, nótese que en el caso de la bonificación especial los pagos se hacía en el mes de enero de cada anualidad y en el caso de la bonificación por mera liberalidad en los meses de marzo y agosto de cada anualidad, dispendios que se reconocieron al trabajador durante los 4 años que se mantuvo el vínculo laboral; aunado a ello se observa que en la liquidación definitiva de prestaciones sociales a folios 130-136 CD folio 26, documental que tampoco fue desconocida por la demandada, se registró como soporte de liquidación de la bonificación especial, prima técnica y bonificación de mera liberalidad, la anotación “Resoluciones firmadas por el señor Rector en Custodia contabilidad para todos los años”:

ANO	MES	OP	DESCRIPCIÓN	VALOR	AJUSTE			
2014	1	0	BONIFICACIÓN ESPECIAL	\$ 1.754.027	\$ 3.288.800			
2015	3	0	BONIFICACIÓN ESPECIAL	\$ 3.453.300	\$ 3.453.300			
2015	3	0	PRIMA TÉCNICA	\$ 211.200	\$ -			
2016	1	0	BONIFICACIÓN ESPECIAL	\$ 3.631.500	\$ 3.631.500			
2016	1	0	PRIMA TÉCNICA	\$ 211.200	\$ -			
2017	3	0	BONIFICACIÓN ESPECIAL	\$ 3.903.900	\$ 3.903.900			
2017	3	0	PRIMA TÉCNICA	\$ 211.200	\$ -			
2017	9	15	BONIFICACIÓN ESPECIAL	\$ 3.291.300	\$ 4.177.200			
ANO	MES	OP	DESCRIPCIÓN	VALOR		RESOLUCIONES FIRMADAS POR SEÑOR RECTOR EN CUSTODIA CONTABILIDAD PARA TODOS LOS AÑOS.		
2014	3	4	BONIFICACIÓN MERA LIBERALIDAD	\$ 7.120.000				
2014	8	5	BONIFICACIÓN MERA LIBERALIDAD	\$ 13.666.000				
2015	3	5	BONIFICACIÓN MERA LIBERALIDAD	\$ 8.251.000				
2015	8	5	BONIFICACIÓN MERA LIBERALIDAD	\$ 15.796.552				
2016	3	4	BONIFICACIÓN MERA LIBERALIDAD	\$ 7.148.000	Convencion 2016-2017			
2016	8	11	BONIFICACIÓN MERA LIBERALIDAD	\$ 17.079.000				
2017	3	12	BONIFICACIÓN MERA LIBERALIDAD	\$ 4.906.000				
2017	8	6	BONIFICACIÓN MERA LIBERALIDAD	\$ 7.104.000				

CLÁUSULA 22. EXCEDENTES. En caso de que la Universidad decida distribuir excedentes, a título de mera liberalidad, tendrá en cuenta los principios de universalidad, equidad y cobertura; a quienes por sus méritos lo merezcan.

Nota de la que se infiere que las bonificaciones objeto hoy de discusión tenían un soporte legal para su reconocimiento y que consistía en Resoluciones emanadas de la Rectoría de la Universidad, hecho que contraría lo alegado por el recurrente quien sostiene que dichos pagos eran ilegales sin aportar prueba alguna que resalte su dicho, aunado a ello la convocada a juicio durante el devenir procesal no desvirtuó que dichos emolumentos fueran directamente contraprestación del servicio, carga de la prueba que le correspondía asumir, ni probó que dicha suma remuneración del servicio.

Vale la pena destacar las manifestaciones que hizo el señor OSWALDO ABRIL CASAS, quien como Director de la Oficina Jurídica de la U GRANCOLOMBIA y Representante Legal de la demandada, en interrogatorio de parte decretado en audiencia del 08 de junio de 2021⁶ manifestó que todos los gastos de la universidad deben gozar de aprobación del Rector o Presidente y sacar los actos administrativos para autorizar su cancelación; aseguró que las

⁶ CD Folio 26.

bonificaciones especial y de mera liberalidad no contaban con autorización del Rector, dicho que contraría lo anotado en la liquidación de prestaciones sociales relacionada en precedencia, donde se advirtió que existe nota de que dichos emolumentos contaban con el soporte de las “*Resoluciones firmadas por el señor Rector en Custodia contabilidad para todos los años*”, documentos que fueron entregados al demandante por el Director de Talento Humano⁷, hecho que tampoco fue desmentido por la demandada.

Ahora bien y frente a los reparos indicados por el demandado respecto al interrogatorio de parte realizado al demandante se observa que el señor MARIO ANDRES QUINTERO, indicó que: i) trabajó para la demandada desempeñando el cargo de Director de comunicaciones, mercadeo y publicaciones de la UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA desde junio de 2013 hasta septiembre de 2017; ii) que suscribió un contrato de trabajo; iii) que cuando ingresó devengaba \$3.200.000 como salario básico y finalmente el básico estaba alrededor de \$4.000.000; iv) dijo que recibió una prima técnica desde el primer día, unas bonificaciones periódicas todos los años en marzo, agosto y diciembre o enero desde que ingreso hasta que finalizó el contrato. v) que esas bonificaciones se pagaban a los cargos directivos. vi) en una suma que variaba de acuerdo a los ingresos de la Universidad. vii) recordó que esos pagos se tenían como complemento al salario y que siempre les decían que no se preocuparan por el monto del salario porque les reconocerían unas bonificaciones periódicas para que no se viera tan bajo.

El apoderado de la demandada hace referencia a que el actor daba respuestas evasivas a sus preguntas, hecho que para esta sala de decisión no es de recibo, es de anotar que el apoderado de la demandada realizó preguntas al actor que tenían que ver con: i) el pago de la liquidación hecho que el demandante admitió pero aclarando que no con todos los factores salariales específicamente se refirió a la prima técnica y a las bonificaciones; ii) con la suscripción del contrato, el cual aceptó e indicó que fue contratado para desempeñar el cargo de Director de comunicaciones, mercadeo y publicaciones; iii) Respecto a las bonificaciones consideró que se pagaban por su desempeño laboral, por la prestación de su servicio, indicando que nunca hubo un acuerdo de desalarización respecto a dichos conceptos iv) Frente a las

⁷ CD folio 26, archivo “DEMANDA Y ANEXOS” folio 3, acápite de pruebas Numeral 10.

preguntas que se referían a la existencia de autorización del Rector para el pago de las bonificaciones especiales y de mera liberalidad siempre indicó que presumía que existía dicha autorización porque de no ser así no habría desembolso del pago por parte del banco, aunado ello al hecho de que sabía que las nóminas llevaban la firma del director financiero, del director de control interno y de talento humano.

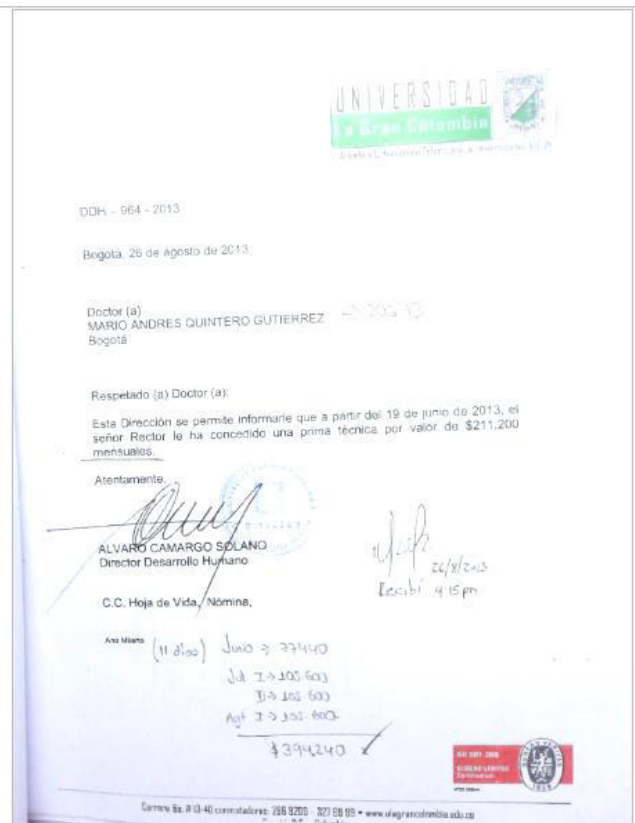
De lo relacionado no advierte esta instancia la existencia de respuestas evasivas, el demandante contestó de forma espontánea y certera cada una de las preguntas que realizó el Juzgador de Primer grado y el apoderado de la demandada, el hecho de que en las preguntas donde el apoderado de la demandada hizo hincapié a los trámites internos de nómina son hechos que efectivamente no eran de conocimiento directo del demandante quien como Director de Comunicaciones tenía como funciones a su cargo las enlistadas a folio 129 del archivo “DEMANDA Y ANEXOS” CD folio 26, en las que no se advierte que tuviera algún tipo de relación con los tramites de manejo de recursos o talento humano.

De lo hasta aquí motivado se concluye que no existe prueba de la que se pueda inferir cosa distinta a lo decidido por el a quo frente a las bonificaciones especial y de mera liberalidad que devengó el actor durante su periodo de vinculación con la universidad demandada, máxime cuando la encartada tampoco aportó ningún medio probatorio que soportara la presunta ilegalidad de esos pagos o la existencia de una mala fe del trabajador, pues lo único que hizo referencia a esa especial situación fue la insinuación del Representante legal, en su interrogatorio, donde indicó que el señor demandante era muy allegado a la DRA. Carolina, Directora de Talento Humano, razón por la que sabía que se pagaba y que no se pagaba.

Aunado a ello indicó que la conciliatura, a raíz de las demandas laborales ha solicitado que se haga una inspección y verificación del pago de dichos dineros; sin embargo, no aportó pruebas de esa presunta investigación, ni de algún trámite interadministrativo donde se haya reportado esa supuesta anomalía en los pagos de nómina.

Ahora para resolver el segundo problema jurídico, que tiene que ver con uno de los puntos de apelación del demandante y consistente en determinar si los pagos denominados prima técnica y prima extralegal de vacaciones deben tenerse en cuenta para la reliquidación de la liquidación final de prestaciones sociales, advierte esta instancia que encuentra coincidencia con lo decidido por el a quo.

En lo que tiene que ver con la prima técnica a folios 130-135 del archivo “DEMANDA ANEXOS” CD folio 26 aportado por el demandante, se observa que en la liquidación final de prestaciones finales la UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA tuvo en cuenta la prima técnica como factor salarial, documental que como se señaló en precedencia goza de autenticidad por que fue aportada por el mismo demandante en los términos del art. 244 del CGP y además no fue desconocida por la demandada, aunado a ello en el interrogatorio de parte realizado al Representante legal de la encartada el señor OSWALDO ABRIL CASAS confesó que la prima técnica fue reconocida al demandante desde junio de 2013 y que dicho pagó contaba con carácter salarial, afirmación que incluso se ratificó con el documento aportado por el demandante a folio 7 del archivo “DEMANDA Y ANEXOS” CD folio 26, que tampoco fue tachado por la demandada y que dispuso:



Por lo reseñado, resultaría inane emitir una condena por reliquidación contando como factor salarial la denominada prima técnica, emolumento que se itera ya fue liquidado con los efectos de factor salarial por la universidad demandada.

Por otro lado y en lo atinente a la prima extralegal de vacaciones a folios 63, 87 y 130 del archivo “DEMANDA Y ANEXOS” CD folio 26, quedó acreditado que dicha prestación extralegal se causaba única y exclusivamente cuando el demandante entraba a disfrutar su periodo de vacaciones, sin que de ello pueda inferirse que era un pago directamente retributivo de la prestación del servicio, el cual obviamente se interrumpía durante dicho periodo de descanso; aunado a ello en el interrogatorio de parte el demandante aceptó que su principal motivo de inconformidad sólo se limitaba al hecho de que no se hubiese tenido en cuenta en su liquidación definitiva de prestaciones sociales la prima técnica y las bonificaciones, únicos emolumentos que en su consideración si ostentaban carácter salarial.

Respecto a este punto esta colegiatura considera oportuno rememorar lo dispuesto por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL-3690 de 2020 reiterada en sentencia SL-3712 de 2021 donde enseñó:

“Adicionalmente, esta corporación, al estudiar una controversia similar a la que se plantea, en la cual se discutía la naturaleza de la prima de vacaciones, consideró que su finalidad no es la de retribuir directamente el servicio, sino servir de complemento al descanso del trabajador, lo cual excluye, precisamente, la asignación de tal carácter salarial. En ese sentido, la Sala también estimó que la omisión de las partes en pactar ese carácter salarial no era suficiente para adjudicar ese atributo, que se deriva, esencialmente, de la finalidad y estructura del derecho.

En la decisión CSJ SL3690-2020, la Sala consideró:

De un análisis objetivo de las disposiciones convencionales reproducidas, en materia de **las primas cuestionadas, se puede concluir que su objetivo, comenzando por la de vacaciones, es servir de complemento al descanso legal, esto es, un beneficio pactado en los procesos de negociación colectiva históricamente reconocidos en la entidad demandada, para que el trabajador a quien se le cause el derecho a disfrutar de las vacaciones, reciba en forma adicional un estipendio económico fijado en un determinado número de días de salario, para aprovechar de mejor manera ese descanso con recursos mayores a los percibidos cuando se disponga a materializar ese derecho.**

En consecuencia, como lo coligió el Tribunal, dicha prima es accesoria a las vacaciones, va ligada a ese descanso, y se reconoce si se causa esa prerrogativa, de lo contrario no existiría, precisamente porque **su finalidad es arropar de protección**

económica los gastos materiales que el trabajador realice en ese periodo de pausa laboral y reposición de fuerzas físicas y anímicas.

Igualmente, contrario a lo que sostuvo la censura, ese concepto se genera por el mero hecho de que se causen las vacaciones, y no existe una limitante que excluya su reconocimiento ante otros eventos, específicamente, si el trabajador no pudo disfrutar el descanso y el empleador lo compensó en dinero o se acumularon varios periodos, pues acorde con el contenido de las manifestaciones de las partes en la negociación colectiva en todos esos años, lo importante es que las vacaciones se hubieren causado, sin que interese si el trabajador ejerció el descanso o el empleador lo suplió económicamente, de cualquier modo, la prima de vacaciones siempre sería reconocida, aspecto que el recurrente jamás puso en duda, tanto que en la sustentación hizo mención a que cuando hubo periodos compensados tanto el trabajador como otros compañeros de labores de la empresa, recibieron la prima de vacaciones.

Por consiguiente, esos pagos no ostentan naturaleza salarial, porque su propósito no es remunerar directamente la prestación del servicio, sino servir de complemento a un descanso obligatorio, y como incentivo a la estabilidad en el empleo por parte del trabajador.

Cabe precisar, que el hecho de que en los instrumentos colectivos las partes negociadoras **no hayan dispuesto que esos conceptos extralegales no son factor salarial, no lleva a entender, que ese silencio automáticamente les otorga esa connotación, ya que como lo tiene explicado la Sala, esa previsión no es la que despoja el pago de incidencia prestacional, sino su finalidad y estructura, lo que permite asignarle esos efectos, lo cual se debe desentrañar independientemente del nombre que se le haya asignado y la forma escogida para su reconocimiento.**

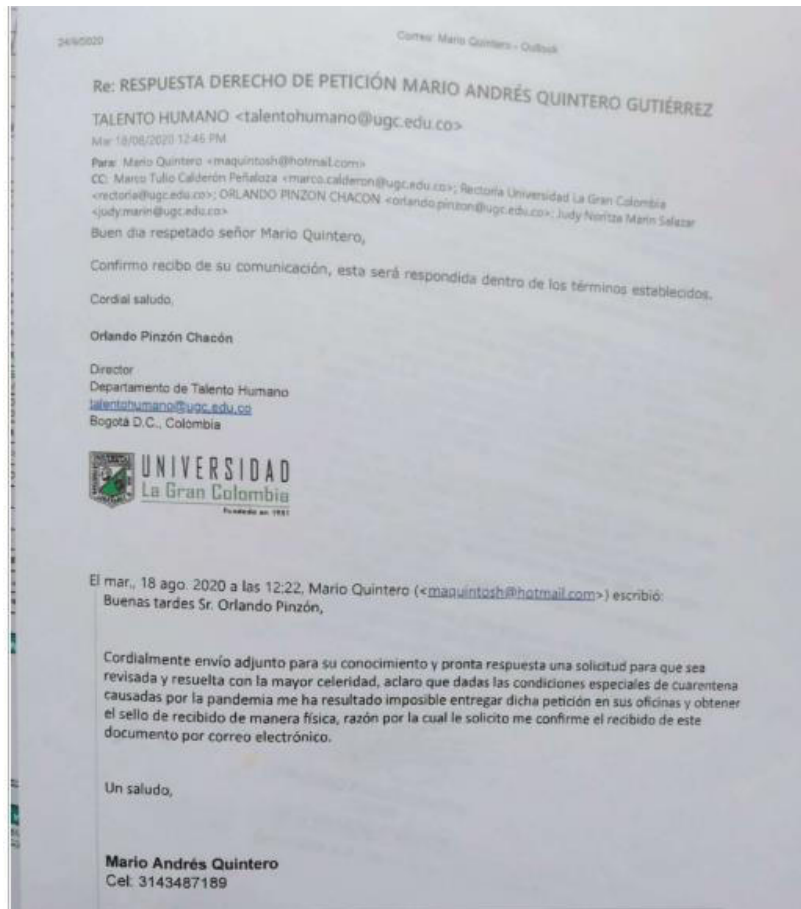
Además, se equivoca la censura al insistir, que las primas de vacaciones y de antigüedad por el solo hecho de haberse reconocido en los diversos periodos laborados y ante la existencia del contrato de trabajo, le otorgan naturaleza salarial, pues como lo ha explicado suficientemente la jurisprudencia de esta Corporación, diversos emolumentos surgen por cuenta del vínculo laboral, pero eso no significa que todos merezcan el calificativo de salario, ya que aquél es el que remunera directamente el servicio, esto es, la contraprestación por lo que haga o deje de hacer el trabajador, y que se relaciona con el objeto para el que fue contratado, pero como de esa relación surgen otras prerrogativas, tales como el descanso, las prestaciones sociales o las indemnizaciones, es decir, situaciones que amparan los riesgos del trabajo, su conexión con la familia y el resarcimiento de perjuicios, ellos también merecen una retribución, que si se generan pagos con ese propósito, quedan excluidos de incidencia salarial, porque se repite, su fin no es remunerar el servicio prestado sino complementar el bienestar del trabajador. (Subrayado y resaltado fuera del texto).

Continuando con la resolución del tercer problema jurídico y segundo punto de inconformidad de la parte demandante, en lo que se refiere a la aplicación del fenómeno prescriptivo ha de tenerse en cuenta que el art. 488 del CST y el art. 151 del CPT y de la S.S., disponen que las acciones correspondientes a los derechos regulados en la norma sustantiva prescriben en tres (3) años, que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible y a su turno

el precepto procesal indica, que “*el simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el empleador, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero sólo por un lapso igual*”.

Para resolver ha de tenerse en cuenta que la relación laboral que ligó a las partes finiquitó el 30 de septiembre de 2017, lo que quiere decir que el demandante contaba con la oportunidad de presentar reclamación hasta el día 30 de septiembre de 2020.

Al revisar el expediente digital grabado en el CD No. 1 y en el CD a folio 26 se observa que el demandante presentó⁸ vía correo electrónico talentohumano@ugc.edu.co al director de talento humano de la demandada ORLANDO PINZÓN CHACON, reclamación de su reliquidación de prestaciones con todos los factores salariales el 18 de agosto de 2020, es decir dentro del término trienal.



⁸ Folio 138, 139.

Y la demanda fue presentada el 17 de noviembre de 2020⁹ por lo que a juicio de esta Sala, el fenómeno extintivo no se configuró para presentar la acción laboral, pues no se superó el término trienal exigido en las referidas preceptivas, en las condiciones explicadas con antelación.

Sin embargo, ha de advertirse que el fenómeno prescriptivo sí se configuraría respecto de los derechos laborales que se hicieron exigibles antes del 18 de agosto de 2017; ahora teniendo en cuenta que la declaratoria de prescripción declarada por el juez de primer grado se decretó respecto de los derechos laborales causados con anterioridad al 18 de marzo de 2017 y que la parte demandante fue la única en recurrir este punto con el objeto de que no se declarará la prescripción respecto de ningún derecho, no se entrará a modificar la decisión en atención al principio de la no reformatio in pejus, al que incluso la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha hecho referencia en forma reiterada como consta en sentencia SL SL5596-2019, radicado 77172, con ponencia del Magistrado, Dr. Jorge Luis Quiroz Alemán, donde señaló:

“Pues bien, cabe recordar que el principio prohibitivo de la reformatio in pejus, consiste en que el superior no puede empeorar, agravar o perjudicar la situación del apelante único que busca mejorar su situación, o respecto de la parte en cuyo favor se surtió la consulta, puesto que constituye un límite al poder jurisdiccional del juez de alzada, como garantía del derecho fundamental al debido proceso.”

Por último, en lo que tiene que ver con la condena por sanción moratoria de que trata el art. 65 del CST, motivo de súplica del apoderado de la demandada, la jurisprudencia del órgano de cierre de esta jurisdicción ha señalado que ni su imposición ni su exoneración es automática, dado que es necesario determinar si el empleador actuó de mala fe al resistirse a reconocerle al trabajador los derechos laborales que contempla el orden jurídico. (CSJ SL, 24 abr. 2012, rad. 39600, CSJ SL9156-2015, CSJ SL1430-2018 reiteradas en sentencia SL-3345-2021).

Como se advirtió a lo largo de esta providencia se tiene que la parte demandada cimentó su defensa en el argumento de que los pagos por bonificaciones especial y de mera liberalidad eran ilegales, hecho que no probó dentro del plenario, más aun cuando el demandante aportó documentales de las que se infirió de forma válida y certera que dichos pagos fueron habituales,

⁹ Folio 2.

permanentes y periódicos durante los 4 años que se mantuvo el vínculo laboral, legajos que la demandada no desconoció y que incluso evidenciaron que el pago y liquidación de dichas bonificaciones tenían como soporte “*Resoluciones firmadas por el señor Rector en Custodia contabilidad para todos los años*” ¹⁰, las cuales no fueron aportadas por la universidad demandada.

No puede dejar de advertir esta colegiatura que la universidad demandada durante el tiempo que perduró la relación laboral del demandante (4 años) dicha entidad reconoció y pago las bonificaciones especial y de mera liberalidad de forma constante y periódica, sin percatarse de la existencia de alguna irregularidad, aunado a ello para esta colegiatura no es admisible que se alegue que el rector no autorizaba dichos pagos, cuando es evidente que en este tipo de instituciones educativas todos los pagos y actuaciones de manejo y administración del presupuesto deben contar con el visto bueno de varios directivos de la parte administrativa como incluso el mismo representante legal lo admitió en su interrogatorio donde de forma taxativa expreso “*todos los gastos de la universidad deben gozar de aprobación del Rector o Presidente y sacar los actos administrativos para cancelarlos*”, afirmación de la que se infiere que los pagos por bonificaciones especial y de mera liberalidad contaban con el acto administrativo que autorizaba su pago, pues de no ser así no explica la sala la razón de su pago, que se itera fue efectivo al menos a favor del demandante durante los 4 años que duró vinculado a la Universidad la Gran Colombia y de haberse advertido algún tipo de ilegalidad debió haber realizado los trámites interadministrativos correspondientes a fin de indagar y sancionar al responsable de esa falencia de nómina, situación que no ocurrió o al menos no se demostró.

Así las cosas, no existen razones jurídicas ni fácticas que lleven a declarar la revocatoria de la sentencia proferida por el Juez 23 laboral del Circuito de Bogotá D.C.

Agotada como se encuentra esta instancia, conforme las motivaciones precedentes, se confirmará en su totalidad la decisión de primer grado por las razones expuestas por esta Sala de decisión.

¹⁰ CD folio 26, folios 130-136

SIN COSTAS en esta instancia.

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

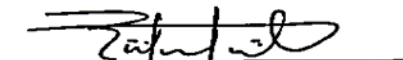
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR en su totalidad la sentencia proferida por el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá, acorde a lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR LUIS FELIPE BONILLA ARANA CONTRA IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA. (RAD 24 2018 00452 01).

Bogotá D.C., veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por ambas partes (folios 744 a 749), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con ocasión del recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, contra la sentencia proferida por el Juez Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá, el pasado 25 de junio 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, CD. folio 738), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR probados los hechos sustento de las excepciones de COBRO DE LO NO DEBIDO e INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN propuesta por la demandada.

SEGUNDO: ABSOLVER a la demandada de todas las pretensiones de la demanda incoadas por el señor LUIS FELIPE BONILLA ARANA, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

TERCERO: CONDENAR en costas a la parte demandante y a favor del demandado, para lo cual se fijan como agencias en derecho la suma de \$100.000, por secretaría tásense en la oportunidad correspondiente.

***CUARTO:** CONSULTAR la presente decisión ante la Sala Laboral del H. Tribunal Superior de Bogotá, en favor del demandante en el evento que no se interponga recurso de apelación contra la presente decisión.”*

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, que los elementos probatorios recaudados en el plenario dan cuenta de que la señora ASTRID LANCHEROS realizó la entrega del cargo de profesional grado 01 al doctor LUIS FELIPE BONILLA quien posteriormente pasó a ejercerlas en debida forma, teniendo por ende derecho a la nivelación salarial pretendida¹.

¹ **CD folio 738, Apoderado parte actora (0:01):** Gracias doctora entonces como lo planeo al inicio la sustentación del recurso de apelación va a ser muy concreta para efectos de eventualmente hacer la ampliación en la correspondientes alegaciones en segunda instancia pero no comparto el suscrito apoderado la posición del despacho en cuanto a que no se cumplió con la carga probatoria de demostrar el cumplimiento de las funciones por parte del demandante del cargo específico de profesional 01 y ello por cuanto el despacho encuentra que las funciones o actividades que eventualmente desempeñó el doctor LUIS FELIPE BONILLA ARANA corresponden según los evidencio a funciones propias del cargo de técnico 09 y el análisis su señoría se fundamenta en que las el manual de funciones del cargo profesional universitario 1 tiene una serie de funciones que el despacho encuentra no probadas en su totalidad yo no comparto la posición del despacho en cuanto a argumentación debido a que las funciones propias de las entidades públicas que se rigen por el servicio público propio de la función es decir los cargos de servidores públicos y empleados públicos en caso de las entidades que tienen la condición de vinculación de trabajadores en su condición de trabajadores públicos es el caso de la IMPRENTA NACIONAL si bien los manuales de funciones tiene una relación específica de funciones esas funciones por virtud del reparto de actividades en las distintas esferas y en las distintas oficinas tiene una distribución desconoce el fallo de primera instancia que de acuerdo con la ley de la experiencia no hay funcionarios propios de determinadas dependencias u oficinas en las entidades del estado que ejerzan todas las funciones propias del manual específico de funciones del determinado cargo en el que se encuentran eventualmente nombrados aquí en este asunto no queda duda señoría y así lo encontré probado el despacho que la señora ASTRID LANCHEROS recibió una orden directa del gerente de la IMPRENTA NACIONAL para efectos de entregarle su cargo y funciones al doctor LUIS FELIPE BONILLA ARANA ese aspecto dentro de la actuación procesal no tiene ninguna discusión es decir ese hecho como tal se encuentra plenamente demostrado pero resulta que se echa de menos dentro del fallo impugnado precisamente la totalidad de las funciones de la señora ASTRID LANCHEROS en cabeza del doctor LUIS FELIPE BONILLA ARANA vuelvo y repito la doctora ASTRID LANCHEROS entregó el cargo en sus funciones a través de un acta que no fue tachada de falsa ni desconocida por la entidad demandada y adicionalmente ella manifestó en su testimonio que le entregó la totalidad de las funciones desempeñadas por ella desempeñadas al doctor LUIS FELIPE BONILLA ARANA independientemente de que esas funciones que no se demostró tampoco fueran la totalidad de las funciones del cargo profesional 1 el fallo eventualmente se fundamenta en forma específica y casi única en el testimonio de la señora CAROLINA TRIANA pero aquí hay unos testimonios su señoría que debe tener en cuenta el Tribunal los testimonios del señor NESTOR BOJACA (no entendí) LANCHEROS y del señor LUIS ARIEL ROJAS quienes eventualmente dan cuenta de que las funciones que desempeñaba la señora ASTRID LANCHEROS eran las funciones que recibió y ejerció el doctor LUIS FELIPE BONILLA no solo en la subdirección inicial donde él se encontraba sino posterior en la oficina jurídica de la entidad y existen numerosa prueba documental igualmente en la que se demuestra las actividades que desarrollo el doctor LUIS FELIPE BONILLA aquí eventualmente su señoría y es el objeto del examen que debe realizar el Tribunal no existe ninguna duda de que esas funciones fueron las que recibió LUIS FELIPE BONILLA independientemente de que no correspondan a la totalidad vuelvo e insisto las funciones propias del manual de funciones de ese cargo porque lo que interesa para efectos de garantizar el principio de igualdad y de no discriminación laboral es precisamente que estas funciones correspondan a las que eventualmente desempeñaba la funcionaria que hizo dejación de su cargo para entregarle al doctor LUIS FELIPE BONILLA vaya problema que se genera su señoría en el asunto de los roles que se le asignan a determinados cargos porque es una forma muy odiosa de discriminar y de afectar y atentar los derechos de los trabajadores porque qué fácil es

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 FELIPE BONILLA ARANA, las pretensiones relacionadas en el acápite respectivo (fls. 2 a 3), las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos narrados en el escrito introductor (3 a 11) aspirando principalmente se declare que el señor LUIS FELIPE BONILLA ARANA durante el 20 de mayo de 2013 al 02 de septiembre de 2013, desempeñó las funciones correspondientes al cargo de

asignar un rol a un cargo no profesional pero con actividades propias de un cargo profesional que es lo que eventualmente es lo usual en la IMPRENTA para efectos de poder imponer y asignar funciones diversas a las de la propia actividad a cargo del técnico administrativo para efectos de burlar los derechos de los trabajadores me parece que es una situación muy odiosa la que se tiene en cuenta para efectos de poder establecer que las funciones que desempeño LUIS FELIPE BONILLA por virtud del rol asignado de analista jurídico sean las funciones propias de técnico administrativo 09 cuando el mismo despacho ha encontrado que las mismas funciones que el mismo desempeñaba estaban repartidas en distintos profesionales de distintos grados en la oficina jurídica es decir que también el despacho ha dado razón para efectos de determinar que esas mismas funciones asignadas en unos roles eventualmente de técnico administrativo son funciones propias del cargo de profesional entonces pues eventualmente no se comparte su señoría esa decisión en cuanto a que hay suficiente prueba que permite establecer que efectivamente las funciones que desempeñaba la señora ASTRID LANCHEROS que puede ser eventualmente que en su totalidad las que ella desempeñaba como profesional 1 no correspondiera a la estipuladas en forma específica y concreta en los numerales del manual de funciones para el cargo de profesional 1 si fueron entregadas al doctor LUIS FELIPE BONILLA sin ninguna excepción y sin ninguna excepción para efectos de que el asumiera ese tipo de funciones entonces considero que no se encuentran probadas las excepciones que el juzgado encuentra probadas que son el cobro de lo no debido y la inexistencia de la obligación como quiera que la prueba es contundente en cuanto a la demostración que la señora ASTRID LANCHEROS realizó la entrega de su cargo y funciones al doctor LUIS FELIPE BONILLA es más del testimonio de la funcionaria AROLINA TRIANA ROJAS que se vertió dentro de la actuación aparece que ella es consciente y acepta que ella no se le entregó el cargo ASTRID LANCHEROS ese cargo se lo entregó y ella lo acepta ese cargo lo recibió LUIS FELIPE BONILLA de ASTRID LANCHEROS entonces pues no me queda ninguna duda señoría de que la prueba que obra dentro del expediente es clara en cuanto a la demostración de la situación fáctica real de que el señor LUIS FELIPE BONILLA si ejerció esas funciones y que por tanto hay lugar a la nivelación salarial entonces los puntos centrales de esta impugnación es que no estoy de acuerdo con la valoración probatoria para efectos de terminar y absolver a la entidad demandada cuando lo que eventualmente y en forma real se encuentra probado es que el doctor LUIS FELIPE BONILLA si desempeño esas funciones propias del cargo de profesional 1 y tiene derecho a la nivelación salarial y a las demás pretensiones formuladas en el escrito inicial me resta decir su señoría que me causa extrañeza una decisión de este tipo en la que desconoce de forma fragante los derechos del trabajador por un formalismo propio de la consagración de un manual de funciones cuando está probado que eventualmente también que la persona que entregó el cargo no desempeñaba la totalidad de las funciones y que adicionalmente a eso se desconoce principios y valores de rango constitucional como es el principio de igualdad, el principio de no discriminación laboral y las garantías propias fundamentales de las personas y eventualmente el principio de favorabilidad en razón en que si alguna duda insistía sobre el verdadero rol del despacho cuando el despacho entiende que efectivamente las actividades que desempeñaba el doctor LUIS FELIPE BONILLA estaban repartidas también en ellos cargos profesionales 2, 3 y 4 de la oficina jurídica es evidente que lo mínimo que podía reconocerle por virtud del principio de favorabilidad pro operario era la nivelación salarial del cargo de profesional 1 que fue el que efectivamente le recibió a la doctora ASTRID LANCHEROS dejó de esta manera sucintamente sustentado el recurso su señoría con la posibilidad obviamente de ampliación en la correspondiente segunda instancia.

Profesional grado 01 en la subgerencia comercial y de Divulgación de la IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA; que durante el 03 de septiembre de 2013 al 15 de agosto de 2017, desempeñó las funciones correspondientes al cargo de profesional grado 01 en la oficina Asesora Jurídica de la Imprenta Nacional de Colombia y, en virtud de dichas declaraciones solicita se condene a la demandada al pago de ajuste salarial correspondiente a la diferencia del salario entre el cargo de operario calificado grado 03 y el de profesional grado 01; al reajuste cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicio, vacaciones, primas de vacaciones, bonificación por servicios prestados, bonificación de recreación, primas de navidad, primas de recompensa y aportes parafiscales, indexación e indemnización contenida en el art. 1 del Decreto 797 de 1949. **Obteniendo sentencia de primera instancia totalmente desfavorable a sus aspiraciones**, en tanto se absolvió a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra; como sustento de dicha decisión la a quo determinó que, con las pruebas traídas a juicio se colige que: i) el señor LUIS FELIPE BONILLA ARANA el 17 de mayo de 2013 recibió y fue entrenado en las funciones que cumplía la Doctora ASTRID RODRIGUEZ LANCHEROS como consta con el acta denominada inducción y entrenamiento; ii) que el cargo fue entregado al actor porque así lo designó el gerente; iii) que la señora RODRIGUEZ LANCHEROS le hizo un entrenamiento al actor; iv) que le entregó las funciones que tenía a su cargo en el área comercial donde le correspondía revisar los contratos interadministrativos, revisar las actas de inicio; verificar y llevar el control de los contratos; supervisar los contratos de obra editorial; realizar la revisión jurídica, técnica y administrativa para pasarlos a gerencia; v) que en la oficina jurídica el demandante revisaba contratos interadministrativos; vi) que en la oficina jurídica realizaba labores como contestar derechos de petición y la asistencia de audiencias; vii) precisó que en el testimonio de la señora CAROLINA MANTILLA se manifestó que la revisión de los contratos interadministrativos correspondía a la parte administrativa y que ella fue la persona a quien se le designó el cargo de Profesional grado 01; viii) concluyó que las funciones desempeñadas por el señor LUIS FELIPE BONILLA no eran propias del cargo de operario calificado 3 toda vez que en los manuales de funciones correspondían a responder por la maquina a su cargo; informar al superior inmediato sobre las novedades encontradas en el desempeño de sus funciones; responder por el buen estado de conservación de los equipos y

elementos de trabajo entregados a su cargo; entregar elementos y documento que le fueran requeridos entre otras; señaló que en efecto le asignaron algunas funciones que desempeñaba la Doctora ASTRID RODRIGUEZ LANCHEROS, sin embargo, afirma que el demandante no logró acreditar que cumpliera todas y cada una de las funciones que tenía a cargo el profesional grado 01; indicó que se demostró que las funciones de revisión de contratos interadministrativos en un principio era ejecutada por el actor pero que luego a fin de alivianar la carga laboral se distribuyó dicha labor a otras personas; que el actor no hacía una revisión legal de los contratos sino meramente estructural dirigida a verificar las fechas de ejecución de los contratos y encargarse de que los contratos fueran firmados; dijo que se demostró que las funciones que ejecutaba el demandante eran desarrolladas por las personas que tenían el cargo de técnicos administrativos grado 09 función que no era exclusiva del cargo del Profesional grado 01.

Teniendo en cuenta los antecedentes procesales relacionados, 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 12 de julio de 2005, la cual, a más de no haber sido objeto de debate probatorio, se constata con la documental obrante en el plenario (folios 20 a 23 y 299-302).

Así mismo, ha de tenerse en cuenta que de conformidad con el artículo 1º del Decreto 2469 de 2000 *“Por el cual se modifica la estructura de la imprenta Nacional de Colombia”*- La Imprenta Nacional de Colombia es una Empresa Industrial y Comercial del Estado, vinculada al Ministerio de Justicia y del Derecho, con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera, patrimonio propio e independiente, organizada conforme a las disposiciones establecidas en el capítulo décimo tercero de la ley 489 de 1998.

En lo que respecta a la calidad del personal vinculado a la convocada a juicio en el art. 11 de la Ley 109 de 1994 y en el art. 24 del Decreto 2469 de 2000 se dispuso.

“ARTÍCULO 11. Régimen legal de Personal. Las personas que trabajen al servicio de la imprenta Nacional de Colombia tendrán, el carácter de trabajadores oficiales, con excepción del Gerente General y los que consagren los respectivos estatutos para ser desempeñados por empleados públicos.

Acorde a lo reseñado se infiere que el señor LUIS FELIPE BONILLA ARANA ostenta la calidad de trabajador oficial, pues en dicha entidad ha asumido los cargos de OPERARIO CALIFICADO 03 y TECNICO ADMINISTRATIVO 09²

Hechas las precisiones del caso, en virtud del principio de consonancia, el problema jurídico en esta instancia se circunscribe en determinar, si el demandante tiene derecho a que se le reconozca y pague la nivelación salarial a partir del 20 de mayo de 2013 al 15 de agosto de 2017, teniendo en cuenta lo que se le reconocía al personal que desempeñaba el cargo de PROFESIONAL GRADO 01, 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*”³. 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 discriminatorio⁴.

² Folio 20, 31 y 36.

³ 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.

⁴ 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,

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

convicciones políticas, raza, etc.) y se expresa en el clásico principio de «a trabajo igual salario igual». Dicho con otras palabras: cuando 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 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.”

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 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 iguales⁵.

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 empleador 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 trabajo⁶.

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*”⁷

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

⁵ MOLINA MONSALVE. El derecho a la igualdad salarial: ¿A trabajo igual salario igual o a trabajo de igual valor salario igual?, página 167.

⁶ Sala de Casación Laboral. SL-270 de 2018.

⁷ 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.

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 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”)*⁸.

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 2011⁹, 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 OIT¹⁰, lo cierto es que su análisis no ha

⁸ Corte Suprema de Justicia SL-9290 de 2017.

⁹ *“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.”

¹⁰ “(...)

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.

trascendido 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.

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 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 5° 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).

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 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, en tratándose 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 respectiva¹¹.

Para resolver la Litis se precisa tener en cuenta que, dada naturaleza de la IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA ¹² esta entidad cuenta con una planta global de personal, que por disposición del numeral 10 del art. 11 del Decreto 2469 de 2000 es creada, modificada, suprimida o distribuida en las diferentes dependencias de la Empresa, grupos internos de trabajo, por el Gerente General quien también tiene la facultad de distribuir los cargos de la planta de personal de acuerdo a la estructura y las necesidades del servicio, y establecer el manual de funciones y requisitos de los cargos de la planta de personal.

Conviene aclarar el término planta de personal, es definido como el conjunto de los empleos permanentes requeridos para el cumplimiento de los objetivos y funciones asignadas a una organización; en el sub judice la elaboración de la planta de personal de la llamada a juicio se dio bajo la modalidad denominada planta de personal global que consiste en el *“conjunto de empleos que se puede ubicar de acuerdo a las necesidades de la entidad o sus dependencias, no se encuentran adscritos a un despacho determinado y pueden ser reubicados en cualquier momento.”*¹³

Ahora en el caso específico el demandante alega que desempeñando el cargo de OPERARIO CALIFICADO 03, por disposición de la Gerencia General empezó a desempeñar funciones propias del cargo de PROFESIONAL

¹¹ Sala de Casación Laboral. Sentencia SL-17462 de 2014.

¹² Decreto 2469 de 2000: **ARTÍCULO 1°.** *Naturaleza:* La Imprenta Nacional de Colombia es una Empresa Industrial y Comercial del Estado, vinculada al Ministerio de Justicia y del Derecho, con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera, patrimonio propio e independiente, organizada conforme a las disposiciones establecidas en el capítulo décimo tercero de la ley 489 de 1998.

¹³ <https://www.funcionpublica.gov.co/glosario/-/wiki/Glosario+2/Planta+Global>

GRADO 01 en la Subgerencia Comercial y de Divulgación de la Imprenta Nacional de Colombia a partir del 20 de mayo de 2013.

En su defensa la parte demandada indicó que el actor fue delegado por la gerencia general para formalizar la entrega del cargo de la funcionaria saliente ASTRID RODRIGUEZ LANCHEROS quien desempeñaba el cargo de PROFESIONAL GRADO 01, sin que de ello pudiera entenderse que al funcionario se le hizo una asignación de funciones o de cargo.

A folios 24 a 25 la parte demandante aportó documental denominada INDUCCION Y ENTRENAMIENTO suscrita únicamente por el señor LUIS FELIPE BONILLA que data del 17 de mayo de 2013; en la que se registró como cargo el de OPERARIO CALIFICADO 04; en la casilla de rol el de COORDINADOR GRUPO PROMOCIÓN Y DIVULGACIÓN y como ingreso el de cambio de cargo o rol, para el proceso de ANALISTA DE CONTRATOS.

Documento que no fue tachado por la demandada, sin embargo, de la lectura de dicho formato en el folio 25 lo único que puede inferirse es que la señora ASTRID RODRIGUEZ LANCHEROS entregó al señor LUIS FELIPE BONILLA las tareas correspondientes al procedimiento de ANALISTA DE CONTRATOS; la base de datos de contratos 2012-2013; la base de datos de cuentas de cobro de diario para ingresar los nuevos contratos; las AZ de los contratos de publicaciones en el diario oficial de los años 2012-2013 y de correspondencia de los mismos años y las carpetas de todos los contratos de los años 2011, 2012 y 2013, entrega que no necesariamente implica que el actor como funcionario que recibió la inducción haya asumido y ejecutado a partir del 17 de mayo de 2013 las funciones de PROFESIONAL 01; además de esto, en el escrito ni siquiera se hizo mención específica a este cargo.

Otro punto que llama la atención de esta sala de decisión es que, de la revisión minuciosa del expediente se encuentran más formatos de empalme de roles y funciones suscritos por el actor; de ellos se infiere que el señor LUIS FELIPE en diversas oportunidades fue designado por su empleadora para recibir las actividades que tenían a su cargo funcionarios que se retiraban o que eran trasladados de dependencia, como se pasa a relacionar:

TIPO DE EMPALME	FUNCIONARIO QUE REALIZA	CARGO	DEPENDENCIA	FUNCIONARIO QUE RECIBE	CARGO	DEPENDENCIA	ACTIVIDAD OBJETO DE EMPALME	FOLIOS
DELEGACION DE PUESTO DE TRABAJO	CIELO ROCIO PRADA	PROFESIONAL 01	PROGRAMACIÓN GACETAS	LUIS FELIPE BONILLA	OPERARIO CALIFICADO 03	DIARIO OFICIAL Y GACETAS	PROGRAMACIÓN GACETA DEL CONGRESO Y GACETA DE CUNDINAMARCA; DAR INFORMACIÓN SOBRE PUBLICACIONES AL CONGRESO DE LA REPUBLICA Y GOBERNACIÓN DE CUNDINAMARCA	381-382
TRASLADO DE DEPENDENCIA	GLORIA PEREZ GUACANE ME	TECNICO CALIFICADO 03	PREPrensa DIARIO OFICIAL Y GACETAS	LUIS FELIPE BONILLA	OPERARIO CALIFICADO 03	PREPrensa DIARIO OFICIAL Y GACETAS	INDUCCION EN EL APLICATIVO ORACLE	385-387
CAMBIO DE CARGO O ROL	ANA DELINA SAENZ PARRA	TECNICO CALIFICADO 03	GRUPO DE CORRECCIÓN	LUIS FELIPE BONILLA	OPERARIO CALIFICADO 03	GRUPO PLANEACIÓN Y PROGRAMA CIÓN DE LA PRODUCCIÓN	PROGRAMACION DEL DIARIO OFICIAL	412-414

De lo descrito se advierte que al existir en la IMPRENTA NACIONAL una planta global de personal de 252 cargos¹⁴, ello permite que en forma general se determinen los empleos que requiere la entidad, sin la necesidad de que sean designados a una dependencia en particular, permitiendo que sean movidos de una dependencia a otra de acuerdo con las necesidades de la entidad, a fin de lograr mayor agilidad, dinamismo y una mejor utilización del recurso humano; sin que se vea afectada la producción por los traslados o ausencias del personal cuando entran en periodo de vacaciones, incapacidad o simplemente se retiran del servicio.

Ahora al revisar el contrato de trabajo suscrito por el señor demandante y la convocada a juicio (fls. 20-23 y 299-302) se observa que ingresó el 12 de julio de 2005, para desempeñar el cargo de OPERARIO CALIFICADO 03, que según Resolución 166 del 22 de marzo de 2002 “Manual de funciones y requisitos de los diferentes empleos de la planta de personal de la Imprenta

¹⁴ Decreto 2470 de 2000: “ARTICULO 3. Fijase la planta global de personal de los trabajadores oficiales de la Imprenta Nacional de Colombia en doscientos cincuenta y dos (252) cargos.”

- Acuerdo No. 003 del 2002, folios 524-528.

Nacional de Colombia” (fls. 529-607), es un cargo ‘de nivel técnico que tiene como funciones¹⁵:

“

1. *Responder por la maquina a su cargo, observando las normas de seguridad y cuidado establecidas, tanto por el fabricante como por la Imprenta Nacional, estableciendo sus propios controles en el manejo de la misma.*
2. *Informar al superior inmediato sobre las novedades encontradas en el desempeño de sus funciones.*
3. *Responder por el buen estado y conservación de los equipos y elementos puestos bajo su responsabilidad y adoptar los mecanismos para su protección y uso adecuado.*
4. *Entregar de acuerdo con instrucciones, elementos y documentos que sean solicitados.*
5. *Solicitar oportunamente el mantenimiento, revisión o reparación de los equipos a su cargo, para su correcta y eficiente operación.*
6. *Responder por el inventario a su cargo, darle uso adecuado y reportar por escrito a la dependencia correspondiente, cualquier novedad que se presente.*
7. *Las demás funciones que le sean asignadas por el superior inmediato, de acuerdo con el nivel, la naturaleza y el área de desempeño del empleo y con la formación y adiestramiento del funcionario”.*

Ese cargo lo desempeñó en el área de mantenimiento como lo indicó el demandante y el testigo NESTOR RAUL BOJACA¹⁶, quien también es trabajador de la demandada en el cargo de PROFESIONAL 04; presidente del sindicato SINTRAIMPRENAL, además hace parte de la Junta Directiva de la IMPRENTA NACIONAL¹⁷ y del Comité de relaciones laborales¹⁸, testimonio que la sala califica como pertinente y conducente, pues el deponente fue claro y detallado en el relato de las circunstancias en que el señor LUIS FELIPE desempeñó sus labores, hechos que obviamente conoció de forma directa no sólo por compartir labores en la misma entidad; el testigo es miembro de la organización sindical a la que pertenece el trabajador y además miembro del comité de relaciones laborales de la convocada a juicio, actividad por la que conocía de primera mano los movimientos de personal, cambios de roles y procedimientos que se llevaban a cabo para ese tipo de diligencias administrativas.

Corolario a lo anterior las documentales: memorando GDTH-1760-0753 y memorando MG-0160 obrantes a folios 337 y 380, dan cuenta de la pertenencia del demandante a la Subgerencia de Producción-Grupo de

¹⁵ Folio 600.

¹⁶ Testigo solicitado por el demandante y decretado por la Juez de primer grado en audiencia del 04 de febrero de 2020, CD folio 681 y acta obrante a folios 686-687.

¹⁷ Ello en virtud de lo dispuesto en el art. 8 del Decreto 2469 de 2000.

¹⁸ Como consta a folios 26 y 663-666.

Mantenimiento¹⁹ hasta el día 22 de diciembre de 2008, fecha a partir de la cual fue trasladado al grupo de Programación de la subgerencia de producción.

El Grupo de Programación de la subgerencia de producción tiene como funciones²⁰:

- “1. Revisar y organizar los materiales que se reciben en la entidad para la elaboración de los trabajos.
2. Efectuar la Programación y distribución, según prioridades de los trabajos recibidos, determinando la ruta crítica y las necesidades de materia prima.
3. Resolver las consultas sobre las fechas de entrega de los trabajos solicitados, tanto a los clientes internos como externos.
4. Velar por el cumplimiento de los estimativos de tiempo de la programación de la producción y reprogramarla en los casos que sea necesario.
5. Responder por las actas de aprobación de artes finales previas a los trabajos ordenados por los clientes.
6. Preparar y presentar los informes requeridos por las diferentes dependencias.”

En esa dependencia el señor BONILLA tenía como funciones específicas²¹:

- “1. Realizar la verificación de los documentos recepcionados para ser publicados en el diario oficial.*
- 2. Verificar que el pago para una publicación de un documento, esté de acuerdo con lo cotizado o lo indicado en la tabla de tarifas vigente de la entidad.*
- 3. Recibir y revisar los originales y archivo en medio magnético que llegan a su área para la elaboración de Diario Oficial.*
- 4. Organizar y priorizar los documentos a publicar en Diario Oficial.*
- 5. Consultar la existencia de presupuesto en los contratos interadministrativos, para la publicación de documentos en el Diario Oficial.*
- 6. Contestar las consultas sobre las fechas de publicación de los documentos recibidos en el Diario oficial.*
- 7. Atender los requerimientos, recibir los documentos de las Gacetas del Congreso en ausencia circunstancial de los Programados de Gacetas y programar lo urgente.*
- 8. Informar mensualmente mediante relación al Subgerente de Producción, los valores faltantes por derechos de publicación en el Diario Oficial.*
- 9. Cumplir con las normas de Salud Ocupacional, higiene y seguridad Industrial.*
- 10. Prestar servicio de apoyo en el área cuando sea requerido.*
- 11. Ejercer el autocontrol para el mejoramiento continuo de los procesos con el fin de lograr el cumplimiento de la misión institucional.”*

¹⁹ Según lo dispuesto en la resolución No. 167 del 22 de marzo de 2002, la subgerencia de producción para la ejecución de sus actividades se divide en ocho grupos: Grupo de programación de la producción; Grupo de digitación; Grupo de diagramación; Grupo de corrección de texto; Grupo de Fotomecánica; Grupo de Impresión; Grupo de Producto terminado y Grupo de Mantenimiento. (fls.608-614).

²⁰ Resolución No. 167 del 22 de marzo de 2002, folio 612 vto.

²¹ Certificación de funciones como OPERARIO CALIFICADO 03 del Grupo de Planeación y Programación de la Producción de la Subgerencia de Producción, folios 407-408 y 416-417.

Ahora para mayo de 2013 el señor LUIS FELIPE aduce que como OPERARIO CALIFICADO 03 fue designado verbalmente por la Gerente General para recibir las funciones que tenía a su cargo la señora ASTRID RODRIGUEZ LANCHEROS quien desempeñaba el cargo de PROFESIONAL 01 en la Subgerencia comercial y de divulgación en el grupo de mercadeo y ventas²².

El grupo de mercadeo y ventas, según Resolución 167 del 22 de marzo de 2002²³ tenía como funciones:

- “1. Proponer políticas y desarrollar estrategias de mercadeo y ventas.*
- 2. Programar y ejecutar las acciones para promover la venta de los productos y servicios ofrecidos por la empresa.*
- 3. Desarrollar estrategias, para lograr una mayor cobertura en el mercado de las artes gráficas.*
- 4. Administrar y mantener actualizada las bases de datos de los clientes.*
- 5. Elaborar las cotizaciones solicitadas con la oportunidad requerida.*
- 6. Coordinar con la Subgerencia de Producción la elaboración oportuna de los trabajos contratados.*
- 7. Efectuar los estudios requeridos para expedir las autorizaciones solicitadas, para la edición e impresión con otras empresas.”*

Las funciones que tenía a cargo la señora ASTRID RODRIGUEZ LANCHEROS como PROFESIONAL 01 consistían en²⁴:

- “1. Revisar las especificaciones técnicas, económicas y jurídicas de los documentos de contratación interadministrativa.*
- 2. Actualizar, verificar, controlar y efectuar seguimiento a la información correspondiente a los documentos de contratación, hasta la liquidación del mismo.*
- 3. Verificar, tramitar, efectuar seguimiento a los documentos necesarios para la legalización del proceso de contratación y actas de liquidación.*
- 4. Apoyar el proceso de evaluación técnica a los procesos licitatorios, para subcontratación de obra editorial con terceros, previa aprobación de las entidades del orden nacional.*
- 5. Tramitar oportunamente la devolución de los documentos que intervienen en el proceso de contratación con el cliente.*
- 6. Solicitar y efectuar seguimiento a las prórrogas de los contratos u órdenes de servicio requeridas por los funcionarios del área.*
- 7. Elaborar las cotizaciones de derechos de publicación de licitaciones y actos administrativos en el Diario Oficial de acuerdo a las tarifas y parámetros establecidos.*
- 8. Tramitar y remitir a la dependencia respectiva las publicaciones del Diario Oficial aprobadas por los clientes.*
- 9. Verificar, controlar, hacer seguimiento y emitir informe sobre la publicación de avisos de licitación en el Diario Oficial.*
- 10. Cumplir con las metas fijadas en el plan de mercadeo y los procedimientos e instrucciones definidas dentro del sistema de Gestión de Calidad.*

²² Folio 462.

²³ Folio 611 vto.

²⁴ Folio 462.

11. Apoyar las actividades de área cuando se requiera.

12. Ejercer el autocontrol para el mejoramiento continuo de los procesos, con el fin de lograr el cumplimiento de la misión Institucional.”

Lo relacionado encuentra correspondencia con lo indicado por la señora RODRIGUEZ LANCHEROS quien como testigo solicitado por el demandante en audiencia de fecha 04 de febrero de 2020 indicó: i) que fue empleada de la imprenta desde el 2000 al 2013, ii) que desempeñó el cargo de PROFESIONAL 01, en el área comercial, iii) que realizaba labores de revisión de los contratos interadministrativos, supervisión, realizaba actas de inicio, llevaba el control de los contratos; supervisaba los contratos de obra editorial y hacia la revisión jurídica, técnica y administrativa para pasarlos a firma de la gerente. iv) que por orden de Gerencia le entregó el cargo al señor LUIS FELIPE BONILLA, realizando el entrenamiento respectivo; v) aclaró que la revisión por ella realizada a los contratos interadministrativos consistía en verificar que estuvieran acordes con la normatividad establecida en la imprenta y darles el visto bueno correspondiente para la firma de la Gerencia.

Por su parte, el señor LUIS FELIPE BONILLA en el interrogatorio de parte surtido ante la Juez de primer grado indicó que una vez recibió orden verbal de gerencia procedió a recibir el cargo de la señora ASTRID RODRIGUEZ LANCHEROS y asevera que a partir de dicha data²⁵ empezó a desempeñar actividades de revisión de los contratos interadministrativos de las entidades que contratan los servicios de la imprenta, precisó que dicho contratos llegaban en minutos para revisión, que consistía en cotejar con los estudios previos, con las cotizaciones, haciendo las observaciones del caso para que la entidad contratante hiciera las correcciones de acuerdo a lo convenido y observado en cuanto a las especificaciones técnicas, cantidades, precios y valores que tenía como referencia la Imprenta Nacional.

Indicó que también quedó a cargo de dar aprobación a los contratos para posteriormente dar traslado al documento para la firma del gerente general de la entidad.

De la revisión de las pruebas aportadas por el demandante, encuentra esta sala que lo único que se acredita, como ya se advirtió en precedencia es una

²⁵ 17 de mayo de 2013.

entrega de actividades y documentos que tenía a cargo la señora ASTRID RODRIGUEZ (fls.24-25) de la que no se puede inferir que el demandante desde dicha data hasta el 02 de septiembre de 2013 haya asumido las funciones encaminadas a la revisión de los aspectos jurídicos de los contratos interadministrativos y cada uno de los roles que tenía a cargo la PROFESIONAL 01.

Si bien al revisar las documentales aportadas por el demandante a folios 110-114 se observa una comunicación calendada 27 de agosto de 2013 con destino al ICBF por medio de la cual la Imprenta Nacional devuelve un acta de liquidación de contrato, de dicho documento no se puede inferir que el señor LUIS FELIPE haya realizado la revisión legal, técnica y administrativa correspondiente que generó tal devolución.

En lo que tiene que ver con los testimonios de la señora ASTRID RODRIGUEZ, NESTOR RAUL BOJACA y LUIS ARIEL ROJAS, traídos a juicio por el demandante, tampoco es posible colegir que para ese periodo de tiempo (20 de mayo de 2013 a 02 de septiembre de 2013) éste haya realizado las actividades de revisión jurídica de la contratación, pues si bien tanto el señor NELSON BOJACA como el señor LUIS ARIEL ROJAS indicaron que el actor asumió la revisión de los contratos interadministrativos, los deponentes no explicaron con claridad y de forma detallada en qué consistía tal revisión; Por el contrario, el demandante en su interrogatorio indicó que el rol por él desempeñado consistía en: *“un cotejo o revisión minuciosa entre las cotizaciones y las minutas de los contratos que enviaban las entidades contratantes; encargándose de hacer las observaciones en cuanto a las especificaciones técnicas, cantidades, precios y valores de acuerdo a lo cotizado por la Imprenta”*; labor que a juicio de esta colegiatura no puede considerarse como de tipo jurídico o legal, sino como evidentemente técnica y de tipo administrativo que incluso concuerda con las funciones:

- “2. Informar al superior inmediato sobre las novedades encontradas en el desempeño de sus funciones.
- 4. Entregar de acuerdo con instrucciones, elementos y documentos que sean solicitados.
- 6. Responder por el inventario a su cargo, darle uso adecuado y reportar por escrito a la dependencia correspondiente, cualquier novedad que se presente.

7. Las demás funciones que le sean asignadas por el superior inmediato, de acuerdo con el nivel, la naturaleza y el área de desempeño del empleo y con la formación y adiestramiento del funcionario.”

Establecidas para el cargo de OPERARIO CALIFICADO 03 en la Resolución 166 del 22 de marzo de 2002 *“Manual de funciones y requisitos de los diferentes empleos de la planta de personal de la Imprenta Nacional de Colombia”*.

Así las cosas, el hecho de que de forma provisional se hubiese encargado al demandante la recepción del rol de ANALISTA DE CONTRATOS que tuvo a su cargo la señora ASTRID RODRIGUEZ, no implica que se haya materializado un cambio de cargo, ni mucho menos un cambio del propósito esencial del empleo del que era titular el demandante como OPERARIO CALIFICADO 03, pues se itera, seguía desempeñando un rol de revisión técnica y administrativa de documentos, previa firma de la Gerencia sin que de ello pueda desprenderse que además existía una revisión legal o asesoría jurídica en cuanto a los procesos de contratación, pues este aspecto no fue probado en el trámite procesal; aunado al hecho de que la misma señora ASTRID RODRIGUEZ en su testimonio indicó que no tenía conocimiento del porque debía hacer entrega de sus actividades y material a su cargo al señor LUIS FELIPE BONILLA, simplemente dio cumplimiento a una directriz dada por gerencia ante la premura de las diligencias de su retiro, afirmación de la que se colige que para esa data la funcionaria saliente no tenía conocimiento de la persona que sería designada en el cargo.

Otro punto que también quedó acreditado es que, el cargo de PROFESIONAL 01 que ocupaba la señora ASTRID había sido provisto por concurso de méritos, así lo explicó el testigo NESTOR BOJACA quien informó que la señora ASTRID fue designada en el cargo de PROFESIONAL 01 al haber ocupado el primer puesto en el concurso de méritos realizado por la Imprenta derivado de una negociación colectiva, donde se tocó el tema de hacer unos ascensos para los cargos de profesionales; indicó que una vez ella renunció se hizo un comité de relaciones laborales para definir qué persona asumiría esa vacante y se concluyó que quien debía ser elegido era la persona que ocupó el segundo puesto en el concurso el señor LUIS ARIEL ROJAS.

Dicha circunstancia se ratifica con el documento obrante a folios 663-666, que corresponde al acta No. 06 de fecha 27 de mayo de 2013 del Comité de Relaciones Laborales donde expresamente se decidió:

“2. PROPUESTA DE ASIGNACIÓN DE LA VACANTE DE LA CONVOCATORIA. La Administración, propone al Comité que en consideración a la renuncia y retiro de la entidad de la Sra. ASTRID LANCHEROS, la vacante que queda como resultado del concurso de méritos sea ocupada por ARIEL ROJAS; quien fue segundo en este examen.

...

El Comité de manera unánime recomienda a la Gerencia General, proveer el cargo de Profesional 03 al señor ARIEL ROJAS, Quedando pendiente el recorrido (escalera) del cargo que deja el trabajador señalado, recordándose el compromiso de ascenso de EDWIN ALEXANDER RIVERA FERNANDEZ del grupo de diseño y diagramación.”

De la lectura del acta de comité se extrae que no se hizo postulación alguna del señor LUIS FELIPE BONILLA para proveer el cargo que la señora ASTRID LANCHEROS dejó vacante y de forma casi inmediata el cargo fue asumido por el señor LUIS ARIEL ROJAS respetando con esa decisión la lista de elegibles del concurso de méritos y el debido proceso.

De lo hasta aquí relacionado esta instancia confirma la decisión de la a quo respecto a las pretensiones que persiguen la nivelación salarial que supuestamente causó el señor BONILLA para el periodo comprendido entre el 20 de mayo de 2013 al 02 de septiembre de 2013, pues contrario a lo afirmado por el apoderado demandante, los medios probatorios no acreditan circunstancias fácticas sobre las que se pueda cimentar una condena por concepto de nivelación salarial, cuando lo único que se coligió fue el cumplimiento de una actividad provisional de revisión técnica y administrativa de contratos, que como se explicó podía ser cumplida por cualquier OPERARIO CALIFICADO, dada la flexibilidad de la planta de personal, característica propia de las entidades con planta global, en donde las funciones no están ligadas al cargo en sí, sino al número de funcionarios que puedan cumplirlas, independientemente de la dependencia a la cual pertenezcan.

Acorde a lo dicho, en el caso sometido a estudio se tiene que el señor LUIS FELIPE BONILLA en el cargo de OPERARIO CALIFICADO 03 de la Subgerencia de Producción-Grupo de Planeación y Programación, tenía

como funciones: “*verificar los documentos recepcionados; verificar el pago de las publicaciones, recibir y revisar los originales y archivos*” las que también realizó en la Subgerencia Comercial y de divulgación-Grupo de Mercadeo y ventas donde revisaba, verificaba y cotejaba que los estudios previos, la oferta, las cotizaciones, coincidieran con lo señalado en los contratos interadministrativos para que pudieran ser aprobados por el gerente general, circunstancia que el demandante confesó de forma detallada en su interrogatorio.

Ahora, y en lo que atañe a la nivelación salarial pretendida para el periodo comprendido entre el 03 de septiembre de 2013 y el 15 de agosto de 2017.

El demandante aportó a folios 26-29, acta de comité de relaciones laborales No. 009 del 30 de agosto de 2013 en el que la gerencia propuso la reorganización del área de subgerencia comercial en 4 grupos: Grupo de promoción y divulgación; Grupo de terceros; Grupo de mercadeo y venta y Subgerencia comercial; ello en virtud de que conforme lo dispuesto en la Resolución 167 del 22 de marzo de 2002 existían en esa subgerencia 3 grupos: Grupo de promoción y divulgación;; Grupo de mercadeo y ventas y Grupo de Despachos.

En virtud de dicha reorganización el demandante fue trasladado a la oficina jurídica desempeñando el mismo cargo y devengando el mismo salario, a partir del 03 de septiembre de 2013 (fls. 30 y 434-436) en esa nueva dependencia el demandante desempeñó el rol de ANALISTA JURIDICO que tenía como actividades generales²⁶:

- “1. Colaborar en la organización y sistematización de la información y documentos para la elaboración de informes, estudios, investigaciones y demás trabajos de la dependencia de conformidad con las instrucciones que le imparta el jefe inmediato.
2. Llevar a cabo las actividades de soporte necesarias para el cumplimiento de las actividades, planes programas y proyectos del área de desempeño de conformidad con las instrucciones que le imparta el jefe inmediato.
3. Participar en la elaboración de estudios y estadísticas y demás trabajos que se requieran en la dependencia de acuerdo con las instrucciones del jefe inmediato y presentar los informes de carácter técnico respectivo.

²⁶ Modificación al contrato individual de trabajo celebrado entre la Imprenta Nacional y el señor LUIS FELIPE BONILLA, Folios 443-444 y 464.

4. Ejercer actividades de supervisión e interventoría de contratos que le sean asignados, atendiendo a los manuales y procedimientos establecidos.
5. Participar en el desarrollo y sostenimiento del Sistema Integrado de Gestión Institucional y sus subsistemas.”

Y como actividades específicas:

- “1. Realizar todas las gestiones de los contratos interadministrativos celebrados en otras empresas del Estado.
- 2) Preparar el proyecto de liquidación de los contratos interadministrativos cuando a ello hubiere lugar.
- 3) Proyectar respuesta consultas, solicitudes de concepto y derechos de petición.
- 4) Participar en la elaboración de los proyectos de demandas, solicitudes y respuestas a conciliaciones prejudiciales y judiciales, así como proyectar la respuesta de consultas, solicitudes de concepto y derechos de petición.
- 5) Participar en la elaboración de proyectos de actos administrativos necesarios para el normal desarrollo de los asuntos de la Empresa.
- 6) Desempeñar las demás actividades que le sean asignadas por autoridad competente y correspondan al nivel, naturaleza y el área de desempeño del cargo.”

Dichas actividades fueron ratificadas con el testimonio del señor LUIS ARIEL ROJAS CASTAÑEDA, quien fue la persona que se posesionó en el cargo que dejó vacante la señora ASTRID RODRIGUEZ; es compañero de trabajo del actor y compartieron labores en la oficina jurídica de la imprenta nacional.

El deponente indicó que en el área jurídica el señor BONILLA desempeñó las funciones de revisión de contratos interadministrativos (rol que pasó a formar parte de la oficina jurídica por decisión de la gerencia y del comité de relaciones laborales) resolvía derechos de petición, en ocasiones lo asistía en audiencias y revisaba poderes, sin embargo no indicó cuales eran en concreto los aspectos que revisaba el demandante.

Precisó que tiempo después la revisión de contratos se dividió entre las funcionarias CIELO PRADA y CAROLINA MANTILLA ello con el fin de descongestionar la carga laboral que tenía a su cargo el señor BONILLA.

De lo relacionado se considera que el testigo fue preciso y espontáneo en su relato, al cual se le da plena credibilidad, pues conoce de forma directa las condiciones de tiempo, modo y lugar en las que el señor BONILLA realizaba sus labores para el área jurídica, ya que como PROFESIONAL 03 y asesor jurídico de la oficina jurídica conocía de primera mano el trabajo del actor, quien incluso debía atender algunas de sus instrucciones tanto así que

manifestó que en algunas ocasiones lo asistía en audiencias, ello teniendo en cuenta los estudios e idoneidad del demandante, quien para la época ostentaba el título de abogado y de especializado en Derecho Administrativo como se advierte de los folios 378, 379 y 399.

Sin embargo, de lo relatado por el deponente tampoco se advierte que entre el 03 de septiembre de 2013 y el 02 de agosto de 2017 el señor BONILLA realizaba las labores que tenía a cargo un PROFESIONAL del área jurídica, recordemos que tan sólo indicó que se hacía cargo de la gestión y revisión de contratos interadministrativos, que resolvía derechos de petición, que en ocasiones lo asistió en audiencias y que revisaba poderes manifestaciones que no contrarían lo confesado por el demandante quien siempre manifestó que su rol como analista de contratos consistía en cotejar las minutas de contratos de las entidades contratantes con los estudios previos, cotizaciones, especificaciones técnicas, cantidades, precios y valores de acuerdo a lo cotizado por la hoy demandada y que incluso asistía audiencia de conciliación.

Si bien es cierto el demandante en su interrogatorio declaró que hacía revisión jurídica a los manuales de contratación de la entidad; calificó propuestas y representó a la entidad en reuniones ante empresas con la autorización de la jefe jurídica de la época y el subgerente financiero, dichas manifestaciones no cuentan con respaldo probatorio, ninguno de los testigos por él solicitados hizo referencia a esas especiales circunstancias y aunado a ello no existe prueba documental que dé cuenta del desempeño de esas funciones, y si con las documentales aportadas a folios 57-69 pretendía acreditar los roles que como PROFESIONAL 01 ejercía, cierto es que de su valoración no puede desprenderse la ejecución de dichas funciones.

Nótese que en dichas documentales (folios 6, 65 y 67) sólo se plasma una nota de “revisión” seguida de la firma del señor BONILLA, ello como constancia del cumplimiento de su labor de verificación; luego se observa la firma de la señora GLORIA ACONCHA, quien para la época ejercía como Jefe de la oficina Asesora Jurídica²⁷ y quien si tenía a su cargo la responsabilidad de aprobar los contratos para pasarlos a Gerencia.

²⁷ Folio 505.

Pues bien, analizadas las pruebas recaudadas durante el trámite procesal se concluye que no existe soporte que permita generar algún tipo de condena en contra de la Imprenta Nacional; el demandante no entregó mayores insumos para acreditar esa desigualdad salarial que demanda; aunado a ello y de la valoración conjunta de la demanda, su contestación y, particularmente las motivaciones del demandante para ejercer la acción, es posible establecer que lo que persigue el demandante no es en estricto sentido una nivelación salarial en aplicación del principio “*a trabajo igual salario igual*” justificado en la irrazonable diferencia de la retribución de un cargo y otro o entre una u otra persona que desarrolla su misma actividad, pues lo que pretendió demostrar a lo largo del juicio es su idoneidad para acceder al cargo de profesional grado 01 de la planta de personal global en tanto cuenta con título en derecho y especialización en derecho administrativo, es decir, la demanda está encaminada a obtener un incremento salarial con asidero en las aptitudes y competencias profesionales del actor, así como el título de especialización con el que cuenta como si se tratara de un ascenso o de la simple equiparación del salario en razón, únicamente, a la acreditación de sus estudios profesionales.

Ahora, aun cuando se diera una intelección distinta al escrito introductor con base en los fundamentos y razones de derecho allí descritos (folios 11-13) y se entendiera que, en efecto, lo pretendido es la nivelación salarial, lo cierto es que los presupuestos para la aplicación de tal principio no se encuentran satisfechos en el sub examine, en atención a que no se avizora un parámetro de comparación que diera lugar a la prosperidad de las pretensiones, pues, como se indicó en precedencia, para aplicar el principio de *a trabajo igual salario igual*, no solo basta afirmar que el cargo ocupado tiene la misma jerarquía al del otro, sino demostrar una verdadera igualdad, frente a la persona o personas con las cuales se busca el término de comparación, o en este caso particular demostrar la ejecución de las funciones designadas al cargo de PROFESIONAL 01 con el que pretendía la equiparación.

Lo anterior, por cuanto al solicitarse la nivelación salarial, deben analizarse que efectivamente existan circunstancias de igualdad que den lugar a una comparación, aspecto que brilla por su ausencia, por lo que como se dijo para establecer la igualdad salarial, no basta con contar con los requisitos exigidos para el cargo al que pretende sea nivelado, sino que deben analizarse otras

circunstancias, pues el principio de trabajo igual salario igual, pretende evitar la discriminación salarial o prestacional ante circunstancias objetivamente idénticas; así lo señaló la máxima Corporación en sentencia 38475 de 22 de enero de 2013, en donde por demás se recuerda la línea jurisprudencial uniforme y reiterada sobre el tema.²⁸

²⁸ “...Ahora bien, haciéndose abstracción de la norma que debiera regular el caso, por cuanto en últimas de lo que se trata en lo esencial a cualquier norma que prevea la igualdad laboral es de censurar la permisión de factores o circunstancias de inequidad en las relaciones del trabajo para, de ese modo, hacer prevalecer la igualdad de trato frente a similares situaciones laborales de productividad y eficiencia, cabe recordar que para efectos de establecer la igualdad salarial y prestacional en el trabajo la Corte ha explicado que no basta la identidad de cargos o puestos de trabajo entre quienes se quiere hacer la comparación, sino que se requiere, en cada caso, verificar que la diferencia salarial y prestacional sólo puede ser atribuida a circunstancias subjetivas, habida cuenta de que lo que se pretende conjurar es la discriminación salarial o prestacional ante circunstancias objetivamente idénticas.

Al respecto, bien vale la pena traer a colación lo expresado por la Corte recientemente en sentencia de 17 de abril de 2012 (Radicación 34.746), en los siguientes términos:

“Como se dejó visto al estudiar el primer cargo, el Tribunal consideró que la aplicación del principio consagrado en el artículo 143 del CST no operaba bajo la simple comprobación del desempeño igual, sino que se debían acreditar condiciones de eficiencia iguales, lo cual, en su sentir, no se limitaba al rendimiento físico, sino que, conforme a la jurisprudencia (CSJ sent. Oct. 10 de 1980), se debían examinar aspectos tales como la capacidad de iniciativa y el sentido de responsabilidad respecto al equipo, al material, al trabajo, a la seguridad de sus compañeros y al cumplimiento de órdenes e instrucciones, conforme con lo cual no todo trato diferente suponía una discriminación, pues, según señaló, éste podría estar justificado cuando se apalancaba en factores razonables, como podrían ser la antigüedad y la experiencia, reconocidos por la jurisprudencia (Sent. 10 de octubre de 1980).

“La anterior hermenéutica del ad quem no luce equivocada, como lo reprocha la censura, pues está soportada en jurisprudencia de esta Sala, en la que se indica que la concurrencia de unas condiciones especiales, en cabeza de un trabajador, que tengan repercusión en una mayor eficiencia en la prestación del servicio permiten diferencias en su remuneración, lo que no está en desacuerdo con lo afirmado por la Corte Constitucional al respecto.

“En la perspectiva de explicar la correcta aplicación del principio de a trabajo igual salario igual prevista en el artículo 143 del Código Sustantivo del Trabajo, el juzgador de segundo grado precisó, con soporte en un criterio doctrinal de la Sala, fijado en sentencia de 10 de octubre de 1980, que, frente a discusiones suscitadas en torno a diferencias salariales, le correspondía al juez del trabajo examinar aspectos, de tan especial importancia, como los relativos a la capacidad de iniciativa y el sentido de responsabilidad, respecto al equipo, el material, al trabajo y seguridad de los compañeros y al cumplimiento de órdenes e instrucciones. Visión que naturalmente no se aparta del sentido de la norma, pues su sentido natural y obvio indica que la remuneración debe ser igual, siempre que no medien circunstancias en la prestación del servicio que justifiquen una diferencia salarial, atendiendo las condiciones personales del trabajador, que tienen incidencia para un mejor desempeño en el cumplimiento de sus funciones, que pueden ser de diferente orden, como serían, entre otras, la antigüedad en la empresa, la experiencia en la labor desempeñada, la capacitación, su adaptación al medio de trabajo, la iniciativa, la constancia y sentido de responsabilidad que haya demostrado en la práctica.

“No aparece entonces que el entendimiento que asignó el Tribunal al principio referido se aparte de su genuina exégesis.

“Conviene señalar que los derroteros doctrinales, a que se remitió el Tribunal, aparecen comprendidos en reciente sentencia de la Sala de 18 de mayo de 2009, radicada con número 33673, en la que se precisó, lo siguiente.

“Lo que en realidad argumenta la censura es que la simple equivalencia en el cargo y en las funciones es suficiente para reclamar la igualdad salarial que consagra el citado artículo del Código Sustantivo del Trabajo.

“Sobre el particular, cabe precisar que aunque la igualdad en el cargo y en las labores como fuente de la nivelación salarial puede tener fundamento en otras fuentes normativas como convenciones colectivas en que así se pacte y en normas internacionales del trabajo, que en este asunto no se citan, de tiempo atrás la jurisprudencia laboral ha explicado que no es suficiente para obtener una igualdad en el trato salarial con apoyo en el artículo 143 mencionado. A ese respecto, en un caso semejante, en sentencia del 10 de junio de 2005, radicación 24272, en relación con otras normas pero que, en su esencia, consagran el mismo principio de a trabajo igual, salario igual, expresó, en lo que es estrictamente pertinente a este asunto, lo que a continuación se transcribe:

(...)

“Pero lo anterior no significa que la simple similitud en el cargo desempeñado sea fundamento suficiente para la igualación salarial, pues, como se ha visto, existen razones que, aún en presencia de esa semejanza, permiten al empleador pagar una remuneración distinta a los trabajadores que desempeñen cargos análogos.

“Con todo, el Tribunal no exigió a la actora una demostración de las condiciones en que se prestó el servicio en los términos sugeridos por la censura, pues, precisamente, encontró diferencias sustanciales tanto en las funciones desempeñadas por la actora y Luz Victoria Arcila Duque, como en las responsabilidades laborales que a cada una de ellas correspondía, análisis probatorio que luce ajustado a los requerimientos del artículo 5º de la Ley 6ª de 1945.

“Por otro lado, asevera el impugnante que el trabajo por cotejar debe ser mirado de manera genérica y, en cuanto a las funciones de los trabajadores comparados, no deben ser ellas específicas sino que su análisis se ha de efectuar de manera amplia. Sobre el particular, importa advertir que esa manera de ver el principio de igualdad salarial no se corresponde con su esencia ni con las normas legales que, en lo relativo a los trabajadores oficiales, lo desarrollan. Lo que en últimas se pretende con esa equivocada hermenéutica es establecer un igualitarismo salarial por la simple equivalencia en los cargos desempeñados, dejando de lado que, como quedó visto, la ley laboral permite para ese evento razonables diferencias en la retribución, en cuanto no comporten una discriminación por razones de nacionalidad, sexo, edad, religión, opinión política o actividades sindicales.

“Sostiene también el impugnante que una vez acreditado por el trabajador que desempeña la misma clase de trabajo que otros que reciben una mayor retribución, su capacidad laboral debe presumirse, sin perjuicio de que el empleador acredite las razones para la existencia de una remuneración diversa. No encuentra la Corte fundamento jurídico en la presunción alegada por el censor, pues la aptitud laboral de un trabajador que pretenda una nivelación salarial es cuestión que debe establecerse de manera individual, de tal modo que pueda ser comparada con la de su compañero de labores a cuya misma retribución aspira; por manera que no es dable demostrarla a través de suposiciones genéricas”.

“No obstante lo anotado, encuentra la Sala pertinente apuntar que el juzgador de segundo grado no se equivocó al estimar que la mayor antigüedad del trabajador al que remplazó la actora, corresponde a un factor indicativo de que no hubo la discriminación salarial que se aduce, habida consideración de que la jurisprudencia en torno al tema de la igualdad salarial ha sido uniforme y reiterada en punto a que ésta opera frente a condiciones de eficiencia equivalentes y que, precisamente, la antigüedad influye necesariamente en las condiciones del trabajador en aquellos casos en que es objetivamente importante la capacidad que se aduce y la tranquilidad que

Así las cosas, se agota la competencia en esta instancia por el estudio de los puntos de apelación, y conforme las motivaciones precedentes, se prohijará la decisión de primer grado.

COSTAS en esta instancia a cargo del demandante.

inspira el trabajador preparado, de tal suerte que se ha considerado que la antigüedad y la experiencia del trabajador son circunstancias que permiten justificar una diferenciación en el trato salarial, sin que con ello se entienda que existe un proceder discriminatorio.

““En un caso similar al que aquí se analiza, se pronunció esta Corte en sentencia del 24 de mayo de 2005, radicación 23148, de la siguiente manera:

““Finalmente, resulta oportuno anotar en torno del tema de la nivelación salarial controvertido en este asunto, que está ligado indisolublemente al principio de a trabajo igual salario igual, que la jurisprudencia tiene reiterado que esta garantía tiene aplicación imperativa cuando se desempeña el mismo puesto, en condiciones de eficiencia iguales; de manera que en relación con el segundo presupuesto referido cobran preponderancia para la fijación de salarios factores tales como la capacitación para el cargo, la antigüedad y experiencia de los trabajadores, que permiten una asignación salarial distinta, sin que se entienda que obedece a un proceder discriminatorio, pues se fundamenta en razones lógicas que en gran medida se encuentran fundadas en la equidad.”

““Sin que sea necesario ahora determinar si la regla contenida en el artículo 143 del Código Sustantivo del Trabajo tiene cabida cuando las funciones laborales no se ejercen simultáneamente por los trabajadores en los que concurre la diferencia en el trato salarial, tampoco surge errada la inferencia de la decisión acusada según la cual no se quebrantó en este caso el principio de igualdad salarial, debido a que la actora no laboró en la misma época que el trabajador con quien pretende la nivelación en la remuneración, por razón de que no se presentó la igualdad de condiciones.

““Lo anterior, por cuanto que el principio de igualdad salarial previsto en el artículo 143 del Código Sustantivo del Trabajo parte del supuesto de que exista igualdad en el puesto, la jornada y las condiciones de eficiencia y si, por la circunstancia de que los cargos no se desempeñaran simultáneamente, el fallador consideró que no era posible una comparación para encontrar la igualdad en las aludidas condiciones, no incurrió en una interpretación equivocada del precepto, pues no hallar acreditados los supuestos de hecho exigidos en una norma es una cuestión relacionada con el análisis de las pruebas y no con la exégesis de la disposición. El cargo, en consecuencia, no prospera.

En síntesis, no basta desempeñarse el mismo cargo u puesto de trabajo, que se haga al mismo tiempo con quien se pretende la comparación, sino que cuenta que la productividad o eficiencia resulten similares, para lo cual cabe tener en cuenta, entre otras, la antigüedad, la preparación y ciertas capacidades individuales del trabajador. Luego, como las exigencias que echó de menos el Tribunal para este caso es dable contarlas como de aquellas que pueden y deben estar presentes en el ejercicio de la comparación, y responden a factores objetivos del trabajo, en tales razonamientos no es dable concluir que hubo un dislate mayúsculo o con la gravedad de dar al traste con el fallo, no empecé el desatino normativo atrás reseñado.”

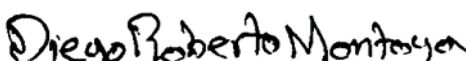
En mérito de lo expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

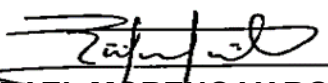
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por la Juez Veinticuatro 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

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

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


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR PATRICIA GOMEZ GONZALEZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES , LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. (RAD. 24 2019 00766 01)

Bogotá D.C. veintinueve (29) de Octubre de dos mil veintiuno (2021)

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la abogada KAREN JULIETH NIETO TORRES como apoderada sustituta de la demandada COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por DANNIA VANESSA YUSSELFY NAVARRO ROSAS, en su calidad de representante legal de la firma ABOGADOS & ASOCIADOS, ASESORES EN DERECHO, el cual fue remitido a esta Corporación mediante correo del 6 de octubre de los corrientes (folio 166).


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por COLPENSIONES (folios 165 a 166 y PORVENIR S.A. (folios 171 a 174) el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente:

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver los recursos de apelación interpuestos por PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, contra la sentencia proferida por la Juez Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 12 de agosto de 2021 (Audiencia virtual de que trata el art.80 del C.P.T. y la S.S., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 1:38:49, CD folio 159, acta folio 160 y vto), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación de la señora PATRICIA GOMEZ GONZALEZ al régimen de ahorro con solidaridad a través de la sociedad ADMINISTRADORA FONDO Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A, suscrita el 22 de julio 1998, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO: DECLARAR que para todos los efectos legales la señora PATRICIA GOMEZ GONZALEZ nunca se vinculó al régimen de ahorro individual con solidaridad contrario a ello siempre estuvo vinculada al régimen de prima media con prestación definida.

TERCERO: ORDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES los valores que hubiere recibido por la afiliación de la señora PATRICIA GOMEZ GONZALEZ, como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del Código civil, esto es con los rendimientos que se hubieren causados, es decir, lo que tuviere la demandante en el momento que se efectúe el respectivo traslado en su cuenta de ahorro individual junto con los gastos de administración conforme a lo parte motiva de esta sentencia.

CUARTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a recibir a la señor PATRICIA GOMEZ como su afiliada, actualizar y corregir su historia laboral, una vez reciba los dineros que le debe trasladar la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR.

QUINTO: ORDENAR a la sociedad ADMINISTRADORA FONDO Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, lo correspondiente a los gastos de administración que haya deducido, los aportes que haya efectuado la demandante.

SEXTO: DECLARAR no probado los hechos sustento de las excepciones propuestas por la pasiva. (sic)

SÉPTIMO: SIN CONDENA en costas.

OCTAVO: En el evento que COLPENSIONES no interponga recurso de apelación contra la presente sentencia de conformidad con lo expuesto en el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social remítase el expediente para que se surta el Grado Jurisdiccional de Consulta a su favor. ”

Inconformes con la decisión, los apoderados de PROTECCIÓN PORVENIR, y COLPENSIONES, presentaron recurso de apelación.

Inicialmente, la apoderada de PROTECCION, solicita se revoque la sentencia en lo que respecta a la condena de trasladar a COLPENSIONES lo correspondiente a lo deducido a los gastos de administración respecto al tiempo que la demandante estuvo afiliada a esa AFP, indica que no es procedente que se ordene la devolución de dichos conceptos, toda vez que se tratan de comisiones ya causadas durante la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante, descuentos que se realizaron conforme a la ley, como contra prestación a una buena gestión de administración, como lo es legalmente permitido.

Aunado a ello precisa que la condena por dicha devolución constituye un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES, quien recibiría una comisión que ni siquiera es destinada a financiar la pensión de vejez de la parte demandante; alega que en el año 2000, fecha en la que la demandante radicó solicitud de traslado a la AFP PORVENIR, el capital y los rendimientos fueron transferidos a esa AFP.

Resalta que frente al cobro del 3% destinado para comisión de administración y para financiar las primas de seguro previsional opera la prescripción, toda vez que son conceptos que se van descontando en la periodicidad que impone la ley, y que no financian directamente la prestación económica por vejez¹.

¹ CD Folio 159 **Apoderada PROTECCIÓN (1:41:06)**: Gracias señora juez, de manera muy respetuosa me permito interponer recurso parcial de apelación ante el Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral, esto es respecto al numeral que se ordena a mi representada a trasladar a COLPENSIONES lo correspondiente a lo deducido a los gastos de administración respecto al tiempo que la demandante estuvo afiliada con mi representada, ha de indicarse que no es procedente que se ordene la devolución de dichos conceptos, toda vez que se tratan de comisiones ya causadas durante la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante, descuentos que se realizaron conforme a la ley, como contra prestación a una buena gestión de administración, como lo es legalmente permitido.

Ahora con la condena en primera instancia a mi representada a devolver lo descontado por comisión de administración, estaría constituyendo a un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES, por recibir una comisión que ni siquiera es destinada a financiar la pensión de vejez de la parte demandante, estaría recibiendo un capital por un dinero que nunca administró, y adicionalmente lo que concierne a mi representada en el año 2000 fecha en la que la demandante radicó solicitud traslado a la AFP PORVENIR, se le trasladaron los rendimientos, pues el capital junto con los rendimientos de la cuenta de ahorro individual, fruto de la buena administración realizada por PROTECCIÓN, por lo que mi representada tiene derecho a conservar dicha comisión como restitución mutua a su favor, y no hay razón para tenérsela que devolver a COLPENSIONES.

Por su parte la apoderada de PORVENIR S.A. solicita la absolución de su representada frente a la declaratoria de ineficacia y la condena de devolución de gastos de administración.

Considera que en el caso objeto de estudio no se acreditó la existencia de causales de ineficacia, toda vez que PORVENIR S.A. respetó el derecho de libre elección de régimen pensional de la demandante, lo que a su modo de ver se demuestra con la suscripción del formulario de vinculación con PROTECCIÓN y con PORVENIR S.A., en este sentido alega que el formulario de vinculación es documento auténtico, conforme a los artículos 243 y 244 del Código General del Proceso y única prueba considerada y determinada para la época de la vinculación al RAIS de la señora PATRICIA GOMEZ.

En lo que tiene que ver con la condena por gastos de administración aduce que se configura como un castigo por el excelente desempeño de la AFP en la administración de la cuenta de ahorro individual de la que es titular la demandante, pues asegura que los aportes no sufrieron deterioro alguno, sino que los mismos obraron y generaron rendimientos de acuerdo con el mercado de aportes.

Ahora en ese orden de ideas, la consecuencia de la ineficacia de la afiliación es que las cosas vuelvan a su estado anterior, en estricto sentido se generan unas consecuencias y es que el contrato de afiliación nunca existió, que PROTECCIÓN nunca debió administrar los recursos de la cuenta de ahorro individual de la demandante, y que los rendimientos que produjo dicha cuenta no se causaron, de entonces indicarse o permitirse que digamos concluir que se estaría desdibujando la consecuencia misma de la declaratoria de la ineficacia, supone negar el efecto del traslado o de la afiliación al régimen de ahorro individual, pero si está reconociendo los efectos del mismo, cuando reconoce y ordena la devolución de los rendimientos que se causaron, precisamente en razón o como lo es reiteró, legalmente permitido de la comisión de administración, la cual permite estos rendimientos, sin embargo, el artículo 1746 del Código Civil habla de restituciones mutuas, intereses, frutos, y mejoras, y con base en esto debe entenderse, que si la afiliación, aunque se declare la ineficacia de la afiliación y se haga la ficción que nunca existió contrato, no se puede desconocer que el bien administrado produjo unos frutos y unas mejoras, así las cosas producto de la buena gestión de la AFP de la cuenta de ahorro individual de la demandante obtuvo unos rendimientos, por eso mi representada tiene derecho a conservarlos, si efectivamente los hizo rentar.

Es de resaltar también que frente al cobro del 3% destinado para comisión de administración y para financiar las primas de seguro previsional opera la prescripción, toda vez que son conceptos que se van descontando en la periodicidad que impone la ley, y que no financian directamente la prestación económica por vejez. Y es resaltable y muy importante manifestar que frente al seguro previsional este ya fue girado a una administradora para que en efecto, en caso de existir un siniestro de invalidez o sobrevivencia durante el tiempo que la demandante estuvo afiliada, dicha compañía pagara esa suma adicional por los conceptos, inclusive esa prima se pagó mes a mes durante el tiempo que la demandante estuvo afiliada, y mi representada ya se encuentra imposibilitada para recobrársela a la aseguradora, además que es un tercero de buena fe, que nada tuvo que ver en el acto que suscribió la demandante con mi representada.

De esta manera entonces Honorables Magistrados dejó expuesto el recurso de apelación. Muchas gracias.

Indica que la condena que ordena la devolución de esos gastos de administración genera un enriquecimiento ilícito frente a COLPENSIONES, por cuanto no existe norma que disponga el reembolso de dichas sumas.

La recurrente hace referencia al concepto técnico emitido por la Superintendencia Financiera de Colombia, en radicación 20191522169000 del 17 de enero del año 2020, que indicó de manera expresa cuales son las sumas a retornar en el caso de una ineficacia del traslado, como lo son los aportes y rendimientos de cuenta del afiliado, sin que proceda ninguna otra suma como gastos de administración o primas de seguro, cuotas de seguro, que no están destinadas al financiamiento de la mesada pensional, razón esta última por la que frente a estos emolumentos procede la aplicación del fenómeno prescriptivo².

² CD Folio 159 **Apoderada PORVENIR (1:44:54)**: Gracias su señoría, estando dentro de la oportunidad procesal pertinente me permito presentar recurso de apelación frente al fallo emitido por el a quo y considerando que mi representada se encuentra en desacuerdo y solicitándole a los señores Magistrados se absuelva a mi representada frente a la condena respectiva de la declaratoria de ineficacia, aunado a ello a la condena de devolución de gastos de administración, por las siguientes consideraciones:

No le asiste la razón al fallador de primera instancia por cuanto en este asunto no se acredita la existencia de causales de ineficacia, toda vez que mi representada respeto la libre elección de régimen pensional, decisión que fue suscrita por la parte actora, a través de su vinculación inicial con PROTECCIÓN, seguidamente con el traslado horizontal hacia HORIZONTE hoy PORVENIR, en este sentido si bien las altas Cortes manifiestan que el formulario de afiliación no es una prueba libre, que motive libre consentimiento, se señala que mi representada lo encuentra como documento autentico conforme a los artículos 243 y 244 del Código General del Proceso, así mismo, este documento no fue tachado por parte de la actora, razón por la cual no es dable restarle valor y menos desconocerlo como una prueba fehaciente como la libre elección de régimen pensional, se manifiesta que si bien el único documento allegado tanto por PROTECCIÓN como PORVENIR, concerniente a formularios de afiliación, esta era la única prueba considerada y determinada para aquel momento que la parte actora se afilia al régimen de ahorro individual, y por ende, hoy no se pueda manifestar o considerar a los fondos privados a lo imposible para llegar a probar alguna circunstancia la cual fue determinada o información que fue entregada de manera verbal, toda vez que el hecho o las consideraciones de dejar por escrito la información entregada a los futuros afiliados, nace con posterioridad a la vinculación de la parte actora, en este sentido, por mi parte de mi representada no obra causal de ineficacia toda vez que no se impidió no se atentó, contra el debido o debida elección de régimen pensional motivado por la parte actora. En este entendido no se observa causal de artículo 271 de la ley 100 de 1993.

Considerando lo anterior, es pertinente de indicar señores Magistrados que la devolución de gastos de administración se configura como un castigo por el excelente desempeño administración de la cuenta de ahorro individual, que ha mantenido mi representada frente a los aportes generados por la parte actora, aunado a ello dicha cuenta y dichos aportes no sufrieron deterioro alguno, sino que los mismos obraron y generaron rendimientos de acuerdo con al mercado de aportes. Así mismo, este en la devolución estaría generando un enriquecimiento ilícito frente a la parte demanda y a COLPENSIONES, no existe norma que disponga la devolución de dichas sumas, puesto que las sumas a devolver solo han sido determinadas o de manera taxativa del artículo 113, literal b de la ley 100 de 1993, aunado a ello por concepto de la Superintendencia Financiera de Colombia, en radicación 20191522169000 del 17 de enero del año 2020, indicó de manera expresa cuales son las sumas a retornar en el caso de una ineficacia del traslado, esto es aportes y rendimientos de cuenta del afiliado, sin que proceda ninguna otra suma como gastos de administración o primas seguro, cuotas de seguro, en este entendido al ser la suma de gastos de administración aquellas sumas consideradas para la cobertura y para la administración de las cuentas, no son considerados como parte o bueno financiar una mesada pensional de la cuenta de ahorro individual de la parte actora, entonces en este sentido le he es aplicable la figura de la prescripción, toda vez que pues

Por último el apoderado de COLPENSIONES solicitó la revocatoria del fallo de primer grado por considerar que el deber de información ha variado con el tiempo y que para el año 1998 época del traslado la demandante, la Ley 100 del 1993, no establecía la realización de comparaciones entre regímenes ni de simulaciones; advierte que la firma del formulario de afiliación al RAIS es completamente válida, y que no hay lugar a declarar su ineficacia, porque el mismo fue firmado de forma libre y sin presiones.

Advirtió que debe tenerse en cuenta que a 01 de abril de 1994 la demandante contaba con 30 años y 5,4 semanas de cotización, lo que traduce que no tenía ni siquiera una mera expectativa frente a su derecho pensional y que se mantuvo afiliada al RAIS durante más de 20 años, sin manifestar oposición alguna, hecho que para el recurrente ratifica su intención de pertenecer a dicho régimen.

Asevera que el retorno de la demandante al régimen de prima media con prestación definida afecta el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto sería la llamada a responder por el eventual derecho pensional que reclame la actora³.

reiteran no financian una mesada pensional de la parte actora, no hacen parte de la financiación de la parte actora, los mismo ya se encuentran pues agotadas por mi representada frente a esa administración otorgada, y por ende, solicitamos a los Honorables Magistrados sea plenamente aplicable la figura de la prescripción, toda vez que ya se ha transcurrido el termino de tiempo para la configuración de dicha prescripción.

En este sentido señores magistrados conforme lo anterior, solicitamos una revocatoria total, teniendo en cuenta que no se observa una ineficacia del traslado, y en su caso dado si lo llegasen a considerar pertinente la revocatoria parcial frente a la condena de gastos de administración. De esta manera señores Magistrados dejamos sustentado el recurso de apelación. Muchas gracias su señoría.

³ CD Folio 159 **Apoderado COLPENSIONES (1:50:27)**: Gracias su señoría, me permito interponer recurso de apelación frente al Honorable Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral, solicitando que se revoque el fallo de primera instancia, teniendo en cuenta que si bien en los fallos de la Honorable Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, la Corte ha indicado el deber de información sea acreditar en todos los procesos, indistintamente que los accionantes sean beneficiarios o no del régimen de transición, es cierto que ese deber de información ha variado con el tiempo, luego para el año 1998 cuando se trasladó la demandante, la ley 100 del 93 ya hablaba que la elección de régimen pensional fuera el resultado de lo debido conocimiento de unas características de cada régimen, la misma no habla de hacer comparaciones o simulaciones, teniendo en cuenta, el número de semanas de cotización, la edad, afectaciones del mercado, por lo que era imposible para los fondos de pensiones prever en qué condiciones serían sus cotizaciones pensionales en el futuro, si serían continuas si serían sobre el mismo IBC, o si tendrían hijos, factores en las que en dicho régimen varían las condiciones pensionales, por lo tanto, es dable aclarar que en la firma del formulario de afiliación es completamente válida, y no hay lugar a declarar su ineficacia, porque el mismo fue firmado de forma libre y sin presiones. Y en caso de la demandante el fondo privado no coacciona a la actora para que así lo hiciera, sino que esta decidió llenarlo por su cuenta, sin inscripción de ningún promotor, con lo anterior, queda claro que el deber de información exigido por el

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda (folio 5) las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (folios 3-4), aspirando se declare la ineficacia y/o nulidad del formulario de afiliación No. 9865693 del 22 de julio de 1998 dela AFP PROTECCION por medio del cual se hizo efectivo el traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS); se declare la ineficacia y/o nulidad del formulario de afiliación No. 0198213 del 15 de marzo de 2000 con la AFP

año 1998 quedó obviamente acreditado con la firma en el formulario de afiliación, y no se deja de lado que aquella manifestación que hace la Corte Suprema de Justicia al indicar que en cada caso se debe estudiar la forma en particular y respecto a esto le solicito al Honorable Tribunal estudiar de forma particular el caso en concreto, teniendo en cuenta que la demandante no tenía una expectativa legítima para pensionarse con mi representada.

Así las cosas, téngase en cuenta que el 01 de abril de 1994 la demandante tenía 30 años y 5,4 semanas de cotización, lo que produce no tenía ni siquiera una mera expectativa, mucho menos aquella expectativa legítima que ha pretendido proteger la Corte Suprema de Justicia, además, también es dable indicar que en caso que efectivamente para el año 1998 la demandante no haya recibido una asesoría indicada por parte del fondo privado con respecto a las características de cada régimen pensional, esto si se ve diseñado con el paso del tiempo, por lo que la demandante estuvo afiliada al RAIS por más de 20 años, antes de estar inmersa en la prohibición de que trata el artículo 2 de la ley 797 del 2003, luego si tuvo tiempo de sobra para preocuparse por algo tan importante como es su futuro pensional, o para enterarse como fue de público conocimiento, COLPENSIONES paso a ser la administradora del régimen de prima media, pues se liquidó el ISS, pero el régimen que administrada, por lo contrario, la administradora jamás se acercó a COLPENSIONES o al fondo privado hasta que 2019, a preguntar sobre las cotizaciones y su futuro pensional, lo que permite concluir su voluntad de estar en el RAIS y su falta de cuidado al aporte del sistema general de pensiones, falta que no debe endilgársele a nadie más que a ella.

Además, no es posible retrotraer los efectos de un negocio jurídico del que la demandante fue parte, sin ninguna presión y del que abiertamente reconoció, y no se interesó, faltando a sus obligaciones que estaban en el deber de cumplir, por lo que estaban firmado era la administración de sus aportes en pensiones, luego no es pues de recibo culpar solamente a las administradoras de pensiones de su negligencia, de la que también ellos fueron parte y mucho menos que sea COLPENSIONES un tercero completamente ajeno a dicho negocio jurídico, que en las ultimas responda por el cambio de régimen pensional, pues aun cuando la AFP regrese todo los valores pendientes a la cuenta de ahorro individual, se afecta el principio de sostenibilidad financiera, una vez que la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES tenga que reconocer la futura pensiones. Por lo tanto, si es dable aplicar la prohibición de que trata el artículo 2 de la ley 797 del 2003, en aras de caracterizar el principio de sostenibilidad financiera del sistema.

Por lo anterior, reiteró la solicitud al Honorable Tribunal de que se tengan en cuenta todas las particular que negó, además que la demandante no mostro el vicio del consentimiento al que alega, y además que no era tampoco dable trasladar dicha carga probatoria a la AFP o a las AFP demandadas, pues eso también opera únicamente cuando las circunstancias particulares del caso lo ameritan, no como ocurre con la aquí demandante, cuando por el contrario solo se logró probar la falta de cuidado de esta consumidora financiera, en los términos de régimen de protección del consumidor financiero. En tal sentido dejó sentado mi recurso de apelación. Muchas gracias.

HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. y en virtud de dichas declaraciones solicita se condene a las AFP demandadas a devolver las cotizaciones o aportes por pensión que se encuentren consignadas en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con los rendimientos financieros y los gastos de administración a COLPENSIONES; se condene a COLPENSIONES a recibir a la demandante en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida sin solución de continuidad, lo ultra y extra petita y costas del proceso. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por la actora al RAIS con el fondo PROTECCION; se ordenó a PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES los valores que hubiere recibido por la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del Código civil, esto es con los rendimientos que se hubieren causados; se ordenó a COLPENSIONES a recibir a la actora como su afiliada, quien además deberá actualizar y corregir su historia laboral, una vez reciba los dineros que le debe trasladar PORVENIR; se ordenó a PROTECCIÓN trasladar a COLPENSIONES, lo correspondiente a los gastos de administración que haya deducido; se declararon no probadas las excepciones propuestas por las demandadas y no se profirió condena en costas. Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada PROTECCIÓN no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía para con la demandante al momento del traslado de régimen pensional.

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

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 11 de octubre de 1963 (folio 11), por lo que la edad de 57 años, fue cumplida el mismo día y mes del año 2020, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 15 de agosto de 2019 (folios 24-26), esto es, cuando le faltaban menos de 10 años para adquirir el derecho pensional –para esa data contaba con 56 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 1994⁵-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con 171,11 semanas cotizadas que corresponden a 3,32 años⁶, 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 **22 de julio de 1998** con fecha de efectividad a partir del **01 de septiembre de 1998** (folios 72 y 107 vto) por afiliación que hiciera a PROTECCIÓN S.A.

Precisada la fecha de vinculación de la demandante al RAIS, 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

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 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: “Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez”, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002”.

⁵ Laboraba para el sector privado (folio 12).

⁶ Reporte de semanas cotizadas en pensión, expedido por COLPENSIONES folio 12.

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 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.

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

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

⁷ Al tema puede consultarse la sentencia SL2877 de 2020 y SL4875 de 2020

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

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

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

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

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

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

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

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

Si esto es claro, resulta equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de

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

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

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

De igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de la AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva no solamente de la carga dinámica de la prueba, sino de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, la cual aunado a ello, tiene a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, incluso al punto

de desanimar al interesado, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

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

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011⁸, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y más

⁸ “Además, debe la Corte destacar que no fue objeto de controversia que el actor estuvo afiliado al régimen pensional que administra el Instituto de Seguros Sociales desde el 12 de marzo de 1969 hasta el 12 de agosto de 2002, fecha ésta en la que se trasladó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.; que nació el 13 de octubre de 1944, por lo que estaba amparado por el régimen de transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que cumplía con los requisitos a que alude la citada normativa.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“(…).

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

“Es razón de existencia de las Administradoras la necesidad del sistema de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos

quienes les van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, su invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(…)

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

(…).

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

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

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

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

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen la demandante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, con ninguno de los medios de prueba acopiados en el expediente se acredita el suministro de información a la accionante al momento de realizar el traslado de régimen pensional en los términos aquí referidos, pues en manera alguna se evidencia en el plenario que se le informó sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la demandante⁹, no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues en el relato detallado de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se dio el traslado indicó para 1998 se encontraba laborando con la empresa HJERTHEN SANUM PETER REPRESENTACIONES como asistente administrativa; que con autorización de la empresa fue visitada por un promotor de PROTECCION quien le ofreció la opción de vincularse y eventualmente pensionarse con ese fondo privado, indicó que el asesor le advirtió que el ISS se acabaría y que por ende tendría una opción mejor y segura de pensionarse, por cuanto incluso obtendría una mesada pensional más alta, que podía heredar a su hija.

Indicó que en la asesoría que duró alrededor de media hora, le informaron que su mesada pensional se financiaría con las cotizaciones de la empresa y que tenía la posibilidad de pensionarse en una edad más temprana.

De lo relacionado se resume que a la señora PATRICIA GOMEZ GONZALEZ no le indicaron en qué consistía el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad ni las implicaciones que la decisión de su traslado tendría para su futuro pensional, simplemente el promotor se centró en destacar las supuestas bondades del fondo privado como estrategia comercial dirigida a captar potenciales afiliados

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

⁹ Audiencia del 12 de agosto de 2021, CD folio 159 récord 14:00.

afiliación a PROTECCION S.A. (folios 15 y 73), 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 advierten ausentes en el plenario.

Respecto al comunicado de prensa (folios 78 vto - 79 vto y 109-110), es de anotarse, la transcripción de normas legales allí consignadas no supe el deber de información idónea referido a lo largo de este proveído, pues lo que allí se lee es la cita de normas relacionadas con la posibilidad de traslado, siendo el tema aquí en discusión absolutamente distinto a la oportunidad del traslado entre regímenes.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el fondo de pensiones demandado proporcionara al afiliado una suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna información sobre las reales implicaciones de abandonar el régimen de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras. No obstante, esa administradora no logró demostrar, como era su deber, que suministró a la convocante una información de tales características, porque, aun cuando en la contestación de la demanda afirmó que proporcionó la adecuada y completa ilustración a la demandante al momento de trasladarse¹⁰, el medio de convicción en que soportó su defensa fue el formulario de afiliación al que se hizo mención, porque allí se lee: “HAGO CONSTAR QUE LA SELECCIÓN DE REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD LA HE EFECTUADO EN FORMA LIBRE, ESPONTANEA Y SIN PRESIONES. MANIFIESTO QUE HE ELEGIDO AL FONDO DE PENSIONES COLPATRIA (sic) PARA QUE ADMINISTRE MIS APORTES PENSIONALES Y SOLICITE EL TRASLADO DE LOS VALORES QUE TENGA DERECHO DE LA ANTERIOR ADMINISTRADORA. ASI MISMO DECLARO

¹⁰ Ver folios 57-58.

QUE LOS DATOS PROPORCIONADOS EN ESTA SOLICITUD SON VERDADEROS¹¹”.

Aquí también debe resaltar esta Sala, aunque COLPENSIONES invoca como argumento de su recurso el que para la época de traslado no estaba vigente el deber de información y que exigir requisitos adicionales al formulario atenta contra el principio de confianza, lo cierto es que dicho argumento no es admisible por cuanto el deber de información existe desde la misma creación de las administradoras de fondos de pensiones.

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

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

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

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

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

De acuerdo con el literal b) del artículo 13 de la citada ley, los trabajadores tienen la opción de elegir «libre y voluntariamente» aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, previniendo que si esa libertad es obstruida por el empleador, este puede ser objeto de sanciones. Es así como paralelamente el artículo 271 precisa que las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier

¹¹ Ver folios 15 y 73 vto.

forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, son susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

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

...

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

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

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

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

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

Como se ve, ya para el año 1998, cuando se produjo el traslado¹² de la aquí demandante, la AFP estaba en la obligación de informar a su futura afiliada sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, pero ello en el asunto no ocurrió o, por lo menos, no se acreditó.

Así las cosas, PROTECCION, omitió en el momento del traslado de régimen (22 de julio de 1998, efectivo el 1 de septiembre de 1998), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

Otro de los argumentos invocados por PORVENIR en su alzada fue el referido a que en el plenario no se estableció la ineficacia en los términos del artículo 271 de la Ley 100 de 1993.

¹² Folio 15, 72,73 vto y 107 vto.

En este punto conviene aclarar a la recurrente que, respecto a lo dispuesto en el art. 271 de la Ley 100 de 1993 la misma Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado que dicha preceptiva, de manera expresa, previó que: *“la vulneración del derecho a la vinculación libre a cualquiera de las instituciones del Sistema de Seguridad, trae como efecto justamente la ineficacia.”*¹³

Y obviamente la falta al deber de información impide y atenta contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de régimen, pues, como se ha concluido los fondos privados hicieron uso de estrategias de mercadeo para impulsar su crecimiento comercial, dejando de lado los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe que les asistía, en su calidad de administradoras de los fondos de pensiones, derecho social establecido en el art. 48 de la Constitución Política como *“un servicio público de carácter obligatorio”* que obviamente comporta una mayor responsabilidad en su manejo y en virtud de ello, estaban obligados a garantizar el suministro de la información clara, detallada y concreta de las ventajas y desventajas que le traería la decisión de traslado o vinculación al RAIS.

¹³ Ver sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019 y CSJ SL-4360-2019, en las que se enseñó:

“esta Sala precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado. Por ello, el examen del acto de cambio de régimen en de las nulidades o inexistencia. Lo anterior, debido a que en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el legislador consagró de manera expresa en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia.

En efecto, el citado precepto refiere que cuando “el empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral [...] la afiliación respectiva quedará sin efecto”.

Nótese que de acuerdo con esa disposición cualquier atentado o transgresión contra el derecho del trabajador a la afiliación libre y voluntaria a un régimen pensional se sanciona con la ineficacia del acto. Y resulta que una de las formas de atentar o violar los derechos de los trabajadores a una afiliación libre es no suministrarle la información necesaria, suficiente y objetiva sobre las consecuencias de su traslado de un régimen pensional a otro. Ahora bien, podría contra argumentarse que ese precepto alude a una acción del empleador o de cualquier persona tendiente a engañar al trabajador; sin embargo, para la Corte esta es una lectura incompleta y reduccionista de la norma, en la medida que los derechos pueden ser objeto de violación o transgresión por acción, y también por omisión. Además, en ninguno de sus enunciados el texto refiere que para que se configure la ineficacia sea necesario un “engaño”, “artificio” o un vicio del consentimiento; antes bien, la norma alude a “cualquier forma” de violación de los derechos de los trabajadores a la afiliación.”

Tampoco incide el hecho que la demandante hubiese efectuado un traslado horizontal entre el fondo PROTECCION y HORIZONTE hoy PORVENIR¹⁴, 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 (folio 75 y 107 vto), y en esa medida, esa circunstancia no implica una ratificación de la voluntad del afiliado de permanecer en el RAIS.

Frente a la existencia de traslados horizontales dentro del RAIS 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.

¹⁴ Folio 72 y 107 vto.

“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).”

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, gastos de administración y porcentajes correspondientes a invalidez y sobrevivientes (comisiones), y la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, no quedando otro camino que confirmar la sentencia de primera instancia.

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

Asimismo, advierte la Sala, en relación con el argumento de apelación de PROTECCIÓN y PORVENIR, relacionado con los gastos de administración y el porcentaje dirigido a financiar las prestaciones por invalidez y sobrevivencia, resulta que estos surgen como consecuencia de la afiliación, y en ese orden, al declararse la ineficacia del traslado, resulta claro que dichos gastos quedan sin fundamento, pues lo que ocurre es que la situación de afiliación de la actora vuelve a su estado inicial es decir es como si dichos gastos no se hubiesen generado, razón por la cual es procedente la remisión de la totalidad de los

saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la demandante a Colpensiones (actual administradora del RPM), incluyendo las sumas de gastos de administración. Así fue consignado en sentencia de la CSJ Sala Laboral SL 2914 del 22 de julio del 2020, en la que cita la del 8 septiembre 2008, radicado 31989, 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.”

Y 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 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.**"*

Aquí resulta pertinente acotar, de cara a la alzada propuesta por PORVENIR, que el concepto No. 2019152169-003-000 del 17 de enero de 2020¹⁵ 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 prescripción¹⁶ (folios 40, 61 y 89) 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.

¹⁵ Folios 110 vto-113.

¹⁶ Se tuvo por contestada la demanda por PORVENIR, PROTECCIÓN y COLPENSIONES en auto de fecha 15 de junio de 2021 (folio 125).

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

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

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

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

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

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

Agotada la competencia de la Sala 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.

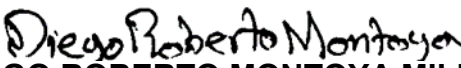
En mérito de lo expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

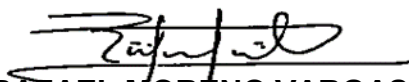
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR HUMBERTO SALAZAR
RODRÍGUEZ CONTRA LA EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE
BOGOTÁ S.A. E.S.P. ETB S.A. E.S.P.- (RAD. 28 2018 00403 02).**

Bogotá D.C. veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por las partes (folios 565 a 567 y 568 a 570), 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 apoderada de la parte demandante, contra la sentencia proferida por la Juez Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 20 de mayo de 2021 (*Audiencia virtual de trámite y juzgamiento, récord 19:25, Cd folio 560, acta folio 561*), en la que se resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER a la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A E.S.P de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el señor HUMBERTO SALAZAR RODRIGUEZ, todo conforme a las consideraciones dadas en esta sentencia.

SEGUNDO: DECLARAR probados los medios exceptivos propuestos por el extremo pasivo que se denominaron despido con justa causa probada ajustada a derecho, inexistencia de causa para demandar y cobro de lo no debido.

TERCERO: Las COSTAS de la instancia a cargo de la parte demandante, se señalan como agencias en derecho la suma de \$400.000 pesos

CUARTO. En caso de no ser apelada la decisión se deberá **CONSULTAR** con el superior en tanto le resulto totalmente adversa a los intereses del demandante.”

Inconforme con la decisión la apoderada del demandante interpuso recurso de apelación, reiterando, contrario a lo concluido por la juez de primer grado, en el asunto no se cumplieron las formas propias del juicio impuestas a la ETB en la cláusula décimo tercera de la convención colectiva de trabajo, en cuyo procedimiento se ordena que las decisiones de terminación del contrato deben ser tomadas por 3 miembros de la empresa y 3 del sindicato, anotando, si bien se hicieron unas citaciones, dentro de estas no debe incluirse la de febrero porque el trabajador apenas terminó el 29 de marzo el agotamiento de la investigación adelantada por la oficina de recursos humanos.

Indica, cuando al trabajador se le llamó para que respondiera por la infracción, la empresa ni siquiera tenía claridad sobre el tipo de falta cometida, como quiera que en el memorando del 4 de enero de 2017 la empresa le dice *“que presente descargos por no haber pasado la cuenta de cobro por la multa penal pecuniaria”* desconociendo con ello la diferencia con la cláusula penal respecto de la cual se presentó la *“anomalía”* por el trabajador al no radicarla antes del 23 de diciembre de 2016 que era el término de liquidación del contrato.

Ilustra, la orden de investigar al trabajador fue dada por la Vicepresidencia de Infraestructura y el Gerente de Servicios Corporativos de esa misma dependencia, siendo César Augusto Quintero Giraldo la persona encargada de advertirle sobre el inicio de la investigación y la necesidad de presentarse ante la Gerencia Laboral, persona esta que terminó integrando la decisión de terminar el contrato de trabajo.

Adicionalmente, dice, no entiende como si la infracción fue cometida el 4 de enero de 2017, solo 10 meses después se reúne el comité y se le indica que *“en vista de que el sindicato no comparece entonces lo vamos a despedir”*, precisando, aunque al trabajador se le dio la oportunidad de defenderse, lo cierto es que quien adoptó la decisión no era el competente porque el comité debía estar integrado por 3 personas del sindicato y 3 de la empresa, debiendo la demandada, en su criterio, acudir al artículo 115 del C.P.T y la S.S.

De otro lado, no se explica la razón por la cual el 21 de marzo de 2017 la cuenta de cobro que supuestamente el actor no pasó fue anulada de la contabilidad de la empresa, lo que en todo caso, asegura, ocurrió porque *“eso tiene que tratarse en un proceso totalmente independiente”*, reglamentándose el procedimiento de cobro

de multas y sanciones el 19 de agosto de ese año, pero la ETB hace caso omiso de todas esas situaciones, aun cuando el trabajador *“creyó en la confianza legítima de que simplemente la empresa ya lo había condenado”*, pero *“de buenas a primeras ele salen diciendo que el comité compuesto solamente por tres miembros ha decidido terminarle su contrato de trabajo”*.

En síntesis, enfatiza, en el procedimiento seguido contra el trabajador no se siguió el trámite determinado en la convención toda vez que i) no se valoraron pruebas como la anulación de la cuenta de cobro y la expedición del procedimiento de cobros y multas el 19 de agosto, ii) que el órgano que tomó la determinación no era el competente porque estaba integrado sólo por tres personas de la empresa, entre ellos su jefe inmediato *“quien estaba impedido para tomar una decisión”* por ser quien inició la investigación, y iii) la determinación fue extemporánea porque transcurrió un tiempo considerable desde la comisión de la falta, razones a partir de las cuales estima, el fallo de primer grado debe ser revocado¹ (*Audiencia virtual de trámite y juzgamiento, récord 20:22, Cd folio 560, acta folio 561*).

¹ *“Gracias doctora si voy a realizar manifestación, voy a interponer recurso. Me permito presentar el recurso de apelación en contra de la sentencia proferida por su despacho a fin de que sea revocada por el superior. Como lo acabo de escuchar dentro de los fundamentos emitidos por el despacho para absolver a la empresa demandada está básicamente, con base en la sentencia C-593 de 2014 que la presencia del sindicato y de los compañeros de trabajo dentro del proceso disciplinario básicamente es una condición de asesorar al trabajador en relación con la decisión que se tome, teniendo en cuenta la sentencia C-593 del 2014 y que a juicio del despacho pues se respetaron todas las formas propias de juicio para tomar la decisión por parte de la ETB de terminar el contrato de trabajo de la actora.*

Considero entonces que en este preciso momento no se cumplieron, vuelvo y reitero como lo vengo alegando desde el principio de la demanda las formas propias del juicio a que se impuso la ETB con la cláusula decimotercera de la convención colectiva de trabajo existe un procedimiento expreso que ordena que las decisiones de terminación del contrato deben ser tomadas por 3 miembros de la empresa y 3 miembros del sindicato, efectivamente como el juzgado lo dice se hicieron unas citaciones dentro de las que no deben incluirse las de febrero porque el trabajador apenas si se terminó el 29 de marzo el agotamiento de la investigación que se estaba haciendo en la oficina de recursos humanos. Nótese que cuando al trabajador se le llamó para que respondiera por una infracción, ni siquiera la misma empresa tenía claridad qué tipo de anomalía o falta fue la que cometió porque cuando le pasan el memorando del 04 de enero de 2017 la empresa le dice para que presente descargos por no haber pasado la cuenta de cobro por la multa penal pecuniaria desconociendo la empresa que una cosa es la multa , estaba en una cláusula del contrato y otra cosa era la cláusula penal pecuniaria que son dos cosas totalmente diferentes respecto de las que la empresa ya había hecho cobro de la multa y quedaba pendiente la cláusula penal que fue respecto de la que el trabajador presento esa anomalía al no presentarla antes del 23 de diciembre de 2016 que era el termino de liquidación del contrato de esta empresa

Mírese que la orden de investigar al trabajador fue dada por la vicepresidencia de infraestructura y el gerente de servicios corporativos de esa vicepresidencia de infraestructura el señor Cesar Augusto Quintero Giraldo fue la persona que se encargó de decirle al trabajador y de iniciar la investigación y de pasar esta investigación a la gerencia laboral de la empresa quien era quien iniciaba la investigación. Este mismo personaje es el que finalmente hace parte de la decisión en contra del trabajador de terminar su contrato de trabajo cuando se toma la decisión por parte de 3 miembros exclusivamente de la empresa

Considero que en este proceso no se siguieron las formas propias del juicio, porque era un proceso expedito el señalado en esa cláusula decimotercera Cómo es posible de que si la infracción se comete el 04 de enero de 2017 que es cuando se denota por la empresa la infracción cometida por el trabajador, esta empresa el 29 de

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

CONSIDERACIONES

marzo haya terminado su investigación y se quede dilatando simplemente por el hecho de no haber citado al sindicato, dilatando, dilatando hasta que apenas casi diez meses después en octubre 19 se reúne el comité y le dice al trabajador mire en vista de que el sindicato no comparece, entonces lo vamos a despedir, si bien es cierto al trabajador se le dio la oportunidad de defenderse porque eso no se niega y la prueba está dentro del proceso, también es cierto que quien fue el juez competente en este caso; no era un juez competente porque debía ser 3 del sindicato y 3 de la empresa, por ende considero esa decisión es ineficaz porque es que es el mismo artículo 115 a que se había podido haber remitido la empresa para entrar a tomar la decisión porque la ignorancia de la ley no sirve de excusa este artículo dice “ antes de aplicarse una sanción disciplinaria el empleador debe dar oportunidad de ser oído tanto al trabajador inculpado como a dos representantes del sindicato y no producirá efecto alguno la sanción que se imponga por permitirle este trámite”.

Si la empresa ya tenía para efectos de sanciones disciplinarias un proceso para efectos del despido que lo catalogó como una sanción disciplinaria debía ajustarse a ese trámite porque era su obligación de acuerdo con la cláusula convencional y cómo es posible que el trabajador el 21 de marzo de 2017 y presenta a la señora Lilis Julieth que esa cuenta de cobro por la que supuestamente el no paso la cuenta de cobro ACECO, es anulada a la ETB de su propia contabilidad, ellos la anulan porque eso tiene que tratarse en un proceso totalmente independiente, luego el 19 de agosto la empresa reglamenta el procedimiento de cobro de multas y sanciones 19 de agosto y en octubre se hace caso omiso de todas estas de manera extemporánea cuando el trabajador creyó en la confianza legítima de que simplemente la empresa ya lo había condonado y en octubre de buenas a primera le salen diciendo que el comité compuesto solamente por 3 miembros ha decidido terminarle su contrato de trabajo, considero entonces que existe una violación a este procedimiento que la empresa debía haberse ajustado independientemente del derecho que le asistía al trabajador de haber hecho sus descargos y haberlos realizado porque la misma sentencia que cita la juez la C-593 del 2014 dice que también los particulares cuando se hallen en necesidad de aplicar sanciones o castigos están obligados por la constitución a observar las reglas del debido proceso y es un derecho fundamental de la persona procesada la de que en su integridad los fundamentos y postulados a esa garantía corresponden le sean aplicados, en otras ocasiones esta corte ha llegado a esta misma conclusión, apoyada en el argumento que la garantía del proceso ha sido establecida en favor de toda persona cuya unidad exige que si se deducen en su contra consecuencias negativas derivadas del ordenamiento jurídico tiene derecho que su juicio se adelante según las reglas predeterminadas por el tribunal o autoridad competente y con todas las posibilidades de defensa y contradicción”.

Igualmente la CSJ en recientes sentencia SL 2351 de 2020 donde estudio la posibilidad que debe ejercerse hoy en día para que cuando un trabajador sea despedido pueda ejercer su derecho de defensa y que cambio su postura dice “ En cambio el debido proceso es exigible cuando existe un proceso disciplinario previamente pactado dentro de la empresa para que el empleador haga uso de las causas del artículo 62 del CST y se cumpla siguiendo dicho procedimiento cuando dentro de la empresa existe un proceso disciplinario debidamente pactado previamente, entonces esta se ha de surtir para garantizar el debido proceso y con el mismo procedimiento se está brindando la oportunidad del trabajador de ser oído para que ejerza su derecho de defensa “ Considero entonces que en el procedimiento que se siguió al señor Humberto Salazar, no se siguió de manera consentida todo el trámite determinado por la cláusula decimotercera de la convención 2004-2005 que como ya lo dijo la señora juez está vigente en la convención 2018-2020, entonces reitero esta sentencia debe ser revocada por no haberse seguido las formas propias del juicio, resumo los argumentos se le omitió al trabajador el derecho de valorar pruebas como el hecho de haberse anulado la cuenta de cobro, el hecho de que el 19 de agosto la ETB saca un procedimiento de cobro de multas y sanciones, pruebas que no se tuvieron en cuenta, solamente se tuvo en cuenta un juez que era incompetente porque era solamente tres personas de la empresa, dentro de esas personas el gerente de servicios, su jefe inmediato el señor Cesar Augusto Quintero quien estaba impedido para entrar a tomar una decisión, teniendo en cuenta que fue el mismo quien inicia también esa investigación, existe una extemporaneidad en la decisión tomada por la ETB, teniendo en cuenta de que si la infracción se comete el 04 de enero de 2017 ellos tienen un término máximo de dos meses para tomar una decisión y apenas si el 19 de octubre de 2017 toman la decisión, la que finalmente se hizo efectiva el 21 de febrero del 2018, teniendo en cuenta la serie de decisiones judiciales que precedieron antes de la terminación del vínculo, en esas condiciones considero entonces debe revocarse la decisión y en los anteriores términos dejo sustentando el recurso de apelación, muchas gracias doctora.”

Constituyeron los anhelos del demandante HUMBERTO SALAZAR RODRIGUEZ en este proceso, los relacionados en el acápite de pretensiones de la demanda (folios 13 a 15) los cuales encuentran sustento en los hechos relatados en el acápite del escrito introductor y su reforma (folios 3 a 13 y 492 y 493), solicitando de manera principal se declare la ineficacia de la terminación del vínculo por omisión de los trámites convencionales, en la integración del Comité Disciplinario, conforme a la cláusula décimo tercera de la Convención Colectiva de Trabajo 2004-2005. En consecuencia, se ordene su reintegro al cargo desempeñado o a uno de igual o superior categoría, desde el despido acaecido el 21 de febrero de 2018, con el pago de salarios dejados de percibir, incluidos aumentos legales y convencionales, las prestaciones sociales y extralegales y aportes al sistema de seguridad social caudados hasta su reintegro.

En subsidio, pide se declare que al momento de su despido se produjo en trámite de un conflicto colectivo y, en consecuencia, conforme lo previsto en el artículo 25 del Decreto 2351 de 1965, debe ser reintegrado.

De no encontrar éxito tampoco lo anterior, solicitó se condene a la pasiva al pago de la indemnización por despido sin justa causa tasada en la cláusula vigésima segunda de la recopilación de convenciones efectuada en 1984, modificada por las cláusulas 4 de las Convenciones Colectivas 1988-1989 y 1990-1991 refrendada por las posteriores, así como al pago de los salarios y prestaciones sociales proporcionales causadas entre el 5 y el 21 de diciembre de 2017.

Es importante precisar que en audiencia celebrada el 10 de febrero de 2020 (acta folio 549 a 550, CD folio 548), dada la prosperidad parcial de la excepción de falta de reclamación administrativa, fueron excluidas del debate probatorio todas las pretensiones subsidiarias, limitándose el juicio a determinar si el despido fue ineficaz previa constatación del cumplimiento del procedimiento previsto en la Convención Colectiva previo al despido del trabajador. **Obteniendo sentencia de primera instancia totalmente desfavorable a sus aspiraciones,** por cuanto se absolvió a la demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra. Lo anterior tras considerar que los requisitos de la cláusula 13 de la Convención Colectiva 2004-2005 no se establecieron para impedir la toma de la decisión por parte de la empresa ante la inasistencia del sindicato, pues en caso que este no asista, como aquí

ocurrió, ha de entenderse que no le asistía interés, empero en manera alguna podía tomarse como limitante para que el empleador pusiera fin al vínculo, precisando, la documental arrimada al plenario daba cuenta que al sindicato se le requirió en múltiples oportunidades entre el 27 de febrero y el 13 de octubre, recibiendo por parte de dicha asociación solicitudes de aplazamiento, quien argumentó múltiples circunstancias no documentadas, para no acompañar al trabajador según los correos electrónicos que fueran incorporados. De igual forma resaltó, la función del sindicato es de asesoría y no de decisión según lo previsto en la misma norma convencional, por ello, una vez revisados los elementos de convicción, concluyó que la encartada cumplió con el procedimiento regulado previo a despedir al actor.

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 laboral que ató a las partes entre el 15 de julio de 1997 y el 4 de diciembre de 2017, la cual terminó por decisión unilateral del empleador, anotando, en cumplimiento de la sentencia proferida el 19 de diciembre de 2017 por el Juzgado 55 Civil Municipal de Bogotá, el actor fue reintegrado a su puesto de trabajo el 21 de diciembre de 2017, siendo desvinculado nuevamente el 21 de febrero de 2018, en razón a que el Juzgado Décimo Civil del Circuito revocó el amparo otorgado al actor y, en su lugar, negó por improcedente la tutela invocada, circunstancias que además de haber sido excluidas del debate probatorio por la aceptación de la encartada desde la contestación de la demanda, fue una conclusión a la que arribó la juzgadora de primer grado respecto de la cual no se formuló reparo alguno y se constata de la documental que milita a folios 319, 349, 351, 352 a 358, 359, 365, 366 a 369 y 370.

Tampoco se discute la afiliación realizada por el actor al sindicato SINTRATELÉFONOS según se advierte de la certificación expedida por dicha asociación sindical el 29 de noviembre de 2017, en la que hace constar que HUMBERTO SALAZAR RODRÍGUEZ está vinculado a este desde el 1 de febrero de 2000 (folio 62).

En ese orden, el problema jurídico que debe desatar la Sala, conforme los motivos de apelación y en virtud del principio de consonancia, se circunscribe en determinar si para el despido del demandante la encartada cumplió con las disposiciones convencionales establecidas para tal fin o de lo contrario este fue ineficaz y, en consecuencia, si procede su reintegro a su puesto de trabajo o a uno de igual o mayor jerarquía.

Sea lo primero indicar, no debe perderse de vista, el despido no es 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 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 2007², criterio reiterado en la SL3655 del 9 de marzo del 2016, radicación 47346, y en la SL4533 del 13 de septiembre del 2017³.

² “Por último es de anotar, que en varias oportunidades ha señalado la Sala que **el despido no se asimila a una sanción disciplinaria, y que el agotamiento imperativo de un trámite previo sólo se exige legalmente con arreglo al artículo 115 del Código Sustantivo del Trabajo para la imposición de sanciones disciplinarias, no estando previsto legalmente tal procedimiento cuando se trata de una decisión de despido de un trabajador privado por las causales consagradas en los numerales 5° y 6° del artículo 7° del Decreto 2351 de 1965, el cual podrá reclamarse cuando se hubiera establecido en una convención, laudo, reglamento o cualquier otro estatuto interno. En casos de despido lo único que consagra la ley, es la obligación de cumplir el preaviso para ciertas justas causas.**

En sentencia del 25 de julio de 2002, rad. N° 17976, señaló la Corte al respecto:

“(....) Valga agregar que el artículo 115 del CST, prevé el procedimiento para imponer sanciones disciplinarias al trabajador, al cual debe ceñirse estrictamente el empleador cuando a ese fin apunta, descartando su aplicación cuando se trata del despido “que no es una sanción disciplinaria-, pues si la falta da lugar a la terminación del contrato de trabajo, la ley laboral no prevé ningún mecanismo o trámite previo a tal determinación, excepto en los casos en que procede el preaviso, según la clase de falta cometida (Art.7° Dcto.2351/65), dejando a salvo, obviamente, de este concepto lo que al respecto se hubiera pactado en el contrato de trabajo, convención colectiva, pacto colectivo, laudo arbitral, etc...” En el mismo sentido radicaciones 13856, 16700, 21112 y 17976.

³ “Debe precisar la Sala que ha sido criterio reiterado de esta corporación que el despido no constituye una sanción disciplinaria, y por tanto, no es indispensable que se siga el procedimiento que se hubiese pactado para su imposición, a menos que se haya previsto extralegalmente un trámite especial y previo para terminar el contrato de manera unilateral por el empleador. Así se recordó recientemente, en sentencia CSJ SL10297-2017:

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,

Además, sobre este tópico, recientemente el órgano de cierre de esta jurisdicción, en sentencia SL 2351 de 2020, reiterando el criterio sostenido en la sentencia SL 15245 de 2014, sostuvo, la terminación del contrato por parte del empleador con asidero en una justa causa, por regla general, no constituye una sanción disciplinaria, de allí que el contratante no esté obligado por ley a agotar, en principio, un procedimiento disciplinario, precisando, ello no implica que el patrono no tenga límites al momento de despedir a un empleado con fundamento en una justa causa, pues esa Corporación ha venido reconociendo garantías al derecho defensa con arreglo de lo dispuesto en el ordenamiento laboral, que difieren, en esencia, con el respeto al debido proceso que debe observarse cuando existe un procedimiento previamente pactado dentro de la empresa, el cual se satisface cumpliendo dicho trámite. Así, en la aludida providencia, la Corte fijó el criterio según el cual 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, así como, frente a las causales contenidas en los numerales 9° a 15° de la norma *ejusdem*, advirtiendo, frente a las demás, ello solo será exigible según las circunstancias fácticas que configuran la causal invocada por el empleador⁴.

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.

Así las cosas, siendo que el artículo 61 del reglamento de trabajo hace referencia al trámite dispuesto para aplicar una sanción disciplinaria y no para despedir, no era dable que el empleador hubiese seguido un procedimiento. En todo caso, se advierte que sí se otorgó la oportunidad para que el trabajador rindiera las explicaciones correspondientes sobre las faltas endilgadas, tal como lo hizo en diligencia de descargos rendida el 8 de octubre de 2005 (f.°86-89)."

⁴ "La censura desconoce cuál es el alcance del principio del debido proceso contenido en el citado artículo 29 en estos casos, por lo que se hace necesario reiterar lo que esta Corte estableció al respecto en la sentencia SL 15245 de 2014, así:

- i) ***El alcance del debido proceso del artículo 29 constitucional frente a las actuaciones del empleador a la terminación del contrato de trabajo, en concordancia con la jurisprudencia constitucional***

Esta Sala considera, al igual que lo ha dicho la Corte Constitucional⁴, que la aplicación del derecho al debido proceso del artículo 29 superior siempre presupone la existencia de un procedimiento judicial o administrativo, en razón a que este derecho es corolario del principio de legalidad; por ello, se estima por esta Corte que, para el evento de la terminación del contrato con justa causa por parte del empleador, la vulneración del derecho al debido proceso se puede predicar, por regla general, en el evento de que dentro de la empresa se haya previsto expresamente un procedimiento para despedir.

De tal manera que no pudo incurrir el ad quem en el desconocimiento del «debido proceso» en los términos del citado artículo 29 constitucional como lo alega la recurrente, al no aceptar que el despido del actor fue ilegal por no habersele permitido conocer los cargos que se le imputaban y ser asistido por los compañeros de trabajo para ser oído en descargos. Ciertamente, como lo anotó el ad quem, la legislación laboral no exige este procedimiento para terminar el contrato de trabajo con justa causa.

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).

También la Corte Constitucional ha sido enfática en señalar que

[...] el conjunto de limitaciones y obligaciones que tiene el empleador para terminar unilateralmente el contrato al (sic) trabajador, no implica que se deba surtir un debido proceso en los términos del artículo 29 de la Constitución Política, pues ello desbordaría el alcance de dicha norma, que en su misma redacción, restringe su aplicación a las actuaciones administrativas y judiciales [...]⁴.

Como lo dijo esta Sala en la sentencia SL15245 de 2014, lo antes expuesto no significa que el empleador no tiene límites al momento de tomar la decisión del despido con justa causa, pues, de vieja data, esta Corte ha venido reconociendo garantías del «derecho de defensa» en la forma como el empleador puede hacer uso de la decisión de finalizar el vínculo con base en una justa motivación, en arreglo a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico laboral. Estas garantías se pueden resumir así:

- a) La necesaria comunicación al trabajador de los motivos y razones concretos por los cuales se va a dar por terminado el contrato, sin que le sea posible al empleador alegar hechos diferentes en un eventual proceso judicial posterior; deber este que tiene como fin el garantizarle al trabajador la oportunidad de defenderse de las imputaciones que se le hacen y el de impedir que los empleadores despidan sin justa causa a sus trabajadores, alegando un motivo a posteriori, para evitar indemnizarlos⁴.*
- b) La inmediatez que consiste en que el empleador debe tomar la decisión de terminar el contrato de forma inmediata, después de ocurridos los hechos que motivan su decisión o de que tiene conocimiento de estos. De lo contrario, se entenderá que fueron exculpadados, y no los podrá alegar judicialmente.*
- c) Se configure alguna de las causales expresa y taxativamente enunciadas en el Código Sustantivo de Trabajo;*
- d) Si es del caso, agotar el procedimiento a seguir para el despido establecido en la convención colectiva, o en el reglamento interno de trabajo, o en el contrato individual de trabajo, para garantizar el debido proceso.*
- e) La oportunidad del trabajador de rendir descargos o dar la versión de su caso, de manera previa al despido, sobre lo que esta Corte precisó lo siguiente en la misma sentencia SL-15245 de 2014:*

No basta con que la empresa no haya citado al trabajador a descargos, para decir que se le ha vulnerado el derecho de defensa, si en la forma como ocurrieron los hechos, no cabe duda de que estos han sido de pleno conocimiento del trabajador con las previsibles consecuencias que le podían acarrear respecto de la continuidad del contrato laboral, por su directa participación en el ejercicio de sus funciones, y el trabajador no ha asumido su deber de lealtad de avisar de inmediato al empleador o a sus representantes lo sucedido (según lo visto en el estudio del primer cargo, la actora confesó que le había avisado al gerente dos días después de lo sucedido, porque no le había sido posible encontrarlo antes), y de dar su propia versión de los hechos, pero que el empleador, con la inmediatez requerida y prudente, sí le comunica en la carta de despido los mismos hechos que ya eran conocidos por la trabajadora, como motivo de su decisión de terminar el contrato de trabajo.

En otros términos, el derecho del trabajador a ser oído consiste en que él pueda dar su propia versión de los hechos que van ser invocados por el empleador como justa causa. La oportunidad para el trabajador de dar su versión de lo sucedido en su caso, como una garantía al «derecho de defensa» y con el fin propiciar un diálogo entre empleador y trabajador previo a la decisión de despedir, se concreta dependiendo de las circunstancias fácticas que configuran la causal.

La citación a descargos no es la única forma de garantizar el derecho de defensa del trabajador. La garantía de este derecho de defensa se cumple también cuando el trabajador, de cualquier forma, tiene la oportunidad de hacer la exposición de su caso al empleador con el fin de asegurar que la decisión de terminación del contrato vaya precedida de un diálogo⁴, es decir, no es de su esencia cumplir con una forma específica.

Bajo tal entendido, se itera, la sanción disciplinaria apunta a un correctivo mientras que la terminación desde luego implica la ruptura del nexo laboral, sin que para este último se exija legalmente un trámite previo a menos que extralegalmente así se convenga, caso en el cual, su desconocimiento derivará en la ineficacia o nulidad del despido.

Ahora, de acuerdo al texto del líbello introductor, el fundamento jurídico de las pretensiones del demandante lo es una norma de carácter convencional, siendo aportada al expediente copia del texto contentivo del acuerdo extralegal celebrado entre la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ – ETB S.A. E.S.P. y el SINDICATO DE TRABAJADORES DE LA EMPRESA DE TELÉFONOS DE BOGOTÁ –SINTRATELÉFONOS 2004-2005, fechado el 14 de mayo de 2004 (folios 78 a 109) el cual cuenta con su respectiva constancia de depósito (folios 78 y 109)⁵, encontrándose vigente desde el 1º de enero de 2004 (cláusula primera), al tenor de lo dispuesto en el artículo 478 del C.S.T., no siendo materia de controversia la calidad de beneficiario del actor frente a la misma.

Así, en el caso de marras, específicamente en lo relacionado con el proceso disciplinario se advierte, en la cláusula décimo tercera de la aludida convención, se pactó (folios 85 a 88).

“CLAUSULA DECIMA TERCERA: PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO Y DERECHO A LA DEFENSA:

En cambio, el respeto al debido proceso es exigible cuando existe un proceso disciplinario previamente pactado dentro de la empresa para que el empleador haga uso de las justas causas del art. 62 del CST, y se cumple siguiendo dicho procedimiento. Cuando dentro de la empresa existe un proceso disciplinario debidamente pactado previamente, entonces este se ha de surtir para garantizar el debido proceso y, con el mismo procedimiento, se está brindando la oportunidad al trabajador de ser oído para que ejerza el derecho de defensa.

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 9º al 15º 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 9º al 15º.”

⁵ Del 20 de mayo de 2004, por lo que, encontrándose depositada en los términos previstos en el artículo 469 del C.S.T., dicho instrumento produce todos los efectos.

El trámite de que trata la siguiente cláusula se aplicará a todos los trabajadores salvo o los casos de renuncia libre y espontánea del trabajador debidamente aceptada por la ETB. Este procedimiento se aplicará de manera preferencial y con el principio de favorabilidad al trabajador, frente a cualquier otra forma de desvinculación.

Las actuaciones de la administración de ETB estarán en plena concordancia y cumplimiento del artículo 53 de la Carta Política y los Convenios Internacionales de la O.I.T Nos. 87, 98, 154 cuyo texto anexo hacen parte integral de la convención colectiva de trabajo:

a) Principios rectores:

El régimen disciplinario es parte del sistema de administración de personal y tiene por objeto asegurar a la sociedad y a la Administración pública la eficiencia en la prestación de los servicios de telecomunicaciones, así como la ética, el respeto (sic), la responsabilidad y la conducta correcta de los trabajadores y éstos, sus derechos y demás garantías que de éste régimen corresponden (sic).

La interpretación de sus normas se hará de conformidad con las normas constitucionales y legales y con los tratados internacionales ratificados por el Congreso, referentes al régimen disciplinario, respetando y acatando de preferencia lo preceptuado por la Convención Colectiva, basados siempre en el principio de favorabilidad.

Debido proceso:

Todo trabajador deberá ser procesado conforme a las leyes sustantivas y procesales preexistentes ala falta disciplinaria que se le atribuya, que conduzca a la aplicación de la sanción disciplinaria o despido, ante funcionario competente, previamente establecido y observando la plenitud de las formas del procedimiento regulado en la Constitución y en este procedimiento convencional. En desarrollo y cumplimiento de este servicio el trabajador inculpado tendrá derecho a presentar pruebas, controvertirlas e impugnar el fallo ante el comité disciplinario.

Resolución de la duda:

En el proceso disciplinario toda duda razonable se resolverá a favor del disciplinado cuando no haya modo de eliminarla, observando en todo caso el principio de favorabilidad.

Reconocimiento de la dignidad humana:

Todo trabajador a quien se le atribuya una presunta falta disciplinaria tiene derecho a ser tratado con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

Presunción de inocencia:

El trabajador a quien se le atribuya una falta disciplinaria se presume inocente mientras no se declare legalmente su responsabilidad en fallo ejecutoriado.

Cosa juzgada:

Nadie podrá ser investigado más de una vez por una misma acción y omisión constitutiva de falta disciplinaria, aún (sic) cuando a ésta se le dé una denominación diferente.

Prevalencia de los principios rectores:

En la interpretación y aplicación del régimen disciplinario prevalecerán los principios rectores que determina este régimen disciplinario y la Carta Política.

b) PROCEDIMIENTO:

1. INICIACIÓN DEL PROCESO. *Recibida una queja presentada por escrito, la Vicepresidencia de gestión humana y de Recursos Humanos o la que haga sus veces verificará la seriedad y procederá a citar al trabajador para que, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes, presente sus descargos y solicite las pruebas.*

Lo anterior se hará mediante auto que contendrá: la identificación del trabajador, determinación de los hechos materia de la investigación, determinación de las pruebas de los hechos, determinación de la presunta responsabilidad de los hechos, las normas presuntamente infringidas, las causales legales y las sanciones que puedan derivarse de los hechos y su responsabilidad.

2. PRUEBAS: *La Vicepresidencia decretará la práctica de todas las pruebas de oficio así como todas las solicitadas por el trabajador, limitando la prueba testimonial a cinco (5) testigos. La Vicepresidencia comunicará al Trabajador el contenido de la decisión con copia a Sintrateléfonos. La práctica de pruebas tendrá un periodo de un mes.*

3. COMITÉ DISCIPLINARIO: *La Vicepresidencia evaluará la investigación y determinará si el caso amerita ser llevado COMITÉ DISCIPLINARIO o si amerita ser archivado. El término es de hasta 20 días hábiles.*

Cumplido el término, la Vicepresidencia o quien haga sus veces, citará al Comité Disciplinario, notificando al trabajador quien tendrá derecho a recibir una copia integra (sic) del expediente del caso, en un tiempo mínimo de antelación de 15 días hábiles a la instalación de la sesión del Comité Disciplinario.

El comité disciplinario estará integrado por tres (3) representantes de la Empresa y tres (3) representantes del Sindicato de base

Los representantes del Sindicato tendrán como funciones las señaladas en le artículo 115 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el artículo 10° del Decreto 2351 de 1965 (hoy Ley 48 de 1968), que son las de asesorar a todos sus afiliados antes de producirse una sanción disciplinaria o desvinculación por parte de la Administración.

De la sesión de Comité Disciplinario se elaborará y suscribirá un acta conjunta.

4. El recurso de reposición contra la decisión en caso de ser desfavorable será presentada dentro de los cinco (5) días contados a partir de la notificación al trabajador.

5. En el caso que exista empate en la decisión del Comité Disciplinario, el caos será llevado dentro de los siguientes cinco (5) días hábiles ante un Tribunal especial, conformado por tres (3) personas, una en representación de la empresa, otra de Sintrateléfonos y un tercero el cual será escogido de común acuerdo o por sorteo de una lista de diez (10) personas conformada por profesores universitarios especializados en derecho laboral, solicitados por las partes, Empresa y Sindicato, de las facultades respectivas, de la Universidad Nacional de Colombia y Universidad Autónoma. Esta lista deberá confeccionarse dentro de los veinte (20) días siguientes a la firma de la presente Convención Colectiva y será actualizada cada dos años.

6. A las 8:00 a.m. del décimo día hábil a la constitución del Tribunal, éste se instalará en audiencia en una sesión única, en la sala de juntas de la Vicepresidencia, en la cual se determinará su conocimiento sobre todo el expediente y realizará la valoración sobre el cumplimiento del debido proceso.

7. Con plena ilustración del caso el Tribunal entrará a decidir: 1) sobre si hay lugar a la exoneración del trabajador, ó (sic) 2)= si hay lugar a la imposición de la sanción disciplinaria en cuyo caso procederá a fijarla, o, 3) si existe causal para la terminación del contrato de trabajo con justa causa. En cada caso remitirá la actuación a la Administración de ETB, para que proceda de conformidad.

8. De la sesión del Tribunal, se levantará un acta por parte del secretario (a) de la oficina de gestión humana o del área que haga sus veces.

9. En garantía al derecho de defensa, el trabajador podrá actuar en todas las etapas del procedimiento, asistido por un apoderado y/o un (1) delegado de Sintrateléfonos.

La ETB sufragará tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes por honorarios profesionales al tercer árbitro que se pagará una vez se suscriba y firme el acta de sesión del tribunal. La constitución de este tribunal será comunicada a los designados y al trabajador anexándoles copia del expediente.

En el caso de que no se dé cumplimiento a los términos aquí establecidos por culpa de la administración de ETB, el proceso disciplinario precluirá en la etapa a que se encuentre.”

Del análisis integral de las disposiciones reseñadas, se infiere sin dificultad que la convención colectiva de trabajo vigente al momento del despido del demandante, remite para efectos de la terminación del contrato a las formas contenidas en el procedimiento diseñado para sanciones disciplinarias, entendiéndose con ello, aunque suene redundante, que el despido es visto o equiparado como medida o sanción disciplinaria.

Atendiendo tal interpretación, es claro que la contravención al procedimiento estatuido, conlleva correlativamente las consecuencias a la ineficacia de la sanción⁶.

En tales términos, como quiera que no es objeto de debate en esta instancia que el actor era beneficiario de la Convención Colectiva 2004-2005 suscrita entre ETB y SINTRATELÉFONOS (folios 78 a 109), emana diáfano que en el despido del demandante debió agotarse el procedimiento disciplinario contenido en el precitado artículo 23 de la Convención Colectiva de Trabajo y, en ese sentido, le corresponde a la Sala verificar si la ETB atendió con rigurosidad el procedimiento previsto en dicho acuerdo, con antelación a la notificación de la terminación unilateral del contrato del actor o si por el contrario, tal como lo asevera el extremo actor, se desconocieron las formas propias del mismo.

Sobre la base de las consideraciones anteriores y descendiendo a la revisión del elenco probatorio se tiene que la pasiva no dio cabal cumplimiento al procedimiento convencional al que se ha hecho mención, tal como pasa a explicarse.

La ETB conoció el hecho causante del despido el 4 de enero de 2017, según se lee del memorando No. VI-2017 del 5 de enero de ese año que milita a folio 216, en el cual se consigna:

“Teniendo en cuenta que el día de ayer fui enterado, mediante memorando GIRS-201- que no se generó la cuenta de cobro correspondiente a la multa penal pecuniaria por un valor de \$COL 5.573.806.551, antes de finalizar la etapa de liquidación del contrato, prevista 23 de diciembre de 2016, labor que debió ser ejecutada por parte del supervisor del contrato, arquitecto Humberto Salazar Rodríguez, me permito solicitar a su oficina dar curso disciplinario por presunta omisión del supervisor en ejercicio de sus funciones.

Una vez conocido el caso, se procedió a solicitar informe al supervisor, mediante memorando de fecha 4 de enero de 2017, para que dé a conocer las razones,

⁶ Sobre el asunto, en un asunto de similares contornos fácticos la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 4457 de 2018, concluyó: *“Dicho de otro modo, la decisión unilateral del empleador para terminar el contrato de trabajo con justa causa, solo surte efectos después de agotadas las etapas procedimentales que brindan al trabajador la oportunidad de defenderse ante los cargos que se le imputan, bien a través de la diligencia de descargos asistida por el sindicato al que pertenece, o por medio de los recursos para obtener la reconsideración de lo decidido eventualmente. Además, cada etapa debe adecuarse con apego estricto a los plazos establecidos en la norma convencional.*

Se sigue de los términos de la disposición analizada, que terminar el contrato de trabajo, a modo de sanción, sin apego a ese trámite conduce a la nulidad del despido.”

argumentos y demás fundamentos por los cuales no fue elaborada dicha cuenta de cobro, ni aplicada la correspondiente multa al contratista ACECO TI.

(..)

Además, el memorando GIRS-2017-005 se encuentra en el medio magnético de folio 491 y a folio 220.

Luego, en decisión del 19 de enero de 2017 la ETB genera “*Solicitud de explicaciones proceso 8574-17*” (folios 235 a 242) en la que se detallan los antecedentes del caso, los hechos y los cargos imputados y se relacionan las pruebas con las que cuenta la empresa, cumpliendo con dicho documento lo descrito en el numeral primero “*INICIACIÓN DEL PROCESO*” al que se refiere la cláusula convencional, el cual es notificado personalmente al trabajador el 23 de enero de 2017 oportunidad en la que se le advierte que cuenta con 10 días hábiles para rendir los descargos respectivos -que resulta ser el término previsto en la convención-, solicitar o aportar pruebas y estar asistido por un delegado del sindicato al cual pertenezca o por un apoderado (página 18, archivo “*2. SEGUNDA PARTE FOLIOS 62-98.pdf*”, Cd folio 491).

El expediente de la investigación P-8574/17 (número asignado por la ETB) le fue remitido mediante correo electrónico el 24 de enero de 2017 a las 9:52 a.m. (página 19 *ibidem*).

Los descargos fueron rendidos por HUMBERTO SALAZAR RODRIGUEZ el 6 de febrero de 2017 (páginas 20 a 28, *ibíd.* y folios 246 a 250).

Las pruebas se decretaron en auto del 13 de febrero de 2017 (páginas 1 a 3, archivo “*3. TERCERA PARTE FOLIOS 99-159.pdf*”, CD folio 491), así:

“DOCUMENTALES

Téngase como pruebas y adjúntese al expediente las documentales aportadas por el señor Humberto Salazar Rodríguez junto con sus descargos, obrantes a folios 74 a 98 del expediente

TESTIMONIALES

De oficio se decretan los siguientes testimonios:

- Astrid Paola Duarte Ojeada, profesional especializado de la Gerente de Atención Legal y Contractual, con el fin de que se refiera a las observaciones efectuadas por Humberto Salazar a los correos electrónicos aportados por él, que obran a folios 83, 84 a 86 y 92 del expediente.
- Alba Lucia Guevara Escobar, Director Despliegue Red de Acceso, para que declare respecto de las labores adelantadas desde la Dirección del Proyecto, para que el supervisor del contrato No. 4600014724 generara la cuenta de cobro por concepto de clausula (sic) penal pecuniaria, antes de finalizar la etapa de liquidación del contrato.
- Cesar Augusto Quintero, Gerente Administración y Operación de Red (E), y Elkin Linares, Profesional Especializado II de la Dirección Ingeniería de Servicios Corporativos, a fin de que informen lo que les conste en torno a la no presentación de la cuenta de cobro correspondiente a la cláusula penal pecuniaria ACECO TI, antes de finalizar la etapa de liquidación del contrato.

PRUEBA TRASLADADA

De oficio se ordena trasladar al presente expediente las siguientes piezas procesales que obran en la investigación P-8582/2017, que adelanta esta Gerencia

- Informe final de ejecución del contrato No. 4600014724 Aceco TI S.A. / Aceco TI Sucursal Colombia S.A. de fecha 29 de noviembre de 2016.
- Informe final de liquidación del contrato No. 4600014724 Aceco TI S.A de fecha 27 de enero de 2017.
-

Se decretarán las demás pruebas que resulten de las anteriores y que se consideren necesarias para la investigación.

(...)”

La anterior decisión fue notificada mediante correo electrónico al ahora demandante el 13 de febrero de 2017 (páginas 5 y 6, archivo “3. TERCERA PARTE FOLIOS 99-159.pdf”, CD folio 491) y a la organización sindical SINTRATELEFONOS el 14 siguiente mediante oficio GRL-009-2017 con sello de radicación 035764 (página 7, *ibíd.*), informando además que los testimonios serían recibidos el 17, 20 y 21 de febrero de ese año.

Las entrevistas de ELKIN LINARES TORRES (folios 445 y 446), ASTRID PAOLA DUARTE OJEDA (folios 447 a 457), ALBA LUCÍA GUEVARA ESCOBAR (páginas 96 a 99, archivo “3. TERCERA PARTE FOLIOS 99-159.pdf”, CD folio 491) y CESAR AUGUSTO QUINTERO GIRALDO (folios 455 y 456), se realizaron con la asistencia

del demandante y LILI JULIETH GONZÁLEZ CAVIELES, de la Gerencia de Relaciones Laborales.

Posteriormente, en auto del 24 de febrero de 2017, la ETB consideró necesario decretar como prueba trasladada el correo electrónico de fecha 20 de febrero de 2017 enviado por la Coordinadora Jurídica de Contratación, Gerencia de Atención Legal y Contratos, *“donde se consignan las implicaciones que trajo el hecho de no haberse presentado la cuenta de cobro correspondiente a la cláusula penal pecuniaria, antes de finalizar la etapa de liquidación del contrato No. 4600014724”* (página 102, *ibídem*), misma que fue notificada al actor y al sindicato el 27 de febrero de 2017 (páginas 103 Y 109 –correo electrónico y constancia suscrita por HUMBERTO SALAZAR RODRIGUEZ- y 104 –radicado SINTRAETB 035803-, *ibíd.*)

Finalizado el plazo de un mes establecido en la convención para la práctica de pruebas, el 17 de marzo de 2017 se elabora informe para comité disciplinario el cual tiene por objetivo *“llevar ante el Comité Disciplinario el presente caso, a fin de que éste se pronuncie sobre las decisiones a tomar y las posibles consecuencias, con base en los hechos que fueron establecidos”* (folios 255 a 291)

Dicho informe fue comunicado a HUMBERTO SALAZAR RODRÍGUEZ mediante comunicación electrónica del 29 de marzo de 2017 (folio 294 y página 83, archivo *“4. CUARTA PARTE FOLIOS DEL 160-201.pdf”*, CD folio 491), señalándole que el mismo estaba a su disposición y si lo deseaba podía obtener la copia respectiva previa solicitud que efectuare en ese sentido –la cual le fue remitida el 4 de abril de 2017 (página 1, archivo 5. *QUINTA PARTE 202-226.pdf”*, CD folio 491)-, y a SINTRATELEFONOS el 30 de marzo de 2017 mediante radicado 035888 (folio 293 y página 84 *“4. CUARTA PARTE FOLIOS DEL 160-201.pdf”*, CD folio 491) oportunidad en la que se le precisó que *“en atención a lo dispuesto en la Cláusula Décima Tercera del Acta de Acuerdo Convencional 2004-2005, literal b) numeral 3° (...) con la debida antelación se dará a conocer la fecha, hora y lugar en la que se adelantará a la sesión del Comité Disciplinario”*.

El comité disciplinario fue citado por la empresa demandada para el 28 de abril de 2017 a las 2:30 p.m., aviso que fue entregado a SINTRAETB mediante radicados 035353 y 035954 del 25 de abril de 2017 (páginas 2 y 3, archivo *“5. QUINTA PARTE 202-226.pdf”*, CD folio 491). Lo anterior da cuenta que el actor y el sindicato tuvieron

conocimiento del informe para ese cuerpo colegiado con la antelación mínima prevista en el numeral 3 de la cláusula décimo tercera de la Convención Colectiva.

Frente a dicha convocatoria el presidente de SINTRATELEFONOS mediante correo electrónico del 27 de abril de 2017 (*página 4, ibídem*) solicitó el aplazamiento de la misma *“por motivo de agendamiento con anticipación”*, por lo que solicitó la programación de una nueva fecha, siendo re agendado para el 11 de mayo de 2017 a las 2:30 p.m. (*página 5, ibídem*) respecto de la cual nuevamente se pidió aplazamiento por parte de la mentada organización sindical debido a *“inconveniente de última hora”* (*página 6, ibídem*).

Por comunicación GRL-145-2017 dirigida a WILLIAM SIERRA LINARES, presidente de Sintrateléfonos y a HECTOR ANDRES TENJO ALARCON Y PEDRO IGNACIO MARROQUIN BERNAL como comisionados de reclamos, la ETB informa la programación del Comité Disciplinario para el viernes 30 de junio de 2017 a las 2:30 p.m. para decidir sobre 16 casos, entre ellos el del actor, en la que además se indica: *“se espera que en esta oportunidad se cuente con su asistencia, dado que se ha citado a Comité Disciplinario en más de nueve (9) oportunidades, sin que ustedes hayan asistido”* (*página 7, ibídem.*); no obstante, respecto de este nuevamente se solicita el aplazamiento *“en razón a inconvenientes personales que se le presentó a uno de los comisionados de reclamos”* (*página 9, ibíd.*).

La invitación se realiza nuevamente para el 13 y 19 de octubre de 2017 a las 2:30 p.m. (*página 11 y 13, ibídem.*), frente a las cuales nuevamente el sindicato solicitó el aplazamiento, arguyendo *“inconvenientes por nuestra actividad sindical”* y *“programación de audiencia pública”* (*página 12 y 14, archivo “5. QUINTA PARTE 202-226.pdf”, CD folio 491*), respectivamente; no obstante el comité disciplinario se lleva a cabo en esta última fecha, sin asistencia del sindicato, según se advierte del acta No. 1 de 2017 (*folio 320 a 322*), siendo integrado por CESAR AUGUSTO QUINTERO GIRLADO –Gerente Administración y Operaciones de Red de la Vicepresidencia Convencional-, EVA DORIS LÓPEZ CORTES –Directora de Relacionamento Convencional, Asuntos Disciplinarios y Gestión Ambiental- y MARTIN MAPPE BAUTISTA – Gerente de Relacionales Laborales-. En dicha reunión, con relación al caso del demandante, se concluyó:

“(…) En ese orden de ideas el Comité disciplinario considera que la justa causa se configura porque se demostró, que en calidad de supervisor del contrato No. 4600014724 suscrito entre ETB y Aceco TI S.A, el señor Humberto Salazar Rodríguez omitió presentar al contratista, la cuenta de cobro correspondiente a la cláusula penal pecuniaria por incumplimiento de las obligaciones del contratista, de conformidad con lo establecido en la cláusula undécima del referido contrato, antes de la finalización de la liquidación del contrato (23 de diciembre de 2016), a pesar de que era de su conocimiento, que debía cumplir dicha labor dentro de este periodo.

Respecto del segundo cargo formulado, el comité una vez revisadas las consideraciones del informe final, comparte las mismas y se entiende que fue desvirtuado por el trabajador.

Decisión:

*De acuerdo con los argumentos esbozados en el informe final de la investigación y en este Comité, se decide que hay lugar a aplicar la terminación del contrato de trabajo con justa causa al trabajador **HUMBERTO SALAZAR RODRIGUEZ**, por haber sido demostrada su existencia de conformidad con lo dispuesto por la ley y la convención colectiva de trabajo” (folio 321 vto.).*

Tal determinación fue comunicada al trabajador el 25 de octubre de 2017 (folio 319 y página 21 archivo “5. QUINTA PARTE 202-226.pdf”, CD folio 491), determinación contra la cual presentó recurso de reposición el 2 de noviembre siguiente (folios 300 a 318 y 323 a 329)

El comité sesionó nuevamente el 22 de noviembre de 2017 para resolver el medio de impugnación formulado por el demandante, según se verifica a 342 a 348, trámite al que no se convocó al sindicato por considerarse que estos habían renunciado a su posibilidad de estar presentes en el comité decisorio del 19 de octubre y que *“como se trata de un recurso de reposición, es claro que debe ser resuelto por quienes adoptaron la decisión objeto del mismo, ya que el propósito de este tipo de recurso (sic) es que sean los mismos que la revisen con los argumentos que se plantean en el recurso para que determinen si la confirman, la revocan o la modifican, competencia que como se anotó, sólo radica en cabeza de quienes tomaron la decisión”*. Allí se resolvió confirmar en todas sus partes la decisión de poner fin al vínculo contractual.

Dicha determinación se informó al demandante el 7 de diciembre de 2017 (página 29 y 30, archivo “8. OCTAVA PARTE 288-321.pdf”, CD folio 491).

A partir del anterior recuento procesal surtido al interior de la investigación disciplinaria adelantada en contra del demandante con antelación a su despido, como se indicó previamente, se advierte la contravención de la norma convencional por varias razones particulares, a saber:

En primer lugar, se observa la ausencia de notificación al trabajador de las citaciones para la realización del Comité Disciplinario, pues si bien es cierto se le comunicó el informe dirigido a dicho cuerpo colegiado y se le entregó copia del mismo con más de 15 días de antelación a la primera citación del comité (*folio 294 y página 83, archivo “4. CUARTA PARTE FOLIOS DEL 160-201.pdf”, CD folio 491*), no le fueron puestas de presente las subsiguientes convocatorias o reprogramaciones de este, o por lo menos no existe constancia alguna de ello en el expediente. Y es que la cláusula convencional es clara en indicar que *“cumplido el término, la Vicepresidencia o quien haga sus veces, citará al Comité Disciplinario, notificando al trabajador quien tendrá derecho a recibir una copia íntegra del expediente del caso, en un tiempo mínimo de antelación de 15 días hábiles a la instalación de la sesión del Comité Disciplinario”*, esto es, la ETB estaba en la obligación de informar al trabajador, hoy demandante, la hora y fecha en que tendría lugar el Comité Disciplinario en el que se discutiría su caso, empero, dicho presupuesto aquí no satisfizo, sin que se entienda superada dicha falencia con la invitación que se hiciera al sindicato porque el deber de notificar a esta organización deviene de su calidad de miembros de tal comité.

Adicionalmente, encuentra la Sala, con antelación a la realización del comité llevado a cabo el 22 de noviembre de 2017, en el cual se resolvió sobre el recurso de reposición incoado por el actor frente a la decisión de la compañía de poner fin a su contrato laboral, no se hizo citación alguna a SINTRATELEFONOS, lo cual se justificó por la empresa en la inasistencia de ese sindicato a la sesión realizada el 19 de octubre anterior, en el que se adoptó la determinación de finiquitar el vínculo contractual del demandante con asidero en una justa causa, y que, por ende, esas mismas personas, que resultaban ser únicamente los representantes del empleador, debían resolver los medios de impugnación formulados por los empleados sobre los que allí se decidió (folios 342 a 348). Sin embargo, si bien su incomparecencia le acarreó a la organización sindical la imposibilidad de participar del mismo en esa fecha, para esta Sala, en manera alguna tal situación puede ser entendida como su renuncia a hacer parte del Comité Disciplinario, porque la calidad

de miembros, a tres delegados de este, les fue otorgada en la convención, no siendo posible que la compañía, unilateralmente y en desconocimiento de lo reglado en el acuerdo colectivo, se abrogue la posibilidad de excluirlos so pretexto de que sólo quienes participaron de la reunión tienen competencia para decidir sobre la reposición, pues ésta nunca se desplazó a estas personas y siguió estando en cabeza del Comité Disciplinario compuesto, se itera, también por representantes del sindicato. De allí entonces, resultaba forzosa, obligada y necesaria la citación que se hiciera a SINTRATELEFONOS para discutir lo pertinente frente a los recursos, entre estos, el del convocante del juicio, y como no se efectuó en esos términos y se llevó a cabo la sesión sin que estos se enteraran de la misma, diáfana resulta la violación del procedimiento convencionalmente previsto.

Frente a este punto, pertinente resulta aclarar, no comparte la Sala la postura asumida por la parte actora frente a la necesidad de que el sindicato estuviera presente el 19 de octubre de 2017 para que el Comité Disciplinario pudiese sesionar, o que sus representantes fueran reemplazados por tres trabajadores de la compañía, según la interpretación que da al artículo 115 del C.S.T.⁷, por cuanto, la empresa cumplió con citar o convocar a dicha organización sindical antes de realizarse la misma, de hecho, las múltiples reprogramaciones que tuvo el mentado comité, fueron consecuencia de las solicitudes de aplazamiento realizadas por ese sindicato motivadas en razones carentes de soporte probatorio alguno, situación ésta que, en sentir de esta Corporación, solo puede calificarse como una acción orientada a dilatar de manera injustificada el trámite del proceso disciplinario que contra el actor se promovió.

Nótese, en los términos de la Convención Colectiva *“en el caso de que no se dé cumplimiento a los términos aquí establecidos por culpa de la administración de ETB, el proceso disciplinario precluirá en la etapa en que se encuentre”* (folio 88), por ello, la demandada estaba en la obligación de darle continuidad al proceso, garantizando con ello el respeto de los términos convencionales para adelantarlos, lo cual implicó entonces, realizar el comité disciplinario aun si la asistencia del Sindicato quien no justificó en debida forma su incomparecencia, precisando respecto

⁷ **ARTICULO 115. PROCEDIMIENTO PARA SANCIONES.** <Artículo modificado por el artículo 10 del Decreto 2351 de 1965. El nuevo texto es el siguiente:> Antes de aplicarse una sanción disciplinaria al <sic> {empleador}, debe dar oportunidad de ser oídos tanto al trabajador inculpado como a dos representantes del sindicato a que este pertenezca. No producirá efecto alguno la sanción disciplinaria que se imponga pretermitiendo este trámite

de este particular, la Convención no previó la obligatoriedad de los miembros de ese cuerpo colegiado de acudir a sesionar o consecuencia alguna por no hacerlo, así como tampoco un quorum decisorio a partir de lo cual pudieran entenderse inválidas las decisiones que se tomen sin la presencia de alguno de sus integrantes. Aunque ello no resultaba tan nítido en la convención aplicable, lo cierto es que esas inquietudes trataron de clarificarse en la Convención Colectiva 2018-2020, en la que se dejó consignado (folio 112 vto.):

*“La asistencia al comité **es obligatoria** para sus miembros y/o para quienes sean designados para su conformación, por lo que no podrá aplazarse la sesión, excepto casos de fuerza mayor o caso fortuito, acreditados, caso en el cual se citará nuevamente el comité y se sesionará en la fecha programada con los miembros que asistan”*

En todo caso, atendiendo la máxima del derecho “*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*” empleada para significar que nadie puede alegar a su favor su propia culpa, negligencia o torpeza para sacar provecho o derivar de ella algún beneficio, no puede convalidarse la conducta renuente e infundada de SINTRATELEFONOS de participar en el Comité Disciplinario, pues ello sería tanto como galardonar estas actitudes que en la realidad, solo buscan entorpecer los procesos disciplinarios realizados por el empleador y la consecuente imposición de sanciones o, como en este caso, la finalización de contratos de trabajo con fundamento en una justa causa asimiladas en estos eventos como una sanción.

Y es que, la doctrina que sobre tal principio se ha formado, deja claro que la desobediencia a la prohibición de invocar la propia culpa buscando modificar, aclarar o corregir una situación fundada en sus propios actos u omisiones, se entiende como un abuso del derecho propio de quien busca acceder a ventajas indebidas e incluso inmerecidas dentro del ordenamiento jurídico, máxime cuando el sindicato conocía de antemano que su función dentro del Comité, principalmente, era la de “*asesorar a todos sus afiliados antes de producirse una sanción disciplinaria o la desvinculación por parte de la administración*” (folio 87).

Téngase en cuenta, los principios sobre los que se erige el procedimiento convencional citado en apartados anteriores, deben ser atendidos en ambos sentidos, esto es, son exigibles a todos los extremos del proceso sancionatorio.

Ahora, para esta Sala, lo que sí resultaba contrario a la prerrogativa del debido proceso que le asistía al demandante, frente a la integración del Comité Disciplinario que resolvió sobre la terminación de su contrato de trabajo, es el hecho de que CESAR AGUSTO QUINTERO GIRALDO, en su calidad de Gerente de Administración de Operación de Red (E), haya sido uno de los representantes del empleador, aun cuando su testimonio hizo parte del haz probatorio decretado y practicado dentro de la investigación disciplinaria adelantada por la empresa y por ende como soporte de la decisión al interior de la misma, pues en virtud del principio de imparcialidad, que exige que el juzgador tenga una mente carente de prejuicios, nadie puede ser juez y parte a la vez.

Así pues, las omisiones anotadas conllevan inexorablemente al desconocimiento al debido proceso que le asistía a la parte actora, por lo que, sin necesidad de ahondar en más consideraciones, habrá de revocarse la decisión de primer grado, para en su lugar, disponer el reintegro del trabajador al cargo que ocupaba en el momento de despido o a uno igual o de superior jerarquía, y a pagar a su favor la totalidad de los salarios dejados de percibir desde el 21 de febrero de 2018 –fecha en la que se produjo el retiro, ante la revocatoria del reintegro ordenado por tutela-, hasta cuando se haga efectivo el reintegro.

En tal sentido, agotada la competencia en esta instancia analizados los puntos objeto de apelación, habiéndose arribado a distintas conclusiones a las halladas por el juez a quo, lo que se sigue es la revocatoria de la sentencia de primera instancia, en los términos antes discurridos.

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,

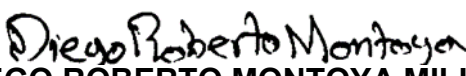
RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el JUZGADO 28 LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia y, en su lugar, **CONDENAR** a la EMPRESA DE

TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ – ETB S.A. E.S.P. a **REINTEGRAR** a HUMBERTO SALAZAR RODRIGUEZ al mismo cargo que ocupaba al momento de ser despedido, o a otro de igual o superior jerarquía, si aquél no existiere; al pago de los salarios, con los aumentos que se hubiesen efectuado y a las prestaciones sociales legales y convencionales, dejados de percibir desde el 21 de febrero de 2018, como también a los aportes a la seguridad social, hasta el momento de su reinstalación; para lo cual se tendrá en cuenta el último sueldo mensual devengado.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR TOBIAS CALDERON MONTEALEGRE CONTRA SISTEMAS OPERATIVOS MOVILES S.A. y SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE SI 99 S.A. (RAD 29 2018 00173 01).

Bogotá D.C., veintinueve (29) de octubre dos mil veintiuno (2021)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por parte del apoderado de la parte demandante (folios 182 y 184), las demandadas Sistemas Operativos Móviles S.A. SOMOS K (folios 187 a 189) y SISTEMAS INTEGRADOS DE TRASNPORTE SI 99 S.A (folios 186) y el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión de los recursos de apelación interpuestos por el demandante y la demandada SOMOS K, contra la sentencia proferida por la Juez 29 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 01 de Julio de 2021 (Cd. fl. 175, record 37:30 acta a fls. 177-178), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR *que existió un contrato de trabajo entre SISTEMAS INTEGRADOS DE TRANSPORTE SI 99 S.A y el demandante TOBIAS CALDERON MONTEALEGRE con fecha de inicio 20 de abril de 2004 finalizando el 28 de julio de 2005.*

SEGUNDO: DECLARAR *que existió un contrato de trabajo entre SISTEMA OPERATIVO MOVILES S.A SOMOS K y el demandante TOBIAS CALDERON MONTEALEGRE con fecha de inicio el 29 de julio de 2005 y finalizando el 17 de octubre de 2016 devengando como último salario promedio el valor de \$1. 925.000*

TERCERO: DECLARAR *que los pagos realizados por la demandada SISTEMAS OPERATIVOS MOVILES SOMOS K S.A al demandante TOBIAS CALDERON*

MONTEALEGRE denominados bonificación por mera liberalidad es constitutivo de salario.

CUARTO: CONDENAR a la demandada SISTEMAS OPERATIVOS MOVILES S.A SOMOS K S.A a cancelar al demandante TOBIAS CALDERON MONTEALEGRE la reliquidación de las prestaciones sociales de acuerdo con lo indicado en la parte motiva así: auxilio de cesantías \$3.799.899 pesos, intereses sobre cesantías \$ 55.692 pesos, primas de servicios \$ 456.601 pesos, vacaciones \$ 308. 347 pesos, total de prestaciones sociales y vacaciones \$ 4. 620.538 pesos.

QUINTO: CONDENAR a la demandada SISTEMAS OPERATIVOS MOVILES S.A SOMOS K S.A a cancelar las sumas anteriores indexadas de conformidad con el IPC certificado por el DANE al momento de su pago (sic).

SEXTO: CONDENAR a la demandada SOMOS K S.A al pago de las costas del proceso incluyendo como agencias en derecho la suma de \$1.000.000 de pesos (sic)..

SEPTIMO: CONDENAR a la demandada SISTEMAS OPERATIVOS MOVILES S.A SOMOS K S.A a pagar los aportes de seguridad a reliquidar los aportes de seguridad social en pensión según el cálculo actuarial que realice el fondo al cual se encuentra afiliado el demandante por las siguientes sumas y periodos: para el 09 de octubre de 2006 incluyendo la suma de \$191.924 pesos 2007 \$206.082 pesos, 2008 \$224.500 pesos 2009 \$242.000 pesos 2010 \$251.700 pesos , 2011 \$479.000 pesos, 2012 \$479.000 pesos, 2013 \$560.000 pesos, 2014 \$ 550.000 pesos, 2015 \$428.500 pesos, y hasta el 17 de octubre de 2016 \$391.000 pesos.

OCTAVO: ABSOLVER a la demandada SISTEMAS INTEGRADOS DE TRANSPORTE SI 99 S.A de cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el señor TOBIAS CALDERON MONTEALEGRE.”

Inconformes con la sentencia, los apoderados de la parte demandante y de SISTEMAS OPERATIVOS MOVILES S.A SOMOS K S.A interpusieron recurso de apelación en los siguientes términos.

El apoderado de la parte actora solicita se profiera condena por indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del código sustantivo del trabajo y por la sanción consagrada en el numeral tercero del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 por considerar que la demandada no acreditó su actuar de buena fe, ni la existencia de un pacto de exclusión salarial siendo su deber acreditarlo, en virtud de lo dispuesto en el artículo 127 del código sustantivo del trabajo que consagra una presunción legal en favor del demandante

Otro punto de su inconformidad va dirigido a que la a quo omitió pronunciarse de la incidencia salarial de una bonificación anual que se le reconocía al actor y que

también debe ser tenida en cuenta para la reliquidación de sus prestaciones sociales¹.

¹ **CD Folio 116. Apoderado demandante (40:40):** Gracias su señoría para manifestar al despacho que interpongo recurso de apelación en contra de la decisión que acaba de proferirse en cuanto a todo aquello que resulta desfavorable a los intereses de mi representado y particular sobre lo siguiente: su señoría procedió su despacho a absolver a la sociedad demandada respecto de la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del código sustantivo del trabajo y de la sanción consagrada en el numeral tercero del artículo 99 de la ley 50 bajo el consentimiento de un actuar de buena fe de la parte demandada, y soporta su convencimiento en que la demandada SOMOS K quien finalmente resulta condenada en el juicio baso su convencimiento en con base en lo consagrado o en lo expuesto en un contrato de trabajo que mi representado había suscrito con SI 99 y en los testimonios citados a instancia de esa misma parte llama la atención lo siguiente su señoría y es que el despacho acoge para imponer condenas como en efecto ocurre pues se desconoce la existencia de un contrato de trabajo entre mi representada y la sociedad SOMOS K y con base en ello profiere la reliquidación en la forma en que lo impartió indica el despacho que en efecto en el expediente brilla por su ausencia un contrato de trabajo escrito y suscrito entre mi representado y la sociedad SOMOS K acertadamente concluyo el despacho de tal forma concluye igualmente que no puede tenerse en cuenta un contrato que allega dicha demandada que corresponde a otro trabajador y que no podría concluirse de manera distinta no podría aplicarse los efectos del contrato de trabajo de una persona totalmente ajena al caso que hoy nos ocupa para equipararlo con el de mi representado es decir que al interior de esta relación laboral que data del 29 de julio del año 2005 y finaliza el 17 de octubre del año 2016 ante la inexistencia de un contrato escrito pues deberá entenderse o concluirse que lo que existió fue un contrato verbal un contrato de trabajo verbal así las cosas para imprimirle ese efecto de salarial de que trata el artículo 27 del código sustantivo del trabajo a las bonificaciones reconocidas por su despacho como factor salarial pues se concluye de tal forma en la medida en que se echa de menos ese pacto de exclusión salarial que eventualmente podría permitir el artículo 128 del código sustantivo del trabajo acertadamente concluye el despacho de esa forma, pero lo que si llama la atención es que para efectos de absolver por la sanción y por la indemnización invoca lo consagrado en ese contrato que se había desconocido por ese mismo despacho en cuanto a regular la relación de trabajo entre mi representado y SOMOS K me resulta un poco curioso perdóneme su señoría que para unas cosas se tenga en cuenta este contrato y para otras cosa no al no haberse tenido como cesión de contrato ni como sustitución patronal y al haberse declarado prescritos los derechos que pudieron haberse derivado en virtud de ese contrato con SI 99 prácticamente desaparecería de este proceso ese documento que consagra la relación laboral entre SI 99 y el señor TOBIAS CALDERON es decir que se equivoca el juzgado al tener por sentado o aceptar lo expuesto en la cláusula decima primera de ese contrato primigenio del cual se declaró la prescripción y la liquidación del mismo y que no correspondía a la relación laboral vigente en los extremos antes dichos en relación con mi representado como segunda medida se dice igualmente para absolver a la sociedad demandada por estos conceptos que es que la parte actora no logro demostrar la mala fe de la sociedad demandada su señoría con el debido respeto me permito manifestar que nada más alejado de la realidad si bien es cierto y así lo consagra la constitución nacional la buena fe se presume pero es que aquí la carga de la prueba se invierte en cabeza del demandado y es el quien debía acreditar que efectivamente había actuado de buena fe no se podía quedar en la mera presunción ni muchos menos que fuera la parte actora a quien se le trasladara la carga de la prueba de demostrar que la demandada SOMOS K había actuado de mala fe si en gracia de discusión se aceptase eso pues su señoría igualmente está más que demostrada esa mala fe de la sociedad demandada nótese bien que el desconocimiento de la norma no exime de responsabilidad ese es un principio del derecho y aquí la sociedad demandada no pudo acreditar no pudo acreditar la existencia de ese pacto de exclusión salarial siendo su deber acreditarlo recuérdese su señoría que el artículo 127 del código sustantivo del trabajo consagra una presunción legal en favor de mi representado y con base en esa presunción como quiera que la misma norma establece que todo lo que perciba el trabajador adicional a su salario independiente de su nombre denominación que se le dé se presume que es salario y así lo tiene sentada la abundante jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y es que esto no es un dato nuevo no es un hecho nuevo y era la demandada la que debía acreditar en debida forma que su actuación había estado revestida de buena fe y no bastaba con el simple convencimiento que por allá anteriormente en el año entre los años 2004 y a julio de 2005 existió una cláusula que pactaron mi representado y una sociedad distinta como lo encontró acreditado su despacho entonces con base en esa presunción vamos a tener por sentado que las actuaciones de la sociedad demandada estuvieron revestidas de buena fe y ni que decir de los testigos su señoría es que aquí los testigos y así lo manifestó el despacho hablaron de una supuesta retribución a las labores grupales que brillan por su ausencia y recordemos que algunos de esos testimonios fueron tachados del cual no se hizo mención en la sentencia y entonces entre otras cosas lo que si manifestaron ellos es que imagínense que la valoración la hacía Transmilenio sobre dizque el aseo del bus el mantenimiento del bus la conservación de la carrocerías del bus que tal como lo concluyo el despacho en nada tenía que ver la labor realizada por mi representado pero ni que decir como lo expuse en mis alegatos de conclusión las evidentes contradicciones de cada uno

Por su parte el apoderado de la demandada SOMOS K S.A solicita la absolución de su representada en lo que concierne a los conceptos de reliquidación de prestaciones sociales y aportes a seguridad social, por considerar que no quedo probado dentro del plenario que la bonificación por mera liberalidad retribuyera el servicio del demandante, por cuanto sólo se reconocía por el cumplimiento de metas grupales hecho que aduce reconoció el actor en su interrogatorio y bonificación que hizo parte de un acuerdo de exclusión salarial en los términos del art. 128 del CST².

de ellos aun cuando cada uno de ellos tenían vínculo directo con la parte de nómina de la sociedad demandada aquí quien debía acreditar de manera fehaciente era la demandada que había actuado de buena fe y no como lo equivocadamente lo concluye su despacho que por el contrario era mi representado quien debía acreditar el actuar de mala fe el día de ayer en los alegatos su señoría mencione una sentencias entre otras de la Corte Suprema de Justicia la sentencia SL 2123 DEL AÑO 2020 CON RADICACIÓN 79 9872 con ponencia de la Magistrada Doctora Jimena Isabel Godo y Fajardo del 20 de agosto del año 2020 en la que se resolvió un caso muy similar al que nos ocupa hoy y destaco lo siguiente abro comillas “así las cosas era la demandad quien debía acreditar que esas sumas pagadas y recibidas contantemente y de manera mensual durante la vigencia de la relación contractual no eran retributivas del servicio lo cual no logro pues solo es la afirmación insistente del representante legal sin ningún otro sustento acerca que se pactó los mismo no constituían salario y respecto de las reclamaciones de la indemnización moratoria y la sanción del artículo de la sanción consagrada en el artículo 99 de la ley 50 pues ha dicho la Corte en esta misma sentencia dice abro comillas “tal y como lo dispone el numeral 3 artículo 99 de la ley 50 el empleador que incumpla el plazo señalado para la consignación de las cesantías deberá pagar un día de salario por cada día de retardo en la consignación en adición a lo anterior por esta sala de casación en sentencia CSJ SL 403 del 2013 ratifico que la sanción moratoria se causa tanto por la falta de consignación completa del valor del auxilio de cesantías como por su aporte deficitario o parcial así las cosas como el asunto objeto de estudio no se incluyó en la base de liquidación anual del citado auxilio de los pagos mensuales constitutivos de salario tal como se precisó en precedencia la consignación que se realizo fue deficitaria y en consecuencia procede la peticionada a sanción su señoría con el debido respeto reitero aquí además de lo que indico la sociedad demandada respecto a que se había hecho un pacto de exclusión salarial en nada se acompasa esa acreditación de un actuar desprovisto de mala fe por el contrario todo encaja en el sentir de que estuvo revestida y fue una relación de casi 12 años adicionalmente su señoría apartándome un poco de respecto de esta sanción y esta indemnización apego igualmente en el sentido de que su despacho solamente tuvo en cuenta los valores percibidos por el trabajador respecto de la bonificación por mera liberalidad que sea de paso manifestar ni los representantes legales ni los mismo testigos tenían certeza real de cuál era el verdadero nombre para esa bonificación aquí se hizo una mezcla entre todo lo manifestado por cada uno de ellos pero afortunadamente la prueba documental nos da las luces para concluir por lo menos respecto a la incidencia laboral incidencia salarial perdón, que le imprimió su despacho pero omitió pronunciarse respecto de una bonificación anual el hecho de que esa bonificación se perciba anualmente en nada resta la habitualidad del pago a manera de ejemplo el quinquenio cuando las partes lo pactan por el solo hecho de que se reciba cada 5 años no le resta a la incidencia salarial y aquí se encuentra acreditado que durante varias anualidades mi representado percibió igualmente la denominada bonificación anual y en tal sentido y como quiera que no se pudo acreditar pacto de desalarización alguno pues igualmente era procedente que se declarara que dicho pago es igualmente constituido de salario y en tal sentido reliquidar las prestaciones sociales y los aportes en la forma en que se hizo con la bonificación por mera liberalidad en los anteriores términos su señoría dejo interpuesto y sustentado mi recurso de apelación solicitando al Honorable Tribunal Superior de Bogotá que en sede de apelación se disponga a modificar la sentencia para que en su lugar reconocer que la bonificación anual es constitutiva para salario y con fundamento en ello ordenar la reliquidación de las prestaciones sociales modificando y adicionando lo expuesto lo resuelto por su despacho y en similar sentido teniendo en cuenta lo expuesto se proceda a condenar dentro de la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 y la sanción por no consignación de las cesantías en un fondo conforme el numeral tercero del artículo 99 de la ley 50, muchas gracias su señoría

² **CD Folio 116, apoderado demandada (56:31):** Muchas gracias doctora actuando como apoderado judicial del SOMOS K S.A me permito interponer recurso de apelación contra la decisión que acabo de proferir el despacho y me permito sustentar con las siguientes argumentaciones sea lo primero indicar que me aparto de la decisión proferida por el despacho en lo que concierne a los conceptos de reliquidación de

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante en éste ordinario, las pretensiones relacionadas a folios 35-37, las cuales encuentran fundamento

prestaciones sociales y los aportes a seguridad social en primera medida no quedo probado dentro del proceso dentro del plenario que la bonificación por mera liberalidad retribuyera el servicio del demandante al respecto los interrogatorios de parte rendidos en la diligencia de ayer así como las pruebas testimoniales dan cuenta de todo lo contrario en su interrogatorio la parte demandante el señor TOBIAS CALDERON manifestó abiertamente que le bono por mera liberalidad lo recibía de acuerdo al cumplimiento de metas grupales que de acuerdo con los indicadores que propusiera Transmilenio igualmente manifestó que no hacía aseo a los buses no le hacía mantenimiento no operaba todos los buses operaba el bus operaba únicamente el bus que le asignaban dese cuenta señora juez que estos indicadores no retribuían el servicio del demandante adicionalmente el artículo 128 del Código sustantivo del trabajo consagra abro comillas “ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie” cierro comillas en el artículo que acabo de mencionar o leer se dispone la palabra expresamente en ningún momento diciendo que por escrito esta situación fue aceptada por el demandante por manera continuada en el tiempo nunca presento una reclamación al respecto por lo que nos apartamos de la decisión del despacho dado que le bono por mera liberalidad no retribuía directamente el servicio del demandante de igual forma señora juez llama la atención que la parte no concurrió a la audiencia con testigos por lo que solamente se limitó a lo que dijera el demandante en su interrogatorio es importante resaltar nuevamente que el demandante confeso que le bono por mera liberalidad lo recibía de acuerdo con el cumplimiento de metas grupales de acuerdo con los indicadores que le impusiera Transmilenio a mi representada su señoría me permito traer a colación las sentencias que cite el día de ayer en los alegatos por ejemplo la sentencia SL 1405 de 2015 con radicado 37438 de la sala laboral de la Corte Suprema de Justicia y la sentencia del 27 de mayo de 2009 con radicado 32657 también de la sala laboral de la Corte de justicia nuevamente abro comillas “surge de los dicho que la naturaleza de ese pago no se enmarca dentro del concepto salarial en tanto estaba condicionado que la empresa alcanzara unos logros de eficiencia que fijo en el documento de folio 118 más no evidencia una retribución directa por el servicio prestado sino que sencillamente constituía a una bonificación que de manera unilateral estableció el trabajador siempre que se alcanzaran las metas de eficacia propuestas por el equipo” cierro comillas con base en lo relatado es claro que el bono por mera liberalidad no salarial no tenía como causa el cumplimiento de metas grupales que la empresa lograra cumplir de acuerdo con los indicadores que su único cliente Transmilenio le impusiera pago que en ningún momento estuvo atado a la prestación el servicio del demandante sino que como quedo plenamente demostrado probado con los interrogatorios de parte rendidos y las pruebas testimoniales obedecía a un pago por el cumplimiento de unas metas grupales es decir a un pago directo que no cabe dentro de los supuestos del artículo 127 sino en su artículo siguiente es decir el artículo 128 entonces quedo plenamente probado y demostrado que el demandante actuó con la empresa la exclusión salarial de la bonificación por mera liberalidad esto teniendo en cuenta que el artículo 128 dice que se haya dispuesto expresamente en ningún momento que se halla que se necesite que se estipule por escrito esta situación la acepto continuadamente en el tiempo el demandante también quedo plenamente demostrado y probado que la bonificación por mera liberalidad o temporal estaba sometida por el cumplimiento de metas de la empresa con Transmilenio como en el contrato de concesión también conocido por el demandante el conocía de los indicadores también quedo demostrado y probado que el demandante repito conocía los indicadores que se tenían en cuenta para la ‘causación de este bono por mera liberalidad por lo que contrario lo manifestado por el despacho de primera instancia el bono por mera liberalidad no tiene incidencia salarial y en consecuencia no se debe tener en cuenta para reliquidar las prestaciones sociales esto es intereses cesantías, cesantías prima y vacaciones y de igual forma no se debe tener en cuenta para fulminar una condena en contra mi representada por concepto de aportes a seguridad social resalto que mi representada siempre ha optado bajo con el firme convencimiento que nada le adeuda al demandante por lo que ha actuado de buena fe tomando en cuenta las pruebas practicadas dentro del proceso específicamente los interrogatorios rendidos y las pruebas testimoniales recibidas es por lo anterior señores Magistrados que les solicito de manera muy respetuosa se sirvan revocar la sentencia de la primera instancia en el sentido de absolver a SOMOS K de cada una de las pretensiones ya que como se probó y quedo demostrado a lo largo de este proceso y en esta audiencia se indicó.

en los hechos consignados a folios 34-35, aspirando se declare que entre la empresa SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE SI 99 S.A. y el demandante existió un contrato de trabajo a término fijo desde el 20 de abril de 2004; que desde el 29 de julio de 2005 el trabajador fue enviado por SI 99 a laborar al servicio de la sociedad SI 02 S.A.; que por virtud de lo dispuesto por el art. 67 del CST operó sustitución patronal entre SI 99 S.A. y SI 02 S.A.; se declare que entre el señor demandante y las sociedades demandadas existió un contrato laboral a término indefinido desde el 20 de abril de 2004 hasta el 17 de octubre de 2016; se declare que el salario devengado por el último año de servicios ascendía a la suma de \$1.925.000; se declare que el cargo desempeñado era el de OPERADOR DE BUS ARTICULADO; se declare que las demandadas no pagaron de forma completa las prestaciones sociales a que tenía derecho y en virtud de dichas declaraciones se condene a las demandadas al pago de reliquidación de auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, aportes a seguridad social estos conceptos causados durante la vigencia de la relación laboral; indemnización de que trata el art. 65 del CST y sanción por no pago de las cesantías, indexación, lo ultra y extra petita y costas del proceso **obteniendo el accionante sentencia de primera instancia parcialmente favorable** pues se declaró la existencia de contrato de trabajo entre SISTEMAS INTEGRADOS DE TRANSPORTE SI 99 S.A y el demandante con fecha de inicio 20 de abril de 2004 finalizando el 28 de julio de 2005; se declaró que existió un contrato de trabajo entre SISTEMA OPERATIVO MOVILES S.A SOMOS K y el señor TOBIAS CALDERON MONTEALEGRE con fecha de inicio el 29 de julio de 2005 y finalizando el 17 de octubre de 2016 devengando como último salario promedio el valor de \$1. 925.000; se declaró que los pagos realizados por la demandada SISTEMAS OPERATIVOS MOVILES SOMOS K S.A al demandante TOBIAS CALDERON MONTEALEGRE denominados bonificación por mera liberalidad son constitutivos de salario; se condenó a SOMOS K S.A a cancelar la reliquidación de las prestaciones sociales de forma indexada, al pago de reliquidación de aportes en seguridad social, costas y se absolvió de las demás condenas incoadas por el actor.

La a quo definió como problemas jurídicos el de: i) determinar si existió una sustitución patronal o cesión de contrato y ii) si la bonificación por mera liberalidad y demás bonificaciones devengadas por el demandante constituyen

factor salarial y por ende deben ser reliquidados los aportes y prestaciones sociales.

Para dirimir el primer problema se remitió a la sentencia con radicado 4763 SL-3001-2020 de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia que hizo un estudio de la cesión de contratos y sustitución patronal, para concluir que en el caso en estudio no se cumplen los presupuestos establecidos en el art. 67 del CST para declarar una sustitución patronal y en cuanto a la cesión de contratos indicó que tampoco quedó demostrada dicha figura, por cuanto no se demostró la voluntad expresa del trabajador para que se pudiera materializar la cesión aludida.

Luego de valorar las pruebas aportadas encontró que el demandante celebró dos contratos independientes, el primero con SI 99 S.A. desde el 20 de abril de 2004 al 28 de julio de 2005 y el segundo con SOMOS K desde el 29 de julio de 2005 al 17 de octubre de 2016.

Respecto al segundo problema jurídico empezó por señalar, que frente al primer contrato celebrado por el demandante con SI 99 S.A. las obligaciones reclamadas se encuentran afectadas con el fenómeno prescriptivo de conformidad a lo dispuesto en el art. 488 del CST y 151 del CPT y de la SS.

En lo que atañe al contrato celebrado con SOMOS K precisó que no se aportó prueba documental respecto del texto del contrato celebrado con dicha sociedad; indicó que la demandada aceptó que las bonificaciones a las que hace referencia el actor son reconocidas a los trabajadores; se remitió a lo dispuesto en los arts. 127 y 128 del CST y luego de relacionar los insumos probatorios recaudados concluyó que en este caso no se acreditó que las partes hayan firmado algún pacto de exclusión salarial, máxime cuando la demandada no aportó el contrato de trabajo firmado entre el demandante y la demandada, adujo que si bien es cierto se aportó el contrato celebrado entre el demandante y la sociedad SI 99 S.A. donde sí se pactó una cláusula de exclusión salarial, ella no puede extenderse a los efectos jurídicos generados con el contrato celebrado entre el actor y SOMOS K por que no existió sustitución patronal, ni cesión de contratos.

Aseveró que dada la inexistencia de ese pacto de desalarización debe tenerse en cuenta, para la liquidación de prestaciones sociales el bono denominado de mera liberalidad y ordenó la reliquidación de prestaciones sociales.

Previo a definir las condenas resolvió la excepción de prescripción propuesta por SOMOS K, declarándola parcialmente probada por considerar que los emolumentos objeto de reliquidación causados con anterioridad al 06 de abril de 2015 están afectados por el fenómeno prescriptivo a excepción de las cesantías y aportes en seguridad social.

Efectuadas las operaciones aritméticas correspondientes señaló que para el 2015 las bonificaciones por mera liberalidad equivalían a \$428.500 y para el 2016 \$391.000 promedio mensual y como pago total de reliquidación de prestaciones sociales calculó la suma de \$4.620.538.

Ordenó la reliquidación de los aportes en seguridad social en pensión, teniendo en cuenta como IBC para la reliquidación:

AÑO	IBC RELIQUIDACION
2006	\$190.924
2007	\$206.082
2008	\$224.500
2009	\$242.000
2010	\$251.700
2011	\$479.000
2012	\$479.000
2013	\$560.000
2014	\$550.000
2015	\$428.500
2016	\$391.000

Respecto a las condenas por sanción moratoria de que trata el art. 65 del CST y sanción por no consignación de las cesantías de que trata el art. 99 de la Ley 50 de 1990, indicó que no procedería su condena por no encontrar acreditada una mala fe de la demandada quien en virtud del contrato que el demandante celebró

de forma primigenia con SI 99 S.A. consideró que la bonificación por mera liberalidad no tenía incidencia salarial, además adujo que con los testimonios decretados se logró extraer que ese bono por mera liberalidad se refería a aspectos que no tienen nada que ver con la retribución directa del servicio, aspecto que no fue desvirtuado por la parte actora.

En su lugar condenó a la demandada al pago de indexación de las sumas objeto de condena.

Una vez relacionados los antecedentes procesales del litigio puesto en consideración de esta instancia en virtud de las apelaciones presentadas por el actor y SOMOS K, la Sala empieza por definir no fue objeto de apelación la declaratoria de dos contratos de trabajo, el primero entre el demandante y SI 99 S.A. desde el 20 de abril de 2004 al 28 de julio de 2005 y el segundo con SOMOS K desde el 29 de julio de 2005 al 17 de octubre de 2016, hechos que incluso fueron ratificados con las documentales aportadas por ambas partes a folios 3-4, 18-21, 95-96 y 104-105, en los que obra el contrato individual de trabajo a término fijo inferior a un año suscrito entre el demandante y SI 99 S.A. desde el 20 de abril de 2004 al 19 de julio de 2004 y certificaciones laborales expedidas por SOMOS K donde dejó constancia de la existencia de contrato de trabajo con el actor desde el 29 de julio de 2005 para desempeñar el cargo de operador de bus articulado.

Acreditada la existencia del contrato de trabajo que resulta ser la fuente o causa de los derechos laborales reclamados, resulta factible pasar al estudio de los puntos de inconformidad de los recurrentes, que en esta sede se encauzan a determinar si: i) Las bonificaciones anual y de mera liberalidad devengadas por el actor durante su vinculación con SOMOS K tienen incidencia salarial ii) si es procedente proferir condena por sanción moratoria de que trata el art. 65 del CST y por sanción por no consignación de las cesantías regulada por el art. 99 de la Ley 50 de 1990.

Para resolver el primer problema jurídico se tiene que la parte demandante solicitó en las pretensiones condenatorias 1-4 la reliquidación de las cesantías,

intereses a las cesantías, primas de servicios y vacaciones³ ello con fundamento en los hechos 9, 11, 12 y 13 donde manifestó que el último salario realmente devengado por el actor correspondía a la suma de \$1.925.000 teniendo en cuenta la bonificación denominada por mera liberalidad que se le reconocía mensualmente y además solicita que se le reconozca con incidencia salarial la bonificación anual ⁴, la cual no fue objeto de pronunciamiento de la a quo pero si objeto de pretensión y de inconformidad en la alzada presentada por el apoderado de la parte activa.

Ante dicha petición la parte demandada manifiesta que al señor TOBIAS CALDERON MONTEALEGRE se le reconoció como último salario la suma mensual de \$1.534.000 y aceptó que adicional a ello se le otorgaron unos pagos no constitutivos de salario conforme a lo establecido en el art. 128 del CST, que no tenían por objeto retribuir directamente el servicio y que por el contrario buscaban que la organización obtuviera un excelente servicio como grupo y no individualmente, razón por la que alega que este tipo de beneficios estaba atado al cumplimiento de objetivos generales de la organización⁵.

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

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

³ Folio 36.

⁴ Folio 35.

⁵ Folio 123.

Luego al trabajador le basta con demostrar que el pago era realizado por su empleador de manera constante y habitual y el empleador es quien tiene la carga de la prueba de demostrar lo contrario. Señala el precedente que:

“Al trabajador le basta con demostrar que el pago era realizado por su empleador de manera constante y habitual, y a éste, con el fin de no quedar compelido a asumir los efectos jurídicos que le son propios a un estipendio de esta naturaleza, deberá demostrar que los pagos estaban dirigidos a otro propósito, menos la retribución directa del servicio.

De ahí, que para la Sala, el solo dicho del empleador sin prueba alguna que acredite sus manifestaciones, carecen del mérito suficiente para descartar la naturaleza salarial del estipendio económico entregado de manera habitual y constante en la cuenta de ahorros del trabajador, en igualdad de condiciones al pago efectuado del salario básico (CSJ SL986-2021).”

Siguiendo el criterio reseñado se tiene que la parte demandante aportó a folios 35-44 los comprobantes de pago de beneficios correspondientes a las segundas quincenas de agosto de 2012, septiembre de 2013, febrero de 2014, septiembre de 2014, noviembre de 2014, diciembre de 2014, septiembre de 2015, octubre de 2015, diciembre de 2015 y enero de 2016, en los que se observa que se le reconoció el pago de bonificaciones denominadas de mera liberalidad, excelencia y anual, de esos documentos lo único que se puede colegir es una habitualidad de los pagos por “bonificación anual” para los meses de diciembre de cada año.

No obstante, la parte demandada aportó en el CD inserto a folio 135 los comprobantes de nómina del demandante para los periodos 2006 – 2016, en los que se observa que desde el 2006 se le reconocía una bonificación que en principio se denominaba “beneficio no prestacional” hasta agosto de 2011⁶, luego desde septiembre de 2011⁷ el estipendio pasó a denominarse “bonificación por mera liberalidad” reconocido hasta septiembre de 2016⁸.

De lo anterior se concluye que se acreditó que el pago denominado “bonificación por mera liberalidad” fue cancelado al actor de manera constante y habitual todos los meses.

⁶ CD Folio 135 archivo comprobantes 2011 folio 8.

⁷ Ibidem, folio 9.

⁸ Ibidem archivo comprobantes 2016, folio 10.

Ahora en lo que atañe a la bonificación anual se observa que dicho beneficio se le reconocía al trabajador cada año desde diciembre de 2009⁹ de manera permanente hasta que se dio por terminada la relación laboral.

Válido es señalar que los documentos hasta aquí relacionados aportados al proceso por la parte demandante y por SOMOS K S.A. gozan de autenticidad en virtud de lo dispuesto en el art. 244 del CGP, aunado al hecho de que ninguno de ellos fue tachado de falsedad por ninguna de las partes.

Por otro lado y respecto a la carga probatoria que le competía a la parte demandada quien como hechos de su defensa advirtió que los pagos reconocidos al demandante por bonificaciones no eran constitutivos de salario en virtud de lo dispuesto en el art. 128 del CST.

Es de advertir que de las pruebas aportadas al plenario no se avizora que las partes hayan pactado algún tipo de cláusula de exclusión salarial o pacto de desalarización frente a las bonificaciones por mera liberalidad y anual que fueron concedidas por SOMOS K S.A. al trabajador hoy reclamante como efectivamente lo argumentó la a quo.

Si bien es cierto la representante legal de SOMOS K S.A. indicó en su interrogatorio que el pacto de exclusión salarial se suscribió desde el contrato celebrado por el demandante con SI 99 S.A., advierte esta instancia que dicho pacto no puede producir efectos frente a la relación laboral del actor con SOMOS K S.A., máxime cuando la Juez de primer grado encontró acreditada la existencia de dos relaciones laborales completamente diferentes, punto que además no fue objeto de censura por las partes.

Por otra parte frente al hecho de que estos pagos no eran retributivos de la prestación del servicio la parte demandada solicitó como medios probatorios el interrogatorio del demandante y los testimonios de SANDRA MILENA PEÑA LADINO, NELSON ALEJANDRO BOJACA BARRETO y VIVIANA ANDREA JIMENEZ, los cuales fueron decretados en audiencia del 16 de diciembre de 2020¹⁰ y evacuados en audiencia del 30 de junio de 2021.¹¹

⁹ CD Folio 135 archivo comprobantes 2009 folio 12.

¹⁰ CD Folio 148 y acta a folios 149-150.

El demandante indicó que como remuneración la empleadora le reconocía un salario básico y unas bonificaciones denominadas de mera liberalidad y excelencia que eran pagaderas de forma mensual y una bonificación anual.

Añadió que la bonificación por mera liberalidad la pagaban de acuerdo al cumplimiento que tuviera cada trabajador en sus funciones y de acuerdo al comportamiento laboral que tuviera mensualmente.

Si bien es cierto aceptó que Transmilenio exigía el cumplimiento de indicadores a SOMOS K, señaló que en virtud de esa exigencia la empleadora requería a los trabajadores para el cumplimiento de actividades con miras a la consecución de dichas metas.

Detalló que los indicadores calificaban la regularidad de las rutas, los viajes ejecutados, la puntualidad de los operadores, el aseo de los buses, el buen uso del chasis, la accidentalidad y en general el buen funcionamiento de la operación.

En el testimonio de la señora VIVIANA ANDREA JIMENEZ quien fungió como asistente de gestión humana en SOMOS K S.A., durante el tiempo que el señor demandante laboró para esa empresa, la deponente relató que a los operadores se les liquidaba el bono por excelencia y un beneficio temporal que luego pasó a denominarse de mera liberalidad.

Dijo que el Bono excelencia era prestacional y se pagaba por el desempeño de los conductores, de acuerdo a sus asistencias, accidentes y multas que le pudiera generar Transmilenio.

Respecto al beneficio temporal o bono por mera liberalidad señaló que se pagaba por los indicadores que medía Transmilenio por el cumplimiento del servicio a la ciudadanía, calificando el aseo de los buses, varadas y la regularidad de las rutas.

Aseveró que, en su caso particular cuando inicio labores con la empresa le indicaron que tenía derecho a un beneficio temporal que sólo se reconocía si los

¹¹ CD Folio 148.

trabajadores aportaban al cumplimiento de los indicadores que Transmilenio exigía a SOMOS K S.A.

Precisó la testigo que durante el tiempo que mantuvo su vinculación con SOMOS K (febrero de 2006 a agosto de 2019) siempre le pagaron de forma mensual a todos los trabajadores el bono por mera liberalidad porque la empresa siempre obtenía las mejores calificaciones por parte de Transmilenio.

En la declaración de la deponente llama la atención el hecho de que aseguró que el bono tenía un valor distinto para cada trabajador a pesar de que supuestamente era un incentivo por la buena calificación de la organización en conjunto.

Otra de las testigos traída al proceso por la demandada fue la señora SANDRA MILENA PEÑA, quien laboró para SOMOS K S.A. desde el año 2011 al 2019 desempeñando el cargo de asistente de nómina, sin embargo, de ese testimonio no fue posible extraer insumos probatorios que acreditaran la carga probatoria endilgada a SOMOS K, pues la deponente fue clara en manifestar que no manejaba términos de liquidación de nómina, y que como asistente de esa área solo tenía a su cargo los indicadores por ausentismo.

Sin embargo, lo único que conviene rescatar de sus manifestaciones es que fue enfática en asegurar que la empresa nunca le reconoció un bono por mera liberalidad, hecho que contraría lo manifestado por la testigo VIVIANA ANDREA JIMENEZ quien afirmó que dicho beneficio se reconocía a todos los trabajadores de SOMOS K S.A.

En primera instancia también se recepcionó el testimonio del señor NELSON ALEJANDRO BOJACA BARRETO, quien trabajó para SOMOS K como analista de nómina, contratación y seguridad social; prueba pertinente y conducente para clarificar el objeto del litigio, pues teniendo en cuenta el cargo que desempeñó el deponente se infiere que conoció de primera mano cada una de las circunstancias que se tenían en cuenta para el pago de las bonificaciones que hoy son objeto de discusión.

En ese testimonio se pudo extraer que: i) el demandante recibía un sueldo básico y unas bonificaciones denominadas beneficio temporal y a la Excelencia. ii) que el beneficio temporal luego pasa a identificarse como bonificación por mera liberalidad. iii) que el beneficio temporal se pagaba por una medición del grupo que realizaba el ente gestor, en este caso Transmilenio donde se calificaban aspectos como lavado de los buses, varadas y mantenimiento. iv) que la empresa siempre cumplía con los indicadores y estaba en los primeros lugares. v) Puntualizó que a bonificación por mera liberalidad la recibió el demandante todos los meses por ser un excelente conductor vi) precisó que la bonificación por mera liberalidad no se reconocía cuando el trabajador no aportaba nada al grupo o no podía ser medido, ejemplificó “no se reconocía cuando él trabajador se ausentaba por alguna novedad” hecho que afectaba la causación de ese beneficio.

En ese orden de ideas, analizadas en su integridad las pruebas recaudadas en el trámite procesal estima la sala que la bonificación por mera liberalidad, remuneraba directamente el trabajo que el demandante realizaba a favor de SOMOS K, hecho que se clarificó con los testimonios que la misma encartada trajo al proceso específicamente con el dicho de los deponentes VIVIANA ANDREA JIMENEZ y NELSON ALEJANDRO BOJACA quienes con sus manifestaciones no desvanecieron la incidencia salarial de dicho beneficio sino que por el contrario ratificaron que ese dispendio tenía por objeto la retribución del servicio prestado por el actor.

Se destaca que los testigos coincidieron en afirmar que el bono se le reconocía a los trabajadores siempre que aportaran con sus actividades al cumplimiento de los indicadores que Transmilenio exigía a SOMOS K y especialmente el testigo NELSON BOJACA – analista de nómina para la época- fue claro en manifestar que para el reconocimiento de ese bono debía medirse individualmente el desempeño del trabajador quien si no asistía o podía ser calificado por alguna novedad, vería una afectación en el reconocimiento del bono hecho que incluso se acompasa con lo probado en los comprobantes de nómina aportados por la pasiva¹² donde efectivamente se observa que el bono por mera liberalidad en unos periodos aumentaba su cuantía y en otros se disminuía.

¹² Ver CD Folio 135.

En definitiva para esta instancia con las pruebas relacionadas queda ratificada la decisión de la a quo al endilgar incidencia salarial al bono por mera liberalidad, pues en efecto el cumplimiento de las funciones del demandante contribuyó al índice de satisfacción de los usuarios de Transmilenio y por ende al cumplimiento de las metas que la gestora exigía a SOMOS K.

Por otro lado y en lo que corresponde a la bonificación anual, como se anotó en precedencia se encuentra acreditado que dicho pago se reconoció con periodicidad y habitualidad al demandante en diciembre de cada año desde el 2009¹³.

Aunado a lo anterior y de las pruebas aportadas por SOMOS K S.A. no se logró acreditar que esa suma de dinero tuviera un propósito distinto al de retribuir directamente la labor del trabajador, máxime cuando resultó probado que esos pagos habituales ingresaron al patrimonio de este y lo incrementaron.

Y por el contrario en el interrogatorio de parte realizado a la Representante Legal de SOMOS K S.A. la señora JANET TATIANA RODRIGUEZ LOPEZ¹⁴ confesó que la bonificación anual se reconocía como un reconocimiento al desempeño de los mejores operadores durante el año, lo que quiere decir que era una retribución a la buena prestación del servicio del demandante, en cumplimiento de los estándares de la empresa y razón por la cual también debe tenerse en cuenta como factor salarial y así se adicionará el numeral tercero de la parte resolutive.

Ahora bien teniendo en cuenta que la a quo declaró la prescripción respecto de los intereses a las cesantías, primas de servicio y vacaciones causadas con anterioridad al 06 de abril de 2015 se modificará el numeral cuarto de la sentencia de primer grado, en el sentido de condenar a la demandada al pago los siguientes conceptos y montos¹⁵, de acuerdo a la liquidación que hace parte integral de este proveído.

¹³ CD Folio 135 archivo comprobantes 2009 folio 12.

¹⁴ Folio 90 vto.

¹⁵

Cesantías	\$ 4.094.362,00
intereses a las cesantías	\$ 60.724,00
Prima de servicios	\$ 655.151,00
Vacaciones	\$ 327.576,00
Total liquidación	\$ 5.137.813,00

Adviértase que el fenómeno prescriptivo no opera para las cesantías que se hicieron exigibles a la terminación del contrato, ni respecto de las diferencias por aportes en pensión, como quiera que estos son el fundamento del derecho imprescriptible de la pensión, condena contenida en el numeral séptimo de la sentencia que también deberá modificarse desde el año 2009 ciclo a partir del cual el demandante empezó a devengar la bonificación anual como pasa a relacionarse:

CICLO	DIFERENCIA IBC
2009	\$ 254.500
2010	\$ 268.366
2011	\$ 504.000
2012	\$ 527.415
2013	\$ 595.000
2014	\$ 550.000

INICIO	FINAL	DIA S	DIFERENC IA BONO MERA LIBERALI DAD	DIFEREN CIA BONO ANUAL	TOTAL DIFERENC IAS	CESANTÍ AS	INTERES ES A LA CESANTI AS	PRI MA	VACACIO NES
28/07/2005	31/12/2005	155					\$ -		
1/01/2006	31/12/2006	360	\$ 190.924,00		\$ 190.924	\$ 190.924	P	P	P
1/01/2007	31/12/2007	360	\$ 206.082,00		\$ 206.082	\$ 206.082	P	P	P
1/01/2008	31/12/2008	360	\$ 224.500,00		\$ 224.500	\$ 224.500	P	P	P
1/01/2009	31/12/2009	360	\$ 242.000,00	\$ 12.500,00	\$ 254.500	\$ 254.500	P	P	P
1/01/2010	31/12/2010	360	\$ 251.700,00	\$ 16.666,00	\$ 268.366	\$ 268.366	P	P	P
1/01/2011	31/12/2011	360	\$ 479.000,00	\$ 25.000,00	\$ 504.000	\$ 504.000	P	P	P
1/01/2012	31/12/2012	360	\$ 479.000,00	\$ 48.415,00	\$ 527.415	\$ 527.415	P	P	P
1/01/2013	31/12/2013	360	\$ 560.000,00	\$ 35.000,00	\$ 595.000	\$ 595.000	P	P	P
1/01/2014	31/12/2014	360	\$ 550.000,00	\$ -	\$ 550.000	\$ 550.000	P	P	P
1/01/2015	5/04/2015	93	\$ 428.500,00	\$ 29.916,00	\$ 458.416	\$ 118.424	P	P	P
6/04/2015	31/12/2015	268	\$ 428.500,00	\$ 29.916,00	\$ 458.416	\$ 341.265	\$ 30.486	\$ 341.265	\$ 170.633
1/01/2016	17/10/2016	289	\$ 391.000,00	\$ -	\$ 391.000	\$ 313.886	\$ 30.238	\$ 313.886	\$ 156.943
TOTAL						\$ 4.094.362	\$ 60.724	\$ 655.151	\$ 327.576
TOTAL LIQUIDACION									\$ 5.137.814

2015	\$ 458.416
2016	\$ 391.000

No sobra anotar que las diferencias en el pago de aportes en seguridad social en pensiones deberán realizarse directamente al fondo al que se encuentre afiliado el trabajador, teniendo en cuenta para cada año las sumas adicionales que se relacionaron en precedencia.

Por último, en lo que tiene que ver con la condena por sanción moratoria de que trata el art. 65 del CST, motivo de súplica del apoderado de la demandada, la jurisprudencia del órgano de cierre de esta jurisdicción ha señalado que ni su imposición ni su exoneración es automática, dado que es necesario determinar si el empleador actuó de mala fe al resistirse a reconocerle al trabajador los derechos laborales que contempla el orden jurídico. (CSJ SL, 24 abr. 2012, rad. 39600, CSJ SL9156-2015, CSJ SL1430-2018 reiteradas en sentencia SL-3345-2021).

Como se advirtió a lo largo de esta providencia se tiene que la parte demandada cimentó su defensa en el argumento de que los pagos por bonificaciones por mera liberalidad y anual no tenían incidencia salarial por no ser retributivas directamente del servicio del actor, hecho que se desvirtuó con el material probatorio recaudado del que se concluyó de forma certera, las bonificaciones por mera liberalidad y anual remuneraban el servicio del señor TOBIAS CALDERON como operador de bus.

Ahora bien, la demandada arguyó que entre las partes existió un pacto de desalarización que se suscribió al inicio de la relación laboral, sin embargo como ya se había precisado, en los documentos aportados como prueba no se acreditó la existencia de ese acuerdo.

La Representante legal de la demandada hizo referencia al pacto de exclusión que efectivamente el demandante suscribió con SI 99 S.A. en el contrato de trabajo obrante a folios 3-5, sin embargo, esa vinculación laboral no tiene nada que ver con la relación contractual que sostuvo el demandante con SOMOS K S.A., razón por la que no puede pretender que los efectos de aquel convenio se extiendan a este otro contrato, máxime cuando son relaciones contractuales

distintas y no se encontraron probadas las figuras de sustitución patronal ni la cesión de contratos.

Corolario a lo anterior, esta sala de decisión considera que SOMOS K S.A. debe ser condenada al reconocimiento de sanción moratoria, teniendo en cuenta que con sus propios medios probatorios se pudo constatar que los beneficios por mera liberalidad y anual reconocidos al actor si retribuían el servicio, dependiendo de la medición individual del desempeño del trabajador y su aporte a la consecución de las metas de la organización, tanto así que si no era posible la medición del trabajo del operador la bonificación no era concedida o se veía afectada su cuantía.

Por ende, al no evidenciarse una situación que enmarque a la sociedad SOMOS K S.A., en el terreno de la buena fe resulta procedente acceder a la pretensión del accionante, advirtiéndose como quiera que el último salario del actor superaba el mínimo legal mensual vigente (\$1.925.000 para el año 2016¹⁶) la sanción de un día de salario por cada día de retardo aplica por los primeros 24 meses luego de finalizado el vínculo contractual, pues a partir de allí solo proceden los intereses moratorios, en tanto la demanda se presentó el 06 de abril de 2018 (fl. 45), esto es, dentro de los dos años siguientes a la finalización del contrato, que lo fue el 17 de octubre de 2016 según lo considerado por el Juez de primer grado.

Conforme lo anterior, se condena al pago de **\$46.200.000** (\$1.925.000 x 24 meses) por concepto de INDEMNIZACIÓN MORATORIA causada del 18 de octubre de 2016 al 18 de octubre de 2018 y a partir del día siguiente -19 de octubre de 2018- se ordenará el pago de los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria sobre las sumas que se adeuden por salarios y prestaciones sociales.

Ahora, en cuanto a la **indemnización por la no consignación de las cesantías**, como ya se dijo de conformidad con el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 en su inciso 3º, esta sanción procede cuando el empleador no consigna el valor de la

¹⁶ Folio 44, CD folio 135 “comprobante de nómina 2016” El salario básico para el año 2016 ascendía a la suma de \$1.534.000 monto al que se sumó la diferencia por bonificaciones del 2016 y que equivale a \$391.000, para un total de salario real devengado \$1.925.000.

cesantía correspondiente para cada año antes del 15 de febrero del año siguiente, en la cuenta individual que el trabajador haya elegido, a razón de un día de salario por cada día de retardo, esto es, el pago de las cesantías mediante la consignación a un fondo debe efectuarse de manera anual, en las fechas referidas, salvo que el vínculo finalice antes del 15 de febrero lo que permite que se efectúe el pago que corresponda al último lapso trabajado al momento de la terminación del contrato, es decir la obligación del empleador es la consignación anual de las cesantías sin que tenga incidencia alguna que para el trabajador sean exigibles a la finalización del contrato.

Si bien es cierto se encuentra acreditado el pago de las cesantías a favor del actor en el fondo PORVENIR S.A.¹⁷ y en el FONDO NACIONAL DEL AHORRO¹⁸, el pago no fue completo, al punto el órgano de cierre de esta jurisdicción en sentencia SL.4260-2020 advirtió:

“La indemnización moratoria por falta de depósito del auxilio de cesantía se causa tanto por el no pago del auxilio, como por su aporte deficitario o parcial desde el 15 de febrero de cada año hasta el 14 de febrero siguiente, y en todo caso, hasta cuando finaliza la relación laboral

«B.- La sanción del numeral 3, del artículo 99 de la ley 50 de 1990, tiene un límite temporal. Arguye la censura que erró el Tribunal al sostener que la fecha límite para la contabilización de la sanción moratoria de que trata el numeral 3, del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, es el extremo final del vínculo, fijado en este caso por la primera instancia el 20 de noviembre de 2006, porque dicha punición corre hasta tanto se haga el pago efectivo, en tanto la norma, en su criterio, "no establece ningún límite temporal".

Tal razonamiento no se aviene a la intelección real del precepto, pues, en verdad, no hay fundamento para considerar que el mencionado término se extiende más allá de la culminación del nexo laboral, como lo entendió correctamente el Tribunal y lo había señalado el juez de primer grado. Así quedó establecido, entre otros, en fallo CSJ SL3614-2020, 09 sep. 2020, rad. 84011:

“2.- De la sanción moratoria por no consignación de cesantías

Según el numeral 3.º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 el empleador que incumpla el plazo señalado para la consignación de cesantías "deberá pagar un día de salario por cada día de retardo".

Asimismo, en sentencia CSJ SL403-2013 esta Corporación señaló que la sanción moratoria se causa tanto por la falta de consignación del valor pleno del auxilio de cesantía, como por su aporte deficitario o parcial. Por lo tanto, al demostrarse que en los años 2007, 2008 y 2009

¹⁷ Folios 109-117.

¹⁸ Folios 11-17.

el empleador pagó al fondo de cesantías un valor inferior al debido, resulta procedente la imposición de la sanción en cita.

Ahora bien, esta Sala ha explicado que la sanción analizada se causa desde el 15 de febrero de cada año hasta el 14 de febrero siguiente, cuando inicia la otra mora y, en todo caso, hasta cuando finaliza la relación laboral, además el parámetro para su cómputo es el salario con el cual se liquida la cesantía (CSJ SL, 3 jul. 2013, rad. 40509; CSJ SL665-2013 y CSJ SL912-2013)”

Lo anterior conlleva a proferir condena por la referida sanción; precisando la Sala que el comportamiento del empleador estuvo orientado a desconocer y sustraerse de la obligación del pago completo de las cesantías, desconociendo pagos que tenían incidencia salarial, que por ley le correspondían, no encontrándose justificación alguna para tal circunstancia, evidenciándose por ende la mala fe del aquí demandado, como ya se analizó.

Determinado lo anterior, procede la Sala a realizar las operaciones aritméticas correspondientes, teniendo en cuenta la prescripción señalada por la Juez a quo en sus consideraciones, esto es, 06 de abril de 2015, y como como base para la liquidación el salario correspondiente a los años 2015 a 2016, precisando, que sobre las cesantías causadas en el año 2016, la obligación de consignación surgía el 15 de febrero de 2017, data posterior a la fecha de terminación del contrato de trabajo (17 de octubre de 2016) por lo que no procede la indemnización por el auxilio correspondiente al año 2016.

En ese orden las operaciones matemáticas arrojan como sanción la suma de **\$22.744.992¹⁹** por lo que se procederá a adicionar la sentencia y se proferirá condena por dichas sanciones.

19

PERIODO DE CAUSACION	INICIO	FINAL	DIAS MORA	SALARIO	SALARIO DIARIO	TOTAL MORA
2005	29/07/2005	14/02/2006	P	P	P	P
2006	15/02/2006	14/02/2007	P	P	P	P
2007	15/02/2007	14/02/2008	P	P	P	P
2008	15/02/2008	14/02/2009	P	P	P	P
2009	15/02/2009	14/02/2010	P	P	P	P
2010	15/02/2010	14/02/2011	P	P	P	P
2011	15/02/2011	14/02/2012	P	P	P	P
2012	15/02/2012	14/02/2013	P	P	P	P
2013	15/02/2013	14/02/2014	P	P	P	P
2014	15/02/2014	14/02/2015	P	P	P	P
2015	15/02/2015	14/02/2016	360	\$ 1.895.416,00	\$ 63.180,53	\$ 22.744.992,00

Teniendo en cuenta que con el presente proveído se ordenó la condena por sanción moratoria y sanción por no pago de las cesantías, esta instancia modificara el numeral QUINTO de la decisión de primer grado en el sentido de revocar la indexación de prestaciones sociales, pues con las indemnizaciones impuestas se compensan los perjuicios ocasionados al actor por la mora y el pago incompleto de dichos rubros.

Es importante precisar que respecto a la condena por vacaciones se mantendrá la indexación, recordemos que este concepto es un descanso remunerado de carácter salarial, que no genera la sanción establecida en el art. 65 del CST.

Agotada como se encuentra esta instancia conforme las conclusiones expuestas se adicionará el numeral 3, se modificarán los numerales 4 y 7; se modificara el numeral 5 en el sentido de revocar la indexación de prestaciones sociales y en su lugar proferirá condena por las sanciones definidas en la parte motiva y se confirmará en lo demás la sentencia proferida por la Juez 29 Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

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: ADICIONAR el numeral TERCERO de la sentencia proferida por el Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. en el sentido de DECLARAR que los pagos realizados por la demandada SISTEMA OPERATIVOS MOVILES S.A. SOMOS K S.A. al demandante TOBIAS CALDERON MONTEALEGRE, denominados bonificación por mera liberalidad y bonificación anual son constitutivos de salario.

2016	15/02/2016	17/10/2016	NP	NP	NP	
TOTAL SANCION ART. 99 LEY 50 DE 1990						\$ 22.744.992,00

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral CUARTO en el sentido de CONDENAR a la demandada SISTEMA OPERATIVOS MOVILES S.A. SOMOS K S.A. a pagar al demandante TOBIAS CALDERON MONTEALEGRE la reliquidación de prestaciones sociales así:

Cesantías	\$ 4.094.362,00
intereses a las cesantías	\$ 60.724,00
Prima de servicios	\$ 655.151,00
Vacaciones	\$ 327.576,00
Total liquidación	\$ 5.137.813,00

TERCERO: MODIFICAR el numeral SEPTIMO en el sentido de CONDENAR a la demandada SISTEMA OPERATIVOS MOVILES S.A. SOMOS K S.A. a reliquidar y pagar los aportes en seguridad social en pensiones según el cálculo actuarial que realice el fondo al cual se encuentra afiliada la demandante, por los siguientes periodos:

CICLO	IBC PARA RELIQUIDAR
2006	\$ 190.924,00
2007	\$ 206.082,00
2008	\$ 224.500,00
2009	\$ 254.500,00
2010	\$ 268.366,00
2011	\$ 504.000,00
2012	\$ 527.415,00
2013	\$ 595.000,00
2014	\$ 550.000,00
2015	\$ 458.416,00
2016	\$ 391.000,00

CUARTO: MODIFICAR el numeral quinto en el sentido de **REVOCAR** la condena por indexación de prestaciones sociales y en su lugar **CONDENAR** a la demandada SISTEMA OPERATIVOS MOVILES S.A. SOMOS K S.A. a reconocer y pagar a favor del demandante las sanciones establecidas en el art. 65 del CST y en el art. 99 de la Ley 50 de 1990, en los siguientes montos:

- Por sanción moratoria la suma de **\$46.200.000** (\$1.925.000 x 24 meses) causada del 18 de octubre de 2016 al 18 de octubre de 2018 y a partir del día siguiente -19 de octubre de 2018- se ordenará el pago de los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la

Superintendencia Bancaria sobre las sumas que se adeuden por salarios y prestaciones sociales.

- Por sanción por no depósito de las cesantías la suma única de **\$22.744.992.”**

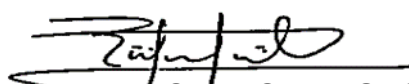
Se precisa que se mantiene la indexación de la condena por vacaciones.

QUINTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el JUZGADO VEINTINUEVE LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, conforme a las motivaciones anteriormente expuestas.

SEXTO: SIN COSTAS en ésta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

LIQUIDACIÓN PROCESO 29 2018 00173 01

LIQUIDACIÓN PROCESO 2018-00173									
INICIO	FINAL	DIAS	DIFERENCIA BONO MERA LIBERALIDAD	DIFERENCIA BONO ANUAL	TOTAL DIFERENCIAS	CESANTÍAS	INTERESES A LA CESANTÍAS	PRIMA	VACACIONES
28/07/2005	31/12/2005	155					\$ -		
1/01/2006	31/12/2006	360	\$ 190.924,00		\$ 190.924	\$ 190.924	P	P	P
1/01/2007	31/12/2007	360	\$ 206.082,00		\$ 206.082	\$ 206.082	P	P	P
1/01/2008	31/12/2008	360	\$ 224.500,00		\$ 224.500	\$ 224.500	P	P	P
1/01/2009	31/12/2009	360	\$ 242.000,00	\$ 12.500,00	\$ 254.500	\$ 254.500	P	P	P
1/01/2010	31/12/2010	360	\$ 251.700,00	\$ 16.666,00	\$ 268.366	\$ 268.366	P	P	P
1/01/2011	31/12/2011	360	\$ 479.000,00	\$ 25.000,00	\$ 504.000	\$ 504.000	P	P	P
1/01/2012	31/12/2012	360	\$ 479.000,00	\$ 48.415,00	\$ 527.415	\$ 527.415	P	P	P
1/01/2013	31/12/2013	360	\$ 560.000,00	\$ 35.000,00	\$ 595.000	\$ 595.000	P	P	P
1/01/2014	31/12/2014	360	\$ 550.000,00	\$ -	\$ 550.000	\$ 550.000	P	P	P
1/01/2015	5/04/2015	93	\$ 428.500,00	\$ 29.916,00	\$ 458.416	\$ 118.424	P	P	P
6/04/2015	31/12/2015	268	\$ 428.500,00	\$ 29.916,00	\$ 458.416	\$ 341.265	\$ 30.486	\$ 341.265	\$ 170.633
1/01/2016	17/10/2016	289	\$ 391.000,00	\$ -	\$ 391.000	\$ 313.886	\$ 30.238	\$ 313.886	\$ 156.943
TOTAL						\$ 4.094.362	\$ 60.724	\$ 655.151	\$ 327.576
TOTAL LIQUIDACION									\$ 5.137.814

Cesantías	\$ 4.094.362,00
intereses a las cesantías	\$ 60.724,00
Prima de servicios	\$ 655.151,00
Vacaciones	\$ 327.576,00
Total liquidación	\$ 5.137.813,00

PERIODO	MONTO BONO ANUAL	BONO ANUAL/12
2009	\$ 150.000,00	\$ 12.500,00
2010	\$ 200.000,00	\$ 16.666,67
2011	\$ 300.000,00	\$ 25.000,00
2012	\$ 580.980,00	\$ 48.415,00
2013	\$ 420.000,00	\$ 35.000,00
2014		\$ -
2015	\$ 358.992,00	\$ 29.916,00

SANCION POR NO PAGO DE LAS CESANTIAS

PERIODO DE CAUSACION	INICIO	FINAL	DIAS MORA	SALARIO	SALARIO DIARIO	TOTAL MORA
2005	29/07/2005	14/02/2006	P	P	P	P
2006	15/02/2006	14/02/2007	P	P	P	P
2007	15/02/2007	14/02/2008	P	P	P	P
2008	15/02/2008	14/02/2009	P	P	P	P
2009	15/02/2009	14/02/2010	P	P	P	P
2010	15/02/2010	14/02/2011	P	P	P	P
2011	15/02/2011	14/02/2012	P	P	P	P
2012	15/02/2012	14/02/2013	P	P	P	P
2013	15/02/2013	14/02/2014	P	P	P	P
2014	15/02/2014	14/02/2015	P	P	P	P
2015	15/02/2015	14/02/2016	360	\$ 1.895.416,00	\$ 63.180,53	\$ 22.744.992,00
2016	15/02/2016	17/10/2016	NP	NP	NP	
TOTAL SANCION ART. 99 LEY 50 DE 1990						\$ 22.744.992,00

SANCIÓN MORATORIA

SALARIO BASICO	BONO MERA LIBERALIDAD	SALARIO REAL 2016
\$ 1.534.000,00	\$ 391.000,00	\$ 1.925.000,00

SANCION MORA	\$ 46.200.000,00

(Salario real *24 meses)

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN.

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR PEDRO RAFAEL BALLEEN CONTRA LA NACIÓN- MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO, trámite al que se vinculó a la FIDUCIARIA DE COMERCIO EXTERIOR S.A. – FIDUCOLDEX S.A. COMO VOCERA DEL PAR IFI (RAD. 30 2018 00129 01¹)

Bogotá D.C., veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por las partes (folios 134, 135 a 137 y 138 a 140), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del grado jurisdiccional de consulta en favor de la parte actora, contra la sentencia proferida por la Juez Segunda Transitoria Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 12 de agosto de 2021 (*Audiencia de Trámite y Juzgamiento 80 del C.P.T y la S.S. realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, CD folio 128, récord 58:27, acta folio 129*), en la que se resolvió:

“PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda elevadas por el accionante PEDRO RAFAEL BALLEEN AVILA de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente sentencia.

SEGUNDO: DECLARAR probadas las excepciones inexistencia de las obligaciones reclamadas, compartibilidad pensional, buena fe y cobro de lo no

¹ El proceso fue remitido al Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá en virtud del Acuerdo PCSJA21-11766 del 11 de marzo de 2021, Despacho que mediante auto del 5 de agosto de los corrientes avocó el conocimiento del mismo (folio 127).

debido propuestas por las demandadas LA NACIÓN – MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO y FIDUCOLDEX.

TERCERO: CONDENAR en costas al demandante PEDRO RAFAEL BALLEEN AVILA, se fijan agencias en derecho la suma de un salario mínimo legal mensual vigente (SMLMV).

CUARTO: En caso de no ser apelada la presente decisión **CONCEDER** el Grado Jurisdiccional de Consulta en favor del demandante PEDRO RAFAEL BALLEEN AVILA de conformidad con el inciso 2 del artículo 69 del Código de Procedimiento Laboral y de la Seguridad Social”

La ausencia de apelación contra la providencia anterior justifica la presencia de las diligencias en esta Corporación, a efectos de que se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte demandante, a lo cual se procede previa la constatación de inexistencia causal de nulidad que invalide lo actuado y conforme las siguientes

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante PEDRO RAFAEL BALLEEN en este ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda (folio 26), las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos narrados en el acápite respectivo (folios 26 a 28) solicitando se condene a la demandada a cambiar la “pensión mensual de jubilación que de manera anticipada le reconoció el INSTITUTO DE FOMENTO INDUSTRIAL IFI CONCESIÓN DE SALINAS, en una proporción del 60% del salario real promedio devengado en el último año de servicio (...), mediante la resolución No. 901 a partir del 30 de diciembre de 1992, por la pensión plena de jubilación a que tiene derecho (...) en calidad de servidor público y beneficiario del régimen de transición, a partir del 22 de marzo de 1998, por haber reunido en dichas fechas los requisitos de edad y tiempo de servicios que establece la Ley 33 de 1985”, así como a indexar la primera mesada pensional con fundamento en el índice de precios al consumidor – IPC, tomando como base el promedio “de la totalidad de salarios devengados en el último año de servicios y hasta el 22 de marzo de 1998”, junto con el retroactivo causado, descontando para el efecto los valores pagados por concepto de pensión voluntaria hasta que se haga la inclusión en nómina, y los intereses moratorios sobre las sumas adeudadas desde que dichos valores se hicieron exigibles y hasta cuando se

produzca el pago definitivo, “*excepto sobre la indexación*”. **Obteniendo sentencia de primera instancia desfavorable a sus aspiraciones**, por cuanto se absolvió al MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante. Lo anterior, tras considerar que la pensión que viene siendo cancelada al actor, y que le fuera reconocida por la IFI, resultó de un acto voluntario y extralegal, esto es, la fuente del derecho de la prestación es la voluntad de las partes y no cualquier precepto normativo que contenga una pensión, y al ser el principio de la autonomía de la voluntad una fuente de derecho formal y autónoma, indicó, mal podría señalarse que puede dicho acto equipararse a una ley que contenga una prestación económica de orden pensional, pues los presupuestos sobre expectativas del trabajador y liberalidad con los que se otorga la acreencia devienen precisamente de la autonomía de la voluntad, mientras que el segundo parte de la fuerza de la configuración legislativa que el órgano competente le imprimió para consolidar un derecho de quien cumpla determinados requisitos.

En ese sentido, dijo, la solicitud de la parte actora no tiene vocación de prosperidad en tanto ningún elemento normativo permite modular la pensión otorgada de manera voluntaria a otra consignada en una ley pensional. De hacerse así, en su sentir, se desconocería el acuerdo conciliatorio entre las partes de manera injustificada, por lo que, siendo la génesis de ambas prestaciones diferentes, para cambiarse una pensión por otra, debió fijarse dicha posibilidad en el acuerdo conciliatorio y en la resolución que fijó los parámetros de la pensión, circunstancia que no acaeció.

De manera preliminar, sea del caso señalar, en el asunto no es objeto de discusión que al demandante le fue reconocida una pensión anticipada de jubilación por parte del Instituto de Fomento Industrial Concesión Salinas, por acogerse al plan de retiro voluntario propuesto por la empresa, en cuantía inicial de \$177.939,59 a partir del 30 de diciembre de 1992, correspondiente al 60% del salario real promedio devengado durante el último año de servicios, la cual se ajustó en cuantía de \$222.485,91 para el 1 de enero de 1993 (folios 5 a 8).

Tampoco se controvierte que el actor laboró para dicha entidad –IFI- entre el 18 de diciembre de 1972 y el 29 de diciembre de 1992, esto es, por espacio de 20 años y 6 días (folio 20), y que le fue reconocida pensión de vejez por parte del Instituto de Seguros Sociales mediante Resolución No. 009549 de 2004, a partir del 22 de marzo de 2003, en cuantía inicial de \$793.103, por encontrar satisfechos los requisitos previstos en el Acuerdo 049 de 1990, aplicable en virtud del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, misma que tiene carácter compartido con la prestación reconocida por el ex empleador.

Así pues, el problema jurídico a solventar se circunscribe en determinar si el demandante tiene derecho a cambiar la pensión de jubilación anticipada que le fuera reconocida por la IFI, por aquella prevista en la Ley 33 de 1985, aplicable en virtud del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993, a partir del 22 de marzo de 1998, cuando alcanzó los 55 años de edad.

En ese orden entonces, sea del caso señalar, en asuntos similares al que se estudia, la Corte Suprema de Justicia concluyó que resulta viable sustituir una pensión de jubilación extralegal otorgada, por la pensión de jubilación establecida en la Ley 33 de 1985, pues “(...) *no hay impedimento legal para que, en cabeza de una misma persona, se causen una pensión extralegal y una legal. Mas si las dos atienden el mismo riesgo, como en este caso que cubren el de la vejez, ya que la percepción simultánea no se corresponde con el objetivo de las prestaciones ni con los principios de la seguridad social, como el de la integralidad, aparte de que, en tratándose del sector público, iría en contra de la prohibición establecida por el artículo 128 de la Constitución Política.*»”, y por ello –dice la Corte- bien puede el beneficiario **“optar por la que le resulte más favorable”**²

Bajo esa óptica entonces, corresponde establecer si el demandante cumple con los requisitos previstos en la Ley 33 de 1985 para hacerse acreedor de la pensión de jubilación bajo la égida de dicha regulación y si esta resulta más favorable a los intereses del actor, de manera tal que la entidad accionada

² Sentencia del 1º de junio de 2010, radicación No. 37529 y SL 1854 del 2015.

deba comenzar a pagarla en sustitución de la extralegal que viene sufragando hasta el momento.

Con antelación a solventar tal cuestión, no puede perderse de vista que durante el tiempo en que el demandante laboró para el INSTITUTO DE FOMENTO INDUSTRIAL, este estuvo afiliado al ISS, entidad para la cual se efectuaron aportes durante toda la vinculación tal como se advierte de la Certificación de Información Laboral que milita a folio 20, situación que impone constatar si operó la subrogación de dicha prestación o si por el contrario corresponde al empleador el reconocimiento de la misma.

Al punto, pertinente resulta acudir a las consideraciones vertidas por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL2852 de 2019, en la que sobre el tema indicó:

“(…)

- ***Del derecho a la pensión de jubilación prevista en la Ley 33 de 1985 luego de la expedición de la Ley 100 de 1993.***

Conocido es que la Ley 100 de 1993 derogó los regímenes pensionales existentes para ese momento y los unificó. Sin embargo, después de su entrada en vigencia esto es el 1° de abril de 1994, algunas normas reguladoras de pensiones quedaron produciendo efectos, tales como el Decreto 546 de 1971, la Ley 33 de 1985, la Ley 71 de 1988, y el Decreto 758 de 1990, entre otras, sólo para aquellas personas que conforme a lo establecido en el artículo 36 de la referida Ley 100, fueran beneficiarias del régimen de transición.

Según esta preceptiva, la edad para consolidar el derecho a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas para el efecto, y el monto de la misma, serán las previstas en el régimen anterior al cual se encontraban afiliadas las personas que al momento de entrar en vigor el Sistema General de Pensiones, tuvieran la edad mínima de treinta y cinco (35) años en el caso de las mujeres; o cuarenta años (40) para los hombres; o que, indistintamente, tuvieran quince (15) o más años de servicios.

El artículo 1° de la Ley 33 de 1985 establece:

El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

[...]

A su vez, el artículo 2° de la referida disposición, estatuye:

La Caja de Previsión obligada al pago de pensión de jubilación, tendrá derecho a repetir contra los organismos no afiliados a ellas, o contra las respectivas Cajas de Previsión, a prorrata del tiempo que el pensionado hubiere servido o aportado a ellos. El proyecto de liquidación será notificado a los organismos deudores, los que dispondrán del término de quince (15) días para objetarlo, vencido el cual se entenderá aceptado por ellos.

Para los efectos previstos en este artículo, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público efectuará anualmente las compensaciones a que haya lugar, con cargo a los giros que les correspondan a los organismos o Cajas, por concepto de aportes del Presupuesto Nacional; cuando se trate de entidades del orden departamental, intendencial, comisarial, municipal o del Distrito Especial de Bogotá, la compensación anual se efectuará con cargo a las correspondientes transferencias de impuestos nacionales.

Su artículo 13° explica que «Para efectos de esta Ley, se entiende por Cajas de Previsión las entidades del orden nacional, departamental, intendencial, comisarial, municipal o del Distrito Especial de Bogotá, que por Ley, reglamento o estatutos, tengan entre otras, la función de pagar pensiones a empleados oficiales de cualesquiera de dichos órdenes.»

En concordancia con lo expuesto, el Decreto 1848 de 1969, en el artículo 75 dispone:

La pensión de jubilación correspondiente se reconocerá y pagará al empleado oficial por la entidad de previsión social a la cual estuvo afiliado al tiempo de cumplir el tiempo de servicios requerido por la ley, si para entonces se hubiere retirado del servicio oficial sin tener la edad exigida para tal fin, o por la entidad de previsión a que esté afiliado al tiempo del retiro, si entonces cumple los requisitos de tiempo de servicios y edad señalados para el goce de la pensión.

2. Si el empleado oficial no estuviere afiliado a ninguna entidad de previsión social al tiempo de retirarse del servicio oficial, el reconocimiento y pago se hará directamente por la última entidad o empresa oficial empleadora.

3. [...]”.

Por su parte, el Decreto 1748 de 1995, «Por el cual se dictan normas para la emisión, cálculo, redención y demás condiciones de los bonos pensionales y se reglamentan los Decretos leyes 656, 1299 y 1314 de 1994, y los artículos 115, siguientes y concordantes de la Ley 100 de 1993.» estableció en su artículo 45 lo siguiente:

“Los empleadores del sector público afiliados al ISS se asimilan a los empleadores del sector privado. Por tanto, les será aplicable el

artículo 5° del decreto 813 y no habrá lugar a la expedición de bono tipo B”

En virtud de esta disposición, los empleadores públicos afiliados al ISS fueron asimilados a los del sector privado, por tanto, les son aplicables el artículo 5 del Decreto 813 de 1994, que fuera modificado por el 2° del Decreto 1160 de 1994, que se encargó de regular el tema de la transición de las pensiones de jubilación a cargo de los empleadores del sector privado, cuyo texto es el siguiente:

“Transición de las pensiones de jubilación a cargo de los empleadores del sector privado. Tratándose de trabajadores vinculados con empleadores o empresas del sector privado que tienen a cargo el reconocimiento y pago de pensiones, para efectos de la aplicación del régimen de transición, se seguirán las siguientes reglas:

- a) **Cuando el trabajador cumpla con los requisitos del régimen que se le venía aplicando, tendrá derecho al reconocimiento y pago de la pensión a cargo de dicho empleador.**

Reconocida la pensión de jubilación por el empleador, éste continuará cotizado al Instituto de Seguros Sociales hasta que el **trabajador cumpla con los requisitos exigidos para el reconocimiento de la pensión de vejez en el régimen de prima media con prestación definida**, establecidos en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993. En ese momento el ISS procederá a cubrir dicha pensión siendo de cuenta del empleador únicamente el mayor valor, si lo hubiere entre la pensión otorgada por el Instituto y la que venía cubriendo al pensionado.

El tiempo de servicios al empleador se tendrá en cuenta para el reconocimiento de la pensión de vejez a cargo del ISS. Dicho Empleador trasladará al Instituto el valor correspondiente al cálculo actuarial previsto en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, resultante a 1o. de abril de 1994 o un título representativo del mismo emitido por el empleador en las condiciones y con las garantías que señale la junta Directiva del Instituto de los Seguros Sociales. El valor de dicho cálculo se sujetará al reglamento respectivo. En el evento de que no se traslade al Instituto de Seguros Sociales el valor correspondiente, el empleador o la empresa continuará con la totalidad de la pensión a su cargo (...)”

Entonces, los Decretos 813 y 1160 de 1994 aplican para empleadores privados y públicos que a la fecha de entrada en vigencia del Sistema de Seguridad Social tenían a cargo el reconocimiento de las pensiones de jubilación, con la variación de que en el **caso de las entidades públicas que estuvieron afiliadas y sus servidores cotizaron durante la vinculación laboral al Instituto de Seguros Sociales, sus trabajadores en caso de ser beneficiarios del régimen de transición consagrado en la Ley 100 de 1993,**

tienen la posibilidad de que su situación pensional se defina o bien con las condiciones señaladas en las normas anteriores para el sector público o con las propias del Instituto de Seguros Sociales.

Si se considera que la legislación pertinente es la del referido Instituto, el reconocimiento procedería conforme a lo establecido en el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 750 de 1990, en cuyo caso la pensión la concedería el ISS, cuando los trabajadores cumplan 60 años de edad y acrediten un mínimo de 1000 semanas cotizadas. En cambio, si el régimen de transición aplicable es el del sector público, la prestación se otorgará acorde con las condiciones señaladas en la Ley 33 de 1985.

La Sala ha explicado de manera reiterada sobre los efectos del régimen de transición para los trabajadores oficiales afiliados al Instituto de Seguros Sociales, antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en cuanto a que el empleador no subroga la obligación de reconocer la pensión de jubilación consagrada en la Ley 33 de 1985. En la sentencia con radicación n°. 39028 del 6 de marzo de 2013, refirió lo expuesto en la sentencia con radicación n°. 20114 del 25 de junio de 2003, en la que se expuso:

Y ese régimen anterior, para el aquí demandante, no es otro que el regulado por la ley 33 de 1985, o sea, como lo concluyó el juzgador, que éste tiene derecho a la pensión de jubilación desde el momento que cumplió 55 años de edad y 20 de servicios, la que debe ser cubierta por la entidad empleadora y demandada, ya que, en primer lugar, la ley 100 de 1993 le otorgó ese derecho y, en segundo término, la afiliación a los Seguros Sociales en tratándose de trabajadores oficiales antes de la vigencia de la aludida ley, no tenía la virtualidad de subrogar totalmente al empleador en ese riesgo. Al respecto la Corte desde la sentencia del 10 de agosto de 2000, radicación 14163, sostiene:

(...) en vigencia de la normatividad precedente a la ley 100 de 1993, la cual rige para el asunto bajo examen, tratándose de trabajadores oficiales no son aplicables las mismas reglas dirigidas a los particulares, a propósito de la asunción del riesgo de vejez por el ISS, pues si bien los reglamentos del Instituto autorizaban la afiliación de servidores públicos vinculados por contrato de trabajo, no se previó en el estatuto pensional de éstos (Ver por ejemplo los Decretos 3135 de 1985) que el sistema del Seguro reemplazara absolutamente su régimen jubilatorio, como si aconteció para los particulares en el artículo 259 del C.S.T, y no se contempló por consiguiente una transición del uno al otro, de forma que este régimen jubilatorio subsistió a pesar de la afiliación de los empleados al ISS y, forzosamente, en estos términos, la coexistencia de sistemas debe armonizarse con arreglo a los principios de la Seguridad Social. Por consiguiente, bajo los parámetros que propone el propio recurrente, emerge legalmente viable la pensión en la forma en que fue reconocida por el Tribunal, esto es, a cargo de la entidad obligada, pero con la posibilidad para ésta de ser relevada en todo o en parte al iniciarse el pago por el ISS de la pensión de vejez (...).

Criterio que se mantiene, por ejemplo en la sentencia SL15178 de 2017

radicación 57674 del mismo año, en la que se rememoró la del 30 de julio de 2014, radicación SL 143 - 2013, y en sea se dijo:

La circunstancia de que las partes hubieran cotizando al I.S.S. para el riesgo de IVM, en manera alguna releva al empleador oficial de su obligación frente al régimen jubilatorio previsto en las normas que anteceden a la expedición de la L. 100/1993. Es por ello que el Banco demandado, siendo el último empleador oficial, debe reconocer y pagar al actor la pensión implorada, como lo dispone el D. 1848/1969 Art. 75, y reunidos los requisitos para la pensión de vejez, estará a cargo de la entidad sólo el mayor valor, si lo hubiera, entre ambas pensiones, con lo cual en un caso como el que ocupa la atención a la Sala, la coexistencia de sistemas queda armonizada.

No obstante, y como se indicó, la entidad pública obligada tiene la posibilidad de ser relevada del reconocimiento cuando el Instituto de Seguros Sociales asuma el pago de la pensión de vejez, y quedará a cargo de la primera únicamente el mayor valor, si lo hubiere, entre las dos pensiones.

(...)” (Negrilla y subrayas de la Sala).

En consonancia con dicho pronunciamiento, es claro que, aunque el INSTITUTO DE FOMENTO INDUSTRIAL cotizó a favor de su trabajador al Instituto de Seguros Sociales para cubrir contingencias como la vejez, ello en manera alguna lo relevó de su obligación frente al régimen pensional previsto en las normas que precedieron a la Ley 100 de 1993, y en esas circunstancias, acreditados los requisitos para la prestación por parte del trabajador, este debe proceder a su reconocimiento, la cual eventualmente tendría carácter compartido con la que otorgue el sistema pensional, momento en el cual sólo estará a su cargo el pago del mayor valor, si lo hubiere, tal como se explicará más adelante.

Es importante precisar en este asunto que a partir de la entrada en vigor del Decreto 4937 de 2009 -18 de diciembre de 2009- que adicionó el artículo 45 del Decreto 1848 de 1995, le incumbe al Instituto de Seguros Sociales –hoy COLPENSIONES- el reconocimiento de las pensiones legales de jubilación que estaban a cargo de las entidades públicas, a la edad prevista en el régimen del sector público, esto es, a los 55 años de edad y conforme al régimen pensional del mencionado instituto, para lo cual, y en aras de cubrir la diferencia del valor de la pensión derivada de las condiciones de ese régimen y el aplicable al respectivo servidor público beneficiario del régimen de transición, la entidad

pública debe expedir el bono especial tipo T³.

³ Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2852 de 2019, discurrió:

“(…)

Financiación de las pensiones de los servidores públicos afiliados al Instituto de Seguros Sociales luego de la expedición del Decreto 4937 de 2009.

Frente a la necesidad de implementar un mecanismo que permitiera que el Instituto de Seguros Sociales asumiera el reconocimiento de las pensiones de jubilación de los servidores públicos afiliados a este instituto y beneficiarios del régimen de transición antes de la fecha señalada en las normas que lo regulan, cuyas pensiones no se financian con bono tipo B, el Decreto 4937 de 2009, por medio del cual se adicionó el artículo 45 del Decreto No. 1748 de 1995, previó la creación de un bono especial que deben emitir las entidades públicas a favor del citado instituto, para cubrir la diferencia existente entre las condiciones estipuladas en los regímenes legales aplicables a los servidores públicos antes de la entrada en vigencia del sistema general de pensiones, y el consagrado para los afiliados al ISS, con el fin de que esta administradora pueda realizar el reconocimiento de una pensión con régimen de transición.

El artículo 2 del referido Decreto, establece:

DEFINICIONES: “Bono Pensional Especial tipo T: Bono especial que deben emitir las entidades Públicas a favor del ISS, o quien haga sus veces, para cubrir el diferencial existente entre las condiciones previstas en los regímenes legales aplicables a los servidores públicos antes de la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones y el régimen previsto para los afiliados al ISS, o quien haga sus veces, con el fin de que la administradora pueda realizar el reconocimiento de una pensión con régimen de transición a los servidores que a primero de abril de 1994 se encontraban en cualquiera de los siguientes casos:

a) Que estuvieran laborando en entidades públicas como afiliados o como cotizantes al ISS en condición de activos;

b) que habiéndose retirado de la entidad pública fueran afiliados inactivos del ISS y no estuvieran cotizando a ninguna administradora del sistema;

c) que una vez retirados de la entidad pública hubieran continuado afiliados y/o cotizando al ISS como independientes o como vinculados a una entidad privada o,

d) que habiendo sido servidores públicos afiliados al ISS no cotizaban a ninguna entidad a 31 de marzo de 1994.

De conformidad con el Decreto 13 de 2001 a estos servidores no se les financian las pensiones con bonos tipo B.

Los bonos pensionales especiales tipo T estarán compuestos por tantos cupones como entidades empleadoras del sector público hubieran tenido los servidores públicos a que se refiere este artículo.

Fecha de corte del bono tipo T (FC): Es la fecha más tardía entre la fecha del cumplimiento de los requisitos de jubilación y la fecha en que se radique la solicitud de pensión ante el Instituto de Seguro Social o quien haga sus veces.

Conforme a la anterior disposición, el bono pensional tipo T se emite por la entidad pública y constituye la forma de financiación de la pensión de jubilación de los servidores públicos afiliados al ISS y beneficiarios del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, con el objetivo de que el Instituto de los Seguros Sociales hoy la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones-, reconozca y pague esa prestación.

En conclusión, esta norma precisa que a partir de su vigencia, esto es, 18 de diciembre de 2009, el Instituto de Seguros Sociales debe conceder las pensiones legales de jubilación que estaban a cargo de las entidades públicas, a la edad prevista en el régimen del sector público, esto es, a los 55 años de edad y conforme al régimen pensional del mencionado instituto, circunstancia que obliga a la entidad pública a cubrir la diferencia del valor de la pensión derivada de las condiciones del régimen del ISS, y

Así las cosas, en primer lugar corresponde a la Sala establecer si el demandante es beneficiario del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, beneficio que de acuerdo con la modificación introducida al artículo 48 de la Constitución Política, por medio del párrafo transitorio 4 del Acto Legislativo 01 de 2005⁴, tiene dos límites temporales, el primero de ellos, el 31 de julio de 2010, término para que los beneficiarios del citado régimen acreditaran el cumplimiento de los requisitos de edad y semanas de cotización o tiempo de servicios con miras a que tales supuestos y el monto de la pensión de vejez, fueran los establecidos en el régimen anterior al cual se encontraban afiliados; y el segundo, en el evento de acreditar 750 semanas de cotizaciones acumuladas a la fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo -29 de julio de 2005- el beneficiario del régimen de transición continuaría cobijado por el mismo hasta el año 2014.

De tal manera, en el expediente reposa copia de la cédula de ciudadanía del actor (folio 4) que da cuenta de su fecha de nacimiento el 22 de marzo de 1943, ello permite concluir que a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es, a 1° de abril de 1994 contaba con 51 años de edad, fecha para la cual, además, tenía más de 15 años de servicios⁵, por tanto, sería beneficiario del régimen de transición, por lo menos hasta el 31 de julio de 2010.

Así, en cuanto al cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 1° de la Ley 33 de 1985, se tiene que el actor cumplió 55 años de edad el 22 de marzo de 1998 satisfaciendo de ese modo la edad exigida, acreditando de la misma manera los 20 años de servicios en calidad de trabajador oficial, en razón a que

del aplicable al respectivo servidor público beneficiario del régimen de transición, a través de la expedición del bono especial tipo T.

(...)"

⁴ "Parágrafo transitorio 4o. El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014.

Los requisitos y beneficios pensionales para las personas cobijadas por este régimen serán los exigidos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen"

⁵ Contaba con 20 años y 6 días de servicio al extinto IFI CONCESIÓN SALINAS (folio 20).

laboró en tal condición por el periodo comprendido entre el 18 de diciembre de 1972 y el 29 de diciembre de 1992 para el Instituto de Fomento Industrial – IFI CONCESIÓN SALINAS, esto es, por el lapso de **20 años y 6 días**, exigidos por la citada Ley 33.

En lo que atañe a la liquidación, es menester señalar, en cuanto a la definición del IBL aplicable a los beneficiarios del régimen de transición, a quienes a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 se encontraban a menos de diez años, caso de la actor pues estaba a más de 3 años⁶ de consolidar su derecho pensional, el ingreso base de liquidación será el previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, esto es, *“el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE”*.

Así lo ha explicado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL5221 Radicación No. 56550 del 4 de abril del 2017⁷, la cual se

⁶ Cumplió los 55 años el 22 de marzo de 1998.

⁷ *“(…) en tanto esta Sala de la Corte ha insistido que quienes se benefician del régimen de transición previsto en el art 36 de la Ley 100/93, conservan tres aspectos puntuales del régimen anterior al cual se encontraban afiliados, esto es, la edad, el tiempo de servicios o semanas cotizadas y el monto de la pensión, porque tratándose del ingreso base de liquidación, este se encuentra gobernado por lo estatuido en el artículo 36 de la L. 100/1993. Así lo ha prohiado, en reiteradas oportunidades, entre otras, en sentencia CSJ SL16415-2014, en donde se dijo:*

Precisamente con el régimen de transición pensional consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no quiso el legislador mantener para los beneficiarios la aplicación en su totalidad de la normatividad que gobernaba sus derechos pensionales, sino solamente una parte de ella. Esta Sala de la Corte ha consolidado, por reiterado y pacífico, el criterio de que dicho régimen comporta para sus beneficiarios la aplicación de las normas legales anteriores a la vigencia del Sistema General de Pensiones, en tres puntuales aspectos: edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas y monto de la pensión. Y que el tema de la base salarial de liquidación de la pensión no se rige por tales disposiciones legales, sino que pasa a ser regido, en principio, y para quienes les hacía falta menos de diez años para adquirir el derecho por el inciso 3° del artículo 36 citado.

Lo anterior significa que fue el propio legislador quien, al diseñar la forma como estarían estructurados los beneficios del régimen de transición que creó para quienes al momento en que entró a regir el sistema de pensiones les hacía falta menos de diez años para adquirir el derecho prestacional, que es el caso de la actora, dispuso que ese régimen estaría gobernado en parte por la normatividad que, antes de entrar en vigor ese sistema, se aplicaba al beneficiario y, en otra parte, por el propio artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pero en uno solo de los elementos que conforman el derecho pensional: el ingreso base de liquidación.

De tal suerte que esa mixtura normativa, que no constituye un exabrupto jurídico, pues es característica de los regímenes expedidos para regular transiciones normativas, surge del propio texto de la ley y no es resultado de una caprichosa interpretación de las normas que instituyeron el sistema de seguridad social integral en pensiones.

acompaña con lo expuesto en las Nos. 43336 del 15 de febrero de 2011, 39660 del 14 de junio de 2011, ésta última que reitera lo señalado en las sentencias proferidas dentro de los radicados Nos. 22151 del 18 de mayo de 2004, 35113 del 4 de agosto de 2009 y 39592 del 21 de diciembre de 2010.

El criterio expuesto en precedencia se encuentra acorde con el pronunciamiento efectuado por la Corte Constitucional en Sentencia de Unificación No. 230 del 29 de abril de 2015, en el cual, en síntesis, se dejó claro que el IBL no es un aspecto sujeto a transición y por tanto, en este evento el IBL no se calcula con los salarios devengados en el último año de servicios.

Así mismo, recuérdese el inciso segundo del pluricitado artículo 36 de la Ley 100 de 1993, contiene el marco general que regla el denominado “*régimen de transición*” al establecer que la edad, el tiempo de servicio, el número de semanas cotizadas y el monto de la pensión de vejez de las personas que reúnan las condiciones allí previstas serán las del régimen anterior al cual se encuentren afiliados, disponiendo expresamente en su parte final que “*Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley*”.

Ahora, respecto a los factores salariales a tener en cuenta para el cálculo del Ingreso Base de Liquidación, debe indicarse, éstos son los contenidos en el artículo 1º del Decreto Reglamentario 1158 de 1994, norma que señala los factores que determinan el salario mensual base para calcular las cotizaciones

Y es claro, además, que al ingreso base de liquidación de la pensión se le quiso continuar otorgando una naturaleza jurídica propia, no vinculada al monto, porcentaje o tasa de reemplazo de la prestación, que es otro elemento de ésta, pero diferente e independiente; pues al paso que el ingreso base corresponde a los salarios devengados por el trabajador o a la base sobre la cual ha efectuado sus aportes al sistema, según el caso y el régimen aplicable, el monto de la pensión debe entenderse como el porcentaje que se aplica a ese ingreso, para obtener la cuantía de la mesada. Por manera que no existe ninguna contradicción en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 cuando señaló que el monto o porcentaje de la pensión de los beneficiarios sería el establecido en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados y el ingreso base de liquidación de la prestación, para casos como el de la demandante, el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para adquirir el derecho, o el cotizado durante todo el tiempo, si este promedio fuese superior, actualizado anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor. (CSJ SL, rad. 43336 de 15 feb. 2011, CSJ SL, rad. 38684 de 6 sep. 2012; CSJ SL16900-2015; CSJ SL 5012-2015, 22 abr 2015 rad.44094 y CSJ SL 8772-2015, 24 jun 2015 rad.49924).

al Sistema General de Pensiones de los servidores públicos, incluidos quienes se encuentren amparados por los beneficios de la transición.

Bajo estas reglas normativas y jurisprudenciales, es claro que, si bien de manera válida la demandada para el cálculo del IBL de la pensión anticipada tomó la totalidad de los factores salariales devengados dentro del último año de servicios (folio 5 a 8), por así haberlo pactado en el acta No. 16 (folios 9 a 12), dicho valor no podría tenerse en cuenta a efecto de calcular la pensión legal de jubilación reclamada en la demanda, pues, conforme a lo indicado, en el presente asunto únicamente son factores salariales los contenidos en el Decreto 1158 de 1994 y el cálculo se debe efectuar con base en el promedio de los salarios devengados en el tiempo que le faltaba al demandante para adquirir el derecho, es decir, 3 años, 11 meses 21 días, contados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

Sentado lo anterior, una vez liquidada la prestación, con arreglo a los ingresos certificados en el documento de folios 16 a 19, se obtiene una mesada pensional para el 22 de marzo de 1998, debidamente indexada, en cuantía de **\$461.864⁸**.

Ahora, una vez actualizado el valor de la mesada que viene siendo reconocido por el IFI por concepto de pensión anticipada, se obtiene que para 1998 la misma asciende a **\$ 571.760,18⁹**, cifra que resulta superior a la pensión legal

8

Cálculo Tiempo Que Hiciera Falta							
AÑO	N. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual
1989	343	4,610	31,23	6,774	\$ 96.115,27	\$ 651.123,62	\$ 7.444.513,37
1990	365	5,810	31,23	5,375	\$ 116.394,45	\$ 625.645,21	\$ 7.612.016,73
1991	365	7,690	31,23	4,061	\$ 141.677,28	\$ 575.368,20	\$ 7.000.313,09
1992	364	9,740	31,23	3,206	\$ 191.262,76	\$ 613.258,32	\$ 7.440.867,66
Total días	1437	Total devengado actualizado a:				1998	\$ 29.497.710,86
Total semanas	205,29	Ingreso Base Liquidación					\$ 615.818,60
Total Años	3,99	Porcentaje aplicado				75%	
		Primera mesada					\$ 461.863,95
		Salario Mínimo Mensual Legal Vigente Año				1998	\$ 203.826,00

9

Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	Mesada otorgada
01/01/93	31/12/93	25,13%	\$ 222.485,91
01/01/94	31/12/94	22,60%	\$ 272.767,73
01/01/95	31/12/95	22,59%	\$ 334.385,95
01/01/96	31/12/96	19,46%	\$ 399.457,46
01/01/97	31/12/97	21,63%	\$ 485.860,11
01/01/98	31/12/98	17,68%	\$ 571.760,18

que fuera liquidada por esta Corporación -\$461.864-, y en esa medida, esta última resulta ser más desfavorable para el demandante, situación que impone negar la solicitud efectuada en el libelo introductor dada la imposibilidad de cambiar la pensión extralegal por la regulada en la Ley 33 de 1985.

Al epílogo conviene anotar con relación a la conciliación suscrita mediante Acta No. 016 del 6 de enero de 1993 entre el actor y el INSTITUTO DE FOMENTO INDUSTRIAL IFI (folios 9 a 12), en la cual se acordó el reconocimiento y pago de la pensión anticipada de jubilación a la que se hizo referencia a lo largo de esta providencia, que no se está desconociendo la misma, pues de la interpretación de la demanda se infiere que únicamente se buscaba el cambio de las condiciones allí establecidas para el otorgamiento de la prestación, por aquellas de estirpe legal, por lo que para desatar el asunto no se están menoscabando ni desconociendo los acuerdos a los que en dicho documento llegaron las partes, porque lo que ocurre, en los términos que han quedado vistos, es que el pacto no proscribe la prestación legal conforme se dejó sentado al resolver la presente controversia.

Por otra parte, destaca la Sala, por el respeto de la autonomía de la voluntad no sería dable modificar el porcentaje con el que le fue reconocida la pensión anticipada de jubilación al demandante, por aquel consignado en la Ley 33 de 1985, por cuanto, como bien lo indicó la juzgadora de primer grado, para que ello fuera posible debió dejarse consignada dicha circunstancia en la conciliación, advirtiendo, en virtud del principio de inescindibilidad no se torna viable, como parece inferirlo la apoderada del convocante en sus alegatos, que se tengan en cuenta solo aquellos aspectos que le favorecen de la conciliación, como el promedio salarial, para liquidar la pensión legal o viceversa.

Agotada como se encuentra la competencia en esta instancia por el del grado jurisdiccional de consulta, se confirmará la sentencia de primera instancia, pero atendiendo las razones consignadas en esta providencia.

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,

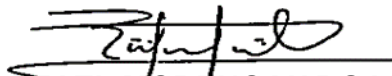
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, **pero** de conformidad con las motivaciones anteriormente expuestas,

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

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

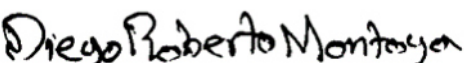
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR ANAYIBE DURAN
OLARTE CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A Y PORVENIR S.A (RAD. 30 2018 00722
01)**

Bogotá D.C. veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

AUTO

Reconocer personería adjetiva al abogado WINDERSON JOSE MONCADA RAMIREZ como apoderado sustituto de la demandada 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 firma MEJIA Y ASOCIADOS ABOGADOS ESPECIALIZADOS S.A.S, el cual fue remitido a esta Corporación mediante correo del 23 de septiembre de los corrientes (folios 215 y 216).


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por la parte demandante (folios 224 y 225), y por las demandadas PORVENIR S.A (folios 206 a 214), y COLPENSIONES (folios 216 a 223), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente:

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver los recursos de apelación interpuestos por PORVENIR, PROTECCIÓN y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, contra la sentencia proferida por el Juez Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, el pasado 21 de abril de 2021 (*Audiencia virtual concentrada Arts. 77 y 80 del C.P.T. y la S.S., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 1:50:42, archivo “1100130503020180072200.mp4, medio magnético CD folio 199, acta folios 192 a 197*), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLÁRESE nulo e ineficaz el traslado de régimen pensional que hizo la demandante señora ANAYIBE DURAN OLARTE identificada con cédula de ciudadanía número 3.028.188 pesos (sic), perdón 3.028.188 número de la cédula, del régimen de prima media administrado por el extinto Instituto de Seguros sociales, hoy en cabeza de COLPENSIONES a la ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, realizado el 12 de abril de 1996 con efectividad a partir del 01 de junio del mismo año, conforme a lo expuesto.

SEGUNDO: DECLÁRESE válidamente vinculada a la demandante la señora ANAYIBE DURAN OLARTE al régimen de prima media con prestación definida administrado hoy por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES conforme a lo indicado en la parte motiva.

TERCERO: CONDÉNESE a PORVENIR S.A a devolver a COLPENSIONES todos los costos cobrados por concepto de gastos de administración durante el tiempo que permaneció en dicho fondo, es decir, a partir que cobro efectividad 01 de junio de 1996, hasta el 31 de octubre de 2002, y todos los valores que reposen en su cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos y los costos cobrados por concepto de administración desde el 01 de noviembre de 2003 y hasta que se haga efectivo el traslado. Los costos cobrados por concepto de administración deben ser cubiertos con recursos propios del patrimonio de la administradora y debidamente indexados, conforme a lo expuesto en la parte motiva.

CUARTO: CONDÉNESE a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN a devolver a COLPENSIONES los costos cobrados por concepto de administración durante el tiempo que permaneció en dicho fondo la demandante, es decir, desde el 02 de noviembre de 2002 hasta el 30 de octubre de 2003, los cuales deben ser cubiertos con recursos propios del patrimonio de la administradora y debidamente indexados conforme a lo expuesto.

QUINTO: ORDÉNESE a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a que una vez ingresen los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante señora ANAYIBE DURAN OLARTE actualice su información en su historia laboral, para garantizar el derecho pensional bajo las normas que regulan el régimen de prima media con prestación definida.

SEXTO: DECLÁRENSE como no probadas las excepciones planteadas por las accionadas conforme a los expuesto.

SÉPTIMO: CONDÉNESE en costas en esta instancia a la sociedad ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A a favor de la demandante. Por secretaría practíquese la liquidación en costas, incluyendo por concepto de agencias en derecho la suma de UN MILLÓN de pesos (\$1.000.000).

OCTAVO: CONDÉNESE en costas en esta instancia a la sociedad ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A a favor de la demandante, por secretaría practíquese la liquidación en costas, incluyendo por concepto de agencias en derecho la suma de \$3.488.740 pesos.

NOVENO: Sin costas ni a favor ni en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

DÉCIMO: CONCÉDASE el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES. “

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

Así, en primer lugar PORVENIR solicitó se revoque la sentencia y en su lugar se le absuelva de todas las pretensiones incoadas en su contra. En sustento de ello advierte, en el asunto no existe ningún tipo de vicio en el consentimiento para que pueda hablarse de una nulidad absoluta, en tanto la demandante, al momento de su traslado, era mayor de edad y capaz.

En esa misma línea, indica, el juzgador de primer grado habla de dolo, sin tener en cuenta que según el Código Civil este debe ser probado, no operando frente a dicho aspecto la inversión de la carga de la prueba como sí ocurre con el deber de información.

Advierte, en el asunto no se cumplen los presupuestos del artículo 271 de la Ley 100 de 1993 para declarar la ineficacia, pues, contrario a lo que se indica en la demanda, la actora si recibió una información completa, clara y comprensible, lo cual se verifica con su permanencia en el RAIS, el traslado horizontal efectuado a PROTECCIÓN y el retorno a PORVENIR en el 2003, que dan certeza de su deseo de permanecer vinculada en el régimen de ahorro individual y del conocimiento del mismo.

De otro lado, recuerda, el artículo 114 de la ley 100 de 1993 prevé que al generarse un cambio de régimen pensional, se debe hacer constar por escrito la manifestación libre y voluntaria del afiliado, lo cual se satisfizo con la suscripción del formulario de afiliación respectivo, única exigencia de la época. Por ello, critica, en estos eventos no se le detalla a la administradora cuál es el documento idóneo para demostrar la validez de la afiliación de la demandante al RAIS y, advierte, no es posible traer al asesor que para el año 1996 brindó la asesoría porque se desconoce su paradero, por ende la exigencia probatoria para esa sociedad se vuelve imposible.

Adicionalmente, señala, en el formulario de afiliación suscrito en el año 2003, la actora acepta haber sido asesorada suficiente y ampliamente sobre las condiciones del sistema de pensiones, bonos pensionales, el régimen de transición y el derecho de retracto, por tanto, no puede decir ahora que no le fue brindada esa información, ni en ninguna de las fechas en que efectuó traslados dentro del régimen, para las cuales además, no se encontraba inmersa en la prohibición de retornar al régimen de prima media, como sí lo está ahora.

Sostiene, no es dable que la demandante se escude en una falta de información simplemente porque su plan de pensión no resultó acorde a sus aspiraciones, pues ello va en contravía de principios como la “*estabilidad financiera*”.

Por último, alude, no es posible disponer la devolución de los gastos de administración, rendimientos y adicionalmente que estos sean indexados, debido a que se estaría imponiendo una doble condena por el mismo concepto, dada la obligación de entregar los rendimientos financieros también indexados. Frente a los primeros, además, puntualiza, al tenor de lo previsto en el inciso 2 del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, en el régimen de prima media también se

destina el 3% de la cotización a financiar estas cuotas administrativas, así como la pensión de invalidez y sobrevivientes, precisando, este concepto retribuye su gestión y no forma parte integral de la pensión de vejez y, por tanto, están sujetos a la prescripción.

Con relación a este punto, además, argumenta, ordenar el traslado de estos recursos a COLPENSIONES configuraría un enriquecimiento sin causa a favor de esa entidad, porque no existe norma que disponga tal devolución, anotando, esos dineros le pertenecen a esa AFP por ser una contraprestación a la excelente gestión que adelantó para incrementar el capital existente de la cuenta de ahorro individual de la actora¹ (Audiencia virtual concentrada Arts. 77 y 80 del

¹ Gracias su señoría estando en la oportunidad procesal pertinente, presento recurso de alzada para la sentencia proferida, para que los Honorables Magistrados Sala Laboral, revoque en su totalidad la sentencia emitida, por los siguientes motivos:

El fallador de primera instancia declara una ineficacia y nulidad de la afiliación de traslado de régimen efectuada bajo mi representada para el año de 1996, es importante aclarar que no existía ningún tipo de vicio de consentimiento para que podamos hablar de una nulidad debido a que como se manifestó dentro de la sentencia, la demandante era una persona mayor de edad, totalmente capaz, por tanto, no existe una nulidad absoluta. El fallador de primera instancia nos habla del dolo como ese vicio del consentimiento pero es necesario recordar que en el Código Civil se manifiesta que ese dolo debe ser probado y no únicamente alegado dentro del proceso, aquí se genera una inversión en la carga de la prueba según la Corte pero si vamos a hablar de ese dolo, este si debe ser probado debido a que esa inversión de la carga de la prueba se genera respecto a la falta de información, y si hablamos de ineficacia como lo manifesté en mis alegatos conclusivos, también debemos que verificar ese artículo 271 de la ley 100 de 1993 y como quedó evidenciado dentro del proceso no se cumple con los requisitos para que se cumpla una ineficacia, debido a que mi representada contrario a lo manifestado en su escrito de la demanda si recibió una información completa, clara y comprensible, prueba de ello es que ha estado más de 20 años afiliada al régimen que represento sin que existiera ningún tipo de inconformidad, incluso genero un traslado horizontal hacia la AFP SANTANDER hoy PROTECCIÓN, y regreso en el año 2003 a mi representada PORVENIR, cuando supuestamente no había recibido una información completa, y comprensible, pruebas que conducen con certeza a determinar que efectivamente el deseo de la aquí demandante siempre fue pertenecer al régimen de ahorro individual y lo que conocía plenamente.

También, manifiesta el fallador de primera instancia que el formulario de afiliación no indica cual es esa información que se le brindó a la aquí demandante, es preciso señalar que el artículo 114 de la ley 100 del 1993 informa que cuando se genere un cambio de régimen este se debe hacer pro escrito con la manifestación de que se hace de forma libre y voluntaria, tal cual lo hizo mi representada por cumplir con la ley no debe ser condenada. Además de ello no se manifestó entonces cual es el documento que se les exige a las administradoras, en este caso, a mi representada para demostrar que la demandante ha estado válidamente afiliada al RAIS, puesto que no podemos traer al asesor que para el año de 1996 generó esa asesoría puesto que no conocemos su paradero y no existe otro documento que se exigiera para la época de la afiliación, por tanto, se genera una solicitud de prueba imposible para mi representada.

Es importante también señalar que en ese formulario de afiliación del año 2003 también como se indicó en los alegatos de clausura, se informa debidamente y la demandante acepta haber sido asesorada suficientemente y ampliamente sobre las condiciones del sistema general de pensiones, también manifiesta que se le habló sobre bonos pensionales e incluso del régimen de transición, por tanto, no puede decir ahora que no fue generada esa información ni en el año de 1996 en PORVENIR, ni en el año 2002 con SANTANDER, ni posteriormente en el año 2003 nuevamente con mi representada, en todas estas fechas de los traslados señores magistrados la demandante no se encontraba inmersa dentro de la prohibición legal pudiendo retornar al régimen de prima media, si este era su deseo, sin embargo, en completa negligencia la demandante no hizo uso de ese derecho de retractarse ni de generar el traslado porque dentro del formulario de afiliación también se habla de ese derecho de retracto, negligencias que no pueden ser cargadas a mi representada que siempre ha obrado de buena fe y que acogió a la demandante brindándole una información completa.

De otra parte, la demandante se encuentra inmersa en la prohibición que establece la ley 793 de 2003 y esta norma fue sometida a un control previo constitucional y conforme a la sentencia C1024 de 2004 fue declarada exequible, previniendo aspectos de interés general por encima del particular, primero con la

C.P.T. y la S.S., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 1:54:40, archivo “1100130503020180072200.mp4, CD folio 199, acta folios 192 a 197).

A su turno, PROTECCIÓN solicita se revoqué parcialmente la sentencia, esto respecto de la devolución de los gastos de administración con destino a COLPENSIONES, argumentando que dicho descuento opera para ambos regímenes, esto es, tanto para el RAIS como para RPM, según lo establecido en la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 7 de la ley 797 de 2003. Adicionalmente, establece que durante el tiempo que estuvo la demandante afiliada a PROTECCIÓN, se administró de manera diligente y cuidadosa los aportes en la cuenta de ahorro individual de la hoy demandante.

Asegura, PROTECCIÓN ya trasladó los dineros correspondientes a los aportes y sus rendimientos financieros a PORVENIR, sin embargo, reitera, no es procedente la devolución de los gastos de administración descontados durante la administración de dichos recursos debido a que son prestaciones ya acaecidas, según lo explicó la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado 31989 de septiembre de 2008.

protección del sistema general de pensiones, con la no descapitalización del régimen de prima media y el principio de estabilidad financiera en el RAIS, por tanto, no es dable que la demandante se escude en una falta de información simplemente porque su plan de pensión no resultó acorde a sus aspiraciones como se ha dejado de precedente por el Honorable Magistrado en el salvamento de voto.

En cuanto a las condenas que genera el fallador de primera instancia en cuanto a los gastos de administración, rendimientos y todos ellos indexados, debo manifestar inicialmente que se genera una doble condena por el mismo concepto, es decir, si mi representada debe generar la devolución y entrega de rendimientos y también los debe generar indexados estos generan una doble condena por el mismo aspecto, puesto que estos rendimientos son a la fecha de la indexación no procedería en este caso, y en cuanto a las condenas por gastos de administración es preciso manifestar que en el inciso 2 del artículo 20 de la ley 100 de 1993, se que también en el régimen de prima media hay un 3% de cotización para financiar gastos de administración, pensión de invalidez y sobreviviente, y esos gastos de administración no se pueden retornar a COLPENSIONES debido a que en todos estos años, fue mi representada y en un lapso de tiempo corto por SANTANDER, entonces no puede generar una cobranza de unos gastos de administración que si generó mi representada y que son debido a la buena administración que se generó, además, que ello no es un emolumento según la ley que financie la prestación vejez, es decir, no es un emolumento prestación que le corresponda al afiliado, por tanto, aunque se declaró no probada la excepción de prescripción si validamos la naturaleza exacta de los gastos de administración podemos observar que efectivamente si se encuentran prescritos, por tanto, generar esta devolución a la codemandada COLPENSIONES, es lo mismo que genera un enriquecimiento sin justa causa, porque como se manifestó fue mi representada quien hizo una buena administración de esos recursos, y en consideración también a que esa prima provisional de seguros cumplió, es decir, en ese contrato que se generó también se cumplió con el deber contractual de mantener la cobertura mientras la vigencia de la póliza. Así las cosas, señores Magistrados solicitó respetuosamente se absuelva mi representada de cada una de los cargos y se revoque la sentencia emitida. Su señoría muchas gracias.

Finalmente, alega, frente al cobro del 3% por concepto de gastos de administración, es procedente la prescripción, ello en razón a que se trata de un concepto de tracto sucesivo, causado en la periodicidad que establece la Ley, y que no está llamado a financiar directamente la pensión de vejez² (*Audiencia virtual concentrada Arts. 77 y 80 del C.P.T. y la S.S., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 2:02:05, archivo “1100130503020180072200.mp4, CD folio 199, acta folios 192 a 197*).

Finalmente, COLPENSIONES, señala, el deber de información a cargo de las AFP ha ido evolucionando en diferentes etapas, por ello la obligación del fondo de pensiones respecto a la demandante debe ser valorado según las normas vigentes para el momento del traslado, situación que, sostiene, fue desconocida en el presente caso, pues por el contrario se le exigieron a las administradores obligaciones y soportes no previstos en el ordenamiento jurídico, requerimientos que, en su sentir, contrarían el principio de confianza legítima.

² *Muchas gracias señor juez de manera respetuosa me permito presentar recurso de apelación de manera parcial, únicamente por la orden de trasladar a COLPENSIONES la comisión de administración, toda vez que esto es un descuento que se encuentra debidamente autorizado por la ley 100 de 1993, modificado por la ley 797 de 2003 en su artículo 7 y que opera para ambos regímenes, quiero decir esto pues que en caso de estar afiliada en el régimen de prima media igual se le iba a hacer el descuento por comisión de administración, durante el tiempo que la demandante estaba afiliada a mi representada esta administró los dineros que ella depositó en su cuenta de ahorro individual, está realizada con la mayor diligencia y cuidado, PROTECCIÓN en una entidad financiera experta en inversión de recursos de propiedad de sus afiliados, evidenciándose en los buenos rendimientos financieros que generó su cuenta de ahorro individual, conforme a certificación obrante en el plenario que fueron trasladados en su momento a la AFP PORVENIR.*

Ahora bien, al declararse la ineficacia del traslado al RAIS y condenársele a mi representada a devolver estos dineros solo es procedente la devolución de los aportes más los rendimientos financieros, por esta buen agestión de PROTECCIÓN que reiteró ya fueron trasladados a la AFP PORVENIR, pero no es procedente que se ordene devolución de lo que mi representada descontó por gastos de administración, toda vez que se tratan de valores ya causados durante la administración de estos recursos, y como es permitido frente a cualquier entidad financiera, así las cosas debemos hablar de prestaciones acaecidas, teoría que fue puesta de precedente por la misma Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, en la sentencia de radicado 31989 de septiembre de 2008 magistrado ponente doctor EDUARDO LOPEZ VILLEGAS, donde manifiesta lo siguiente:

“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”

Además debe tenerse presente que frente a este cobro del 3% destinado para gastos de administración, opera la prescripción por ser un concepto de tracto sucesivo causado por la periodicidad que impone la ley, y además este es un concepto que ni siquiera financia directamente la prestación económica por vejez, anudado lo anterior, el artículo 113 de la ley 100 de 1993 no dispuso que el traslado de régimen comprendiera la sumas percibidas por gastos de administración.

Por lo sustentado anteriormente, le solicito de manera respetuosa al Honorable Tribunal Superior de Bogotá en su Sala Laboral, que revoque la sentencia parcialmente, esto solamente en lo concerniente a la condena del trasladado de los gastos de administración, toda vez que se tratan de prestaciones ya acaecidas. Muchas gracias.

Bajo esa perspectiva, aduce, no se tuvo en cuenta que la normatividad que operaba cuando ocurrió el tránsito entre regímenes no exigía un soporte escrito de la asesoría brindada a la actora, precisando, el hecho de que no se hubiere consignado así, no significa que no suministrara información clara, oportuna, eficaz y eficiente a la demandante.

Además, resalta, la demandante ratificó su deseo de permanecer en el RAIS, ello a raíz de los traslados entre diferentes administradoras del régimen individual y la ausencia de peticiones tendientes a procurar su retorno al RPM, lo cual fue confirmado en el interrogatorio de parte³ (*Audiencia virtual concentrada Arts. 77 y 80 del C.P.T. y la S.S., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 2:05:19, archivo “1100130503020180072200.mp4, CD folio 199, acta folios 192 a 197*).

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, en este estado de la diligencia me permito interponer recurso de apelación frente a la decisión antes proferida por el Honorable juez, sustentándolo con base en mis alegatos de conclusión y manifestando lo siguiente:*

Si bien en el presente fallo se censura que no hubo una suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna información sobre las implicaciones del traslado, desconociendo que el deber de información que tienen las administradoras de pensiones ha tenido varias etapas, una primera etapa el decreto 663 de 1993, una segunda etapa la ley 1328 de 2009 y el decreto 2241 de 2010 y una tercera etapa la ley 1748 de 2014 y el decreto 20171 de 2015, es así que así las cosas el análisis de la información suministrada AFP y mi representada y el alcance de la asesoría que se vio brindada al momento de la afiliación deben ser valorados bajo la normatividad vigente para la fecha de suscripción del formulario o de la materialización del traslado, en el presente caso se desconoció que las normas vigentes para la época del traslado de la aquí demandante pues no contemplaban o se imponían que tenía que quedar una documentación pues valga la redundancia escrita o un soporte escrito frente a la información que se le brindó a la aquí demandante, el hecho que dicha información no hubiere quedado documentada no implica que la aquí demandante no se le brindó una información clara, oportuna, eficaz y eficiente en el momento que se hizo el traslado. Que por estas razones no es razonable ni jurídicamente válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento en que aquí la demandante realizó el traslado de régimen, pues tal exigencia desvirtúa el principio de confianza legítima, teniendo en cuenta que el principio de legalidad y debido proceso no consistente solamente en las posibilidades de defensa o en la oportunidad para interponer recursos, sino que exige además como lo expresa el artículo 99 de la Carta Política el ajuste a las normas preexistentes al acto que se juzga, el juzgamiento de la conducta de los fondo con base en normas inexistentes no tiene justificación jurídica alguna y viola gravemente el debido proceso de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES que sin haber participado en el trámite del traslado, es quien debe afrontar la carga de la prestación.

De igual manera, otro factor que incide en el presente caso Honorable Tribunal es que aquí la demandante ha ratificado el deseo de permanecer en el régimen de ahorro individual, pues nótese que hizo traslado entre diferentes administradoras y no se evidencia solicitud de traslado ante mi representada COLPENSIONES, con la finalidad de querer retornar al régimen de prima media en tiempo, pero si se evidencia traslados entre administradoras de régimen individual, ratificados aquí por la demandante y los cuales pues se confirman también en el interrogatorio de parte. Por estas razones solicito al Honorable Tribunal revocar la decisión antes proferida en los ítems que son adversos a mi representada y se absuelva de todo lo pretendido. Muchas gracias señor juez.

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda (folios 68 a 69) las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (folios 69 a 72), aspirando se declare la nulidad y/o ineficacia de su traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad hacia la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A, al no haberle proporcionado una información completa y comprensible acerca de su traslado, omitiéndole información sobre los riesgos que debía asumir, así como las desventajas de vincularse a esa sociedad administradora, incumpliendo con su deber de buen consejo, por ende se establezca debe estar afiliada al RPM. En consecuencia, se condene a PORVENIR S.A. a trasladar sus aportes a COLPENSIONES y a esta última a aceptar dichos aportes y a registrarla como su afiliada sin solución de continuidad desde el 11 de junio de 1985. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones,** por cuanto se declaró la nulo e ineficaz el traslado de régimen pensional realizado por la actora a PORVENIR, disponiendo a esa AFP, como actual administradora a la que se encuentra vinculada, devolver a COLPENSIONES todos los costos cobrados por gastos de administración durante el tiempo en que estuvo vinculada la actora a esa sociedad, así como los valores que reposen en su cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, precisando, los gastos de administración deben ser cubiertos con recursos de su propio patrimonio y retornarse debidamente indexados. Por otro lado, condenó a PROTECCIÓN a devolver los cobros por concepto de gastos de administración desde el 01 de noviembre de 2002 hasta el 30 de octubre de 2003, debidamente indexados y ordenó a COLPENSIONES actualizar su historia laboral. Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada PORVENIR no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía para con la demandante al momento del traslado.

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

cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002⁴.

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 diciembre de 1966 (*folio 3*), por lo que la edad de 57 años, los cumpliría el mismo día y mes del año 2023, procediendo a solicitar su traslado por primera vez mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 14 de junio de 2016 (*folios 203 y 204*⁵) y a PORVENIR el 19 de octubre de 2018 (*folios 61 a 63*), esto es, cuando le faltaban menos de diez años para adquirir el derecho pensional -tenía 49 y 51 años, respectivamente- 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 390,43 semanas cotizadas que corresponden a 7,48 años (*historia laboral expedida por el Ministerio de Hacienda, folio 184*), 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 **12 de abril de 1996** con fecha de efectividad a partir del **01 de junio de 1996**, (*folios 186 y 189, expediente físico*), por afiliación que hiciera a PORVENIR, específicamente conforme la información consignada en el reporte SIAFP expedido por ASOFONDOS y el formulario de afiliación suscrito con esa AFP.

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

⁵ Documento extraído del medio magnético de folio 117, impreso para mayor claridad.

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

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

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

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

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

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

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

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

En consecuencia, no solo es menester demostrar la existencia del traslado, sino que impone verificarse que este acto se produjo bajo el presupuesto de la libertad informada, pues de no cumplirse con dicho presupuesto, se incurriría en un vicio que invalidaría dicho acto jurídico, lo que trae como consecuencia o efecto, retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, con ineficacia ex tunc⁶, en los términos del artículo 1746 del Código Civil, ante la inexistencia de una norma distinta que de manera explícita regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico.

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

“(…)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Lo anterior, debido a que en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el legislador consagró de manera expresa en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia. En efecto, el citado precepto refiere que cuando «el empleador, y en general cualquier

persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral [...] la afiliación respectiva quedará sin efecto».

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

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

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

En ese orden de ideas, la obligación de la AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva no solamente de la carga dinámica de la prueba, sino de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, la cual aunado a ello, tiene a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, *incluso al punto de*

desanimar al interesado, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

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

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011⁷, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y más

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

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

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

en el “RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL”, es de \$1.580.465, cálculos que efectuó el Fondo accionado, el 13 de agosto de 2002.

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

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

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

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

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

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

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

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

“(…).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la 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

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

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

(…)

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

(…).

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

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

automático al régimen de prima con prestación definida del ISS., deberá devolver a ésta todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

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

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen la demandante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, con ninguno de los medios de prueba acopiados en el expediente se acredita el suministro de información a la accionante al momento de realizar el traslado de régimen pensional en los términos aquí referidos, pues en manera alguna se evidencia en el plenario que se le informó sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional..

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la demandante⁸, no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que los asesores le dijeron que el seguro social se iba a acabar, en consecuencia, no podría obtener una pensión de vejez. Además, mencionó, en dicha asesoría realizada de manera grupal, le aseguraron que en el RAIS iba a obtener una pensión más alta que con el ISS, señalando, ni PORVENIR ni ING, le efectuó proyecciones de su prestación.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR S.A. (*folio 189*), este no constituyen en manera alguna medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada (sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019) y, en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus*, pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que se advierten ausentes en el plenario.

Respecto al comunicado de prensa (*folios 151 y 152*), 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

⁸ Audiencia del 21 de abril de 2021, récord 28:55, CD folio 199.

en discusión absolutamente distinto a la oportunidad del traslado entre regímenes.

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

Aquí también debe resaltar esta Sala, aunque PORVENIR y COLPENSIONES invocan como argumento del recurso el que para la época de traslado no estaba vigente el deber de información, lo cierto es que este sí existe desde la misma creación de las administradoras de fondos de pensiones.

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

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

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

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

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

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

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

...

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

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

Por tanto, la incursión en el mercado de las AFP no fue totalmente libre, pues aunque la ley les permitía lucrarse de su actividad, correlativamente les imponía un deber de servicio público, acorde a la inmensa responsabilidad social y empresarial que les asistía de dar a conocer a sus potenciales usuarios «la información necesaria para

lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

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

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

Como se ve, ya para el año 1996, cuando se produjo el traslado de la aquí demandante, la AFP estaba en la obligación de informar a su futura afiliada sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, pero ello en el asunto no ocurrió o, por lo menos, no se acreditó.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR, omitió en el momento del traslado de régimen (12 de abril de 1996, efectivo el 01 de junio de 1996), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

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

Tampoco importa el hecho que la demandante hubiese efectuado traslados entre AFP (*folio 186*) en tanto ello no conlleva a que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en el RAIS, máxime si se tiene en cuenta que si bien se trató de traslados los mismos fueron dentro del mismo régimen de ahorro individual, según se observa en el historial de vinculación (*ibíd.*), y en esa medida, esa circunstancia no implica una ratificación de la voluntad de la afiliada de permanecer en el RAIS, como se adujo en la alzada por PORVENIR.

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)."

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 (*folio 175*) de todos los costos cobrados por concepto de administración y la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, de tal manera se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto.

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

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

"Las consecuencias de la nulidad de la vinculación respecto a las prestaciones acaecidas no es plenamente retroactiva como lo determina la normatividad del

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

[...]

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

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

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

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

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

Igualmente, con relación a la orden del juez de primer grado de disponer el pago debidamente indexado de la devolución de dichos gastos de administración, en orden a responder los planteamientos propuestos por la demandada

PORVENIR, es importante señalar que para la calenda en la que se trasladen esos recursos, habrá transcurrido un tiempo considerable durante el cual dicho valor habrá perdido poder adquisitivo, de allí que sea procedente su indexación, sin que ello represente una condena adicional o la imposición del pago de perjuicios, pues lo que se busca garantizar es el pago completo e íntegro de la condena cuando el transcurso del tiempo la devalúa.

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

“7. Consecuencias de la declaración de ineficacia

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

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

En lo que atañe a la excepción de prescripción (*folio 107, 140 y 167*)⁹, basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL-1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por las encartadas, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

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

⁹ Se tuvo por contestada la demanda mediante auto del 30 de agosto de 2019 (folio 190).

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

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

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

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

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

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

Agotada la competencia de la Sala habiéndose surtido el grado jurisdiccional de consulta y por el estudio de los puntos de apelación, conforme las motivaciones

que preceden, se confirmará la decisión de primer grado de conformidad con las precisiones señaladas.

SIN COSTAS en esta instancia.

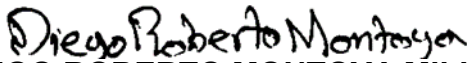
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

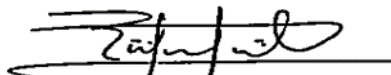
R E S U E L V E

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

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR LUIS HERNANDO
PERILLA GÓMEZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES – COLPENSIONES (RAD. 30 2019 00637 02).**

Bogotá D.C., veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

AUTO

Reconocer personería adjetiva al abogado WINDERSON JOSE MONCADA RAMIREZ como apoderado sustituto de la demandada 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 firma MEJIA Y ASOCIADOS ABOGADOS ESPECIALIZADOS S.A.S, el cual fue remitido a esta Corporación mediante correo del 8 de octubre de los corrientes (folios 52 y 53).


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia únicamente por COLPENSIONES (folios 53 a 55), Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte actora contra la sentencia proferida por el Juez Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 10 de agosto de 2021 (Audiencia virtual artículo 80 del C.P.T, récord 23:07, Cd folio 44, acta folio 45 a 47), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLÁRESE probada la excepción propuesta por la parte demandada cobro de lo no debido.

SEGUNDO: ABSUÉLVASE a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES de las pretensiones incoadas por el demandante el señor LUIS HERNANDO PERILLA GOMEZ.

TERCERO: CONDÉNESE en costas de esta instancia al demandante, liquídense por secretaria, incluyendo por concepto de agencias en derecho la suma de \$300.000 pesos a favor de COLPENSIONES.

CUARTO: CONSÚLTESE la presente decisión ante la Sala Laboral del Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá por haber sido desfavorable a los intereses del señor 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 **LUIS HERNANDO PERILLA GÓMEZ**, las pretensiones relacionadas a folio 4, las cuales encuentran sustento fáctico en los supuestos narrados en el acápite respectivo (folio 3), aspirando el reconocimiento y pago del incremento pensional del 14% por su cónyuge MARIA LEDYS BALLESTAS PEREZ, a partir del 15 de diciembre de 2002 en los términos del artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 y las costas. **Obteniendo sentencia de primera instancia desfavorable** por cuanto se absolvió a la demandada de todas las pretensiones, tras considerar que no se acreditó el requisito de dependencia económica, advirtiéndose en todo caso que el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de ese mismo año fue objeto de derogatoria orgánica con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, de conformidad con el criterio vertido por la Corte Constitucional en la sentencia SU 140 de 2019 y, en ese sentido, al no haber causado la pensión de vejez antes de cobrar vigor el nuevo sistema de seguridad social, no tenía derecho al pago del incremento rogado.

Establecido lo anterior, previo a abordar el estudio de fondo, ha de señalarse, no es objeto de discusión en este asunto el deceso del señor LUIS HERNANDO

PERILLA GÓMEZ acaecida el 21 de enero de 2020, tal como se verifica del registro civil de defunción que fuera incorporado a las diligencias (archivo “GEN-RCD-AP-2020_2027243-20200213012822.pdf”, CD folio 44).

Adicionalmente, se advierte, en el plenario se encuentra acreditada la calidad de pensionado que ostentaba el demandante, según se advierte de la Resolución No. 002226 de 2002, por la cual se le reconoció pensión de vejez a partir del 1 de noviembre de 2002 en cuantía inicial de \$1.656.005, por ser beneficiario del régimen de transición, y aplicando concretamente el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad (folios 15 y 16), prestación que fue sustituida a LEDYS MARIA BALLESTAS PÉREZ en un 100%, en calidad de cónyuge supérstite (archivo “GRF-AAT-RP-2020_2027243-20200318122224.pdf”, expediente administrativo, CD folio 44).

Ahora bien, persigue el demandante el reconocimiento y pago del incremento pensional por cónyuge a cargo, prestación que encuentra su regulación en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado mediante Decreto 758 del mismo año, disposición que, en su tenor literal dispone:

“ARTÍCULO 21. INCREMENTOS DE LAS PENSIONES DE INVALIDEZ POR RIESGO COMUN Y VEJEZ. Las pensiones mensuales de invalidez y de vejez se incrementarán así:

(...)

b) En un catorce por ciento (14%) sobre la pensión mínima legal, por el cónyuge o compañero o compañera del beneficiario que dependa económicamente de éste y no disfrute de una pensión.

(...)”

De allí se desprenden dos requisitos que deben ser acreditados por el pensionado para acceder al incremento, a saber: i) la condición de cónyuge o compañera/o permanente del beneficiario y, ii) la dependencia económica de aquella para con el pensionado.

Sin embargo, previo a adentrarnos al estudio de los presupuestos enunciados en el caso del convocante, es importante determinar la vigencia de estos dentro del ordenamiento jurídico, especialmente con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

Al respecto valga indicar, este tópico particularmente ha suscitado diferentes controversias en la jurisprudencia nacional a partir de las cuales se ha planteado, entre otras, la pérdida de vigencia de estos incrementos con ocasión a la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993 y, además, la tesis contraria en las que se determina que estos conservaron vigencia dentro de la regulación normativa nacional pese a no ser incluidos en la Ley 100 de 1993.

Sin embargo, la Corte Constitucional mediante sentencia SU-140 de 2019, en remplazo de la anulada SU-310 de 2017, determinó, en síntesis, que con ocasión de la expedición de la Ley 100 de 1993, el referido artículo 21 del Decreto 758 de 1990 fue objeto de derogatoria orgánica a partir del 1º de abril de 1994; fecha esta última en la cual la Ley 100 de 1993 entró a regir.

Para esa Corte, tal derogatoria resultó en que los derechos de incremento que previó tal artículo 21 del Decreto 758 de 1990 dejaron de existir a la entrada en vigencia del Sistema Integral de Seguridad Social, aún para aquellas personas beneficiarias del régimen de transición conforme lo previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, dejando a salvo únicamente los derechos adquiridos.

Finalmente, y sin perjuicio de lo anterior, recordó que cargas como las referidas a los incrementos del artículo 21 del Decreto 758 de 1990 resultaban contrarias al Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución.

Como sustento de su decisión estimó el Alto Tribunal Constitucional:

“3.2.2 Dejando de lado la derogatoria expresa de las normas que previó el artículo 289 de la Ley 100 de 1993, para la Corte es claro que la anterior enunciación de principios de articulación, organización y unificación normativa se desprende la derogación orgánica de todas las normas que integraban el régimen de seguridad social anterior a dicha ley. De hecho, inclusive limitando el análisis al referido principio de unificación, la doctrina especializada explica que este “tiene importantes consecuencias jurídicas, pues significa que desaparecen las regulaciones anteriores y se crea una nueva, en forma integral, sin perjuicio de lo que disponga el nuevo sistema respecto de los derechos adquiridos y los régimen de transición normativa”.

(...)

3.2.4 Lo anterior debe ser suficiente para que la Corte concluya que los incrementos previstos en el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 fueron orgánicamente derogados a partir de la vigencia de la Ley 100 de 1993. Ciertamente, ante la regulación integral

y exhaustiva en materia pensional que hizo la Ley 100, no cabe sino concluir sobre la derogatoria orgánica del régimen anterior, dentro del cual cohabitaban los referidos incrementos.

3.2.5 Para la Corte es innegable entonces que el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 no produce efecto alguno respecto de quienes hayan adquirido el derecho a pensión con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, todo ello sin perjuicio de que, con arreglo al respeto que la Carta Política exige para los derechos adquiridos, quienes se hayan pensionado con anterioridad a la expedición de la Ley 100 y hayan en ese momento cumplido con los presupuestos de la norma, conserven el derecho de incremento pensional que se les llegó a reconocer y de que ya venían disfrutando, siempre y cuando mantengan las condiciones requeridas por el referido artículo 21»

Esa Corporación enfatizó que el régimen de transición reguló exclusivamente lo atinente a la adquisición del derecho a la pensión, puntualmente la protección de las expectativas legítimas de quienes se encontraban próximos a adquirir la prerrogativa pensional, entendiendo con ello que los demás aspectos relacionados con el acceso de la pensión de vejez se encontrarían regulados por la nueva ley.

El anterior criterio, fue acogido recientemente por la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2061 de 2021¹, en la cual abandona la postura asumida por esa

¹ “3. Incrementos por personas a cargo

En relación con los incrementos pensionales por personas a cargo de que trata el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por Decreto 758 del mismo año, basta decir que esa norma fue objeto de derogación orgánica, en virtud de la expedición de la Ley 100 de 1993 y resulta incompatible con el artículo 48 de la CN, modificado por el Acto Legislativo 01 de 2005, tal como lo sostuvo la Corte Constitucional en sentencia CC SU-140-2019:

[...]

En efecto, como se ha explicado a lo largo de esta providencia, el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado mediante el Decreto 758 de ese mismo año, dejó de existir con ocasión de la derogatoria tácita que sobre este implicó expedición de la Ley 100 de 1993. Como se señaló bajo el numeral 3 supra, con dicha Ley 100 el Legislador previó una nueva regulación integral de la generalidad del sistema de seguridad social, incluyendo para el caso que ahora ocupa a la Corte, dicho sistema en su dimensión pensional. Tal derogatoria, además de estar respaldada por la doctrina especializada (ver supra 3.2.2.), ha sido respaldada por la propia Corte a través de la línea jurisprudencial que se esbozó bajo el numeral 3.2.3 supra y suficientemente explicada a la luz del particular objeto del régimen de transición que previó el artículo 36 de la mentada Ley 100 (ver supra 3.2.8-3.2.11).

[...]

7. Conclusiones

De lo expuesto en esta providencia se concluye que, salvo que se trate de derechos adquiridos antes de la expedición de la Ley 100 de 1993, el derecho a los incrementos pensionales que previó el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 desapareció del ordenamiento jurídico por virtud de su derogatoria orgánica; todo ello, sin perjuicio de que de todos modos tales incrementos resultarían incompatibles con el artículo 48 de la Carta Política luego de que éste fuera reformado por el Acto legislativo 01 de 2015.

De lo expuesto, obvio resulta que la reclamación es improcedente y, por tanto, se absolverá de ella a la demandada.

(...)”.

Corporación que predicaba que los incrementos pensionales por personas a cargo previstos en el Acuerdo 049 de 1990 NO habían desaparecido de la vida jurídica a pesar de la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, y en su lugar, alude a su derogatoria orgánica en virtud de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993

Dicha posición jurisprudencial, adoptada por esta Sala Decisión, resulta aplicable al examine precisamente por el respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, y por tanto, para que el demandante pueda acceder a esta prestación claro resulta que debió causar la pensión antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y en los términos del Acuerdo 049 de 1990 puro, situación que no acaeció en autos pues si bien bajo este último precepto se reconoció la prestación, fue en aplicación del régimen de transición del cual resultó beneficiario tal como se verifica de la Resolución N° 00226 de 2002 (folio 15), y en todo caso, con posterioridad al 1 de abril de 1994.

Valga precisar, no puede predicarse la contravención de principios como la seguridad jurídica, la confianza legítima y la favorabilidad, porque en el asunto no estamos en presencia de derechos adquiridos y, en todo caso, la jurisprudencia tenida en cuenta por esta Sala de Decisión para desatar la controversia resulta persuasiva por ser coincidente entre los órganos de cierre de las jurisdicciones ordinaria y constitucional.

Las anteriores consideraciones, resultan suficientes para confirmar la decisión de primer grado.

Agotada como se encuentra esta instancia, conforme las motivaciones precedentes, se confirmará la sentencia consultada.

SIN COSTAS en esta instancia.

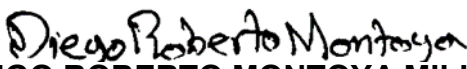
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las motivaciones precedentemente expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

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

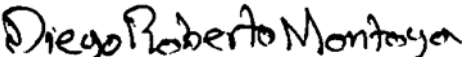
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR ERNESTO RODRIGUEZ
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES. (RAD. 30 2019 00724 01).**

Bogotá D.C., veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

AUTO

Reconocer personería adjetiva al abogado WINDERSON JOSE MONCADA RAMIREZ como apoderado sustituto de la demandada 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 firma MEJIA Y ASOCIADOS ABOGADOS ESPECIALIZADOS S.A.S, el cual fue remitido a esta Corporación mediante correo del 23 de septiembre de los corrientes (folio 57).


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por ambas partes (folios 57 a 59, y 64 a 65), 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 presentado por el apoderado de la demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 22 de julio de 2021 y a fin de evacuar el Grado Jurisdiccional de Consulta concedido a favor de COLPENSIONES (Audiencia virtual concentrada artículos 77 y 80 del

C.P.T y la S.S., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, record: 39:12, CD folio 52, acta folio 51 y vto.), en la que se resolvió:

“PRIMERO: CONDENAR a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de invalidez a favor del señor ERNESTO RODRIGUEZ identificado con la C.C No. 3.031.925 de Gachetá Cundinamarca, de condiciones civiles conocidas en la actuación, a partir del 5 de septiembre de 2017, fecha de estructuración de la invalidez, en cuantía de \$737.717, equivalente al salario mínimo legal vigente para el año 2017 con sus correspondientes reajustes legales, por trece (13) mesadas al año.

SEGUNDO: CONDENAR al demandado ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a pagar a favor del señor ERNESTO RODRIGUEZ, el retroactivo pensional por la suma de \$41.472.834, por las mesadas causadas entre el 5 DE SEPTIEMBRE DE 2017 AL 30 DE JUNIO DE 2021, por 13 mesadas por año.

TERCERO: CONDENAR al demandado ADMINSTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a pagar a favor del señor ERNESTO RODRIGUEZ los intereses moratorios de que trata el art. 141 de la Ley 100 de 1993, causados a partir del 20 de marzo de 2019 sobre el retroactivo pensional y hasta el momento en que se haga el pago efectivo y sea incluido en nómina de pensionados.

CUARTO: CONDENAR en costas a la parte demandada Colpensiones. Liquídense por secretaría e inclúyanse como agencias en derecho la suma de \$3.000.000.

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

SEXTO: CONCEDER el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES.”

Inconforme con la decisión, el apoderado de la demandada apeló.

Refiere que la sentencia proferida se aparta del criterio de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y desconoce sentencias con efectos erga omnes y lo dispuesto en la Ley 169 de 1896; sumado a ello manifiesta que no es procedente la condena por intereses moratorios¹.

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

¹CD Folio 52. **Apoderado demandada (46:14):** Gracias señor juez me permito interponer recurso de alzada en contra de la sentencia proferida bajo la figura doctrinal de defecto sustantivo en cuanto tenemos que el despacho cumple con los requisitos para apartarse del criterio de cierre, lo que si debe interpretar, lo que debo manifestar es que esta interpretación desconoce sentencias con efectos erga omnes de cierre en nuestra especialidad e igualmente se desconoce la ley 169 de 1896 respecto del vínculo obligatorio del operador jurídico de las sentencia de nuestra especialidad, esto en cuanto se reconoce un retroactivo, e igualmente se tiene que el numeral 3 existen unos intereses moratorios, de los cuales he de expresar que mi representada no negó este derecho por capricho sino apegado a la ley al criterio de nuestra especialidad e igualmente en costas, así culminó mi recurso de alzada. Gracias.

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante ERNESTO RODRIGUEZ, en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas a folio 34, las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos narrados a folios 35 a 36, solicitando: se declare que el demandante fue calificado por la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ como una persona inválida; que el demandante tiene acreditadas más de 300 semanas para el 01 de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993; que tiene derecho a que se le reconozca la pensión de invalidez a partir del 05 de septiembre de 2017 y, en virtud de dichas declaraciones solicita que se condene a la demandada al pago de pensión de invalidez de forma retroactiva desde el 05 de septiembre de 2017 y hasta en la fecha en que proceda la inclusión en nómina de pensionados; al pago de intereses moratorios o indexación, lo ultra y extra petita y costas del proceso. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus aspiraciones,** por cuanto se condenó a COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de invalidez a favor del señor ERNESTO RODRIGUEZ, a partir del 5 de septiembre de 2017, fecha de estructuración de la invalidez, en cuantía de \$737.717, equivalente al salario mínimo legal vigente para el año 2017 con sus correspondientes reajustes legales, por trece (13) mesadas al año; al pago de retroactivo pensional por la suma de \$41.472.834, causado entre el 5 de septiembre de 2017 al 30 de junio de 2021, por 13 mesadas por año; al pago de intereses moratorios de que trata el art. 141 de la Ley 100 de 1993, causados a partir del 20 de marzo de 2019 sobre el retroactivo pensional y hasta el momento en que se haga el pago efectivo y sea incluido en nómina de pensionados y costas del proceso.

Para fundamentar su decisión el Juez de primer grado se remitió a lo dispuesto en los arts. 46, 48, 53 y 230 de la Constitución Política de Colombia; a todo lo regulado en la Ley 100 de 1993 con su correspondiente modificación contenida en la Ley 797 de 2003; a la Ley 860 de 2003 que modificó unas normas de la Ley 100 de 1993; en lo que tiene que ver con la carga dinámica de la prueba acudió a lo dispuesto en el art. 164 y 167 del CGP y aplicó el tema de la libre formación del convencimiento dispuesto en el art. 60 y 61 del CPT y de la SS.

De la relación de las pruebas aportadas encontró que: i) se aportó en debida forma la reclamación administrativa el 19 de septiembre del año 2018, hecho que

confirió la competencia de este asunto a la Jurisdicción ordinaria Laboral; ii) que la reclamación se agotó con lo resuelto por COLPENSIONES en Resolución SUB 324001; iii) que el demandante cotizó al sistema de seguridad social en pensiones durante toda su vida laboral un total de 500.14 semanas desde el 22 de septiembre de 1981 al 30 de junio de 2017; iv) que el actor laboró al servicio del ministerio de Defensa Nacional por el periodo comprendido entre el 07 de noviembre de 1977 al 01 de mayo de 1981; v) que el demandante nació el 25 de septiembre de 1951, hecho aceptado por COLPENSIONES y que se acredita con el documento de identificación; vi) que la Junta Nacional de Calificación de Invalidez con dictamen proferido el 09 de agosto de 2018, determinó que el actor sufrió una pérdida de capacidad laboral equivalente al 53,76% y le otorgó una fecha de estructuración del 5 de septiembre de 2017, de origen común, calificación que también fue aceptada por la demandada. vii) que COLPENSIONES negó la prestación solicitada con Resolución SUB 324001 del 14 de diciembre de 2018, porque no cuenta con un mínimo de 50 semanas cotizadas con anterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez ello en virtud de lo dispuesto en el art. 1 de la Ley 860 de 2003 que modifica el art. 39 de la Ley 100 de 1993.

Para resolver el tema central del litigio precisó que en el trámite procesal se encontraron probados y aceptados por las partes los hechos relativos a la pérdida de capacidad laboral, la fecha de estructuración y el porcentaje de pérdida de capacidad laboral y con base en ello definió como problema jurídico el de determinar si le asiste derecho al demandante de estudiar la pensión de invalidez solicitada con fundamento en el acuerdo 049 de 1990 atendiendo al principio de la condición más beneficiosa.

Advirtió que al revisar la historia laboral del demandante se colige que en principio le asistiría razón a COLPENSIONES cuando negó la pensión en Resolución SUB 324001, por cuanto durante el periodo comprendido entre el 04 de septiembre de 2014 al 04 de septiembre de 2017, tan solo cotizó 49 días, es decir 7 semanas, no acreditando el cumplimiento del requisito establecido en el parágrafo segundo del art. 39 de la Ley 100 de 1993; precisó que el órgano de cierre en sentencia SL-1637-2015 estableció que es un parámetro común para que se cause el derecho a la pensión de invalidez que la pérdida de la capacidad laboral se haya producido luego de haberse aportado al régimen respectivo un determinado número de semanas por lo que, la invalidez preexistente al momento de la afiliación o la producida en un determinado tiempo en que haya dejado de cotizar no da derecho a la pensión de invalidez por origen común.

Sin embargo, indicó que para el estudio de la condición más beneficiosa se requiere en principio que el solicitante no se encuentre amparado por el régimen de transición presupuesto que encontró acreditado en el trámite procesal, porque el demandante perdió el régimen de transición que lo amparaba al no contar con el mínimo de 750 semanas cotizadas para la entrada en vigencia del acto legislativo 01 de 2005 (29 de julio de 2005), no siendo posible el estudio de la prestación con base en el acuerdo 049 de 1990.

Una vez consideró procedente el estudio de la aplicación del principio de la condición más beneficiosa indicó que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia conceptualizó que en virtud de dicho axioma, sólo puede estudiarse el derecho con fundamento en la norma inmediatamente anterior a la fecha de estructuración y que para este caso es la Ley 860 de 2003.

Indicó que diferente es la posición de la Corte Constitucional que sostiene el criterio de aplicar la norma más favorable al afiliado en condición de invalidez y que incluso ha llamado la atención a COLPENSIONES a fin de que ilustre a sus funcionarios sobre el tema expuesto en sentencias SU 442 de 2016 y SU 556 de 2019, en los que se precisó que la condición más beneficiosa no se restringe exclusivamente a admitir u ordenar la aplicación de la norma inmediatamente anterior a la vigente sino que se extiende a todo el esquema normativo anterior bajo cuyo amparo el afiliado o beneficiario haya contraído una expectativa de ser pensionado.

El operador judicial de primer grado indicó que se apartaría del criterio expuesto por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia y en su lugar acogería el criterio de la Corte Constitucional razón por la que concluyó que es procedente estudiar el derecho pensional del señor ERNESTO RODRIGUEZ con fundamento en lo dispuesto en el art. 6 del Decreto 758 de 1990, por haber cotizado un mínimo de 300 semanas en cualquier época, con anterioridad al estado de invalidez, teniendo en cuenta sólo las 500,14 semanas cotizadas en COLPENSIONES, desde el 05 de septiembre de 2017 como lo dispone el art. 10 del mismo Decreto.

Para liquidar la primera mesada pensional tuvo en cuenta el art. 40 de la Ley 100 de 1993 literal a), determinando que el IBL calculado es menor al SMMLV, razón por la que determinó que la mesada pensional debería ser igual al SMMLV para el año 2017 que ascendía a la suma de \$737.717, ello en cumplimiento de lo

preceptuado en el numeral 3 del literal b) del art. 20 del acuerdo 049 de 1990 y en 13 mesadas anuales; reconociendo como retroactivo la suma de \$41.472.834 causado desde el 05 de septiembre de 2017 al 30 de junio de 2021.

Condenó al pago de intereses moratorios de que trata el art. 141 de la Ley 100 de 1993 causados a partir del 20 de marzo de 2019, consideró su procedencia en el hecho de que hubo retraso en el reconocimiento y pago de la pensión pretendida y con fundamento en sentencias proferidas por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia que han determinado que en las pensiones reconocidas bajo los parámetros del acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990 debe reconocerse los intereses por mora; además declaró no probada la excepción de prescripción.

Así pues, de la relación de los antecedentes procesales y atendiendo los términos en que fue formulada la alzada, no es objeto de discusión en esta instancia que: i) el señor ERNESTO RODRIGUEZ fue sometido a un proceso de calificación por parte la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, ente que determinó que sus patologías *“algoneurodistrofia, artrosis no especificada, fractura de otras partes y de las no especificadas de la muñeca y de la mano izquierda y otros episodios depresivos”* son de origen común y le generaron una pérdida de capacidad laboral del 53,76% con una fecha de estructuración del 05 de septiembre de 2017 (fls.7-11), documento que no fue tachado por COLPENSIONES, entidad que incluso lo tuvo en cuenta en la Resolución SUB 324001 del 14 de diciembre de 2018 (fl. 21 vto). ii) que cotizó al sistema general de pensiones 500,14 semanas desde el 22 de septiembre de 1981 al 30 de mayo de 2017 (fl. 12-14, 21 vto y CD folio 52, expediente administrativo) iii) que cuenta con tiempos laborados como soldado en el MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL desde el 07 de noviembre de 1977 al 01 de mayo de 1981 (fls.17-19). iv) que el demandante nació el 25 de septiembre de 1951² contando en la actualidad con 70 años de edad.

En principio ha de tenerse en cuenta que por regla general la pensión de invalidez reclamada debe estudiarse con la norma vigente para la época en que se estructuró la invalidez, esto es el 05 de septiembre de 2017, lo que quiere decir que en el sub judice debería aplicarse lo dispuesto en el art. 1 de la Ley 860 de 2003 que modificó el art. 39 de la Ley 100 de 1993 disponiendo:

² Folio 9.

“ARTÍCULO 39. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE INVALIDEZ. - Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley 860 de 2003. El nuevo texto es el siguiente) - Tendrá derecho a la pensión de *invalidéz* el afiliado al sistema que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sea declarado *inválido* y acredite las siguientes condiciones:

1. *Invalidéz* causada por enfermedad: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración **y su fidelidad de cotización para con el sistema sea al menos del veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte (20) años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez.**

2. *Invalidéz* causada por accidente: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores al hecho causante de la misma, **y su fidelidad (de cotización para con el sistema sea al menos del veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte (20) años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez.**

PARÁGRAFO 1o. Los menores de veinte (20) años de edad sólo deberán acreditar que han cotizado veintiséis (26) semanas en el último año inmediatamente anterior al hecho causante de su *invalidéz* o su declaratoria.”

De la aplicación del mentado precepto para el caso que ocupa la atención de esta instancia, se tiene que la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ determinó que la fecha de estructuración de la invalidez del demandante data del 05 de septiembre de 2017 lo que quiere decir que para el periodo comprendido entre el 05 de septiembre de 2014 al 05 de septiembre de 2017 el demandante debía cotizar un mínimo de 50 semanas y tan sólo cuenta con 7,28 semanas, no siendo factible reconocer la pensión pretendida, como efectivamente lo advirtió COLPENSIONES en la Resolución SUB 324001 del 14 de diciembre de 2018³ y en la contestación a la demanda⁴

Ahora en lo que tiene que ver con la aplicación del principio de la condición más beneficiosa advierte esta instancia que la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, enseñó que cuando en el cambio normativo el legislador no haya previsto un régimen de transición y ocurre una modificación sustancial en los requisitos legales para acceder a la prestación, tal y como aconteció respecto de la pensión de invalidez al expedirse la Ley 860 de 2003, si se cumplen las exigencias de la preceptiva inmediatamente anterior, en el número mínimo de cotizaciones, aunque el riesgo se estructure bajo la reglamentación posterior, puede acudir a aquella en aras de proteger una **expectativa legítima**.

En términos del órgano de cierre de esta jurisdicción, el postulado de la condición más beneficiosa tiene las siguientes características, a saber: i) Es una excepción

³ Folios 21-22.

⁴ CD folio 52, archivo No. 2 folio 3.

al principio de la retrospectividad; ii) opera en la sucesión o tránsito legislativo; iii) procede cuando se predica la aplicación de la normatividad inmediatamente anterior a la vigente al momento del siniestro; iv) entra en vigor solamente a falta de un régimen de transición, porque de existir tal régimen no habría controversia alguna originada por el cambio normativo, dado el mantenimiento de la ley antigua, total o parcialmente, y su coexistencia en el tiempo con la nueva; v) entra en juego, no para proteger a quienes tienen una mera o simple expectativa, pues para ellos la nueva ley puede modificarles el régimen pensional, sino a un grupo de personas, que si bien no tienen un derecho adquirido, se ubican en una posición intermedia –expectativas legítimas- habida cuenta que poseen una situación jurídica y fáctica concreta, *verbigracia*, haber cumplido en su integridad la densidad de semanas necesarias que consagraba la ley derogada, y vi) respeta la confianza legítima de los destinatarios de la norma.

En ese orden, la condición más beneficiosa se estructura como un mecanismo que procura minimizar la rigurosidad de la aplicación irretroactiva de la Ley, amparando a aquellas personas con expectativas legítimas, que tienen una situación jurídica concreta correspondiente a la acreditación de las semanas mínimas que requiere la norma derogada para acceder a la prestación, en este caso de invalidez, cuya aplicación, por tratarse de una excepción a la regla general es de carácter restringido y temporal.

Así, en sentencia SL2358-2017 reiterada en sentencia SL2610-2021, la Corte Suprema regló la aplicación del principio de la condición más beneficiosa cuando la estructuración de la invalidez sobreviene bajo la égida de la Ley 860 de 2003, determinando que solo es posible diferir los efectos de la mencionada regulación hasta el 26 de diciembre de 2006, esto es, por 3 años luego de su vigencia. Así mismo, explicó cómo opera la situación jurídica concreta en el cambio normativo de la Leyes 100 de 1993 y 860 de 2003, dependiendo de si el afiliado se encontraba cotizando o no al momento del tránsito legislativo (26 de diciembre de 2003), así:

“D. Temporalidad de la aplicación del principio de la condición más beneficiosa en el tránsito legislativo entre las leyes 100 de 1993 y 860 de 2003

Como se recuerda la condición más beneficiosa es un mecanismo que: (i) busca minimizar la rigurosidad propia del principio de la aplicación general e inmediata de la ley; (ii) protege a un grupo poblacional con expectativa legítima, no con derecho adquirido, que goza de una situación jurídica concreta, cual es, la satisfacción de las semanas mínimas que exige la reglamentación derogada para acceder a la prestación que cubre la contingencia de la invalidez; y (iii) al ser excepcional, su aplicación, necesariamente, es restringida y temporal.

Sin perder de vista lo precedente, y una vez analizada la exposición de motivos de las Leyes 797 y 860 de 2003, brota espontánea una primera conclusión: el legislador jamás pretendió perpetuar las disposiciones de la Ley 100 de 1993 que regulan la pensión de invalidez, y si bien con la condición más beneficiosa debe respetarse o mejor resguardarse los hechos denominados por la doctrina foránea «intertemporales» que se generan con personas que tienen una situación jurídica concreta, ello no puede llevar a mantener, per secula seculorum, la protección de «derechos que no son derechos», en contra posición de la nueva ley que ha sido proferida honrando la Constitución Política.

De suerte que, a falta de normatividad expresa, el principio de la condición más beneficiosa emerge como un puente de amparo construido temporalmente para que transiten, entre la anterior y la nueva ley, aquellas personas que, itérese, tienen una situación jurídica concreta, con el único objetivo de que, en la medida que lo recorren, paulatinamente vayan construyendo los «niveles» de cotización que la normativa actual exige.

Pero ¿cuál es el tiempo de permanencia de esa «zona de paso» entre la Ley 100 de 1993 y la Ley 860 de 2003? Bueno, para la Corte lo es de tres años, tiempo este que la nueva normativa (Ley 860 de 2003) dispuso como necesario para que los afiliados al sistema de pensiones reúnan la densidad de semanas de cotización-50- y una vez verificada la contingencia invalidez de origen común puedan acceder a la prestación correspondiente.

Con ese fin, se obtiene un punto de equilibrio y se conserva razonablemente por un lapso determinado- tres años-, los «derechos en curso de adquisición», respetándose así, para determinadas personas, las semanas mínimas establecidas en la Ley 100 de 1993, «con miras a la obtención de un derecho en materia de pensiones, cuya efectividad se subordina al cumplimiento ulterior de una condición», cual es, la invalidez.

Entonces, algo debe quedar muy claro. Solo es posible que la Ley 860 de 2003 difiera sus efectos jurídicos hasta el 26 de diciembre de 2006, exclusivamente para las personas con una expectativa legítima. Con estribo en ello se garantiza y protege, de forma interina pero suficiente, la cobertura al sistema general de seguridad social frente a la contingencia de la invalidez, bajo la égida de la condición más beneficiosa. Después de allí no sería viable su aplicación, pues este principio no puede convertirse en un obstáculo de cambio normativo y de adecuación de los preceptos a una realidad social y económica diferente, toda vez que es de la esencia del sistema el ser dinámico, jamás estático. Expresado en otro giro, durante dicho periodo (26 de diciembre de 2003 – 26 de diciembre de 2006), el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 continúa produciendo sus efectos con venero en el principio de la condición más beneficiosa para las personas con expectativa legítima, ulterior a ese día opera, en estrictez, el relevo normativo y cesan los efectos de este postulado constitucional.

No puede la Corte pasar por alto que esta franja de tres años, a más de tornarse razonable y proporcional favorece, a quienes tenían dicha situación concreta al momento del tránsito legislativo.

Es inocultable que si las expectativas legítimas no pueden ser modificadas de manera abrupta o arbitraria, de ahí la razón de ser de la condición más beneficiosa, tampoco pueden permanecer inalterables como si fuesen unos derechos adquiridos. Dicho en breve: no se le puede otorgar el mismo tratamiento y protección a las expectativas legítimas que a los derechos consolidados.

Con tal óptica, es de verse que si los regímenes de transición tienen duración limitada y cuantificable en el tiempo, y que, para algún sector, es posible que el legislador modifique los regímenes de transición con posterioridad a su consagración «porque éstos no pueden ser concebidos como normas pétreas», caben las siguientes preguntas ¿cómo entender que el principio de la condición más

beneficiosa sí permanezca en vigor sin límite alguno en el tiempo? Si un régimen de transición no es permanente, ¿bajo qué argumento puede sostenerse que el uso de la condición más beneficiosa sí lo sea? si precisamente, como se explicó, los derechos adquiridos son diferentes a las expectativas legítimas. No hay argumentos que, prima facie, lo justifique.

No se pierda de vista que ha transcurrido más de 13 años desde cuando acaeció el cambio normativo, 26 de diciembre de 2003, es decir, lapso de tiempo que incluso superó el término del régimen de transición dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 2005, para las pensiones por vejez. Por tanto ¿se justifica mantener con vida lo dispuesto en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, más allá del tercer año de vigencia de la Ley 860 de 2003, so pretexto de emplear la condición más beneficiosa, cuando, se repite esta ley dispuso un margen de tres años para satisfacer la densidad de semanas de cotización?

De suyo, también se cumple con lo asentado por la Sala respecto a la deliberada voluntad del legislador en la reforma introducida al sistema pensional con la Ley 860 de 2003, que propende por asegurar un equilibrio financiero, de manera que los niveles de protección que hoy se ofrezcan, se puedan mantener a largo plazo.

3.1 Afiliado que se encontraba cotizando al momento del cambio normativo

Que al 26 de diciembre de 2003 el afiliado estuviese cotizando.

b) Que hubiese aportado 26 semanas en cualquier tiempo, anterior al 26 de diciembre de 2003.

c) Que la invalidez se produzca entre el 26 de diciembre de 2003 y el 26 de diciembre de 2006.

d) Que al momento de la invalidez estuviese cotizando, y

e) Que hubiese cotizado 26 semanas en cualquier tiempo, antes de la invalidez.

Afiliado que no se encontraba cotizando al momento del cambio normativo

a) Que al 26 de diciembre de 2003 el afiliado no estuviese cotizando.

b) Que hubiese aportado 26 semanas en el año que antecede a dicha data, es decir, entre el 26 de diciembre de 2003 y el 26 de diciembre de 2002.

c) Que la invalidez se produzca entre el 26 de diciembre de 2003 y el 26 de diciembre de 2006.

d) Que al momento de la invalidez no estuviese cotizando, y

e) Que hubiese cotizado 26 semanas en el año que antecede a su invalidez.

4. Combinación permisible de las situaciones anteriores

A todas estas, también hay que tener presente, para otorgar la pensión de invalidez bajo la égida de la condición más beneficiosa, la combinación de las hipótesis en precedencia, así:

4.1 Afiliado que se encontraba cotizando al momento del cambio normativo y cuando se invalidó no estaba cotizando

La situación jurídica concreta se explica porque el afiliado al momento del cambio legislativo, esto es, 26 de diciembre de 2003, se encontraba cotizando al sistema y había aportado 26 semanas o más en cualquier tiempo.

Si el mencionado afiliado, además, no estaba cotizando para la época del siniestro de la invalidez - «hecho que hace exigible el acceso a la pensión»- que debe sobrevenir entre el 26 de diciembre de 2003 y 26 de diciembre de 2006, pero tenía 26 semanas de cotización en el año inmediatamente anterior a dicho estado, es beneficiario de la aplicación del principio de la condición más beneficiosa. Acontece, sin embargo, que de no verificarse este último supuesto, al afiliado no lo cobija tal postulado.

Aunque suene repetitivo, es menester insistir en que si al momento del cambio legislativo, esto es, 26 de diciembre de 2003, el afiliado se encontraba cotizando al

sistema y no le había aportado 26 semanas o más en cualquier tiempo, no goza de una situación jurídica concreta.

4.2 Afiliado que no se encontraba cotizando al momento del cambio normativo y cuando se invalidó estaba cotizando

Acá, la situación jurídica concreta nace si el afiliado al momento del cambio legislativo, vale decir, 26 de diciembre de 2003, no estaba cotizando al sistema pero había aportado 26 o más semanas en el año inmediatamente anterior, esto es, entre el 26 de diciembre de 2003 y 26 de diciembre de 2002.

Ahora, si el aludido afiliado estaba cotizando al momento de la invalidez - «hecho que hace exigible el acceso a la pensión»- que debe suceder entre el 26 de diciembre de 2003 y el 26 de diciembre de 2006, y tenía 26 semanas de cotización en el cualquier tiempo, igualmente será beneficiario de la aplicación del postulado de la condición más beneficiosa. La sala juzga pertinente advertir que de no cumplirse este último supuesto, al afiliado no lo ampara dicho principio.

En el mismo sentido que en el caso delantero, y aún a riesgo de fatigar, debe acentuarse que si el afiliado al momento del cambio legislativo, esto es, 26 de diciembre de 2003, no estaba cotizando al sistema y tampoco había aportado 26 o más semanas en el año inmediatamente anterior, esto es, entre el 26 de diciembre de 2003 y 26 de diciembre de 2002, no posee una situación jurídica concreta”.

Atendiendo los referidos argumentos jurídicos y fácticos, en el examine se observa que la fecha de estructuración de la PCL se fijó mediante dictamen No. 3031925-11738 del 09 de agosto de 2018, el día **05 de Septiembre de 2017** (folios 1 a 11), es decir, con posterioridad al 29 de diciembre de 2006, por lo que no podría ser acreedor a la aplicación de la condición más beneficiosa por el tránsito legislativo entre las Leyes 100 de 1993 y 860 de 2003.

Bajo tal estructura, como quiera que no se verifican la concurrencia de los supuestos para la aplicación del postulado de la condición más beneficiosa, conforme la línea trazada por el órgano de cierre, es claro que lo pretendido por el actor no tiene vocación de prosperidad y es inminente la revocatoria del fallo de primer grado.

Conviene anotar que en el criterio actual de esta colegiatura y de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, no es procedente tomar lo normado en el Acuerdo 049 de 1990, toda vez que no es la regla llamada a gobernar casos como el sub judice, por cuanto con posterioridad a ella se expidió el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, el cual a su vez fue modificado por el artículo 1 de la Ley 860 de 2003, no siendo dable al operador judicial realizar una búsqueda en plus ultra-actividad hasta adaptar las condiciones particulares de cada caso a cualquier norma anterior que le sea más favorable, pues ello desconoce la seguridad jurídica.

En este especial punto de divergencia con él a quo está colegiatura precisa remitirse a lo indicado por el máximo órgano de esta jurisdicción en reciente

jurisprudencia donde de forma detallada estableció:

“Ahora bien, si se acudiere al principio de la condición más beneficiosa, procede advertir, que el Acuerdo 049 de 1990, no es la regla llamada a gobernar el caso bajo análisis, por cuanto con posterioridad a ella se expidió el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, el cual a su vez fue modificado por el artículo 1 de la Ley 860 de 2003, por lo que en el sub examine, no podría reglarse por aquella normativa, pues acorde con el criterio actual de esta Sala, no es dable al operador judicial realizar una búsqueda en plus ultraactividad hasta adaptar las condiciones particulares de cada caso a cualquier norma anterior que le sea más favorable.

Valido es traer a colación sobre el debate de análisis, el reciente pronunciamiento de la Sala, en sentencia CSJ SL392-2021, en donde se reitera la providencia CSJ SL5179-2020, que puntualizó:

2. El principio de condición más beneficiosa

Este principio tiene gran importancia a efectos de definir la norma aplicable en caso de un cambio normativo y, en materia de seguridad social, consiste en la preservación de las condiciones o los requisitos establecidos en la disposición anterior para acceder a una prestación, cuando aquella ha sido sustituida por otra.

Tal principio en nuestro ordenamiento jurídico ha sido objeto de desarrollo jurisprudencial con anterioridad a la vigencia de la Constitución Política de 1991, a partir de la interpretación de algunas normas del Código Sustantivo del Trabajo, como el artículo 13 –mínimo de derechos y garantías-; no obstante, dicho estatuto constitucional lo consagró en el artículo 53.

En efecto, el citado precepto establece que *«la ley, los contratos, los acuerdos y convenios del trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores»*, esto es, que las situaciones individuales y concretas previamente reconocidas deben conservarse ante una sucesión normativa; en otros términos, la nueva norma debe respetar las reglas que el régimen previo estableció.

A diferencia de los derechos adquiridos (artículo 58 ibidem), el principio de la condición más beneficiosa no procura por la protección de situaciones jurídicas consolidadas, en tanto que su campo de acción es mucho más amplio y cubre incluso a situaciones en proceso de consolidación, pues conserva los efectos de un estatuto normativo que, si bien fue objeto de derogatoria parcial o total, eventualmente es aplicable ultraactivamente.

En el caso de la pensión de sobrevivientes, la institución de la condición más beneficiosa protege las expectativas legítimas de los beneficiarios de un afiliado al sistema general de pensiones que fallece, siempre que haya cotizado la densidad de semanas establecidas en la ley anterior, pero cuyo hecho generador -la muerte-, ocurrió durante la vigencia de la norma posterior.

Pero la aplicación del principio en referencia tiene, además, las siguientes características: (i) no es absoluta ni atemporal; (ii) procede en caso de un cambio normativo, y (iii) permite la aplicación de la disposición inmediatamente anterior a la vigente al momento del fallecimiento, si el afiliado aportó la densidad de semanas requeridas para el reconocimiento del derecho pensional.

La característica relativa a que no es absoluto e ilimitado en el tiempo, significa que no puede ser usado para garantizar la perpetuidad de un régimen o de una regulación que en un tiempo pretérito estuvo vigente y le era aplicable a un sujeto o a un grupo, dado que, bien comprendido, su ámbito de actuación se orienta a conservar un régimen normativo anterior cuando quiera que el trabajador haya cumplido una condición relevante del mismo que, si bien no es definitiva para adquirir el derecho, juega un rol fundamental en su consolidación.

En este sentido, la condición más beneficiosa se sitúa en un lugar más allá de la *simple expectativa* para ubicarse en el concepto de *expectativa legítima tutelable* por el ordenamiento jurídico, en la medida en que no desconoce y ampara la consolidación de una exigencia relevante, que si bien no es suficiente para alcanzar el derecho, en tanto no se ha cumplido otra condición ulterior, sí genera la confianza fundada en torno a que el régimen que estaba en curso y en el que cumplió algunos presupuestos será respetado.

Sin embargo, su aplicación no puede ser irrestricta al punto de petrificar la legislación e impedir la puesta en marcha de reformas sociales de interés general, de las cuales dependa la realización y efectividad de los derechos de la comunidad o, la supervivencia de instituciones y prestaciones fundamentales para la sociedad; es decir, su aplicación debe ser razonable y proporcional a fin de no lesionar o comprometer otros derechos de interés público y social.

En esta dirección, esta Sala en sentencia CSJ SL 7964, 4 dic. 1995, indicó que este postulado *«no es absoluto y en manera alguna conduce al anquilosamiento de la normatividad laboral, pues de lo que se trata es de proteger al trabajador que construye su vida y la de su familia alrededor de unas expectativas económicas y jurídicas generadas en su propia labor, de manera que un cambio desfavorable de esas expectativas sólo es humana y jurídicamente admisible, cuando en cada caso concreto medien serias circunstancias justificantes, verbigracia el interés general reconocido»*.

De ahí que el delimitar la aplicación del principio de la condición más beneficiosa a la norma inmediatamente anterior sirve a varios propósitos:

1. Si la potestad de configuración de un sistema pensional permite al legislador introducir cambios a fin de garantizar los principios y objetivos del mismo, no tendría sentido mantener en el tiempo disposiciones anteriores, puesto que ello haría nugatorio todos los propósitos económicos y sociales que pretenden lograrse con una reforma.
2. Si los regímenes de transición siempre son temporales, no hay razón alguna que justifique que la aplicación del principio de condición más beneficiosa deba mantenerse indefinidamente en el tiempo, así bajo su vigencia se haya dado inicio o se hayan efectuado cotizaciones para obtener el amparo que se pretende.
3. Tal restricción contribuye a la preservación de otro valor fundamental del ordenamiento jurídico: la seguridad jurídica, que ofrece certeza a los ciudadanos sobre las reglas jurídicas que emplearán los jueces en la solución de las controversias que se sometan a su consideración, sin que les sea posible acudir a una búsqueda histórica para determinar la norma aplicable a una situación particular; la aplicación del principio amplia e ilimitadamente genera incertidumbre en los actores del sistema pensional y en los ciudadanos en general, respecto de las reglas que definen el acceso a un derecho pensional.

En conclusión, si la finalidad del principio de la condición más beneficiosa es proteger expectativas legítimas que pueden ser modificadas por el legislador con apego a los

parámetros constitucionales, no tiene sentido que su aplicación permita acudir a cualquier normativa anterior o, en otros términos, resulte indefinida en todos los tránsitos legislativos que puedan generarse en la configuración del sistema pensional, de por sí, de larga duración.

En este orden de ideas, se concluye que la jurisprudencia tenida en cuenta por esta Sala de Decisión para desatar la controversia resulta persuasiva por emanar del máximo ente rector de la jurisdicción ordinaria, además, se trata de una postura que ha asumido esta Corporación en ejercicio de la autonomía judicial, sin que acoger el criterio expuesto en Casación Laboral sobre el tema, implique tornar este proveído en carente de razonabilidad, pues precisamente soportar la decisión en dicho criterio apunta al respeto por la seguridad jurídica en esta temática.

Con todo, conforme los razonamientos vertidos por esta Sala de Decisión, es claro que el demandante no cumple con los requisitos previstos en el artículo 1 de la Ley 860 de 2003 ni con aquellos previstos para la habilitación del principio de la condición más beneficiosa, por lo que no puede obtener un resultado favorable a sus aspiraciones. Al punto, itera, en los últimos tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, esto es, entre el 05 de septiembre de 2014 a 05 de septiembre de 2017, solo aparecen reportadas 7,28 semanas, debiendo en dicho interregno contar con un mínimo de 50 periodos semanales según la disposición en cita, adicionalmente, con ello tampoco reúne las condiciones previstas en el parágrafo 2° del artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 1o de la Ley 860 de 2003, pues solamente registra un total de 681,71⁵ semanas en toda su vida laboral, cantidad muy inferior al 75% de las exigidas para acceder a la pensión de vejez.

De lo que viene de exponerse entonces, y ante la prosperidad de los reclamos del demandado, habrá de revocarse en su totalidad la providencia de primer grado y en su lugar se negaran en su totalidad las pretensiones de la demanda presentada por el señor ERNESTO RODRIGUEZ.

SIN COSTAS en esta instancia.

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

⁵ Ver reporte de semanas aportado por COLPENSIONES folios 12-14 y la certificación de tiempos laborados en el MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL a folios 17-19.

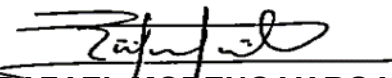
RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida en primera instancia por el Juzgado 30 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia para en su lugar **ABSOLVER** a la demandada, **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES–**, de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el señor **ERNESTO RODRIGUEZ**.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR AMANDA PATRICIA BUITRAGO PRIETO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y PROTECCIÓN S.A. (RAD. 30 2019 00846 01)

Bogotá D.C. veintinueve (29) de Octubre de dos mil veintiuno (2021)

AUTO

Reconocer personería adjetiva al abogado WINDERSON JOSE MONCADA RAMIREZ como apoderado sustituto de la demandada 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 firma MEJIA Y ASOCIADOS ABOGADOS ESPECIALIZADOS S.A.S, el cual fue remitido a esta Corporación mediante correo del 23 de septiembre de los corrientes (folios 191 y 192).


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por las entidades demandadas (folios 184 a 198), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente:

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver los recursos de apelación interpuestos por PORVENIR S.A.; PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, contra la sentencia proferida por el Juez Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 03 de agosto de 2021 (Audiencia virtual de que trata el art.80 del C.P.T. y la S.S., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 2:01:59, CD folio 177, acta folios 178 a 179), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARESE nulo e ineficaz el trasladado de régimen pensional que hizo la demandante señora AMANDA PATRICIA BUITRAGO PRIETO del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES a COLMENA S.A PENSIONES Y CESANTÍAS hoy ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A, que se hizo mediante el diligenciamiento del formulario de solicitud de vinculación de fecha 07 de septiembre de 1994, con efectividad a partir del 01 de octubre de 1994, conforme a lo expuesto.

SEGUNDO: DECLARESE válidamente vinculada a la demandante señora AMANDA PATRICIA BUITRAGO PRIETO al régimen de prima media con prestación definida administrado hoy por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES conforme a lo indicado en la parte motiva.

TERCERO: CONDENASE a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A a devolver a COLPENSIONES todos los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante junto a sus rendimientos y los costos cobrados por concepto de administración durante todo el tiempo que permaneció en dicho régimen, es decir, desde el 01 de octubre de 1994 al 30 de noviembre de 1996, y desde el 01 de diciembre de 1997 y hasta el momento que se haga efectivo el traslado. Los costos cobrados por concepto de administración deben ser devueltos con el patrimonio de la AFP y debidamente indexados, conforme lo expuesto (sic).

CUARTO: CONDENASE a la ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR a devolver a COLPENSIONES los costos cobrados por concepto de administración durante todo el tiempo que permaneció en dicho régimen, es decir, desde el 01 de diciembre del año 1996 hasta el 30 de noviembre de 1997, deben ser devueltos con los recursos propios del patrimonio de la administradora debidamente indexados de acuerdo a lo indicado en la parte motiva.

QUINTO: ORDENESE a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, a que una vez ingresen los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante señora AMANDA PATRICIA BUITRAGO PRIETO, actualice la información de su historia laboral para garantizar el derecho pensional, bajo las normas que regulan el régimen de prima media con prestación definida.

SÉPTIMO: DECLARESE no probadas las excepciones planteadas por las accionadas conforme a lo expuesto. (sic).

OCTAVO: CONDENASE en costas de esta instancia a la ADMINISTRADORA DE FONDO Y DE CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A y a PORVENIR S.A, a favor de la

demandante, por secretaria practíquese la liquidación de costas, incluyendo por concepto de agencias en derecho la suma de \$3.488.740 pesos, a cargo de PROTECCIÓN S.A, y \$800.000 pesos a cargo de PORVENIR S.A.

NOVENO: SIN COSTAS ni a favor ni en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

DÉCIMO: CONCEDASE Grado Jurisdiccional de Consulta ante el Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en su Sala Laboral, consulta que se concede a favor de ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.”

Inconformes con la decisión, los apoderados de PORVENIR, COLPENSIONES y PROTECCIÓN, presentaron recurso de apelación.

Inicialmente, PORVENIR S.A., solicita se revoque la sentencia y, en su lugar, se le absuelva de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

Como primer argumento sostuvo que la demandante se trasladó de régimen en el año 1994 con ING, firmando para ello el respectivo formulario de vinculación, único requisito que para la época exigía la normatividad vigente a fin de considerar válida una afiliación al sistema general de pensiones, o el cambio de régimen pensional; precisó que si bien el deber de información ha existido desde los inicios de las administradoras, dicho deber ha tenido un desarrollo jurisprudencial progresivo, incrementando a lo largo de los años las obligaciones de las administradoras, sin embargo, consideró que no se realizó la debida interpretación de la norma aplicable a dicha data, pues respecto al momento histórico en que la demandante ejerció su derecho de libre elección, estaba vigente la Ley 100 de 1993 y el Decreto 663 de 1993, que en su artículo 97 numeral 3, determina que deben señalarse sólo las características del régimen, no encontrándose vigente para la época obligaciones como realizar proyección pensional, o doble asesoría o buen consejo las cuales nacieron con posterioridad.

Solicita que se le dé valor probatorio al formulario de afiliación, que suscribió la demandante, porque en su opinión demuestra el cumplimiento de los requisitos vigentes para dicho momento; la voluntad expresa de la afiliada y porque con la decisión de primera instancia se está imponiendo un imposible jurídico, a las administradoras del régimen individual, por cuanto exige que se demuestre el cumplimiento al deber de asesoría, desconociendo el único documento que puede dar cuenta de ello.

También hace referencia al hecho de que PROTECCIÓN antes de que la actora cumpliera los 47 años, remitió comunicación para recibir acceso guía, al correo electrónico, el que reconoció como propio, y documento que no fue tachado por falso o desconocimiento, y del que infiere que la demandante fue renuente a la recepción de asesoría.

El segundo punto de inconformidad lo funda en la condena por devolución de gastos de administración, la que en su modo de ver resulta contradictoria con la declaratoria de ineficacia o nulidad del traslado del régimen pensional y contraria a lo dispuesto en el artículo 20 de la ley 100 de 1993, que establece cuales son los aportes y a que están destinados; además alude que dichos gastos surgieron como consecuencia de la correcta administración que hizo el fondo frente a los recursos de la demandante.¹

¹ CD Folio 180. Apoderada PORVENIR (2:05:56): Gracias su señoría, su señoría estando en oportunidad procesal me permito interponer recurso de apelación en contra del presente fallo ante el Honorable Tribunal de Bogotá, manifestando que me aparto de manera integral en lo dispuesto en el fallo, para eso expongo los siguientes fundamentos:

Como primer argumento en mi recurso respecto pues de esta declaratoria de ineficacia y/o nulidad del traslado, sobre la validez del traslado de la demandante, indicar que pues la demandante se trasladó de régimen en el año 1994 con ING, firmado para ello con el respectivo formulario de vinculación, el cual pues téngase señores magistrados era el único documento que se requería para la fecha para ser válidamente la afiliación al sistema general de pensiones, o el cambio de régimen pensional, tal y como se ha manifestado en distintas sentencias de la Corte Suprema de Justicia, en especial la SL 1452 del año 2019, el deber de información si bien como lo manifestó el despacho o como se ha venido manifestado ha existido desde los inicios de las administradoras, pero dicho deber ha tenido un cambio o un desarrollo legal, o jurisprudencial progresivo, incrementando a lo largo de los años las obligaciones de las administradoras, sin embargo, mi representada considera que no se realizó la debida interpretación de la norma aplicable a dicha data, pues respecto al momento histórico en que la demandante ejerció su derecho de libre elección, pues valga decir que la ley 100 de 1993 y el Decreto 663 de 1993, en su artículo 97 numeral 3, determina que debe señalarse características del régimen, pero sobre todo enfoca a pedir la coacción de escogencia del régimen pensional, por lo que deberes como el realizar pues obligaciones como realizar proyección pensional, o doble asesoría o buen consejo pues nacen con posterioridad, por lo que en aras del principio de irretroactividad de la norma no puede ser exigido a las administradoras, en este caso a ING, deberes que nacieron con posterioridad de la afiliación de la demandante, por esto señores magistrados solicitó que entonces que pues por haber existido actos jurídicos que versaron la voluntad de la demandante, pues solicito se respete la voluntad de las partes, entonces que si se le dé el valor probatorio que merece este formulario de afiliación, que ella suscribió, de manera que demuestre el cumplimiento de los requisitos vigentes para dicho momento y la voluntad expresa de la afiliada, entendida que este acto jurídico que estaba realizado pues era vital para su futuro pensional, para su situación funcional, y se sometía a las condiciones del RAIS para dicho momento o cualquier cambio normativo que pudiera tener durante su vinculación.

El juez de primera instancia manifiesta que no se cuenta con pruebas de la asesoría o que mejor que se haya realizado debido asesoría, conforme a los parámetros que ha venido señalado la Corte Suprema, pero téngase que no es una situación que pues no estaba reglada para dicho momento, para el año 1994, es decir, pues no se había consolidado el deber de información, y no existían obligaciones del deber de información que hoy si son exigibles a las administradoras.

Por lo anterior, pues consideró con este fallo se está imponiendo a un imposible jurídico, a las administradoras del régimen individual, en este caso a la administradora ING, quien es mi representada, por cuanto se exige que se demuestre el cumplimiento al deber de asesoría, pero para eso se exige que se logre probar a tal asesoría, desconociendo entonces que el único documento que existe es el formulario de afiliación, siendo este la única prueba que si se brindó la información, y siendo este el motivo de traslado de la actora, es decir, que recibió la asesoría para el momento de la firma de este formulario, rectificando este

Por su parte la apoderada de PROTECCION S.A., centró su inconformidad en lo que tiene que ver con la orden de traslado de los conceptos por cuota de administración y seguros previsional a COLPENSIONES, por considerar que esa AFP realizó una excelente administración de la cuenta individual de la que era titular la demandante; advierte que dicha condena sería incongruente, por cuanto se castigaría a la AFP por la excelente administración de los recursos que tuvo a su cargo y decisión que desconoce el derecho a la restitución mutuas establecidas en el artículo 1746 del Código General del Proceso del Código Civil perdón, es importante mencionar que se trata de obligaciones ya acaecidas.

Por otra parte, argumentó que trasladar estos conceptos a COLPENSIONES, generaría un enriquecimiento sin causa para esta entidad, que nunca realizó una gestión de administración de la cuenta de ahorro individual. Indicó que estos descuentos se realizan porque la ley 100 en su artículo 20 autoriza realizar los mismos, los cuales también se descuentan en el régimen de prima media.

acto con el paso de los años, y con los varios traslados horizontales que realizó y varios actos jurídicos que la actora realizó, como lo es el traslado horizontal que efectuó con mi representada.

Ahora bien, como lo señale en mis alegatos de conclusión pues en este caso pues en este caso en particular este probado conforme a las pruebas documentales allegadas, exactamente con la prueba documental aportada por la codemandada PROTECCIÓN que antes de que la actora cumpliera los 47 años, le fue remitido a la actora comunicación para recibir acceso guía, al correo electrónico, correo que pues reconoció como suyo en la presente audiencia, y documento que no fue tachado por falso o desconocimiento, por lo que la actora si conoció de dicho documento, pero fue renuente y no accedió a dicha asesoría, donde puede retornar al régimen de prima media pero pues esto es prueba de la falta de evidencia de la actora y por lo tanto, es prueba también que el fondo también cumplió con ese deber que pues le asistía y entonces y como afirmo en su interrogatorio, único motivo de la actora para presentar esta demanda, como ella misma lo señala pues es la inconformidad de que tiene ella con lo concerniente a su mesada pensional, situación que no es suficiente para determinar una ineficacia del traslado, pues se recuerda incluso que para esa época no era posible si quiera determinar si la demandante quería una mesada pensional, el hecho que no se hayan advertido posibles consecuencias con ocasión del traslado pues no implica que se haya vulnerado el deber de información, pues se reitera para dicha época pues no era posible determinar unas consecuencias o unas desventajas frente a un derecho pensional que ni siquiera se tenía certeza de consolidarse, por lo tanto, la comandada ING PROTECCIÓN si cumplió con ese deber de información y también lo hizo con ese deber que le asistía de remitirse esa comunicación antes de que la actora cumpliera los 47 años.

Ahora como segundo punto en mi recurso, es respecto de la condena de devolver gastos de administración y considera mi representada que en virtud de restituciones mutuas pues resulta contradictorio esta condena por cuanto se declara la ineficacia o nulidad del traslado del régimen pensional, por lo tanto, se pierde efectos del traslado, y así se orden retornar a la actora, al régimen de prima media junto con los rendimientos financieros causados por la gestión por las dos administradoras demandadas, cuando si se trata de perder los efectos del traslado pues obviamente la demandante no tendría derecho a retornar con estos conceptos, entonces en ese caso pues estamos en una circunstancia claramente que desconoce la igualdad y los efectos de la ineficacia del traslado de régimen y aunado a ello que pues el artículo 20 de la ley 100 de 1993 establece cuales son los aportes y a que están destinados, en ese sentido si mi representada durante el tiempo que la actora estuvo vinculada con esa administradora hizo alguna deducción por gastos de administración, seguros de la aseguradora y también el porcentaje para la garantía de pensión mínima, lo hizo apartada en la ley y cumplió con esos presupuestos legales y adicional que hay una correcta administración de los recursos de la demandante puede verse en los rendimientos financieros en la cuenta de ahorro individual por el tiempo en que la actora estuvo vinculada con mi representada y pues estos dichos dineros, aportes y rendimientos pues también fueron trasladados por motivo de su traslado posterior que realizó.

Teniendo en cuenta estos argumentos solicito respetuosamente a los señores magistrados se revoque esta decisión, muchas gracias.

Advirtió que el cobro de esos conceptos sólo sería procedente cuando se acredita la causación de perjuicios al afiliado y aduce que en este proceso no hay prueba ni siquiera sumaria de un juramento estimatorio, que dé cuenta de un daño causado a la demandante por parte de la AFP.

Por otro lado, indicó que esos gastos no tienen una naturaleza pensional, ni están dirigidas a incrementar el monto de pensión, razón por la que alega que son sujetos de la aplicación del fenómeno prescriptivo.

Ahora bien, respecto al seguro previsional explicó que es un seguro pactado por un tercero, que se paga mes a mes a fin de garantizar el amparo de los daños que genere un siniestro, como la invalidez o la muerte. Si bien en el presente caso no se ha generado el siniestro esto no es razón para ahora devolver estas cuotas de seguro provisional, y se tiene que tener en cuenta estas fueron pactadas por un tercero la aseguradora, que ni siquiera está vinculada en el presente proceso².

A su turno, COLPENSIONES solicita revocar la sentencia en su totalidad y como argumento de alzada sostiene que la demandante nunca realizó actos que

² CD Folio 180. Apoderada PROTECCIÓN (2:13:29): Muchas gracias su señoría, siendo el momento procesal oportuno me permitió presentar recurso de apelación parcial de la sentencia, ante el Honorable Tribunal Superior en el entendido que fue condenada mi representada a trasladar los conceptos por cuota de administración y seguros provisional a COLPENSIONES, sustento este recurso en los siguientes términos:

Tal y como se expuso en los alegatos de conclusión y como obra en el expediente durante el tiempo que la demandante estuvo afiliada a PROTECCIÓN mi representada realizó una excelente administración de la cuenta individual, entonces ahora ordenar a mi representada a trasladar las cuotas de administración sería como castigarla por esta excelente gestión, adicionalmente se estaría desconociendo el derecho a la restitución mutuas establecidas en el artículo 1746 del Código General del Proceso del Código Civil perdón, es importante mencionar que se trata de obligaciones ya acaecidas.

Por otra parte trasladar estos conceptos a COLPENSIONES, generaría un enriquecimiento sin causa para esta entidad, entidad que nunca realizó una gestión de administración de la cuenta de ahorro individual. Por otra parte, es importante recordar que estos descuentos se realizan porque la ley 100 en su artículo 20 autoriza realizar los mismos, los cuales también se descuentan en el régimen de prima media, por otra parte, se entiende que estos conceptos son cobrados a las administradoras como perjuicios, y en este proceso no hay prueba ni siquiera sumaria de un juramento estimatorio, de un daño causado a la demandante, de un nexo causal con actuación alguna a mi representada, por otra parte, tienen una naturaleza completamente diferente a la pensión y esto lo pongo de presente también porque si no tienen una naturaleza pensional, ni están dirigidas a aumentar el monto de pensión, entonces podemos hablar de la prescripción inclusive parcial de estas cuotas de administración y seguro provisional.

Ahora bien respecto al seguro provisional tal y como su nombre lo dice, se trata de un seguro que es pactado por un tercero, el cual la aseguradora a quien mes a mes se ha pagado para mantener vigentes las pólizas de la demandante, a la cual la han cubierto en caso que se genere un siniestro, esto es, invalidez o la muerte. Si bien en el presente caso no se ha generado el siniestro esto no es razón para ahora devolver estas cuotas de seguro provisional, y se tiene que tener en cuenta estas fueron pactadas por un tercero la aseguradora, que ni siquiera está vinculada en el presente proceso.

Por lo anterior, le ruego al Honorable Tribunal Superior de Bogotá se revoque parcialmente la sentencia en estos dos términos.

sugirieran su no intención de pertenecer al RAIS; citó la sentencia SL 413 de 2018 de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, magistrado ponente CLARA CECILIA DUEÑAS, advirtiendo que: no se puede concluir bajo las máximas de la experiencia que exista un acto ineficaz cuantificable en décadas y percatarse de ello solo hasta cuando se está ad portas de la causación de la pensión de vejez, ello aunado al hecho de que en el caso en estudio existen traslados de forma horizontal³.

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda (folios 47-48) las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (folios 49-52), aspirando se declare la nulidad de la afiliación efectuada por la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS) en la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. el 07 de septiembre de 1994, teniendo en cuenta que dicha AFP no dio cumplimiento a su deber legal de información, asesoría y buen consejo y por ende, solicita la nulidad de los traslados horizontales que hizo la demandante de COLMENA hoy PROTECCION a HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. y de HORIZONTE hoy PORVENIR S.A a COLMENA hoy PROTECCION. Y, en consecuencia, solicita se condene a PROTECCIÓN a ordenar el traslado de la demandante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES; se ordene el traslado de todos los valores que la demandante posea en su cuenta de ahorro individual con solidaridad a COLPENSIONES; se ordene a las AFP PORVENIR y PROTECCIÓN S.A. a reembolsar de forma integral los cobros y gastos de

³ **Apoderado COLPENSIONES (2:15:57):** Muchas gracias señor juez, me permito interponer recurso de alzada en contra de la sentencia proferida, solicitando al ad quem revocar la sentencia en su totalidad y como argumento de alzada es que este caso valorado bajo la figura de la ineficacia y no la nulidad se dice que con el paso del tiempo la parte actora nunca realizó actos que sugirieran su no intención de pertenecer al RAIS, a la fecha se tiene la necesidad considerable de años, que no denota que las alegadas falencias por falta de información, sean contrarias al fenómeno jurídico de la ratificación que perfecciona el acto ineficaz, con el artículo 898 Código de Comercio y sentencia SL 413 de 2018 magistrado ponente CLARA CECILIA DUEÑAS puesto que no se puede concluir bajo las máximas de la experiencia que exista un acto ineficaz cuantificable en décadas y percatarse de ello solo hasta está a portas de la causación de la pensión de vejez, añadiendo que existen igualmente traslados de forma horizontal, así culminó mi alzada. Gracias señor juez.

administración descontados de los aportes pensionales de la demandante; se ordene a COLPENSIONES recibir a la demandante como afiliada del Régimen de Prima Media con Prestación Definida sin solución de continuidad, derechos ultra y extra petita y costas del proceso. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró nulo e ineficaz el traslado de régimen pensional que hizo la demandante del ISS hoy COLPENSIONES a la AFP COLMENA S.A. hoy PROTECCIÓN S.A. el 07 de septiembre de 1994 con efectividad a partir del 01 de octubre de 1994; declaró válidamente vinculada a la demandante en el régimen de prima media con prestación definida en COLPENSIONES; condenó a la AFP PROTECCIÓN a devolver a COLPENSIONES todos los valores de la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos y los costos cobrados por gastos de administración durante todo el tiempo que permaneció afiliada a ese fondo y hasta cuando se haga efectivo el traslado, los cuales deberán ser cubiertos con recursos propios de la AFP, debidamente indexados; condenó a la AFP PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES los costos cobrados por gastos de administración durante todo el tiempo que permaneció afiliada a ese fondo y hasta cuando se haga efectivo el traslado, los cuales deberán ser cubiertos con recursos propios de la AFP, debidamente indexados; ordenó a COLPENSIONES a que una vez ingresen los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, se proceda actualizar la información en su historia laboral y condenó en costas a PROTECCIÓN y a PORVENIR S.A. Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada PROTECCIÓN S.A. no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía para con la demandante al momento del traslado al RAIS.

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

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 20 de septiembre de 1967 (folios 4 y 13), por lo que la edad de 57 años, los cumpliría el mismo día y mes del año 2024, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 31 de mayo de 2019 (folios 33), esto es, cuando le faltaban menos de 10 años para adquirir el derecho pensional -tenía más de 51 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 1994⁵-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con 258,98 semanas cotizadas que corresponden a 5,03 años⁶, 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 **07 de septiembre de 1994** con fecha de efectividad a partir del **1 de octubre de 1994** (folios 15, 118 vto.) por afiliación que hiciera a COLMENA hoy PROTECCIÓN.

Precisada la fecha de vinculación de la demandante al RAIS, 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.

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

⁵ Laboraba para el sector privado (folio 18).

⁶ Reporte de semanas cotizadas en pensión, expedido por COLPENSIONES folio 18.

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 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.

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

Frente a este respecto además, esa alta Corporación en sentencia SL1948 de 2021 tuvo la oportunidad de precisar que la consecuencia de la inobservancia del deber de información debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (*vuelta al status quo ante*, art. 1746 CC). Así, discurrió

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

Al contestar la demanda, Colpensiones sostuvo que en este asunto no hay lugar a declarar la nulidad del traslado de la actora del régimen público de pensiones al

⁷ Al tema puede consultarse la sentencia SL2877 de 2020 y SL4875 de 2020

privado, en la medida que no se demostró un vicio del consentimiento en la modalidad de error, fuerza o dolo.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011⁸, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y más

⁸ “Además, debe la Corte destacar que no fue objeto de controversia que el actor estuvo afiliado al régimen pensional que administra el Instituto de Seguros Sociales desde el 12 de marzo de 1969 hasta el 12 de agosto de 2002, fecha ésta en la que se trasladó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.; que nació el 13 de octubre de 1944, por lo que estaba amparado por el régimen de transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que cumplía con los requisitos a que alude la citada normativa.

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

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

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

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

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

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

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

(…)

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

(…).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen la demandante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, con ninguno de los medios de prueba acopiados en el expediente se acredita el suministro de información a la accionante al momento de realizar el traslado de régimen pensional en los términos aquí referidos, pues en manera alguna se evidencia en el plenario que se le informó sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la demandante⁹, no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues indicó que no recibió asesoría alguna por parte de las AFP demandadas, ya que la afiliación la realizó para cumplir con los requisitos de ingreso a las empresas para las cuales prestó sus servicios personales como trabajadora; aseveró que no le dijeron como se construía la pensión en el RAIS, que no le hablaron de la posibilidad de pensionarse anticipadamente, que no le hablaron de las variables que influirían en el reconocimiento de su pensión, en resumen no le indicaron en qué consistía el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad ni las implicaciones que la decisión de su traslado tendría en su futuro pensional.

⁹ Audiencia del 03 de agosto de 2021, CD folio 180 récord 13:35.

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 S.A. (folios 15 y 118), este no constituyen en manera alguna medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada (sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019) y, en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus*, pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que se advierten ausentes en el plenario.

Respecto al comunicado de prensa (folios 167-168), es de anotarse, la transcripción de normas legales allí consignadas no suple el deber de información idónea referido a lo largo de este proveído, pues lo que allí se lee es la cita de normas relacionadas con la posibilidad de traslado, siendo el tema aquí en discusión absolutamente distinto a la oportunidad del traslado entre regímenes.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el fondo de pensiones demandado proporcionara al afiliado una suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna información sobre las reales implicaciones de abandonar el régimen de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras. No obstante, esa administradora no logró demostrar, como era su deber, que suministró a la convocante una información de tales características, porque, aun cuando en la contestación de la demanda afirmó que proporcionó la adecuada y completa ilustración a la demandante al momento de trasladarse¹⁰, el medio de convicción en que soportó su defensa fue el formulario de afiliación al que se hizo mención, porque allí se “*deja constancia expresa en el sentido de su decisión de vincularse a COLMENA de manera totalmente libre, voluntaria y espontánea*”¹¹.

Aquí también debe resaltar esta Sala, aunque PORVENIR S.A. invoca como argumento de su recurso el que para la época de traslado no estaba vigente el deber de información, lo cierto es que este sí existe desde la misma creación de

¹⁰ Ver folio 115.

¹¹ Ver folio 15 y 118 vto.

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

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

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

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

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

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

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

...

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

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

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

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

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

Como se ve, ya para el año 1994, cuando se produjo el traslado¹² de la aquí demandante, la AFP estaba en la obligación de informar a su futura afiliada sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, pero ello en el asunto no ocurrió o, por lo menos, no se acreditó.

¹² Folio 15 y 118 vto.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN, omitió en el momento del traslado de régimen (07 de septiembre de 1994, efectivo el 1 de octubre de 1994), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

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.

Otro aspecto que alegó la apoderada de PORVENIR en su recurso, fue el hecho de que la demandante haya sido renuente frente a un mensaje de datos que PROTECCIÓN remitió a su dirección electrónica,¹³ mediante el cual se le ponía en conocimiento una “ASESORÍA PREVISIONAL”, es decir, cuando la demandante contaba con 47 años de edad; en el que le comunicaron que tenía la posibilidad de trasladarse al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES, contando como fecha límite el 19 de septiembre de 2014; ante dicho documento que valga la pena precisar no fue desconocido por la parte demandante, esta sala advierte que esa comunicación remitida a la actora no puede exculpar a la AFP por la omisión fraguada en septiembre de 1994, época en la que la administradora de pensiones debió velar por el cumplimiento de su deber de buen consejo y haber suministrado a la hoy demandante todos los insumos para que su decisión de traslado se cimentara en una voluntad informada.

Tampoco incide el hecho que la demandante hubiese efectuado varios traslados entre AFP (folio 145) 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

¹³ Folios 146 vto a 147 y con constancia de recibido del 28 de Julio de 2014 fl. 148.

régimen de ahorro individual, según se observa en el historial de vinculación (folio 145), y en esa medida, esa circunstancia no implica una ratificación de la voluntad del afiliado de permanecer en el RAIS, como lo adujo PORVENIR en la alzada. 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).”*

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 PROTECCIÓN, como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliada la actora, del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, gastos de administración y porcentajes correspondientes a invalidez y sobrevivientes (comisiones), y la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, de tal manera se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto.

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

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

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

[...]

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

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

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

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

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

Frente a esta temática, debe anotarse igualmente el deber de devolver las cuotas de administración incumbe a todas las administradoras del régimen de ahorro individual en 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.**”*

Igualmente, con relación a la orden del juez de primer grado de disponer el pago debidamente indexado de la devolución de dichos gastos de administración, en

orden a responder los planteamientos propuestos por las AFP's demandadas, es importante señalar que para la calenda en la que se trasladen esos recursos, habrá transcurrido un tiempo considerable durante el cual dicho valor habrá perdido poder adquisitivo, de allí que sea procedente su indexación, sin que ello represente una condena adicional o la imposición del pago de perjuicios, pues lo que se busca garantizar es el pago completo e íntegro de la condena cuando el transcurso del tiempo la devalúa.

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

“7. Consecuencias de la declaración de ineficacia

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

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

Aquí resulta pertinente acotar, que el concepto No. 2019152169-003-000 del 15 de enero de 2020 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 prescripción¹⁴ (*folios 92 vto, 114 vto.*), 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

¹⁴ Se tuvo por contestada la demanda por COLPENSIONES y PROTECCION S.A. y por no contestada la demanda por PORVENIR S.A. en auto del 14 de diciembre de 2020 (folio 173-175).

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

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

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

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

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

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

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

SIN COSTAS en esta instancia.

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

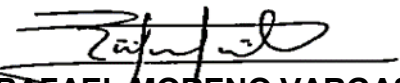
R E S U E L V E

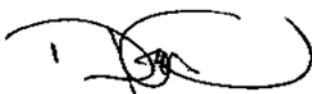
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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 JACQUES ALAIN HUGHES RONCO RATEAU CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. (RAD. 30 2019 00865 01).

Bogotá D.C., veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

AUTO

Reconocer personería adjetiva al abogado WINDERSON JOSE MONCADA RAMIREZ como apoderado sustituto de la demandada 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 firma MEJIA Y ASOCIADOS ABOGADOS ESPECIALIZADOS S.A.S, el cual fue remitido a esta Corporación mediante correo del 12 de octubre de los corrientes (folios 80 a 81).


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, habiéndose presentado los alegatos de instancia por la parte demandada PORVENIR S.A (folios 70 a 72) y COLPENSIONES (folios 81 a 84), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con el fin de resolver el recurso de apelación formulado por el demandante, contra la sentencia proferida por el Juez Treinta Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 23 de agosto de 2021 (Cd a folio 61, récord: 1:14:04, audiencia virtual realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, acta a folios 62-63), en la que se resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER a la parte demandada de las pretensiones incoadas en la demanda

SEGUNDO: SIN COSTAS ni a favor, ni en contra del demandante, de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES o de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

TERCERO: CONCÉDASE el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de la parte demandante.”

Inconforme con la decisión el apoderado de la parte demandante solicita se dé aplicación al principio de irretroactividad de las sentencias, teniendo en cuenta que el proceso fue radicado el 18 de diciembre de 2019, considera que debe estarse a lo dispuesto en la jurisprudencia vigente en el momento en que se radicó la demanda, estableciendo que es posible trasladar al señor demandante como pensionado del fondo privado hacia COLPENSIONES, bajo los criterios de la misma Corte Suprema de Justicia, vigentes en la fecha que se presentó la demanda.¹

¹ Señor juez muchas gracias, de manera respetuosa interpongo el recurso de apelación contra la sentencia que usted acaba de proferir, fundamento el recurso bajo los siguientes argumentos:

Esta parte está totalmente de acuerdo con la primera conclusión que arribó el despacho, en el sentido de establecer dentro de las consideraciones de la providencia que acaba de proferir que efectivamente el FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR incumplió el deber del buen consejo y quebrantó el principio de debida diligencia, así como el de transparencia, e información cierta, suficiente, y oportuna. Esta parte arribó al proceso los documentos que fueron emanados por parte de PORVENIR, y de acuerdo con la jurisprudencia vigente en la fecha que se radica la demanda que fue el día 18 de diciembre de 2019, la carga probatoria de mostrar el cumplimiento de ese deber de buen consejo recaía sobre la demandada PORVENIR PENSIONES Y CESANTÍAS, y en este juicio PORVENIR no logró demostrar que efectivamente esa hubiese cumplido la obligación, que la jurisprudencia que citó el señor juez dentro de las consideraciones de la sentencia, que hubiese cumplido con aquellas obligaciones, valga la pena reiterarlas las sentencias SL 1452 de 2019 de la Honorable Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, en consonancia con las sentencias SL 31989, SL 31314 del 09 de septiembre del 2018, la SL 33083 del 22 de noviembre de 2011, y otras más jurisprudencias que establecían esa obligación que tienen los fondos de pensiones y cesantías, del buen consejo y de indicar de manera suficiente, cierta y oportuna las consecuencias del traslado entre uno y otro fondo, deber que no se demostró en el juicio siendo carga probatoria exclusiva de la demandada en este caso PORVENIR, en ese sentido esta parte comparte la conclusión a la arribó el señor juez, de establecer que efectivamente se daban todos esos presupuestos de la jurisprudencia vigente a la fecha que se radica la demanda para declarar la ineficacia del traslado.

Lo que en el momento en que se radica, año 2019 y la fecha en la que el juzgado cometió el estudio del proceso, que fue el 14 de enero de 2020, era plenamente válido y se le permitía retornar del fondo privado a COLPENSIONES, de acuerdo a las múltiples sentencias. En ese sentido la seguridad jurídica de mi cliente y de la parte que represento, era atenderse a la jurisprudencia que en su momento estaba vigente, pero ya en el momento del trámite del proceso, surgió esta nueva sentencia que cita el señor juez la SL 373 de 2021, que de alguna manera cambió las condiciones de manera abrupta del traslado de uno a otro fondo, pero nótese que esta jurisprudencia proferida en el año 2021, la 373 nada dijo sobre los procesos que estaban en trámite y que estaban apelando a la jurisprudencia que en ese momento estaba vigente, entonces si aplicamos el principio de irretroactividad de las sentencias, no le sería aplicable esta sentencia a mi cliente porque él no está

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 JACQUES ALAIN HUGHES RONCO RATEAU en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas a folios 35-36, las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos expuestos a folios 37-39, aspirando principalmente se declare la nulidad o ineficacia del traslado efectuado por el demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) con el fondo PORVENIR S.A. toda vez que no se le proporcionó una información veraz, completa y comprensible sobre las ventajas y desventajas que le conllevaría el cambio de régimen pensional y en virtud de dicha declaratoria se ordene a PORVENIR S.A. a devolver al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES todos los dineros que se hagan parte de la cuenta de ahorro individual de la que es titular el actor en el RAIS; se ordene a COLPENSIONES recibir al demandante como afiliado sin solución de continuidad; se declare que cuenta con 1683 semanas cotizadas y se proceda al reconocimiento pensional, lo ultra y extra petita y costa del proceso. **Obteniendo, sentencia de primera instancia desfavorable a sus pretensiones, por cuanto se absolvió a las demandadas de las pretensiones incoadas.**

persiguiendo el derecho en vigencia de la misma, cosa diferente es que la tardanza judicial está resolviendo un proceso que fue radicado el 18 de diciembre de 2019, entonces en esa medida yo le solicité de manera muy respetuosa a los Honorable Magistrados que se revoque esta sentencia y que se le aplique la jurisprudencia vigente en el momento en que se radico la demanda, para que se establezca efectivamente que si es posible trasladar del fondo privado hacia COLPENSIONES, bajo los criterios de la misma Corte Suprema de Justicia, vigentes en la fecha que se radicó la demanda.

Esto es todos aquellos pronunciamientos anteriores a diciembre del año 2019, y es más posteriores hasta antes de esta sentencia del 2021, pero si se aplicara toda la jurisprudencia anterior a esta radicación, mi cliente tiene total derecho de pasarse de un fondo, entonces, la tardanza judicial no le podría afectar de manera doble a mi cliente. En primer lugar, al resolver su solicitud de manera tardía y segundo lugar, al aplicarle una sentencia más desfavorable, eso quebranta el principio de la irretroactividad de la jurisprudencia, que la Corte Constitucional ya lo ha estudiado.

En ese sentido Honorables Magistrados les solicito de abstenerse a confirmar esta sentencia, porque las condiciones que describe la SL 373 de 2021, no se dan para mi cliente, porque mi cliente no conocía esas condiciones, de haber sido así se hubiera solicitado la indemnización que establece esta sentencia y se hubiera podido solicitar dentro del término de prescripción que la misma sentencia lo establece. En ese sentido, se le están vulnerando sus derechos fundamentales a la seguridad jurídica y a que su caso se resuelva con la normatividad y la jurisprudencia vigente en el momento en que demando su derecho.

Por este motivo le solicito a los magistrados aplicar esta jurisprudencia anterior a la fecha de radicación y a la fecha de admisión de la demanda y establecer que mi cliente efectivamente tiene derecho a trasladarse a Colpensiones bajo el criterio que la misma Corte Suprema de Justicia ha estudiado de manera profunda y no aplicar una única sentencia que cambio su criterio, están ya en trámite esta sentencia, esta demanda que hoy es objeto de análisis. Hasta aquí pues mi recurso de apelación, muchísimas gracias.

Consideró el Juez de primer grado, se acreditó que la AFP PORVENIR incumplió con el deber de información y buen consejo que le asistía al momento de la afiliación del demandante al RAIS, sin embargo, señaló que no es procedente acceder a las pretensiones por cuanto desde el 2016 el demandante decidió pensionarse con el RAIS, situación jurídica consolidada y hecho consumado en términos de lo dispuesto en la sentencia SL-373 de 2021; advirtió que declarar la ineficacia de la afiliación en este caso afectaría ostensiblemente el sistema general de pensiones e indicó que dicho criterio es de aplicación obligatoria.

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

Así las cosas, a folio 15 milita copia de la cédula de ciudadanía del demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 15 de agosto de 1956, por lo que la edad de 62 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2018, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante Colpensiones el 16 de septiembre de 2019 (folio 17), es decir, cuando ya había alcanzado la edad requerida para adquirir el derecho pensional –tenía 63 años- y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con 697,115 semanas de cotización (CD. fl 61 archivo expediente administrativo), equivalentes a 13,55 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.

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 el actor a efectos de continuar válidamente vinculado al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según lo informado en el libelo demandatorio, acaeció el 01 de mayo de 1999 (fl.37) y hecho que se ratifica con el reporte de semanas cotizadas en COLPENSIONES (CD. fl.61) y con el reporte de semanas de PORVENIR S.A. (fls. 24-30) donde se visualiza que el demandante cotizó para el régimen de prima media con prestación definida para los ciclos 16 de abril de 1979 al 30 de abril de 1999 e inició cotizaciones en el RAIS desde el 01 de mayo de 1999 (fl.26).

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

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

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

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

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

controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.

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

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

En consecuencia, no solo es menester demostrar la existencia del traslado, sino que impone verificarse que este acto se produjo bajo el presupuesto de la libertad informada, pues de no cumplirse con dicho presupuesto, se incurriría en un vicio que invalidaría dicho acto jurídico, lo que trae como consecuencia o efecto retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, con ineficacia ex tunc³, en los términos del artículo 1746 del Código Civil, ante la inexistencia de una norma distinta que de manera explícita regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico.

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

“(…)

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

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

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

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

³ Al tema puede consultarse la sentencia SL2877 de 2020; SL4875 de 2020; SL-4062 de 2021; SL-4063 de 2021 y SL-3710 de 2021.

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 S.A.

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

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

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

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

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

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

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

“Aquí falta la administradora a su deber de proporcionar una información completa, pues se incumple de manera grave si se plantea el valor de una eventual pensión a los sesenta años, sin advertir, que se trataba de una persona que ya tenía el derecho causado a los 55 años de edad, y que de todas maneras la

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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
(…).

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 (...)

Ahora, en consonancia con el criterio del órgano de cierre de esta jurisdicción precedentemente analizado, y atendiendo los medios probatorios incorporados al plenario, sería factible, en principio, predicar un incumplimiento de la carga de la prueba en cabeza de la AFP accionada ante la ausencia de medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información al accionante en los términos aquí referidos al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues en manera alguna se encontró acreditado, siquiera de manera sumaria, que se le hubiera informado sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional, lo que daría lugar a la declaratoria de ineficacia del tránsito de régimen pensional realizado por el actor el **01 de mayo de 1999.**

No obstante, revisado el expediente es posible establecer que PORVENIR reconoció al demandante, a partir del 23 de agosto de 2016, pensión de vejez en la modalidad de retiro programado (folios 31-33), en virtud de la solicitud que para el efecto realizó el actor, prestación que hasta la fecha ha venido percibiendo, supuestos fácticos que aceptó en el interrogatorio de parte recepcionado por el Juez de primer grado en audiencia del 23 de agosto de 2021⁵

Lo anterior, conduce a concluir que el demandante al momento de solicitar la nulidad o ineficacia de su traslado había perdido la calidad de afiliado y por el contrario detentaba la de pensionado, en tanto ha venido beneficiándose de la

⁵ CD folio 61 minuto 50:13

prestación económica, hasta hoy, desde hace más de cuatro años, garantizándose de esta forma su derecho pensional.

Atendiendo lo anterior, precisa la Sala, la ineficacia del traslado solo resulta predicable para aquellas personas que suscribieron el formulario de afiliación sin que dicha selección haya estado precedida de un consentimiento informado, esto es, con la inobservancia del deber de información que como se explicó en demasía está a cargo de las AFP como administradoras del RAIS, y siempre que ostente la calidad de afiliado, siendo la afiliación el acto de ingreso al sistema general de pensiones⁶, condición que perdió el demandante al aceptar la pensión que le fuera reconocida por PORVENIR, adquiriendo la categoría de pensionado por vejez, en los términos y modalidades previstas en el régimen de ahorro individual al que se encuentra vinculado.

Y es que en materia pensional, particularmente en materia de movilidad del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, las calidades de *afiliado* y *pensionado* tienen efectos diferentes; así por ejemplo, el artículo 107 de la Ley 100 de 1993, permite la transferencia voluntaria del valor de la cuenta individual de ahorro pensional a otro plan de capitalización o trasladarse a otra entidad administradora, siempre que se tenga la condición de afiliado, esto es, *“no haya adquirido la calidad de pensionado”*, disposición que fuera declarada exequible por la Corte Constitucional en Sentencia C-841 2003, en la que esa Corporación consideró que “Permitir el traslado de una entidad administradora de pensiones a otra, una vez se ha adquirido la calidad de pensionado puede poner en riesgo la sostenibilidad del sistema, aumentar los costos de los servicios administrativos y financieros, y desestimular la obtención de mayores niveles de rentabilidad a través de inversiones de mediano y largo plazo, dado que la posibilidad de traslado quedaría sujeta al capricho del pensionado”.

Si bien como lo anotó el apoderado del demandante la Corte Suprema de Justicia en algunas de sus providencias declaró la ineficacia de traslado en tratándose de personas que han adquirido el derecho pensional, lo cierto es que dicho precedente no resultaría aplicable en el asunto bajo examen por tratarse de supuestos fácticos disímiles; en ese orden, por ejemplo, en la sentencia con

⁶ La Corte Constitucional en sentencia T-235 de 2002, señaló que *“La precisión del concepto “afiliación” también se encuentra en la teoría de la seguridad social. Tratándose de pensión de jubilación, la afiliación es un acto que se produce una sola vez en la vida del interesado, al ingresar al trabajo, por consiguiente, la afiliación no es repetible, es vitalicia. Habrá, como es obvio, situaciones en las que se está trabajando (a esto se denomina “alta”, y aquéllas en que no lo está (se denomina “baja”).*

Radicación No. 31314, del 9 de septiembre de 2008, analizó el caso de un pensionado trasladado del RPM al RAIS cuando tenía 62 años de edad, esto es, encontrándose en la prohibición legal de trasladarse, situación que no acaece en el sub lite en tanto el traslado se realizó cuando le faltaban más de 10 de años para adquirir la edad mínima de pensión en prima media –tenía 43 años (fl.15) no existiendo en su caso prohibición legal alguna para que se efectuara ese tránsito de régimen.

Del mismo modo, tampoco resultan coincidentes los hechos de esta demanda con los analizados por el Alto Tribunal en la sentencia con Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, procedía la ineficacia dado que el traslado de régimen se produjo cuando el actor había adquirido el estatus de pensionado en el régimen de prima media con prestación definida y se le generó un perjuicio en tanto se le postergó por más de 5 años el reconocimiento pensional bajo los presupuestos del régimen de ahorro individual, castigándolo con la disminución del valor del bono pensional dada la redención anticipada⁷, condiciones estas que, se itera, no se configuran en el caso bajo estudio pues su derecho pensional no se había consolidado al momento del traslado.

Con todo, en el sub judice la acción fue encaminada por un pensionado a quien se le efectuó el reconocimiento y pago de la prestación de vejez desde el año 2016, verificándose el traslado cuando le faltaban más de 10 años para la edad mínima, por lo cual no existía una prohibición legal como acontece en los antecedentes jurisprudenciales antes esbozados, por lo cual, al haber aceptado la pensión por COLFONDOS, se tiene que adquirió el estatus de pensionado, beneficiándose de la misma durante aproximadamente cuatro años.

Sobre el particular resulta imperioso hacer referencia a la sentencia SL-373 de 2021 donde la Corte Suprema de Justicia, analizó un caso de similares contornos fácticos, respecto a la invalidación del traslado de un régimen a otro cuando quien demanda es un pensionado, para en su lugar determinar la imposibilidad de que, bajo el manto de la ineficacia de la afiliación, un pensionado del régimen de ahorro individual con solidaridad vuelva al mismo estado en el que se encontraba antes de su traslado del régimen de prima media con prestación definida, en razón a que

⁷ “es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención”

la calidad de pensionado “es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir” pues no se trata solo de retrotraer la afiliación sino todos los actos surgidos como consecuencia del reconocimiento de la prestación.

Puntualmente sostuvo esa Corporación:

“(…)

Es un hecho acreditado que Cárdenas Gil disfruta de una pensión de vejez desde el año 2008, en la modalidad de retiro programado, a cargo de Protección S.A. Esta circunstancia conduce a la Corte a interrogarse si es posible, bajo el manto de la ineficacia de la afiliación, que el demandante pensionado del régimen de ahorro individual con solidaridad, vuelva al mismo estado en el que se encontraba antes de su traslado al RPMPD.

***Para la Corte la respuesta es negativa,** puesto que si bien esta Sala ha sostenido que por regla general cuando se declara la ineficacia de la afiliación es posible volver al mismo estado en que las cosas se hallarían de no haber existido el acto de traslado (vuelta al statu quo ante)⁸, **lo cierto es que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer, como ocurre en este caso. No se puede borrar la calidad de pensionado sin más, porque ello daría lugar a disfuncionalidades que afectaría a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto.** Basta con relevar algunas situaciones:*

Desde el punto de vista de los bonos pensionales, puede ocurrir que se haya pagado el cupón principal por el emisor y las cuotas partes por los contribuyentes y, además, que dicho capital esté deteriorado en razón del pago de las mesadas pensionales. En tal caso, habría que reversar esas operaciones. Sin embargo, ello no parece factible porque el capital habría perdido su integridad y, por consiguiente, podría resultar afectada La Nación y/o las entidades oficiales contribuyentes al tratarse de títulos de deuda pública.

Desde el ángulo de las modalidades pensionales, en la actualidad las entidades ofrecen un diverso portafolio de alternativas pensionales. Algunas son retiro programado, renta vitalicia inmediata, retiro programado con renta vitalicia diferida, renta temporal cierta con renta vitalicia de diferimiento cierto, renta temporal con renta vitalicia diferida, renta temporal variable con renta vitalicia inmediata.

Cada modalidad tiene sus propias particularidades. Por ejemplo, en algunas el afiliado puede pensionarse sin que importe la edad o puede contratar dos servicios financieros que le permitan acceder a una renta temporal cierta y a una renta vitalicia diferida. En otras, el dinero de la cuenta de ahorro individual es puesto en el mercado y genera rendimientos administrados por la AFP. Incluso se puede contratar simultáneamente los servicios con la AFP y con una aseguradora en aras de mejorar las condiciones de la pensión. Es de destacar que en la mayoría de opciones pensionales intervienen en la administración y gestión del riesgo financiero, compañías aseguradoras que garantizan que el pensionado reciba la prestación por el monto acordado.

Por lo tanto, no se trata solo de reversar el acto de traslado y el reconocimiento de la pensión, sino todas las operaciones, actos y contratos con el afiliado, aseguradoras, AFP, entidades oficiales e inversionistas, según sea la modalidad pensional elegida.

⁸ SL1688-2019, SL3464-2019

Si se trata de una garantía de pensión mínima, volver las cosas a su estado anterior, implicaría dejar sin piso los actos administrativos que mediaron en el reconocimiento de la garantía. Como La Nación asume el pago de dicha prerrogativa, se requería la intervención de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público para que defienda los intereses del Estado que se verían afectados por la ineficacia del traslado de una persona que ya tiene el status de pensionado. Esto a su vez se encuentra ligado a lo dicho acerca de los bonos pensionales, pues la garantía se concede una vez esté definido el valor de la cuenta de ahorro individual más el bono.

Ni que decir cuando el capital se ha desfinanciado, especialmente cuando el afiliado decide pensionarse anticipadamente, o de aquellos casos en que ha optado por los excedentes de libre disponibilidad (art. 85 de la Ley 100 de 1993), en virtud de los cuales recibe la devolución de una parte de su capital ahorrado. En esta hipótesis, los recursos, ya desgastados, inevitablemente generarían un déficit financiero en el régimen de prima media con prestación definida, en detrimento de los intereses generales de los colombianos.

La Corte podría discurrir y profundizar en muchas más situaciones problemáticas que generaría la invalidación del estado de pensionado. No obstante, considera que los ejemplos citados son suficientes para demostrar el argumento según el cual la calidad de pensionado da lugar a una situación jurídica consolidada y a un hecho consumado, cuyos intentos de revertir podría afectar derechos, deberes, relaciones jurídicas e intereses de un gran número de actores del sistema y, en especial, tener un efecto financiero desfavorable en el sistema público de pensiones.

(...)” (Negrilla y subrayas de la Sala).

Bajo tales postulados argumentativos, habiéndose encaminado la acción por un pensionado del régimen de ahorro individual, no hay lugar a declarar la ineficacia del traslado efectuado por el demandante del régimen de prima media al régimen de ahorro individual el **01 de mayo de 1999**, por lo que se confirmará la sentencia de primera instancia.

Lo anterior atendiendo el criterio jurisprudencial expuesto y adoptado por esta Sala Decisión, que se acoge como posición auxiliar en casos como el de autos; persuasiva por provenir del máximo ente rector de la jurisdicción ordinaria, postura que ha asumido esta colegiatura en ejercicio de la autonomía judicial, sin que adoptar el criterio expuesto en Casación Laboral sobre el tema, implique tornar este proveído en carente de razonabilidad, pues precisamente soportar la decisión en criterio reiterado apunta al respeto por la seguridad jurídica en esta temática, siendo ello plausible.

Agotada la competencia de la Sala por el estudio de los puntos de apelación, conforme las motivaciones que preceden, se **CONFIRMARÁ** la decisión de primer grado.

COSTAS a cargo de la parte demandante en esta instancia.

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

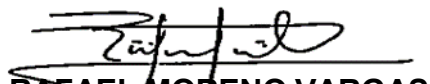
R E S U E L V E

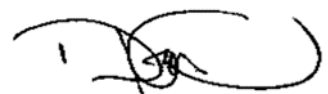
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

AGENCIAS EN DERECHO: Se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de \$100.000, la cual deberá ser incluida en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.



*EXP. No 30 2019 00865 01 JACQUES ALAIN HUGHES RONCO RATEAU CONTRA LA
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES y la SOCIEDAD
ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.,*

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 FRANCIA ELENA RICO
TABARES CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES Y PORVENIR S.A (RAD. 30 2020 00239 01)**

Bogotá D.C. veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por la parte demandante (folios 9 a 11), y las demandadas PORVENIR S.A (folios 4 a 7) y COLPENSIONES (folios 13 a 15), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver los recursos de apelación interpuestos por PORVENIR S.A y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, contra la sentencia proferida por el Juez Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, el pasado 17 de septiembre de 2021 (*Audiencia virtual concentrada Arts. 77 y 80 del C.P.T. y la S.S., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 1:32:24, archivo “11..1310503020200023900-20210917_094739- Grabación de la reunión” expediente digital*”), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLÁRESE ineficaz el traslado del régimen pensional que hizo la demandante señora FRANCIA ELENA RICO TABARES del Instituto de los Seguros Sociales, administrador del régimen de prima media, a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR, administradora del Régimen de Ahorro Individual mediante la firma del formulario No. 11541167 del 11 de abril del año 2006, pero que cobró efectividad a partir del 1 de junio de 2006, conforme a lo expuesto.

SEGUNDO: DECLÁRESE válidamente vinculada a la demandante señora FRANCIA ELENA RICO TABARES al régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, conforme a lo expuesto.

TERCERO: CONDÉNESE a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., a devolver a COLPENSIONES todos los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto a sus rendimientos y los costos cobrados por concepto de administración durante el lapso que permaneció en dicho régimen, esto es del 1 de junio 2006 y hasta cuando se haga efectivo el traslado, los costos cobrados por concepto de administración deben ser cubiertos con recursos propios del patrimonio de la administradora.

CUARTO: CONDÉNESE perdón (sic) **ORDÉNESE** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a que una vez ingresen los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, actualice la información en su historia laboral, para garantizar el derecho pensional bajo las normas que regulan el régimen de prima media con prestación definida.

QUINTO: DECLÁRENSE no probadas las excepciones planteadas por las demandadas, conforme a lo expuesto.

SEXTO: CONDÉNESE en costas de esta instancia a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., a favor de la demandante. Por secretaría practíquese la liquidación de costas, incluyendo por concepto de Agencias en Derecho la suma de \$3'488.000 pesos.

SÉPTIMO: SIN COSTAS ni a favor ni en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.

OCTAVO: CONCÉDASE el grado Jurisdiccional de Consulta a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.”

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

Así, inicialmente, PORVENIR solicitó se revoque la sentencia y, en su lugar, se absuelva de las pretensiones incoadas en su contra. En sustento de ello, advierte, no comparte la decisión de declarar la ineficacia del traslado, ni sus efectos jurídicos, debido a que esa determinación, en su sentir, va en contra de los principios de confianza legítima, inescindibilidad de las normas y sostenibilidad financiera.

Respecto de la confianza legítima, indica, con fundamento en la sentencia C-131 de 2004 proferida por la Corte Constitucional, el Estado no puede alterar de manera súbita las normas que regulan las relaciones y en este caso, se le resta valor probatorio al formulario de afiliación, pese a que al momento en que la demandante se vinculó con la AFP PORVENIR S.A., este era el documento idóneo para generar la afiliación, por lo tanto, se le obliga a presentar pruebas que no existen respecto de una información que se otorgaba de manera verbal. Adicionalmente, alude, en los términos del Decreto 692 de 1994 y la Ley 100 de 1993 el formulario de afiliación constituye una “*prueba fehaciente*” de la vinculación efectuada bajo libertad y conocimiento.

De otro lado, alega, omite el juzgado la prohibición contenida en la ley 797 de 2003, declarándose una ineficacia del traslado a pesar de que la demandante se encuentra inmersa en la misma. Por ello, pide se analice el acervo probatorio a efectos de concluir que el tránsito entre regímenes estuvo precedido de la debida asesoría, advirtiendo, la actora no presentó inconformidad respecto de la administración de sus aportes, por lo tanto, dice, esas circunstancias demuestran que se encontraba conforme con la vinculación al régimen de ahorro individual.

Respecto a los gastos de administración, sostiene, se echa de menos lo establecido en el artículo 113 de la ley 100 de 1993 y en el concepto 2019152169 – 003-000 del 2020, emitido por la Superintendencia Financiera de Colombia, en los cuales se consignó que en los casos de ineficacia de traslado, las sumas a retornar son los aportes y los rendimientos financieros, no los costos administrativos, cuotas de seguros, pólizas y valores que no hacen parte de la mesada pensional de la actora.

Sobre este punto además, anota, estos gastos se generan tanto en el régimen de prima media como en el de ahorro individual, y en todo caso, esa AFP mantuvo la cobertura y generó la rentabilidad de los aportes. También refiere, se olvidó el *a quo* de las restituciones mutuas a las que se refiere el Código Civil y que los gastos de administración no financian la mesada pensional, por tal motivo son susceptibles de prescripción.

Finalmente, solicita la adición de la sentencia en orden a imponer condena en costas a cargo, también, de COLPENSIONES, ello según lo establecido en el artículo 365 del Código General del Proceso y la sentencia C-157 de 2013, en las que se dejó dicho que la condena en costas no resulta de un obrar temerario o de mala fe, sino

que es un resultado de una derrota dentro del proceso¹ (Audiencia virtual concentrada Arts. 77 y 80 del C.P.T. y la S.S., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 1:35:05, archivo “11..1310503020200023900-20210917_094739- Grabación de la reunión” expediente digital”).

¹ “Gracias su señoría, estando dentro de la oportunidad procesal pertinente presentar recurso de apelación en cuanto al fallo emitido por su despacho, que los señores Magistrados (inaudible), revoque el fallo emitido en su totalidad, teniendo en cuenta las siguientes circunstancias:

No se comparte la decisión del despacho en declarar la ineficacia del traslado, ni se comparte pues los efectos jurídicos otorgados, teniendo en cuenta que esta decisión afecta 3 principios, la confianza legítima, la inescindibilidad de las normas, y la sostenibilidad financiera.

En principio tenemos que la confianza legítima establece que es Estado no puede alterar de manera súbita las normas de juego que regulen las relaciones, entre ellas la que supone la Corte Constitucional, en sentencia C131 del año 2004, de acuerdo con ellos, y la alta jurisprudencia le resta valor probatorio al formulario de afiliación, no es de recibo para mi representada, teniendo en cuenta que para aquel momento en que la demandante se vincula con mi representada, este era el documento propicio para generar esa vinculación, esa dotación de libre albedrío de escogencia de régimen pensional, hoy se está generando una solicitud de prueba indiabólico (sic), pues se obliga a mi representada a presentar pruebas que no existen, conforme a la información que se otorga de manera verbal. A su vez, tampoco es dable restarle valor a ese formulario de afiliación, teniendo en cuenta que el mismo constituye una prueba fehaciente bajo los términos del artículo 11 del decreto 692 de 1994, y las normas concordantes, lo puede dejarse de lado señores magistrados que la misma ley 100 de 1993 indica que como tal los formularios de afiliación en su caso dado, deberían llevar como tal ley 100 de manera explícita indica que se tiene que dejar una constatación que otorgue esa afiliación, esa vinculación bajo la libertad, el conocimiento, constatación o citas, las cuales fueron determinadas para estar en el formulario, bajo el cumplimiento de dicha norma.

Ahora bien, señores magistrados tampoco es dable hoy declarar una ineficacia de traslado a sabiendas que se está omitiendo esa prohibición legal contenida en la ley 797 del 2003, literal e del artículo 2, hoy se está declarando una ineficacia del traslado a pesar de que la actora podía generar una vinculación antes de estar inmersa dentro de la prohibición legal, bajo este entendido señores magistrados solicitamos se dé una clara verificación del acervo probatorio, teniendo en cuenta que la demandante tuvo de manera precedida a su suscripción de su formulario de afiliación, una debida asesoría, aunado a ello mi representada dota a los afiliados de los canales de atención tanto físicos como telefónicos, virtuales, la demandante recibió de parte de mi representada los extractos en los cuales podía verificar su estado de cuenta de ahorro individual, en ningún momento se acercó a presentar inconformidad alguna respecto de cómo estaban siendo administrados sus aportes, circunstancias que con claridad se demuestran que la demandante se encontraba conforme con su vinculación en régimen de ahorro individual, y si bien con el interrogatorio de parte aduce que se acercó ante COLPENSIONES para solicitar su retorno, en ningún momento allegó prueba si quiera sumaria para demostrar tal circunstancia.

De la devolución de gastos de administración es dable manifestar que se está omitiendo lo indicado en el literal b del artículo 113 de la ley 100 de 1993, y lo dotado por la Superintendencia Financiera de Colombia en concepto 2019152169 – 003-000 del año 2020, que de manera taxativa en casos de ineficacia cuales son las sumas a retornar, los aportes y los rendimientos financieros, más no los gastos de administración, o las cuotas de seguros, pólizas, valores que no hacen parte de la mesada pensional de la parte actora ni de la cuenta de ahorro individual, no debe perderse de vista que tanto los gastos de administración se genera en el régimen de prima media como también el régimen de ahorro individual, por ende, para mi representada bajo esa cuenta de ahorro individual generó una debida cobertura, cobertura que obtuvo la demandante que sus aportes generaban una rentabilidad y no sufrieron deterioro alguno, y por ende, también se está olvidando la restituciones mutuas que nos habla el Código Civil, omisión que se genera también con este fallo emitido por el despacho. Teniendo a consideración que dichas sumas frente a los gastos de administración no son parte ni financian la mesada pensional de la parte actora o alguna prestación pensional, que son susceptibles de la figura de la prescripción y por ende, solicitamos una revocatoria frente a esa declaratoria, teniendo en cuenta o aplicándole la figura de prescripción.

Por último, señores magistrados solicitamos una adición frente a la condena en COSTAS, toda vez que bajo los términos del artículo 365 del Código General del Proceso, aunado a ello bajo lo dotado por la Corte Constitucional en sentencia C157 de 2013, esta condena a costas no resulta de un obrar temerario o de mala fe, sino que es un resultado de una derrota dentro del proceso, es entendido, las partes vencidas aquí, en su totalidad no están bajo esta condena en costas, es decir, únicamente se está condenando a mi representada, y por parte de COLPENSIONES la misma no hace o no es compatible con esta condena en costas, por ende, señores magistrados bajo el principio de la objetividad y la compatibilidad, solicitamos que sea también compartida esta condena en costas, toda vez es parte vencida como lo obra en la parte resolutive del fallo emitido por su despacho. Dejando de esta manera señores magistrados sustentado el recurso de apelación, muchas gracias su señoría.”

A su turno, COLPENSIONES advierte, el traslado de régimen se realizó con plena voluntad de la actora, por tal motivo, no era procedente declarar su ineficacia y condenar a COLPENSIONES a recibir los aportes y así reactivar la afiliación de la demandante en el RPM, debido a que la decisión de esta de permanecer en el RAIS fue ratificada por más de 15 años, en los cuales ha realizado cotizaciones en ese régimen.

Por otro lado, considera, deben detenerse las demandas de nulidad por cuanto ello ha traído inestabilidad al sistema financiero interno de COLPENSIONES, debido a la cantidad de estas que ha prosperado y que han impuesto a cargo de esa entidad el deber de asumir aquellos traslados y reconocer una posible prestación, aun cuando no intervino en el acto jurídico que se cuestiona, y más bien, en lugar de condenarla a recibir los aportes, sostiene, debería disponerse al fondo debe asumir las pensiones cuando se evidencia la falta de información, siendo *“justo (...) que se cambie la jurisprudencia y se empiece a darle a cada quien lo que le corresponde”*

Por último pide se confirme la condena en costas² (*Audiencia virtual concentrada Arts. 77 y 80 del C.P.T. y la S.S., realizada a través de la plataforma Microsoft*

²“ Si muchas gracias su señoría y a todos los presentes, estando dentro de la oportunidad procesal correspondiente pues este apoderado considera pertinente presentar el respectivo recurso de apelación, conforme a las siguientes circunstancias:

La presente decisión que acaba de dictar el despacho considera esta representación es de notoria la normativa legal, como lo son el artículo 2 de la ley 797 de 2003, artículo 113 de la ley 100 de 1993, artículo 9, 11, 1509, 1754 de la codificación civil, ya que no se tomó en cuenta que la, que el traslado se realizó con plena voluntariedad de la cotizante, en consecuencia, no era procedente declarar la nulidad de la afiliación realizada por la accionante al régimen de ahorro individual con solidaridad, condena a mi representada a recibir los aportes para reactivar la afiliación en el régimen de prima media COLPENSIONES, ya que esa voluntad se vio ratificada por más de 15 años que ha realizado cotizaciones en el régimen de ahorro individual con solidaridad, y se confirma con su actitud pasiva que tuvo, que sin buscar conformarse con su futuro pensional.

Por otra parte, señores magistrados es importante detener esta situación respecto de las demandas de nulidad, ya que como se evidencia, se ha venido evidenciando en el sistema financiero interno de COLPENSIONES, un desfaldo financiero o una inestabilidad financiera en razón de la cantidad de las demandas de nulidad que han prosperado y que COLPENSIONES tiene que asumir el traslado de todos esos aportes, sin que COLPENSIONES haya generado o haya prendido la chispa (sic) para generar esas demandas ordinarias laborales, que al fin y al cabo quien paga los platos rotos al final de todo es COLPENSIONES, quien debe reconocer una posible pensión de vejez, invalidez o cualesquiera sean sus circunstancias, conforme a lo que establece al régimen de prima media conforme a un IBL 75% conforme a los salarios de los últimos 10 años, situaciones que no se ven en el régimen de ahorro individual con solidaridad, por eso señores magistrados desde ahora COLPENSIONES considera pertinente que revise a fondo su señoría, dichas nulidades como se dice, si el fondo privado fue quien fallo con el deber de la información pues porque no son ellos quien deben asumir esa responsabilidad de subsanar esa falta de información que no le dio a los afiliados al momento de esos traslados, entonces porque no señores magistrados modificar la presente decisión, y en vez de ordenar a COLPENSIONES a recibir todos esos aportes de la cuenta de ahorro individual de la demandante, porque no ordenar o revertir esta decisión en el sentido que sea una excepción a la norma, donde los fondos privados tengan que asumir esto las pensiones de los afiliados cuando se evidencia una falta de información, sea esta una excepción a la norma para que ellos asuman esa responsabilidad del deber de información, para ver que pueden sostener o mantener esa estabilidad financiera, tal y como lo han mantenido COLPENSIONES durante mucho tiempo, pero como la responsabilidad de papa Estado que siempre tiene que asumir todas las responsabilidades e inclusive en las que ellos no han participado, respecto del caso de nulidades, falta de información, entonces sería justo señores magistrados que se cambie la jurisprudencia y se empiece a darle a cada quien lo que le corresponde, en ese sentido pues se condene en este caso no a

Teams, récord 1:41:47, archivo “11..1310503020200023900-20210917_094739-Grabación de la reunión”, expediente digital”).

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda (páginas 8 y 9 , archivo “*DEMANDA Y ANEXOS.pdf*”, expediente digital) las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (páginas 6 a 8, *ibídem*), aspirando se declare la ineficacia de su traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad por resultar ineficaz la afiliación a PORVENIR, ante la omisión de ese fondo del deber de informarla con prudencia y pericia, y de manera clara, completa, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta respecto de las implicaciones que tenía el cambio de régimen de pensión y en general sobre las prestaciones económicas que obtendría en el RAIS, los riesgos beneficios y desventajas. Además, se declare que para todos los efectos jurídicos la parte actora siempre ha permanecido en el RPM administrado por COLPENSIONES, sin solución de continuidad. En consecuencia, se condene a la AFP PORVENIR devuelva a COLPENSIONES todas las sumas de dinero, bonos pensionales, cotizaciones sumas adicionales, rendimientos financieros y devolución de los gastos de administración que han sido descontados durante todo el tiempo en que dichas sumas de dinero estuvieron en poder de esa administradora, disponiendo igualmente, se ordene a COLPENSIONES reactivar su afiliación, considerando para todos los efectos legales que siempre ha estado vinculada al RPM, reciba los aportes y rendimientos devueltos del RAIS, y actualice

COLPENSIONES, o no se ordene a COLPENSIONES, a recibir esos aportes y a asumir una posible pensión de los afiliados, porque no sea entonces los fondos privados asuman su responsabilidad, y en ese caso que pensionen conforme al régimen de prima media, que sea una excepción de prima media, porque si seguimos así señores magistrados, no consideró que COLPENSIONES aguante mucho tiempo respecto de todas esas pensiones que tienen que asumir a consecuencia de todas las demandas de nulidades.

Respecto a esto su señoría y conforme a lo otro, en caso de que no consideren a esta declaratoria o estos alegatos que estoy exponiendo en esta instancia en este momento, solicito que se confirme la decisión en condena a costas y en segunda instancia se absuelva a COLPENSIONES, pues simplemente COLPENSIONES a través de esta representación está buscando siempre la forma o pues la manera que se establezca un precedente jurisprudencial o se establezca un precedente jurisprudencial o se establezca alguna situación jurídica o normatividad o alguna que regule este tema de nulidad, porque es un tema de nunca acabar y que posiblemente pueda acabar o terminar o generar un grave perjuicio económico a las arcas que administra COLPENSIONES.

De esta forma su señoría, señores magistrados dejo expuesto los alegatos perdón, el recurso de apelación, muchas gracias.”

su historia laboral. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró ineficaz el traslado de régimen pensional realizado por la actora a PORVENIR, disponiendo a esa AFP, como actual administradora a la que se encuentra vinculada, devolver a COLPENSIONES todos los costos cobrados por gastos de administración durante el tiempo en que estuvo vinculada la actora a esa sociedad, así como los valores que reposen en su cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, precisando, los gastos de administración deben ser cubiertos con recursos de su propio patrimonio y retornarse debidamente indexados. Adicionalmente, ordenó a COLPENSIONES que una vez ingresen los valores de la cuenta de ahorro individual de la actora, actualice la información en su historia laboral para garantizar el derecho pensional bajo las normas que regulan el régimen de prima media. Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada PORVENIR no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía para con la demandante al momento del traslado.

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

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía de la demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 26 de abril de 1964 (página 23, archivo “*DEMANDA Y ANEXOS.pdf*”, expediente digital), por lo que la edad de 57 años, los cumplió el mismo día y mes del año 2021, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 20 de mayo de 2020, según se advierte del formulario de afiliación que fuere incorporado

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”.

con el expediente administrativo (archivo “GAF-FAF-AF-2020_5011985-20200520102454.pdf”, expediente digital) así como del oficio No. 2020_5011985-22787797 de la misma fecha en la que se negó su retorno al RPM (archivo “GEN-RES-CO-2020_5011985-20200520102454.pdf”, expediente digital), esto es, cuando le faltaban menos de diez años para adquirir el derecho pensional -tenía 56- 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 62,43 semanas cotizadas que corresponden a 1,19 años (*historia laboral expedida por el Ministerio de Hacienda, páginas 127 a 131, archivo “CONTESTACIÓN DEMANDA PORVENIR S.A.pdf”, 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 **11 de abril de 2006** con fecha de efectividad a partir del **01 de junio de 2006**, (*páginas 64 y 66, archivo “CONTESTACIÓN DEMANDA PORVENIR S.A.pdf”, y página 29 archivo “demanda y anexos.pdf”, expediente digital*), por afiliación que hiciera a PORVENIR, específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP, el formulario de afiliación suscrito con esa AFP y la certificación emitida por ASOFONDOS.

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

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

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

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

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

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

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

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

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

“(…)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“(…).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(…)

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

(…).

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

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

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

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

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la demandante⁶, no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que los asesores le dijeron que el seguro social se iba a acabar, y en consecuencia, no podría obtener una pensión de vejez. Además, en dicha asesoría personalizada le aseguraron que al firmar el formulario de afiliación PORVENIR se encargaría de todo, pero señaló no recibir información de la cuenta de ahorro individual, de los rendimientos, los aportes voluntarios, ni de las modalidades para pensionarse en el 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 PORVENIR S.A. (*página 66, archivo “CONTESTACIÓN DEMANDA PORVENIR S.A.pdf”, expediente digital*), este no constituyen en manera alguna medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada (sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019) y, en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus*, pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que se advierten ausentes en el plenario.

Respecto al comunicado de prensa (*páginas 72 - 74, archivo CONTESTACIÓN DEMANDA PORVENIR S.A, expediente digital*), es de anotarse, la transcripción de normas legales allí consignadas no supe el deber de información idónea referido a lo largo de este proveído, pues lo que allí se lee es la cita de normas relacionadas con la posibilidad de traslado, siendo el tema aquí en discusión absolutamente distinto a la oportunidad del traslado entre regímenes.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el fondo de pensiones demandado proporcionara al afiliado una suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna información sobre las reales implicaciones de abandonar el régimen de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras. No obstante, esa administradora –PORVENIR- no logró demostrar, como era su deber, que suministró a la convocante una información de tales características, porque,

⁶ Audiencia del 17 de septiembre de 2021, récord 16:55, (*Audiencia virtual concentrada Arts. 77 y 80 del C.P.T. y la S.S., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 1:32:24, archivo “11..1310503020200023900-20210917_094739- Grabación de la reunión” expediente digital*)

aun cuando en la contestación de la demanda afirmó que proporcionó la adecuada y completa ilustración a la demandante al momento de trasladarse, el medio de convicción en que soportó su defensa fue el formulario de afiliación al que se hizo mención, porque allí se deja constancia expresa en el sentido de su decisión de vincularse a esa AFP de manera totalmente libre, voluntaria y espontánea.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR, omitió en el momento del traslado de régimen (11 de abril de 2006, efectivo el 01 de junio de 2006), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

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

En ese orden, la ineficacia del tránsito de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de PORVENIR como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliada la actora (*página 83, archivo CONTESTACIÓN DEMANDA PORVENIR S.A, expediente digital*), de todos los costos cobrados por concepto de administración y la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, de tal manera se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto, aclarando en este punto y para resolver la apelación de COLPENSIONES, aunque esta entidad no intervino de manera directa en el acto jurídico de traslado, no puede perderse de vista que en la actualidad dentro de la estructura del sistema de pensiones es la única entidad administradora del régimen de prima media con prestación definida, siendo de contera la llamada a recibir nuevamente a la demandante como su afiliada.

Conviene anotar igualmente, en autos no tiene relevancia lo atinente a la financiación del sistema, o que la demandante no hubiese retornado al régimen de

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

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

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 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 prescripción⁷ (páginas 26 a 28, archivo *CONTESTACIÓN DEMANDA PORVENIR S.A* y página 8, archivo *contestación COLPENSIONES, expediente digital*), basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL-1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por las encartadas, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

⁷ Se tuvo por contestada la demanda por parte de las demandadas mediante auto del 31 de mayo de 2021 (archivo “13. 2020-239 TIENE POR CONTESTADA - SEÑALA FECHA.pdf”, expediente digital).

Es de anotar en este punto, dado que la pretensión principal, esto es la ineficacia del traslado, no se encuentra afectada con el fenómeno prescriptivo, las consecuencias derivadas de dicha declaratoria sobre el acto jurídico de traslado deben correr la misma suerte de imprescriptibilidad y es por ello que lo relativo a la devolución de gastos de administración y demás restituciones, por ser accesorios a la ineficacia del acto jurídico, tampoco se encuentran afectadas por la prescripción. Sobre esto último, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2611, Radicación N° 67972 del 1° de julio de 2020, señaló que las consecuencias que deriven de la declaratoria de ineficacia, tales como la devolución de los gastos de administración y demás restituciones, hace inoperante dicho fenómeno extintivo frente a los mismos. Puntualmente dijo esa Corporación:

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

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

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

En lo que toca a la solicitud de COLPENSIONES tendiente a que se ordene a las AFP reparar los daños causados y, en esa medida, reconocer una pensión de vejez

a la demandante en los términos que correspondería si esta no se hubiese trasladado de régimen, 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 la convocante, así como tampoco fue propuesta dicha temática a lo largo del juicio por ese extremo procesal.

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

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, revocando únicamente la determinación de absolver de la condena en costas a COLPENSIONES.

SIN COSTAS en esta instancia.

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

R E S U E L V E

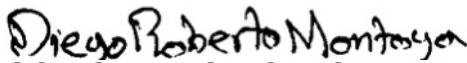
PRIMERO: REVOCAR el numeral SÉPTIMO de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá y, en su lugar, condenar en

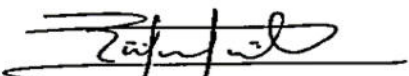
COSTAS de primer grado, también, a COLPENSIONES, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

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

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR JUANITA MARIANA
OSPINA CHICRALA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES – COLPENSIONES, PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. Y
SKANDIA S.A. (ANTES OLD MUTUAL) (RAD. 32 2019 00127 01)**

Bogotá D.C. veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia únicamente por la demandada PORVENIR S.A (folios 6 a 9), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver los recursos de apelación interpuestos por PORVENIR, SKANDIA y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, contra la sentencia proferida por el Juez Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 15 de septiembre de 2021 (*Audiencia virtual concentrada Arts. 77 y 80 del C.P.T. y la S.S., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 1:34:17, archivo “15.AudienciaTramiteJuzgamiento20210915.mp4”, expediente digital*), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por las demandadas, conforme a las consideraciones expuestas.

SEGUNDO: DECLARAR la ineficacia del traslado del régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado por la demandante JUANITA MARIANA OSPINA CHICRALA, a través de COLFONDOS S.A de fecha 12 de abril de 1994, así como sus posteriores traslados de administradoras de régimen de ahorro con solidaridad.

TERCERO: Como consecuencia de lo anterior, **CONDENAR** a las demandadas COLFONDOS S.A. y SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES las sumas que hayan descontando por concepto de gastos de administración, por conceptos de gastos de administración (sic), de los aportes efectuados por la demandante mientras estuvo afiliada a esas administradoras.

CUARTO: CONDENAR a la demandada PORVENIR S.A a trasladar con destino a COLPENSIONES, la totalidad de los recursos que abundan en la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluyendo los aportes efectuados y los rendimientos, así como lo descontado por gastos de administración.

QUINTO: ORDENAR a la demandada COLPENSIONES a recibir a la demandante JUANITA MARIANA OSPINA CHICRALA como afiliada al régimen de prima media con prestación definida, sin solución de continuidad y en las mismas condiciones en las que se encontraba en el momento del traslado de régimen que se declara ineficaz.

SEXTO: CONDENAR en costas a la demandada COLFONDOS S.A y a favor de la demandante, tásense por secretaría como agencias en derecho la suma equivalente a 2 SMLMV. Sin costas respecto de COLPENSIONES, PORVENIR S.A y SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

SÉPTIMO: En caso de no ser apelada la presente decisión, y en lo desfavorable a la demandada COLPENSIONES remítase al superior en el Grado Jurisdiccional de Consulta.

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

Así, en primer lugar, PORVENIR no comparte la decisión del juzgado de declarar la ineficacia del traslado, así como de disponer la devolución de los dineros incluyendo los gastos de administración, pues en su sentir la exigencia probatoria está desconociendo el valor del formulario de afiliación, requisito *sine qua non* de la afiliación, no tachado de falso, precisando, “la jurisprudencia no es la llamada a generar normatividad, es generada para la interpretación y alcance de una norma”.

Adicionalmente, sostiene, no se tuvieron en cuenta los sucesivos traslados efectuados por la actora “pues si a una persona no se le dio información, a una persona profesional, adulta que se le dice que el seguros social se va a acabar y ni siquiera va al seguros social a verificar esta información, se pasa cuatro veces de fondos, se aseguró que no se le brindó ninguna información, eso siempre va a llamar mucho la atención sobre la idoneidad de las personas que hacen ese tipo de actitudes y ese tipo de actos”.

Por otro lado, argumenta, con la decisión se está incumpliendo el principio de inescindibilidad de las normas en tanto se asegura que esa entidad no tiene sustento alguno para conservar los gastos de administración pero la demandante si para conservar los rendimientos financieros aun cuando no estuvo en el régimen de ahorro individual.

Sobre este punto, expresa, el artículo 1746 da a las partes el derecho a ser restituidas y no solo a la parte vencedora en juicio como parece entenderlo la jurisprudencia, alegando además *“no puede ser que olímpicamente se diga que se declara la ineficacia en sentido estricto y las cosas deben retrotraerse a su estado original, pero se aplique de manera sesgada y parcializada los efectos de esta ineficacia”*.

Indica, los gastos de administración son obligaciones de tracto sucesivo que no están llamadas a ser restituidos, tienen componentes de frutos financieros y no está obligada a devolverlos porque no está probada su mala fe. Asimismo, arguye, tal concepto es susceptible de prescripción como quiera que no están llamados a financiar la prestación¹ (Audiencia virtual concentrada Arts. 77 y 80 del C.P.T. y la

¹ “Muchas gracias señor juez, sea esta la oportunidad procesal pertinente para presentar recurso de apelación en contra de la sentencia que acaba de proferir el despacho, no sin antes manifestar el respeto que se tiene al 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 de la decisión del despacho de ordenar a mi representada a trasladar todos los dineros incluyendo los gastos de administración, ni se comparte la declaración de ineficacia, lo anterior manifestado en los siguientes términos: sea lo primero establecer señores Magistrados que como se expresa en otros recursos que se han establecido y en otros argumentos dentro de las contestaciones de la demanda, al exigir a mi representada a trasladar pruebas documentales de la información que se le suministró, es incurrir en una prueba indiabólico (sic), pues se está desconociendo el valor probatorio del formulario de afiliación y la jurisprudencia no es la llamada a generar normatividad, es generada a la interpretación y alcance de una norma, no a restar valor probatorio de una prueba documental como es el formulario de afiliación, el cual es un requisito sine qua non, que aquí no ha sido tachado de falso, no se tuvo en cuenta señores Magistrados a la hora de fallar los sucesivos traslados, pues si a una persona no se le dio información, a una persona profesional, adulta que se le dice que el seguros social se va a acabar y ni siquiera va al seguros social a verificar esta información, se pasa cuatro veces de fondos, se aseguró que no se le brindó ninguna información, eso siempre va a llamar mucho la atención sobre la idoneidad de las personas que hacen ese tipo de actitudes y ese tipo de actos.

Es importante resaltar señores Magistrados que con esta decisión se está incumpliendo el principio de inescindibilidad de las normas, y este principio de inescindibilidad de las normas nos dice que la Corte Constitucional en sentencia T569 de 2015, que es el elemento sobre el cual los operadores jurídicos cuando hacen remisión normativa, se deben ceñir a todo el contenido de la norma, en ese sentido no tiene sentido señores Magistrados, y se contradice la parte motiva de la sentencia y la parte resolutive de la sentencia, que se asegura bajo la circunstancia que mi representada no tiene sustento alguno para conservar los gastos de administración, pero al parecer la hoy demandante si tiene sustento para conservar los rendimientos financieros, pese a que nunca estuvo en el régimen de ahorro individual, que el régimen de prima media no genera rendimientos financieros a los demandante, y que se está propendiendo por un gasto, por un enriquecimiento sin causa, porque si nunca estuvo en el régimen de ahorro individual y si las cosas deben retrotraerse a su estado original, de donde salieron los rendimientos financieros. Señores magistrados el artículo 1746 es absolutamente expreso, uno a veces no entiendo cual artículo 1746 se lee, cuando se dice que la nulidad pronunciada en sentencia que tiene fuerza de cosa juzgada, da a las partes el derecho a ser restituidas al mismo estado que se hallarían si no hubiere existido el acto o el contrato nulo, da a las partes

S.S., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 1:36:36, archivo “15.AudienciaTramiteJuzgamiento20210915.mp4”, expediente digital).

Por su parte SKANDIA (antes OLD MUTUAL), solicita se revoque la sentencia en lo atinente a los gastos de administración, argumentando, de un lado, dicho rubro tiene fuente legal, y de otro, la devolución de estas sumas de dinero solo vino a resolverse en la sentencia de primer grado sin que previamente se haya surtido un debate frente a los mismos, como quiera que no se hizo mención a en la demanda, quebrantando con ello, dice, los derechos de defensa, debido proceso y contradicción.

Igualmente, asevera, los supuestos fácticos del asunto frente a este tópico no encajan en aquellos a los que ha hecho referencia la jurisprudencia, por lo tanto esta es inoperante, indicando además, al tenor del artículo 230 de la Constitución, los jueces en sus providencias solo están sometidos al imperio de la ley, por lo que, aunque existe una línea jurisprudencial, debe tenerse en cuenta el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 7 del Decreto 3995 de 2008 en los que se

no a la parte vencedora en juicio, y en estos procesos a través de la jurisprudencia, que se insiste no es la llamada a generar normas, se establece que solo se da derecho a la parte vencedora en juicio a restituir las cosas a su estado original y así no lo establece el artículo 1746, pues expresamente este establece que las restituciones son de carácter mutuas, y que cada parte es responsable de la pérdida de los intereses, rendimientos financieros propiamente hablando, entonces si nunca estuvo en el régimen de ahorro individual, siempre estuvo en el régimen de prima media, si el régimen de prima media no genera rendimientos financieros, la pregunta que se debe hacer sobre la jurisprudencia la Corte Suprema de Justicia y por ende, sobre la parte motiva de esta sentencia, ¿entonces de donde salieron los rendimientos financieros?, y es que no puede ser que olímpicamente se diga que se declara la ineficacia en sentido estricto y las cosas deben retrotraerse a su estado original, pero se aplique de manera sesgada y parcializada los efectos de esta ineficacia, no puede ser que un acto jurídico, la declaración de un acto jurídico sea para una de las partes y para la otra de las partes no sé, no se puede desconocer a través de jurisprudencias el ordenamiento jurídico señores magistrados, y en ese sentido los gastos de administración primero son obligaciones de tracto sucesivo, no son obligaciones que están llamadas a hacer restituidas, tienen componentes de frutos financieros como son los las comisiones de administración, que en los términos del artículo 964, recordemos el principio de inescindibilidad de las normas, mi representada no está obligado a trasladarlo, porque aquí no se probó la mala fe de mi representada, o es que ya estamos probando la mala fe a partir de presunciones de hecho, como lo son las negaciones indefinidas, aquí no se probó absolutamente nada, no se logró desvirtuar fueron las presunciones de hecho establecidas y por tanto, se está presumiendo la mala fe que se le obliga a mi representada a restituir todos los dineros pese, a que el artículo 964 y el artículo 1746 así no lo expresan.

En ese sentido, señores magistrados también se desconoce lo establecido sobre los gastos de administración y su funcionabilidad jurídica, en lo referente a la prescripción, estos dineros no son destinados a financiar la pensión, el artículo 20 de la ley 100 de 1993, es absolutamente clara y expresa cuando establece que ese porcentaje de administración al ser establecido como gastos de administración y el otro porcentaje para financiar las pensiones, y en términos del inciso cuarto, creo si mal no estoy, del artículo 48, pues estos dineros que se descuentan si nos prescriptibles, porque es que resulta paradójico señores magistrados y bastante contradictorio que la Corte Suprema de justicia aseguré que las mesadas pensionales si prescriben, que son dineros entregados directamente al trabajador, pero los gastos de administración no prescriben porque así lo establece la Corte Suprema de justicia, y en ese sentido, se debió declarar la prescripción trienal por lo menos sobre los valores de los gastos de administración.

En ese orden de ideas señores magistrados solicitó de manera muy respetuosa se permitan revocar en su totalidad la sentencia acabada de proferir por el despacho y en su lugar se absuelva a mi representada de todas y cada una de las pretensiones. Muchas gracias señor juez.”

prevé la destinación de un porcentaje dirigido a financiar los gastos de administración y las primas de seguro.

Además, apunta, los traslados entre administradoras se “efectúa de conformidad con el saldo en unidades de los aportes efectuados por el trabajador, destinados a la respectiva cuenta individual y al fondo de garantía de pensión mínima del RAIS, multiplicado por el valor de la unidad vigente para las operaciones del día en que se efectuó el traslado, para los efectos del traslado de cotizaciones se debe incluir el porcentaje del fondo de garantía de pensión mínima del RAIS”, y en esa medida, dice, es imposible reintegrar sumas descontadas que ya cumplieron con su finalidad.

Sostiene la Superintendencia Financiera ya ha indicado que al decretarse la nulidad o ineficacia de la afiliación no hay lugar a devolver los gastos de administración, no existiendo sustento legal suficiente para dictar una orden en ese sentido y, en todo caso, asegura, actuó de buena fe.

Frente a este asunto además, anota, debe analizarse lo concerniente a la prescripción² (*Audiencia virtual concentrada Arts. 77 y 80 del C.P.T. y la S.S.*,

² “Claro que sí, señor juez, en este momento me permito interponer recurso de apelación en contra de la sentencia recientemente proferida por su despacho, y para que con el fin que los Honorable Magistrados de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, revoquen parcialmente la sentencia, en lo concerniente a la devolución de los gastos de administración, es mi deseo enfatizar en lo que respecta a la orden impartida en sentencia de primera instancia en contra de mi prohijada, en lo respecto a los gastos de administración y que se solicite, para lo cual solicitó se revoque dado que en primer lugar, los mismos tienen una fuente legal, el artículo 104, autoriza el cobro de las comisiones y de los gastos de la administración, así mismo, si bien es cierto el juez de primera instancia, también tiene facultades ultra y extra petita, tan solo hasta el momento de la sentencia en primera instancia se ordena, o se habla sobre la devolución de los gastos de administración, sin previo, debate de los mismos, y sin que en el escrito de la demanda, o en los hechos o pretensiones, se mencionara sobre los mismos, o se solicitaran, quebrantando de esta forma el derecho de defensa, debido proceso, y el de contradicción.

En tercer término, que si bien es cierto que existan supuestos fácticos sobre procesos en donde se hayan declarado o se haya condenado la devolución de los gastos de administración, las mismas referencias no se tiene, jurisprudenciales no operan, o no son similares en el presente caso.

En tercer punto (sic), porque en cuarto punto porque de conformidad con lo establecido en el artículo 230 de la Constitución Política, los jueces en sus providencias solamente están sometidos al imperio de la ley, la equidad, la jurisprudencia, los principios generales de derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial, en esta clase de litigios la consecuencia jurídica es declarar la ineficacia, como lo ha venido suscitando la jurisprudencia y por ende, hay una línea jurisprudencial pero los efectos si viene siendo regulados por la ley, con ellos me remito a que se tenga presente lo establecido por el artículo 20 de la ley 100 de 1993, en armonía con el artículo 7 del decreto 3995 del 2008, el primero señalando que si bien es cierto existe sobre el Ingreso base de cotización, existe un porcentaje destinado a financiar los gastos de administración, primas de seguros de FOGAFIN, y primas de seguro de invalidez, y el segundo, lo concerniente a que el traslado se hace entre administradoras del régimen de ahorro individual se efectúa de conformidad con el saldo en unidades de los aportes efectuados por el trabajador, destinados a la respectiva cuenta individual y al fondo de garantía de pensión mínima del RAIS, multiplicado por el valor de la unidad vigente para las operaciones del día en que se efectuó el traslado, para los efectos del traslado de cotizaciones se debe incluir el porcentaje del fondo de garantía de pensión mínima del RAIS.

realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 1:42:41, archivo “15.AudienciaTramiteJuzgamiento20210915.mp4”, expediente digital).

Finalmente COLPENSIONES advierte, no se tuvo en cuenta el principio de relatividad jurídica bajo el entendido que esa entidad es un tercero ajeno al acto jurídico que se cuestiona y por ende, no puede verse perjudicado o favorecido con la decisión que aquí se adopta, anotando, esa administradora se ve afectada con el retorno de una afiliada que estuvo más de 26 años por fuera del régimen de prima media y a quien no se tuvo en cuenta en las proyecciones pensionales y, pese a ello, debe entrar a financiar una prestación a su favor.

Igualmente, alude, atendiendo la teoría del daño a la que refiere el derecho civil, si se probó por parte del juez de primera instancia que la AFP no cumplió con su

Así mismo, porque también es importante tener presente de conformidad con lo establecido por la Superintendencia Financiera se considera este ente de inspección, vigilancia, control de las entidades de las administradoras de fondos de pensiones, que al decretarse la nulidad o ineficacia de la afiliación, procede el traslado de los saldos de la cuenta de ahorro individual del afiliado, que incluya lo correspondiente a los rendimientos generados como consecuencia de la administración de los recursos efectuados por la administradora, así como los porcentajes destinados a la garantía de pensión mínima y los respectivos rendimientos, de allí entonces que la normatividad aplicable a este caso por los entes de control se concluye que no existe un sustento legal suficiente para ordenar a trasladar al régimen de prima media el porcentaje destinado a financiar los gastos de administración, primas de seguros de FOGAFIN, y primas de seguro de invalidez y de sobrevivencia. Así las cosas es imposible reintegrar las sumas descontadas por la comisión de administración en primer lugar, porque las mismas se surtieron para pagar la póliza cubrimiento de seguros de invalidez o muerte, y las mismas evidentemente se encuentran en aras pues de la aseguradora correspondiente, y la segunda, en segundo término en lo concerniente a sufragar los gastos de administración de no ser por la buen administración de los seguros que dio mi representada y las demás administradoras de fondos de pensiones, pues no podría estarse aludiendo lo concerniente a los rendimientos financieros que evidentemente se van, que se trasladaron en su momento a la AFP HORIZONTE hoy en día PORVENIR, de la misma manera y de conformidad con lo establecido en la regulación, por el código Civil, es importante tener presente, cuando en materia de restitución de los frutos percibidos, cuando se trata de una persona que ha actuado de buena fe, no está obligado justamente a la restitución de los mismos, solamente acá se está viniendo a generar, hasta el momento una imposición de que SKANDIA actuó de mala fe, situación que nunca tampoco fue debatida dentro del proceso, y que dicha presunción siempre debe recaer de conformidad con lo establecido por la Constitución política de Colombia, que todas las personas actúa, hay una presunción de buena fe, y la mala fe debió haber sido acreditada dentro del juicio.

En segundo lugar, en lo concerniente a la prescripción de los porcentajes de los gastos de administración, si bien es cierto es dable mencionar que la jurisprudencia ha hablado sobre la imprescriptibilidad en las acciones de ineficacia del traslado, no es menos cierto que tal alcance no pueda darse o extenderse hacia los gastos de administración, es importante tener en cuenta que la naturaleza del contrato de afiliación del sistema general de seguridad social en pensiones, no solamente tiene una fuente en lo concerniente a la seguridad social, sino que también se habla de un contrato de seguro previsional, situación que evidentemente debe operar en lo concerniente a tal contrato y es con lo relacionado a la prescripción de las acciones que está establecido en el artículo 1081 del Código de Comercio, siendo así que no puede alegarse de que este contrato se imprescriptible y que de una u otra manera pues la demandante tan solamente espero a cumplir los 57 años de edad o a cumplir más de 57 años de edad para interponer esta acción, muy a sabiendas que podía generarse, se venía sintiendo que no se le había dado o suministrado la información correcta, pero obviamente se cuestiona cuando ya tiene más de 47 años de edad, en ese orden de ideas, no prospere la excepción de mérito propuesta por mi representada en lo concerniente a la prescripción, dada que no puede ser tomada como una materia imprescriptible frente a los seguros previsionales, y lo cierto es que no se configura en nada la ley 100, ni modifica, ni estructura, ni configura el contrato de seguro, que siempre ha venido siendo estatuirle en el Código de Comercio, entonces en ese sentido dejo presentada el recurso de apelación por parte de mi representada SKANDIA”.

deber de información deben ser estas quienes asuman y reparen las consecuencias causadas y no COLPENSIONES, y en esas circunstancias, pide se estudie la posibilidad de condenar a los fondos de pensiones que reconozcan y paguen una mesada pensional a la demandante en los términos y condiciones que le hubieren correspondido si nunca se hubiese traslado de régimen pensional³ (Audiencia virtual concentrada Arts. 77 y 80 del C.P.T. y la S.S., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 1:51:52, archivo “15.AudienciaTramiteJuzgamiento20210915.mp4”, expediente digital).

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda (página 5, archivo “01.ORDINARIOLABORALNo11001310503220190012700.pdf”, CD folio 3) las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (páginas 5 y 7, *ibídem*), aspirando se declare la nulidad del traslado efectuado el 12 de abril de 1994 con COLFONDOS S.A., toda vez que en la etapa precontractual no se le brindó información veraz, completa y oportuna acerca de

³ “Si su señoría muy respetuosamente me permito interponer recurso de apelación en contra de la sentencia que acaba de proferir el despacho, teniendo en cuenta las siguientes consideraciones, las cuales expondré brevemente.

Solicito a los Honorables Magistrados del Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral revocar la sentencia en lo desfavorable a COLPENSIONES en atención a que el despacho de primera instancia no tuvo en cuenta el principio de la relatividad jurídica bajo el entendido que COLPENSIONES es un tercero ajeno al acto jurídico celebrado entre la demandante y la AFP codemandadas, por eso no puede verse perjudicado o favorecido con la decisión tomada por el despacho, sin embargo, en total declaratoria de ineficacia se está viendo afectada mi representada toda vez que pues con el retorno de la demandante al régimen de prima media se afectaría el principio de la sostenibilidad financiera del sistema, bajo el entendido que la demandante retornaría, retornara perdón, al régimen después de más de 26 años fuera de este, pues mi representada no la tendría en cuenta para las proyecciones pensionales, cálculos financieros y mucho menos (inaudible), a mi representada a financiar derecho pensional que la demandante tendría en el régimen de prima media.

Igualmente, le solicito a los Honorables Magistrados teniendo en cuenta la teoría del daño en el derecho civil, el que causa el daño debe repararlo, y si se probó por el juez de primera instancia que efectivamente existió una falta al deber de información por parte de las AFP y con ello se causó un daño a la demandante, pues son estas AFP quienes deben asumir dicha, dicho daño, reparar dicho daño, en atención que no fue por actos de mi representada que la demandante se trasladó o fue engañada al régimen de ahorro individual, razón por la cual le solicito a los Honorables Magistrados se estudie la posibilidad y escenario en el cual esta teoría del daño del derecho civil, condene a las codemandadas AFP a que reconozcan y paguen una mesada pensional igual en los términos y condiciones en los cuales la demandante recibiría si nunca se hubiese trasladado de régimen pensional, debe tenerse en cuenta, los Honorables Magistrados le solicito se tenga en cuenta que fue la AFP COLFONDOS quien realizó el traslado inicial de régimen pensional y sería esa AFP quien sobre quien recaería la obligación resarcir el daño causado a la demandante.

De esta manera argumento este recurso de apelación, solicitando al Honorable Tribunal la solicitud de absolver a mi representada de las condenas impuestas en su contra.”

las ventajas como de las desventajas de uno y otro Sistema de Pensiones y en especial de la situación personal y concreta de la demandante. Consecuencialmente, se declare la nulidad de los traslados efectuados el 28 de febrero de 2002 a PORVENIR, 27 de junio de 2003 a HORIZONTE, el 28 de febrero de 2005 a SKANDIA y el 20 de octubre de 2005 a PORVENIR S.A. En ese orden, se retrotraigan las cosas a su estado anterior y se ordene a Colpensiones tenerla entre sus afiliados como si nunca se hubiera traslado en virtud del regreso automático. **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 COLFONDOS, disponiendo a esa PORVENIR, como actual administradora a la que se encuentra vinculada, trasladar con destino a COLPENSIONES la totalidad de recursos de la cuenta de ahorro individual de la demandante incluyendo aportes y rendimientos, así como lo descontado por gastos de administración. Además, condenó a COLFONDOS S.A. y SKANDIA remitir a COLPENSIONES las sumas descontadas por concepto de gastos de administración de los aportes realizados por la convocante mientras estuvo afiliada a esas administradoras, y a esta última a recibir a JUANITA MARIANA OSPINA como afiliada del régimen de prima media con prestación definida, sin solución de continuidad y en las mismas condiciones en que se encontraba en el momento del traslado de régimen que se declara ineficaz. Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada COLFONDOS no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía para con la demandante al momento del traslado.

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

⁴ En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 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

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 5 de septiembre de 1964 (página 13, archivo “01.ORDINARIOLABORALNo11001310503220190012700.pdf”, CD folio 3), por lo que la edad de 57 años, los cumplió el mismo día y mes del año 2021, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 8 de noviembre de 2018 (página 21, *ibídem*) esto es, cuando ya le faltaban menos de diez años para adquirir el derecho pensional -tenía 54 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 1994⁵-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con 122.28 semanas cotizadas que corresponden a 2,34 años (*reporte de semanas cotizadas en pensiones expedido por COLPENSIONES, página 145, archivo “01.ORDINARIOLABORALNo11001310503220190012700.pdf”, CD folio 3*), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

Ahora, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende la 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 **12 de abril de 1994**, (página 262, archivo “01.ORDINARIOLABORALNo11001310503220190012700.pdf”, CD folio 3) por afiliación que hiciera a COLFONDOS, específicamente conforme la información consignada en el formulario de afiliación suscrito con esa AFP.

Así las cosas, parte la Sala por indicar, las entidades encargadas de la administración y dirección de los diferentes regímenes pensionales tienen el deber de garantizar que existió una decisión informada y que ésta fue verdaderamente autónoma, libre, voluntaria y consciente por parte del afiliado; además, tal información debe ser objetivamente verificable, en el entendido de que aquél debe

estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002”.

⁵ Laboraba en el sector privado.

conocer los riesgos del traslado, pero a su vez, los beneficios que aquel le reportaría, de otro modo no puede explicarse el cambio de un régimen al otro.

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

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

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

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

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

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

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

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

que invalidaría dicho acto jurídico, lo que trae como consecuencia o efecto, retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, con ineficacia ex tunc⁶, en los términos del artículo 1746 del Código Civil, ante la inexistencia de una norma distinta que de manera explícita regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico.

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

“(…)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En ese orden, no se trata de analizar la presencia de vicios que conlleven a la nulidad del negocio jurídico, sino de establecer el cumplimiento del deber de información como condición de eficacia del traslado de régimen pensional, razón

por la cual, no se requiere la acreditación en este juicio de la presencia de vicios que invaliden el consentimiento.

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

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

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

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

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011⁷, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y más

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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 la demandante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, con ninguno de los medios de prueba acopiados en el expediente se acredita el suministro de información a la accionante al momento de realizar el traslado de régimen pensional en los términos aquí referidos, pues en manera alguna se evidencia en el plenario que se le informó sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la demandante⁸, no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que los asesores le indicaron que el seguro social se iba a acabar, que se iba pensionar con una mesada superior a la que podría tener con “COLPENSIONES” (sic) y pensionarse más joven, pero ni siquiera le explicaron lo que era una cuenta de ahorro individual.

Tampoco se acredita con el interrogatorio absuelto por el representante legal de COLFONDOS⁹ como quiera que únicamente señaló que no posee más

⁸ Audiencia del 15 de septiembre de 2021, archivo 15, CD folio 3, récord 18:47.

⁹ Audiencia del 15 de septiembre de 2021, archivo 15, CD folio 3, récord 17:23.

documentos diferentes al formulario de afiliación, en el que conste la asesoría dada a la actora al momento de su traslado.

De igual forma debe precisarse, el hecho, que la accionante fuera una persona con formación educativa profesional en comunicación social, ello no implica que *per sé* que conociera de las ventajas o desventajas de los diferentes regímenes pensionales, y menos aún dicha circunstancia puede conllevar a que se releve a la AFP de suministrar la información correspondiente al momento del traslado.

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 (página 262, archivo “01.ORDINARIOLABORALNo11001310503220190012700.pdf”, CD folio 3), este no constituyen en manera alguna medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada (sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019) y, en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus*, pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que se advierten ausentes en el plenario.

Respecto al comunicado de prensa (página 261, *ibíd.*), es de anotarse, la transcripción de normas legales allí consignadas no suple el deber de información idónea referido a lo largo de este proveído, pues lo que allí se lee es la cita de normas relacionadas con la posibilidad de traslado, siendo el tema aquí en discusión absolutamente distinto a la oportunidad del traslado entre regímenes.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el fondo de pensiones demandado proporcionara al afiliado una suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna información sobre las reales implicaciones de abandonar el régimen de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras. No obstante, esa administradora no logró demostrar, como era su deber, que suministró a la convocante una información de tales características, porque, aun cuando en la contestación de la demanda afirmó que proporcionó la adecuada y

completa ilustración a la demandante al momento de trasladarse, el medio de convicción en que soportó su defensa fue el formulario de afiliación al que se hizo mención, porque allí se deja constancia expresa en el sentido de su decisión de vincularse a COLFONDOS de manera totalmente libre, voluntaria y espontánea.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada COLFONDOS, omitió en el momento del traslado de régimen (**12 de abril de 1994**), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

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

Tampoco incide el hecho que la demandante hubiese efectuado traslados entre AFP (*páginas 16 a 19, archivo 1, Cd folio 3*) en tanto ello no conlleva a que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en el RAIS, máxime si se tiene en cuenta que si bien se trató de traslados los mismos fueron dentro del mismo régimen de ahorro individual, según se observa en el historial de vinculación (*ibíd.*), y en esa medida, esa circunstancia no implica una ratificación de la voluntad de la afiliada de permanecer en el RAIS.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

[...]

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

“Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la

decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales” (subraya la Sala).

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

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

En ese orden, la ineficacia del tránsito de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de PORVENIR como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliada la actora, del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, gastos de administración y porcentajes correspondientes a invalidez y sobrevivientes (comisiones), y la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, de tal manera se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto, aclarando en este punto y para resolver la apelación de COLPENSIONES, aunque esta entidad no intervino de manera directa en el acto jurídico de traslado, no puede perderse de vista que en la actualidad dentro de la estructura del sistema de pensiones es la única entidad administradora del régimen de prima media con prestación definida, siendo de contera la llamada a recibir nuevamente a la demandante como su afiliado.

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

Asimismo, advierte la Sala, en relación con los argumentos de apelación de PORVENIR S.A. y SKANDIA, 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, emana 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, como si dichos gastos no se hubiesen generado, razón por la cual es procedente la remisión de la totalidad de los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la demandante a Colpensiones (actual administradora del RPM), incluyendo las sumas de gastos de administración. Así fue consignado en sentencia de la CSJ Sala Laboral SL 2914 del 22 de julio del 2020, en la que cita la del 8 septiembre 2008, radicado 31989, donde se dijo:

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

[...]

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

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

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

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

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

Frente a esta temática, debe anotarse igualmente el deber de devolver las cuotas de administración incumbe a todas las administradoras del régimen de ahorro individual en 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.**”*

Es importante precisar frente a este tema, aunque no quedó expresamente consignada la procedencia de la devolución de los gastos de administración al momento fijarse del litigio por el *a quo*, lo cierto es que esta situación resulta ser consecuencial a la declaratoria de ineficacia, debiendo entenderse por tanto que era posible analizar lo atinente al retorno de este dinero y demás conceptos recibidos por la AFP en virtud de la afiliación efectuada por la actora.

Además, aquí resulta pertinente acotar, el concepto No. 2019152169-003-000 del 15 de enero de 2020 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 prescripción¹⁰ (páginas 133 y 180 archivo 1, CD folio 3l) basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL-1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por la encartada, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

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

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

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

Al efecto, aun cuando en las controversias suscitadas en el ámbito del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, los preceptos llamados a regular la extinción de la

¹⁰ Se tuvo por contestada la demanda por COLPENSIONES y OLD MUTUAL en autos del 15 de julio de 2018 (página 278, archivo 1, CD folio 3) y 2 de agosto de 2019 (página 328, ibídem.), respectivamente. Por el contrario, se tuvo por NO contestada la demanda por PORVENIR en proveído del 6 de agosto de 2021 (archivo 8, Cd folio 3).

*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, en lo que toca a la solicitud de COLPENSIONES tendiente a que se ordene a las AFP reparar los daños causados y, en esa medida, reconocer una pensión de vejez a la demandante en los términos que correspondería si esta no se hubiese trasladado de régimen, 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 la convocante, 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.

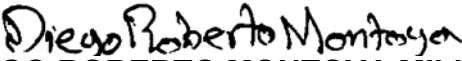
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

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

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR ROBERTO BAQUERO HAEBERLIN CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A (36 2019 0015 01)

Bogotá D.C. veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por la parte demandante (folio 13), PORVENIR S.A (folios 4 a 8) y COLPENSIONES (folios 10 y 11), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver los recursos de apelación interpuestos por PORVENIR y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, contra la sentencia proferida por la Juez Treinta y seis Laboral del Circuito de Bogotá D.C, el pasado 10 de junio de 2021 (*Audiencia virtual concentrada Arts. 77 y 80 del C.P.T. y la S.S., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 43:12, archivo “07. Audiencia 10.06.2021 -2019-00015.mp4, expediente digital*)¹, en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado efectuado por el señor ROBERTO BAQUERO HAEBERLIN del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, que se hizo efectivo el 01 de noviembre del año 2000 con la AFP POERVENIR S.A.

¹ La decisión se tomó de manera concentrada respecto de 2 procesos con radicados 2019 015 y 2019 00129, interesando al caso aquel correspondiente al proceso 2019 015.

SEGUNDO: 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 de la cuenta de ahorro individual del demandante, que incluyan cotizaciones y rendimientos, sin que le sea posible descontar suma alguna por gastos de administración o cualquiera otra.

TERCERO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción.

CUARTO. CONDENAR en costas a PORVENIR S.A, liquídense con la suma de \$900.000 pesos como agencias en derecho.

QUINTO. CONSÚLTESE con el Superior la presente sentencia, en favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES conforme lo dispone el artículo 69 del C.P.T y de la S.S. ”

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

Así, en primer lugar, PORVENIR S.A solicitó se revoque en su totalidad la sentencia proferida, indicando, la ineficacia contenida en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, relativa a “*impedir o atentar contra la afiliación del trabajador*”, impone un “*dolo*” que no fue acreditado ni alegado en el proceso.

Adicionalmente, expone, si bien la falladora de primera instancia manifiesta que el formulario de afiliación no contiene elementos de juicio para determinar la información entregada, lo cierto es que este se genera en cumplimiento de la ley 100 de 1993, en cuyo artículo 114 se establece que cuando se produzca un cambio de régimen, este debe hacerse constar por escrito con la manifestación de que se hace de manera libre y voluntaria, tal como lo realizó en el año 2000 cuando se afilió del demandante, y frente al cual no se presentó ningún tipo de inconformidad.

Además, dice, aunque no existe tarifa legal para demostrar el cumplimiento del deber de información, se les están exigiendo pruebas imposibles de cumplir, como traer al asesor de la época, de quien desconocen su paradero.

Resalta, el demandante se encuentra inmerso en la prohibición legal establecida en la Ley 797 de 2013, norma declarada exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-1024 de 2004, en la que se da prevalencia al carácter general respecto del particular y se protege al sistema general de pensiones,

especialmente frente a la posible descapitalización del régimen de prima media a partir del principio de estabilidad financiera, no siendo posible “que el demandante se escude en una supuesta falta de información únicamente porque su plan de pensión no resultó acorde a sus aspiraciones”.

Con relación a la no acreditación del cumplimiento de sus deberes, advierte, tal conclusión no se encuentra ajustada a la realidad procesal, ello debido a que la AFP cumplió con la carga procesal impuesta y aportó todos los documentos que tenía en su poder para demostrar que el demandante ha estado válidamente afiliado al RAIS, adicional, este ha estado vinculado por más de 20 años, permitiendo los descuentos con destino al fondo privado, con lo cual se ratifica el deseo de pertenecer a este régimen.

Finalmente, respecto a la devolución de la cuenta de ahorro individual y puntualmente de los gastos de administración, aduce, también en el régimen de prima media se destina un 3% de cotización a financiar estos últimos, además, asevera, estos no forman parte integral de la pensión vejez y no pertenecen al afiliado, por lo que al verificar su naturaleza es posible concluir que aquellos se encuentran prescritos. Sobre ello igualmente, advierte, realizar la entrega de estos recursos generaría un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES²

² “ Gracias su señoría, PORVENIR dentro del proceso 2019 0015 del señor ROBERTO BAQUERO me permito interponer recurso de alzada respecto de la sentencia proferida para que los Honorables Magistrados Sala Laboral revoquen en su totalidad la sentencia emitida por los siguientes motivos:

Lo primero es de indicar que efectivamente como lo manifestó la falladora de primera instancia se declara una ineficacia contenida en el artículo 271 de la ley 100 de 1993, como lo manifesté en mis alegatos de clausura esta norma nos habla de impedir o atentar contra la afiliación del trabajador y eso supone un dolo que no fue probado dentro del proceso y mucho menos alegado, también manifiesta la falladora de primera instancia que el formulario de afiliación no contiene elementos de juicio para determinar la información la información entregada, al respecto me permito indicar que ese formulario de afiliación nace del cumplimiento de la ley 100 de 1993, quien en su artículo 114 indica que cuando se genere un cambio de régimen, este debe hacerse por escrito con la manifestación de que se hace de manera libre y voluntaria, tal cual lo hizo mi representada en el año 2000 cuando el demandante de forma libre, voluntaria e informada se afilió con mi representada, sin que hasta la fecha se hubiere generado ningún tipo de inconformidad, únicamente se genera cuando el conoce el monto de su mesada pensional. Nótese que aunque la falladora de primera instancia nos indica que no exige un documento respectivo para generar esa probanza, nos informa de esa tarifa legal que no existe ninguna tarifa legal para demostrar la información, no tenemos ningún documento adicional a ese formulario de afiliación como dijo la falladora de primera instancia (inaudible) traer al asesor que hace más de 20 años brindó esa asesoría y por tanto, no conocemos su paradero. Nótese señores magistrados que en este caso se le impone a las administradoras de pensiones unas probanzas que son imposibles de cumplir.

Es importante también tener en cuenta que el demandante se encuentra inmerso en la prohibición legal que establece la ley 797 de 2013, esta norma fue sometida a un control previo constitucional, conforme a la sentencia C1024 del 2004 fue declarada exequible prevaleciendo aspectos de carácter general por encima del particular, protección del sistema general de pensiones, con la no descapitalización del régimen de prima media, 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 únicamente porque su plan de pensión no resultó acorde a sus aspiraciones, como lo ha manifestado el honorable Magistrado Quiroz Alemán en sentencia de voto.

(Audiencia virtual concentrada Arts. 77 y 80 del C.P.T. y la S.S., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 45:44, archivo “07. Audiencia 10.06.2021 -2019-00015.mp4, expediente digital).

A su turno COLPENSIONES, estima no acreditada la existencia de algún vicio del consentimiento respecto de la afiliación efectuada por el demandante con PORVENIR S.A en el año 2000 y, en caso de existir alguno, el afiliado no lo manifestó sino que por el contrario ratificó su vinculación realizando aportes en este régimen por más de 10 años.

De otro lado, respecto al deber de información, alude, este tiene que ser acreditado en todos los procesos sin importar si el accionante se encuentra dentro del régimen de transición o no y, en todo caso, memora, esta obligación en cabeza de los fondos ha variado con el transcurso del tiempo y aunque para el año 2000 ya se hablaba de este en la ley 100 de 1993, en la que se regulaba que la elección de régimen pensional era el resultado del debido conocimiento de las características de cada régimen, era imposible para los fondos de pensiones prever cuales serían las cotizaciones del hoy demandante o las condiciones personales de este en el futuro, por ello, insiste, la suscripción del formulario es válida porque dicho acto se hizo de manera libre, sin presión y conforme la norma vigente para el año en que se firmó, y en consecuencia no hay lugar a declarar la ineficacia.

En cuanto a que mi representada no acreditó el cumplimiento de la debida diligencia ya que no allegó pruebas del cumplimiento de sus deberes, esto no se ajusta a la realidad procesal, tal conclusión, por cuanto mi representada cumplió con la carga procesal impuesta y aportó todos los documentos que tenía en su poder para demostrar que el demandante a estado válidamente afiliados al RAIS, igual podemos validar que el demandante ha estado 20 años afiliado, que ha permitido los descuentos con destino al fondo privado que represento, conductas que si se validan de forma expresa podemos verificar que el deseo del demandante siempre fue pertenecer al régimen de ahorro individual.

Aun así, la falladora de primera instancia nos genera o nos condena a en la devolución de la cuenta de ahorro individual y de los gastos de administración entre otros sobre ese aspecto de los gastos de administración debó indicar que según lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 20 de la ley 100 de 1993, también en el régimen de prima media se destina un 3% de cotización a financiar gastos de administración, invalidez y sobrevivencia y es que estos gastos de administración no forman parte integral de la pensión vejez, es decir, no son no son emolumentos que le correspondan al afiliado, y si verificamos la naturaleza de esos gastos de administración podemos concluir que están prescritos y que si les cabe ese término trienal de prescripción ya que no hacen parte de esa pensión, de la pensión vejez.

Adicional, si se genera una entrega de gastos de adminsitracion sería lo mismo que generar un enriquecimiento sin causa a favor de la codemandada COLPENSIONES que en ningún momento generó la buena administración que si hizo mi representada. Así las cosas solicito respetuosamente a los honorable magistrados revocar la sentencia en cita y absolver a mi representada de cada uno de los cargos. Su señoría muchas gracias.”

Adicionalmente, de admitirse que el actor no recibió una asesoría adecuada por parte de la AFP respecto a las características del régimen pensional, tal yerro fue saneado con el paso del tiempo, inclusive -añade- antes de encontrarse inmerso en la prohibición del artículo 2 de la ley 797 de 2013, sin embargo, el convocante no se acercó a COLPENSIONES con el fin de preguntar sobre las cotizaciones o su futuro pensional, lo cual, concluye en la voluntad de permanecer en este régimen³ (*Audiencia virtual concentrada Arts. 77 y 80 del C.P.T. y la S.S., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 50:42, archivo “07. Audiencia 10.06.2021 -2019-00015.mp4, expediente digital*).

³ “ Su señoría siendo esta la oportunidad procesal pertinente de manera respetuosa me permito interponer recurso de apelación ante el Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral solicitando se sirva revocar en su totalidad la sentencia respecto del proceso 2019 015 ROBERTO BAQUERO (...), pues para mi representada COLPENSIONES no quedó acreditada en el plenario que las afiliación efectuadas por los demandantes con el fondo privado de pensiones PORVENIR S.A en el año 2000, se desarrollaron en medio de algún vicio del consentimiento como el dolo, la fuerza o el dolo prueba de ello son las firmas impresas en los formularios de afiliación que provienen de ambos demandantes, firmas que dan la aceptación libre y voluntaria de los demandantes de construir pensión de vejez en el régimen de ahorro individual con solidaridad, no obstante, de haberse incurrido en algún vicio del consentimiento el demandante 015 ROBERTO BAQUERO (...) esta circunstancia no fue manifestada, por el contrario la vinculación fue ratificada al realizar aportes en el régimen pensional por un tiempo mayor a 10 años, de manera que ambos pensionantes, se encuentran en la actualidad válidamente afiliados con PORVENIR S.A.

Ahora bien, pues en los fallos de la Corte Suprema de Justicia que fueron traídos a colación por el despacho, la Corte ha indicado el deber de información se debe acreditar en todos los procesos indistintamente que los accionantes pues sean o no beneficiarios del régimen de transición, lo cierto es que el deber de información ha venido variando con el tiempo, luego para el año 2000 cuando se trasladó el demandante ROBERTO BAQUERO (...) si bien la ley 100 del 1993 ya hablaba que la elección de régimen pensional era el resultado del debido conocimiento de las características de cada régimen para que aquella época era imposible que los fondos de pensiones previeran en qué condiciones serían las cotizaciones pensionales de los demandantes en el futuro, si serían continuas si sería sobre un mismo Ingreso base de cotización, si tendrían hijos, si tendrían beneficiarios, que son factores que en dicho régimen varían las condiciones pensionales, es dable reiterar que esa firma del formulario de afiliación impresa de los demandantes con PORVENIR S.A, son válidas y no hay lugar de declarar por lo tanto, como consecuencia la ineficacia pues el mismo fue firmado de manera libre se reitera sin ningún tipo de presión, en el cumplimiento del deber de información que para el año 2000 se exigía. Además téngase en cuenta Honorable Tribunal no debe dejarse de lado aquella manifestación que ha hecho la Corte Suprema de Justicia, indicar que cada caso debe estudiar de manera particular y con respecto a esto solicitó también a los magistrados estudiar de manera concienzuda (sic), o especifica los casos que aquí se debatieron teniendo en cuenta que los demandantes no tenían una expectativa legítima de pensionarse con mi representada COLPENSIONES. Además, también es importante reitera que para el año 2000 los demandantes si no hayan recibido una asesoría adecuada por parte del fondo privado, con respecto de las características de ese régimen pensional, estos si se vio saneado con el paso del tiempo, pues en el mismo estuvo, estuvieron durante mucho tiempo antes de estar inmersos en la prohibición del artículo 2 de la ley 797 de 2013, tuvieron tiempo de sobra para preocuparse por algo tan importante, que era definir su futuro pensional o para enterarse como fue de público conocimiento que COLPENSIONES paso a ser la administradora del régimen de prima media, pues se liquidó el Instituto de los Seguros Sociales. Por el contrario, los demandantes nunca se acercaron a COLPENSIONES a preguntar sobre las cotizaciones, o futuro pensional, lo que permite concluir la voluntad de estar en este régimen y su falta de cuidado de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones es una falta que no debe endilgarse más que al demandante ROBERTO BAQUERO (...). Por tal motivo solicitó al honorable despacho pues teniendo en cuenta estas razones y argumentos que en su momento se ampliaran para la sustentación del recurso de apelación, se revoquen en su totalidad. Las dos sentencias que se acabaron de proferir. Gracias”

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda (Páginas 35 y 36, archivo “01. Expediente digitalizado 2019-00015.pdf”, expediente digital) las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (páginas 36 a 40, *ibídem*), aspirando, principalmente, se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado el 01 de noviembre de 2000 con la PORVENIR S.A. En consecuencia, ordenar a la AFP trasladar con destino a COLPENSIONES el valor completo de las cotizaciones, rendimientos financieros que se hubieren causado y el saldo de la cuenta de ahorro individual, durante el tiempo de su vinculación y a COLPENSIONES a recibir esos dineros trasladados, además, a registrar en su historia laboral las semanas cotizadas en el RAIS.

En subsidio, pidió se declare que PORVENIR es responsables de los perjuicios que le ocasionó por la omisión en la asesoría que debió prestarle al momento del traslado de régimen, equivalentes al mayor valor que resulte entre la pensión que debe reconocer el RAIS y la que le hubiere podido corresponder en el régimen de prima media con prestación definido, si no se hubiera trasladado, en cuantía de \$1.019.427.444.

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 esa AFP, como actual administradora al que se encuentra vinculado, trasladar a COLPENSIONES los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante, incluyendo cotizaciones y rendimientos, y sin que le sea posible descontar suma alguna por gastos de administración o cualquier otra. Lo anterior tras considerar, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, que la demandada PORVENIR no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía para con el demandante al momento del traslado.

Pues bien, para resolver la controversia, es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 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 28 de agosto de 1957 (*Página 5, archivo “01. Expediente digitalizado 2019-00015.pdf”, expediente digital*), por lo que la edad de 62 años, los cumplió el mismo día y mes del año 2019, procediendo a solicitar su traslado, por primera vez, mediante el diligenciamiento del formulario de afiliación al Instituto de Seguros Sociales, radicado en esa entidad el 26 de diciembre de 2007 (*Página 31, archivo “01. Expediente digitalizado 2019-00015.pdf”, expediente digital*), esto es, cuando le faltaban más de 10 años para adquirir el derecho pensional -tenía 50 años-. No obstante, pese a no encontrarse incurso dentro de la prohibición contenida en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 a la que se hizo referencia, no se advierte dentro del plenario respuesta alguna frente a dicho pedimento. En ese orden, aunque no se tuvo en cuenta en su oportunidad que estaba habilitado para retornar al Régimen de Prima Media, lo cierto es que dicha circunstancia no fue objeto de discusión en el presente asunto.

De otro lado, 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 200,43 semanas cotizadas que corresponden a 3,8 años (*Página 1 ,archivo “GRP -SCH-HL-*

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

66554443332211_1459-20190327093057, Expediente administrativo CDFL.95 ”, expediente digital), razón por la cual 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 **13 de septiembre de 2000** con fecha de efectividad a partir del **1 de noviembre del 2000** (Páginas 30, 136, 140, archivo “01. Expediente digitalizado 2019-00015.pdf”, expediente digital), por afiliación que hiciera a PORVENIR, específicamente conforme la información consignada en el reporte SIAFP expedido por ASOFONDOS y el formulario de afiliación suscrito con esa AFP.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

“(…)

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

Artículo 1746. La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo

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

estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita (subrayas fuera de texto).

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

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

Frente a este respecto además, esa alta Corporación en sentencia SL-1948 de 2021 tuvo la oportunidad de precisar que la consecuencia de la inobservancia del deber de información debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (*vuelta al status quo ante*, art. 1746 CC). Así, discurrió

“1. La consecuencia de la inobservancia del deber de información: ineficacia del acto jurídico de cambio de régimen

Al contestar la demanda, Colpensiones sostuvo que en este asunto no hay lugar a declarar la nulidad del traslado de la actora del régimen público de pensiones al privado, en la medida que no se demostró un vicio del consentimiento en la modalidad de error, fuerza o dolo.

Ahora bien, el a quo declaró la nulidad de la afiliación de la demandante, pues, en su sentir, el «acto no existió y no puede causar ningún tipo de consecuencia, incluso desfavorable». En esa línea, condenó a Colfondos S.A. a devolver «todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de (...) LILIANA ANGULO RUIZ como comisiones, costos cobrados por administración, sumas adicionales, bonos pensionales de ser el caso, de conformidad con el art. 1746 que se hubieren generado junto con sus rendimientos», e impuso a Colpensiones la obligación de recibirlos y hacer los ajustes pertinentes en la historia laboral de la actora, sin solución de continuidad; esto es, «como si esa afiliación nunca hubiese existido».

De ahí que le corresponda a la Sala precisar si la vía correcta es la nulidad o la ineficacia en sentido estricto.

Pues bien, esta Corporación es del criterio que la reacción del ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por consiguiente, el examen del acto del cambio de régimen

pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC).

[2: La ineficacia del acto posee las mismas consecuencias prácticas de la nulidad. Al respecto, la Sala Civil de esta Corporación ha sostenido que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, de suerte que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (SC3201-2018).]

Lo anterior, debido a que en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el legislador consagró de manera expresa en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia. En efecto, el citado precepto refiere que cuando «el empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral [...] la afiliación respectiva quedará sin efecto».

Si esto es claro, resulta equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues el legislador expresamente consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL3464-2019, y especialmente la CSJ SL4360-2019).

En ese orden, no se trata de analizar la presencia de vicios que conlleven a la nulidad del negocio jurídico, como parecen entenderlo las demandadas, sino de establecer el cumplimiento del deber de información como condición de eficacia del traslado de régimen pensional, razón por la cual, no se requiere la acreditación en este juicio de la presencia de vicios que invaliden el consentimiento.

Del mismo modo se advierte, contrario a lo aludido por el apoderado de PORVENIR, no se enmarca el asunto en lo previsto en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, pues la ineficacia en ese caso es consecuencia de *impedir o atentar “en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral”*, que no es el supuesto que aquí se discurre.

Ahora bien, sobre esta temática igualmente, ha asentado reiteradamente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que para el estudio de la procedencia de la ineficacia del traslado, se traslada la carga de la prueba quedando ésta en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar

que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información íntegra al mismo, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales. De igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de la AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva no solamente de la carga dinámica de la prueba, sino de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, la cual aunado a ello, tiene a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, *incluso al punto de desanimar al interesado*, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Señalando la Corte, de acuerdo a la doctrina se le han adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el

profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un **traslado de la carga de la prueba** del actor al fondo accionado 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, radicales 31989 y 31314, dijo:

“Aquí falta la administradora a su deber de proporcionar una información completa, pues se incumple de manera grave si se plantea el valor de una eventual pensión a los sesenta años, sin advertir, que se trataba de una persona que ya tenía el derecho causado a los 55 años de edad, y que de todas maneras la posibilidad de tener una pensión en el fondo privado a los 60 años debía ser descartada de entrada para quien como el actor, en su posición de potencial vinculado al Régimen de Ahorro Individual, su capital para gozar la pensión, era el de un bono pensional causado por sus servicios y cotizaciones por veinte o más años de trabajo, redimible a los sesenta y dos años, y el cual era el capital principalísimo, frente al que podía acumular mediante cotizaciones y rendimientos en los tres años que le faltaban para llegar a esa edad.

“En la oferta se le hizo al actor una comparación pura y simple entre una pensión de prima media y una de ahorro individual, sin advertir que el mayor valor pensional que ofrecía Porvenir era bajo la modalidad del retiro programado con un monto posible y que en ningún caso sería definitivo, pues quedaba sujeto a los rendimientos del capital que podían disminuir su valor si las tasas de interés del mercado fueran

inferiores a lo esperado llegando incluso a ser temporal, todo esto, frente a un derecho en el régimen de prima media que ya estaba causado, era cierto y de valor vitalicio constante.

“Se estaban entonces comparando dos pensiones de naturaleza distinta, una de valor eventual con otra de valor cierto por todo el tiempo que se llegare a disfrutar, y que podía incluso reconocerse cinco años antes, pues se encontraba ya estructurada al cumplimiento de los 55 años de edad.

“Resulta aquí trascendente la información que fue parcial para la decisión que llevó al actor a optar por cambio de régimen, y que posteriormente se advierte equivocada, cuando al reclamar su derecho a la edad de los sesenta años, el camino que le ofrecen es el del retiro programado, con la venta de los bonos pensionales en el mercado secundario, con enorme sacrificio económico, circunstancia que no se le hizo saber por parte de la administradora siendo éste su deber.

“El yerro del Tribunal estuvo entonces, en no haberse percatado de que el documento analizado, muestra que evidentemente al actor no se le suministró la información adecuada, suficiente y cierta para su traslado. (...).

“Las administradoras de pensiones lo son de un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados, según lo prescribe el artículo 97 de la Ley 100 de 1993; la Ley radica en ellas el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, y cuyos deberes surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora.

“Es razón de existencia de las Administradoras la necesidad del sistema de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos quienes les van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, su invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.

“Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

“Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

“La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

“La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

“Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

“Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

“Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de

recientemente en las sentencias SL 1421 de 2019, SL 1452 de 3 de abril de 2019, SL 1689 de 8 de mayo de 2019, destacando de la referida sentencia SL 1452 de 3 de abril de 2019, los siguientes apartes:

“(…) Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto.

(…)

Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión

(…).

Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada —cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que

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.

cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (...)

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen el demandante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, con ninguno de los medios de prueba acopiados en el expediente se acredita el suministro de información al accionante al momento de realizar el traslado de régimen pensional en los términos aquí referidos, pues en manera alguna se evidencia en el plenario que se le informó sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por el demandante⁷ no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que el asesor e le indicó que CAPRECOM y el ISS se iban a acabar, que al realizar el traslado de régimen tendría más rendimientos, podría pensionarse anticipadamente y muchas más ventajas estando afiliado al RAIS, sin especificar con exactitud cuáles serían estas.

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 (Páginas 30 y 136, archivo “01. Expediente digitalizado 2019-00015.pdf”, expediente digital), este no constituye en manera alguna medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la 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*

⁷ Audiencia realizada el 4 de mayo de 2021, récord 15:58, archivo “02. Audiencia 04.05.2021 - 2019-00015.mp4”, expediente digital.

actus, pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que se advierten ausentes en el plenario.

Respecto al comunicado de prensa (*Páginas 154 a 156, archivo “01. Expediente digitalizado 2019-00015.pdf”, expediente digital*), es de anotarse, la transcripción de normas legales allí consignadas no suple el deber de información idónea referido a lo largo de este proveído, pues lo que allí se lee es la cita de normas relacionadas con la posibilidad de traslado, siendo el tema aquí en discusión absolutamente distinto a la oportunidad del traslado entre regímenes.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el fondo de pensiones demandado proporcionara al afiliado una suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna información sobre las reales implicaciones de abandonar el régimen de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras. No obstante, esa administradora –PORVENIR- no logró demostrar, como era su deber, que suministró al convocante una información de tales características, porque, aun cuando en la contestación de la demanda afirmó que proporcionó la adecuada y completa ilustración al demandante al momento de trasladarse, el medio de convicción en que soportó su defensa fue el formulario de afiliación al que se hizo mención, porque allí se deja constancia expresa en el sentido de su decisión de vincularse a esa AFP de manera totalmente libre, voluntaria y espontánea.

Aquí también debe resaltar esta Sala, el deber de información existe desde la misma creación de las administradoras de fondos de pensiones. Al respecto, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, tal como se dejó sentado de manera precedente, ha explicado de forma detallada y reiterada que el deber de información subsiste desde la implementación del Sistema Integral de Seguridad Social en Pensiones y, por ende, se estableció en cabeza de los fondos privados el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que puedan tomar decisiones informadas.

Así por ejemplo, en sentencia SL1688-2019 reiterada en la SL-3708-2021 y SL-3199-2021, entre muchas otras, expuso lo siguiente:

“1. El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones: Un deber exigible desde su creación

1.1 Primera etapa: Fundación de las AFP. Deber de suministrar información necesaria y transparente.

El sistema general de seguridad social en pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del otorgamiento de diferentes tipos de prestaciones. Con este fin, la Ley 100 de 1993 diseñó un sistema complejo de protección pensional dual, en el cual, bajo las reglas de libre competencia, coexisten dos regímenes: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (AFP).

De acuerdo con el literal b) del artículo 13 de la citada ley, los trabajadores tienen la opción de elegir «libre y voluntariamente» aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, previniendo que si esa libertad es obstruida por el empleador, este puede ser objeto de sanciones. Es así como paralelamente el artículo 271 precisa que las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, son susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

Ahora bien, para la Sala la incursión en el sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS y, por tanto, de la prestación de un servicio público esencial, estuvo, desde un principio, sujeto a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba.

...

En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. No se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

Por tanto, la incursión en el mercado de las AFP no fue totalmente libre, pues aunque la ley les permitía lucrarse de su actividad, correlativamente les imponía un deber de servicio público, acorde a la inmensa responsabilidad social y empresarial que les asistía de dar a conocer a sus potenciales usuarios «la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Además, ilustró las diferentes etapas del deber de información, así:

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.º 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Como se ve, ya para el año 2000, cuando se produjo el traslado del aquí demandante, la AFP estaba en la obligación de informar a su futuro afiliada sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, pero ello en el asunto no ocurrió o, por lo menos, no se acreditó.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR, omitió en el momento del traslado de régimen (**13 de septiembre del 2000, efectivo el 01 de noviembre del 2000**), el deber de información para con el promotor del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL12136 de 2014, ello deriva en

la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

Es menester precisar, no tiene incidencia alguna que el actor no sea beneficiario del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicios antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación con la información que se le debía suministrar cuando se trasladó de régimen. Al respecto se puede consultar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia STL 11385 del 18 de julio de 2017, radicado 47646.

En ese orden, la ineficacia del tránsito de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de PORVENIR S.A como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliado el actor (*Página 135, archivo “01. Expediente digitalizado 2019-00015.pdf”, expediente digital*), de todos los costos cobrados por concepto de administración y la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, de tal manera que se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto.

Conviene anotar igualmente, en autos no tiene relevancia lo atinente a la financiación del sistema, o que el demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues es suficiente indicar en este punto, no se está avalando el tránsito de un régimen a otro sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva a retornar al régimen de prima media con prestación definida, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual de la demandante.

Asimismo, advierte la Sala, frente a los argumentos de apelación de PORVENIR S.A, relacionados con los gastos de administración y el porcentaje dirigido a financiar las prestaciones por invalidez y sobrevivencia, resulta que estos surgen como consecuencia de la afiliación, y en ese orden, al declararse la ineficacia del traslado, resulta claro que dichos gastos quedan sin fundamento pues lo que ocurre es que la situación de afiliación del actor vuelve a su estado inicial es decir es como si dichos gastos no se hubiesen generado, razón por la cual es procedente la remisión de la totalidad de los saldos que se encuentran en la

cuenta de ahorro individual de la demandante a Colpensiones (actual administradora del RPM), incluyendo las sumas de gastos de administración. Así fue consignado en sentencia de la CSJ Sala Laboral SL 2914 del 22 de julio del 2020, en la que cita la del 8 septiembre 2008, radicado 31989, donde se dijo:

“Las consecuencias de la nulidad de la vinculación respecto a las prestaciones acaecidas no es plenamente retroactiva como lo determina la normatividad del derecho privado, la que no tienen cabida enteramente en el derecho social, de manera que a diferencia de propender por el retorno al estado original, al momento en que se formalizó el acto anulado, mediante la restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubieren dado o recibido, ha de valer el carácter tutelar y preservar situaciones consolidadas ya en el ámbito del derecho laboral ora en el de la seguridad social; en la doctrina es indiscutido que la nulidad del contrato de trabajo, no priva al trabajador del derecho a su remuneración; o que en materia de seguridad social, en el laboral administrativo, según el mandato expreso del artículo 136 del C.C.A. el trabajador o el afiliado de buena fe, tiene el derecho a conservar, sin deber de restituir las prestaciones que le hubieren sido pagadas.

[...]

La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

*Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, **ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.***

Las consecuencias de la nulidad no pueden ser extendidos a terceros, en este caso, a la administradora del régimen de prima media en el que se hallaba el actor antes de producirse la vinculación cuya nulidad se declara, de modo que no debe asumir por el sistema de pensiones sanciones derivadas de la mora en el pago íntegro del derecho pensional, obligaciones por las que sólo ha de responder a partir de cuándo le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada.”

Igualmente, en la sentencia SL1421-2019, Radicación N° 56174 del 10 de abril de 2019, se expuso:

“Conforme a lo establecido en sede de casación, fuerza concluir entonces, que debe declararse la ineficacia de la afiliación de la demandante al sistema

pensional de ahorro individual, debiendo retrotraerse las cosas al estado en que se encontraban, es decir, como si ello no hubiera ocurrido, lo cual trae como consecuencia, que la actora jamás perdió el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100/93, y de igual forma, que el Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, como en oportunidades anteriores lo ha dispuesto la Sala, pudiéndose traer a colación las sentencias CSJ SL17595-2017 y CSJSL4989-2018, donde se rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989 (...)”.

En lo que atañe a la excepción de prescripción⁸ (Página 90 y 132 archivo “01. Expediente digitalizado 2019-00015.pdf”, expediente digital) basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL-1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que, además, está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por las encartadas, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

Es de anotar en este punto, dado que la pretensión principal, esto es la ineficacia del traslado, no se encuentra afectada con el fenómeno prescriptivo, las consecuencias derivadas de dicha declaratoria sobre el acto jurídico de traslado deben correr la misma suerte de imprescriptibilidad y es por ello que lo relativo a la devolución de gastos de administración y demás restituciones, por ser accesorios a la ineficacia del acto jurídico, tampoco se encuentran afectadas por la prescripción.

Sobre esto último, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2611, Radicación N° 67972 del 1° de julio de 2020, señaló que las consecuencias que deriven de la declaratoria de ineficacia, tales como la devolución de los gastos de administración y demás restituciones, hace inoperante dicho fenómeno extintivo frente a los mismos. Puntualmente dijo esa Corporación:

“...recientemente, en la sentencia CSJ SL1421-2019, tuvo la oportunidad de pronunciarse al respecto, sosteniéndose que en materia del derecho del trabajo y la seguridad social, las disposiciones que gobiernan la extinción de la acción son

⁸ Se tuvo por contestada la demanda mediante auto del 11 de febrero de 2020 (páginas 168 y 169, archivo “01. Expediente digitalizado 2019-00015.pdf”, expediente digital).

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)

Finalmente, la Sala advierte que la presente decisión únicamente hace referencia e involucra al señor ROBERTO BAQUERO HAEBERLIN demandante dentro del proceso con radicado No. 2019-00015, como quiera que la juez de primer grado en la sentencia proferida el 10 de junio de 2021, también emitió fallo dentro del proceso No. 2019-00129, cuya demandante es MARIA VICTORIA ORAMAZ LEURO.

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,

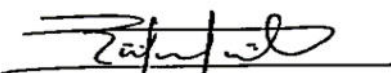
R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el JUZGADO TREINTA Y SEIS LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, dentro del proceso ordinario laboral radicado No. 2019-015, cuyo demandante es ROBERTO BAQUERO HABERLIN, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020

**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL.**

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR ZULMA ROJAS AGUDELO
CONTRA CONSTRUVAL INGENIERIA S.A.S. (RAD. 38 2019 000707 01).**

Bogotá D.C., veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

Vencido el término de traslado otorgado, no habiéndose presentado los alegatos de conclusión en esta instancia, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente:

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del grado jurisdiccional de consulta en favor de la demandante, contra la sentencia proferida por el Juez (38) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 23 de julio de 2021 (Audiencia virtual de trámite y Juzgamiento, Art. 80 del C.P.T y la S.S., expediente digital archivo No. 6 minuto 1:53:14; acta archivo No. 7), en la que se resolvió:

***“PRIMERO: ABSOLVER** a la demandada CONSTRUVAL INGENIERIA S.A.S., de las pretensiones de la demanda relacionadas con reintegro y sus consecuenciales, así como las alusivas a indemnizaciones de producto de ilegalidad de la terminación de contrato de trabajo de periodo de prueba, incoadas por la demandante ZULMA ROJAS AGUDELO. Lo anterior, específicamente por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia.*

***SEGUNDO: EXCEPCIONES.** Dadas las results del juicio el Despacho, se considera relevado del estudio de las propuestas.*

***TERCERO: COSTAS.** Lo serán a cargo de la demandante. En firme la presente Providencia, por secretaría practíquese la liquidación de costas incluyendo en ella como agencias en derecho la suma de \$250.000, en favor de la demandada.*

***CUARTO:** Si no fuere apelada oportunamente la presente sentencia, CONSÚLTESE con el SUPERIOR.”*

La ausencia de apelación contra la providencia anterior justifica la presencia de las diligencias en esta Corporación, a efectos de que se surta el grado jurisdiccional de

consulta a favor de la parte demandante, a lo cual se procede previa la constatación de inexistencia causal de nulidad que invalide lo actuado y conforme las siguientes

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante ZULMA ROJAS AGUDELO en este proceso ordinario las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda y su subsanación (folios 1-2 y 20-21), las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos relatados a folios 19-20, encaminadas de manera principal a que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo por obra o labor contratada; que la demandante fue despedida sin justa causa y que en virtud de dichas declaraciones se condene a la demandada al reintegro de la demandante a sus labores como inspectora de seguridad y salud en el trabajo, en el proyecto de la Dirección de Bienestar Social de la Policía Nacional; que se condene a la demandada al pago de salarios, primas, cesantías e intereses a las cesantías que ha dejado de percibir desde el 24 de agosto de 2019 hasta la fecha en que se ordene el reintegro y costas del proceso. **Obteniendo sentencia de primera instancia totalmente desfavorable a sus aspiraciones,** en tanto se absolvió a la demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra por la actora, condenando en costas a esta última.

Previo a tomar decisión de fondo encontró como hechos probados que: i) entre las partes existió un contrato de trabajo por duración de la obra o labor contratada que inició el 12 de agosto de 2019, en virtud del cual la demandante desempeñaba el cargo de inspectora de seguridad y salud en el trabajo; ii) que en el contrato suscrito, las partes pactaron un periodo de prueba que se prolongaría por el término de 60 días, que fenecían el 12 de octubre de 2019.

Se remitió a los arts. 76 y 78 del CST para señalar que entre las partes de un contrato de trabajo es viable acordar por escrito un periodo de prueba siempre que ello no desconozca los periodos mínimos establecidos; consideró que en el contrato de trabajo suscrito por las partes el periodo de prueba pactado es acorde con la normatividad vigente, pues no superó los mínimos establecidos.

Respecto a la terminación del contrato de trabajo en el periodo de prueba, argumentó que no existe norma que exija el cumplimiento de algún tipo de formalidad para dar por finiquitado el periodo de prueba como si lo exigen las normas que regulan el despido con justa causa.

Indicó que cuando el empleador da por terminado el contrato durante el periodo de prueba implícitamente señala al trabajador que su desvinculación obedece a la falta de aptitud para desempeñar sus labores, precisó que en este contexto le corresponde a la parte demandante demostrar que si contaba con las aptitudes que le fueron desconocidas con la terminación del periodo de prueba.

Advirtió que la demandante no cumplió con la carga probatoria que le competía en el proceso, indicó que particularmente en el interrogatorio de parte la señora demandante manifestó que *“no tenía claridad respecto de las funciones que debía cumplir”* argumento que para el a quo fue inconsistente de cara a la preparación y formación que como técnico en seguridad y salud en el trabajo tiene la actora.

Refirió que los testigos traídos al proceso fueron consistentes en señalar las inconsistencias que presentó la demandante en el desempeño de sus labores hecho que corroboró la falta de aptitud y la procedencia de la terminación del contrato durante el periodo de prueba.

Relacionados los antecedentes procesales, conviene precisar que: i) no es motivo de controversia en esta instancia la vinculación laboral de la demandante con CONSTRUVAL mediante contrato de trabajo por duración de la obra o labor contratada, el cual inició el 12 de agosto de 2019 como se acreditó a folios 5-8 del expediente digital y como lo aceptó la demandada en la contestación a los hechos 1 y 3 (folio 25); ii) que la demandante fue contratada para desempeñar el cargo de INSPECTORA DE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO; iii) que en la cláusula sexta las partes pactaron por escrito como periodo de prueba los primeros 60 días de labores como se constata con la documental aportada a folio 6.

Ahora, persigue la actora, principalmente, se disponga el reintegro a su puesto de trabajo, aduciendo para el efecto que la demandada no justificó su decisión de dar por terminada la relación laboral.

Para resolver ha de tenerse en cuenta que el art. 76 del CST establece que periodo de prueba tiene por objeto que el empleador aprecie las aptitudes del trabajador, y que el trabajador evalúe la conveniencia de las condiciones del trabajo.

Dicho periodo debe ser estipulado por escrito, no puede exceder de dos meses y en los contratos de trabajo a término fijo cuya duración sea inferior a un (1) año el

período de prueba no puede ser superior a la quinta parte del término inicialmente pactado para el respectivo contrato, sin que pueda exceder de dos meses.

En el caso en estudio las partes suscribieron un contrato por duración de la obra o labor contratada¹ que consistía en la: *“intervención del mantenimiento preventivo y correctivo y/o mejoras locativas de los apartamentos ubicados en la carrera 78 M No. 56-12 sur Barrio Ciudad Roma en la ciudad de Bogotá de la licitación pública PN DIBIE LI 024 2019.”*

Y en la cláusula sexta pactaron: *“Periodo de prueba: Acuerdan las partes fijar como periodo de prueba los primeros 60 días de labores.”*

De lo relacionado es claro que las partes dieron cumplimiento a lo reglado por la norma sustantiva laboral en lo que respecto a los requisitos que deben tenerse en cuenta para el establecimiento del periodo de prueba, pues se estipuló por escrito y no sobrepaso el mínimo de dos meses.

Ahora en cuanto a la terminación del contrato de trabajo en periodo de prueba, advierte esta sala que el empleador podía hacer uso de la facultad establecida en el artículo 80 del C.S.T., como efectivamente lo hizo ², sin motivación alguna conforme así lo ha explicado la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral en sentencia SL 4103 del 5 de septiembre del 2018 al señalar que *“la motivación de la decisión con base en el desempeño y aptitudes del trabajador”* es un *“requisito no previsto por el legislador para dar por terminado el contrato laboral en periodo de prueba”*³.

¹ Expediente digital, folios 5-8.

² Folio 9.

³ *“Esta Sala de la Corte ha sostenido que las partes, inmersas en la relación laboral, están facultadas para pactar, por una vez, un lapso en el cual las mismas puedan cerciorarse de las ventajas o inconvenientes que pueda acarrear el vínculo y, una vez perfeccionado dicho acuerdo con las formalidades dispuestas en la ley, y sin evidencia de vicios del consentimiento, es posible la finalización sin previo aviso y sin invocar motivación particular. En providencia CSJ SL, 3 sep. 1980, rad. 7419, se expresó:*

Enseña el artículo 76 del Código Sustantivo del Trabajo que el período de prueba es la fase inicial del contrato de trabajo y que tiene por objeto que tanto el patrono como el empleado puedan cerciorarse de las recíprocas ventajas o inconvenientes que traiga para ellos el vínculo laboral que han contraído. El artículo 77 exige que este período se pacte por escrito. Y el artículo 3° del Decreto Legislativo 617 de 1954, que modificó el 80 del Código, estatuye que durante el período de prueba el contrato puede darse por terminado en cualquier momento sin aviso previo y, obviamente, sin necesidad de invocar motivo concreto para hacerlo.

Ello significa que si en un contrato de trabajo se estipula de modo regular el período de prueba y si no se alega y demuestra que el consentimiento de alguna de las partes, respaldado con su firma en el contrato, está viciado por error, fuerza o dolo, dicho pacto debe tener todas sus consecuencias jurídicas, sin que le sea dable al intérprete de aquellas normas descalificarlo con argumentos o reflexiones que no surjan de su prístino texto, porque al hacerlo viene a quebrantar los preceptos por errónea exégesis. Ejercer el derecho

En razón de lo anterior y teniendo en cuenta que CONSTRUVAL estaba facultada legalmente para finiquitar el vínculo contractual con la demandante durante el periodo de prueba, sin tener que justificar su decisión ha de confirmarse la sentencia proferida por el Juez 38 Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

Lo anterior atendiendo el criterio jurisprudencial expuesto y adoptado por esta Sala Decisión, que se acoge como posición auxiliar en casos como el de autos; persuasiva por provenir del máximo ente rector de la jurisdicción ordinaria, postura que ha asumido esta colegiatura en ejercicio de la autonomía judicial, sin que adoptar el criterio expuesto en Casación Laboral sobre el tema, implique tornar este proveído en carente de razonabilidad, pues precisamente soportar la decisión en criterio reiterado apunta al respeto por la seguridad jurídica en esta temática, siendo ello plausible.

Por otra parte y si bien es cierto la Corte Constitucional ha dado otra interpretación a la facultad prevista en el art. 80 del CST, disponiendo que la decisión de dar por terminado el periodo de prueba debe ser fundada⁴ advierte esta sala de decisión que las sentencias de tutela emitidas por el órgano constitucional tienen efectos interpartes y no pueden ser aplicadas indiscriminadamente a los casos sometidos al conocimiento de la jurisdicción ordinaria laboral, máxime cuando en el sub judice no se avizora la vulneración de algún derecho fundamental o contrariedad alguna a las disposiciones sustanciales.

De cara a lo expuesto prudente es inferir que la decisión de la empleadora al dar por terminado el contrato de trabajo en periodo de prueba no fue arbitraria sino que,

de dar por terminado el contrato de trabajo que surge del pacto de período de prueba no implica entonces despido injusto del empleado.

Quebranta pues la sentencia impugnada los artículos 76 y 80 del Código Sustantivo y, además, aplica en forma indebida el artículo 8º del Decreto Legislativo 2351 de 1965, como lo asevera el recurrente.

De acuerdo con la providencia en cita, las únicas condiciones para dar por terminado el contrato laboral, invocando el período de prueba, es su pacto por escrito, que no exceda la duración máxima legal y que la manifestación de voluntad no esté mediada de error fuerza o dolo. En ese orden, el fallador imprimió una hermenéutica equivocada a las normas que rigen el período de prueba, al señalar que el empleador estaba obligado a motivar la decisión fundada en el desempeño y aptitudes del trabajador en período de prueba. Dicho yerro lo llevó a interpretar erróneamente el artículo 64 del CST, en cuanto tasó unos perjuicios como consecuencia de una conducta que, como se dijo, estaba amparada por el ordenamiento sustantivo.”

⁴ Sentencia T-978 de 2004: *El periodo de prueba, de conformidad con lo estipulado en el Código Sustantivo del Trabajo, permite la terminación del contrato de trabajo sin motivación expresa. Con todo, esta facultad no puede extenderse al punto de afectar los derechos fundamentales del trabajador, en especial, en lo relativo a la prohibición de la discriminación injustificada en el empleo. Por ello, la terminación unilateral del contrato de trabajo por parte del empleador durante la vigencia del periodo de prueba debe estar fundada, a fin de evitar decisiones arbitrarias contrarias a los postulados de la Carta Política, con la comprobación objetiva de la falta de las competencias mínimas para el ejercicio de la labor por parte del trabajador.*

tuvo sustento legal, en los términos del artículo 80 del Código Sustantivo del Trabajo siendo procedente la absolución de la demandada, como acertadamente lo concluyó el juez de primer grado.

De esta manera se agota la competencia de la Sala, agotado el grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte actora y conforme las motivaciones precedentes, se confirmará la sentencia de primer grado.

SIN COSTAS en esta instancia.

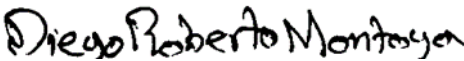
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juez Treinta y ocho (38) 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 DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL**

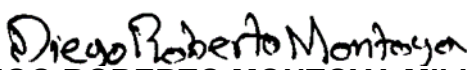
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR JAIRO FLOREZ
GALLO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES- (RAD. 38 2020 00179 01).**

Bogotá D.C., veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la abogada ANGELLY JULIANA SALAZAR CAICEDO como apoderada sustituta de la demandada 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 firma MEJIA Y ASOCIADOS ABOGADOS ESPECIALIZADOS S.A.S, el cual fue remitido a esta Corporación mediante correo del 11 de octubre de los corrientes (folio 4).


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia únicamente por parte de COLPENSIONES (folios 4 a 6), 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 COLPENSIONES de la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 13 de agosto de 2021 (Audiencia virtual concentrada de trámite y juzgamiento realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, expediente digital archivo 20, récord 19:42), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR que al demandante JAIRO FLOREZ GALLO le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, en los términos del artículo 37 de la Ley 100 de 1993, como producto de las cotizaciones efectuadas en el sistema general de pensiones, con empleadores privados (sic) por ser dicha prestación compatible con la pensión vitalicia otorgada en el marco del sector público, siendo pertinente señalar que este derecho está a cargo de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

SEGUNDO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, a reconocer y pagarle al demandante JAIRO FLOREZ GALLO la suma de \$26.447.814 pesos por concepto de la indemnización sustitutiva de pensión de vejez, valor que deberá pagarse debidamente indexado tomando como efecto el IBC que certifique el DANE de acuerdo con la fórmula índice final sobre índice inicial por valor histórico, que corresponde al valor de la condena igual a valor indexado, así como índice inicial se deberá toma el correspondiente al mes de marzo del año 2019 y como índice final como fecha en que se verifique el pago por parte de la accionada. Todo lo anterior por lo señala en la parte motiva de la presente sentencia.

SEGUNDO (sic): EXCEPCIONES dada las resultas del juicio el despacho declara no probada las propuestas respecto de las condenas infringidas.

TERCERO: COSTAS lo serán a cargo de la demandada. En firme la presente diligencia, practíquense pro secretaria liquídense por secretaria las costas, incluyendo en ella como agencias en derecho la suma de \$2.000.000 de pesos a favor del demandante.

CUARTO: Si no fuere apelada oportunamente la presente sentencia consúltese con el Superior.”

La ausencia de apelación contra la providencia anterior, explica la presencia de las diligencias en esta sede judicial a efectos de que se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de la demandada COLPENSIONES, a lo cual se procede, previa la constatación de que no existe causal de nulidad que invalide lo actuado.

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante JAIRO FLOREZ GALLO, las pretensiones relacionadas a folios 7 y 9 del expediente digital¹, las cuales encuentran sustento en los hechos relatados a folio 7, solicitando se reconozca y pague a su favor la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez de acuerdo a lo señalado en la Ley 100 de 1993 debidamente indexada, junto con las costas del proceso y lo ultra y extra petita. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus aspiraciones, por cuanto se condenó a Colpensiones a pagar a favor del demandante la suma de \$26.447.814, por concepto de indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, suma que deberá ser debidamente indexada, tras considerar que el actor cumplió con los requisitos establecidos en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993 y no se genera incompatibilidad alguna con la pensión de jubilación que devenga por parte del magisterio.**

Así las cosas se debe precisar, no fue motivo del debate jurídico, la calidad de pensionado que ostenta el demandante, tal y como puede verificarse del contenido de la Resolución No. 4151 del 21 de agosto de 2013 expedida por la Secretaría de Educación de Bogotá – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (fls. 57-61 del expediente digital, Archivo 1 “cuaderno físico”) de donde se extrae que se le otorgó una Pensión Vitalicia de Jubilación a partir del 09 de febrero de 2012 en cuantía de \$1.904.600.

De tal manera, descendiendo al caso de autos se advierte el problema jurídico traído a los estrados se circunscribe en determinar si el demandante puede ser acreedor de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez por los aportes efectuados a Colpensiones pese a estar pensionado por Jubilación por parte de la Secretaría de Educación de Bogotá D.C – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Conforme a lo anterior, advierte esta Sala no pueden ser de recibo los argumentos expuestos por Colpensiones en los actos administrativos SUB 136042 del 31 de mayo de 2019 y DPE 6464 del 23 de julio de 2019 (folios 47-53) que negaron la prestación económica al establecer su incompatibilidad

¹ Archivo 1 Cuaderno Físico.

por encontrarse el demandante pensionado por parte del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por varias razones a saber.

En primer lugar, porque verificado los aportes a Colpensiones visibles a folios 63-69 y 97-107 ² **no se advierten cotizaciones** de la Secretaría de Educación de Bogotá D.C. al régimen de prima media con el fin de subrogar el riesgo de vejez y conforme a la Resolución de reconocimiento de pensión de jubilación ésta se otorgó en razón a los 20 años de servicios prestados como Docente de vinculación Distrital, afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (folio 57)³.

Aunado a lo anterior, si bien el artículo 6 del Decreto 1730 establece que las indemnizaciones sustitutivas de vejez y de invalidez, son incompatibles con las pensiones de vejez y de invalidez, esta incompatibilidad debe predicarse para aquellas prestaciones que sean reconocidas por la misma Administradora de Fondos de Pensiones, situación que no se presenta en autos en tanto la pensión de jubilación que actualmente percibe el demandante se encuentra a cargo única y exclusivamente de la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., información que se extrae de la Resolución SUB 136042 del 31 de mayo de 2019 (folio 14 expediente digital Archivo No. 1 “cuaderno físico”) y del expediente administrativo aportado por COLPENSIONES en el archivo No. 7, a más que los aportes con los cuales eventualmente se va a reconocer la indemnización sustitutiva provienen de empleadores privados (ver fls. 63-69 y 97-107), por lo que no obedecen a las mismas cotizaciones que dieron lugar a la Pensión de Jubilación del Magisterio, tratándose de dos prestaciones que tienen diferente causa, razón por la cual es claro que el promotor del litigio logró acreditar tiempo de servicio o cotizaciones, distintas a las que se tuvieron en cuenta para el reconocimiento de la pensión que disfruta, como se acreditó a folio 73 ⁴ no generándose la incompatibilidad alegada, ni la presunta multivinculación que COLPENSIONES alegó en el acto administrativo DPE 6464 del 23 de julio de 2019

² Expediente digital Archivo No. 1 “cuaderno físico”.

³ Ibidem

Cabe anotar que al demandante en el ejercicio de su profesión como docente, no le estaba impedido prestar sus servicios de forma simultánea a establecimientos de carácter oficial y a instituciones particulares, por ende no estaba excluido de afiliarse al Sistema General de Pensiones estatuido por la Ley 100 de 1993 en cualquiera de sus dos regímenes y así lo ha precisado de forma reiterativa la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien en pronunciamiento reciente, SL-4133-2021, explicó:

“...la censura sostiene que erró el Tribunal al interpretar el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, por cuanto, según su decir, los docentes oficiales están excluidos de la aplicación de la Ley 100 de 1993 y los regímenes pensionales en ella establecidos, la Sala encuentra pertinente reproducir el contenido de tal disposición, la que al efecto precisa:

[...]

El argumento planteado por la parte recurrente, carece de asidero, pues el correcto entendimiento de la referida norma, corresponde al que le dio el sentenciador de alzada, que coincide con el actual criterio de la Corte, consistente en que el demandante podía prestar sus servicios a establecimientos educativos de naturaleza pública a fin de obtener una pensión de jubilación oficial, y, simultáneamente, laborar para instituciones educativas particulares para poder adquirir una pensión de vejez en el ISS, hoy Colpensiones, resultando válido que dichos aportes se trasladaran al RAIS a través de un bono pensional.

Así, además de las sentencias citadas por el Tribunal, conviene recordar lo dicho en las decisiones CSJ SL, 19 jun. 2008, rad. 28164; CSJ SL, 6 dic. 2011, rad. 40848 y CSJ SL451-2013, recientemente reiterada en la CSJ SL3775-2021, en la cual se expresó:

“En efecto, por tener la calidad de docente oficial y estar excluida del Sistema Integral de Seguridad Social, al compás de lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, a la demandante le resultaba válido prestar sus servicios a establecimientos educativos oficiales y, por virtud de ello, adquirir una pensión de jubilación oficial y, al mismo tiempo, prestar sus servicios a instituciones privadas y financiar una posible pensión de vejez en el Instituto de Seguros Sociales, con la posibilidad de que dichos aportes fueran trasladados al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de un bono pensional.

...

...en la sentencia CSJ SL3775-2021 se precisó que la afiliación al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio del docente vinculado laboralmente a instituciones de carácter público, no resultaba incompatible con su afiliación al ISS en virtud de una vinculación a instituciones particulares y, con ello, se cumplía la

⁴ Folio 73 Certificación de aportes tenidos en cuenta para la liquidación de la pensión de Jubilación

consecuente incorporación al Sistema General de Seguridad Social previsto por la Ley 100 de 1993. Así se explicó:

Es que no puede confundirse el hecho de la afiliación del demandante en instancias al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, en su calidad de docente vinculado laboralmente a instituciones de carácter público, con su trabajo para instituciones particulares y la consecuente incorporación al Sistema General de Seguridad Social, pues, en cada caso, rigen reglas específicas, que aplican según la relación que se predique, lo que no significa que no sea posible gozar de la doble atribución, simultáneamente, y obtener las prestaciones que correspondan a cada uno de ellas, cumpliendo los requisitos del caso.”.

En esta misma dirección, baste con señalar que tampoco podría generarse una vulneración a la prohibición establecida en el artículo 128 de la Constitución Política⁵, por cuanto los recursos pertenecientes a la seguridad social no son propiedad del Estado como los bienes y rentas de la Nación, dado que estos tienen una destinación definida, al tenor de lo previsto en la ley 797 de 2003 artículo 2⁶ y en esa medida tales recursos son de origen parafiscal. Al tema puede consultarse el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 23 de marzo de 2011, expediente 37959⁷.

reconocida por el Magisterio, expedida por la Secretaría de Educación de Bogotá el 19 de junio de 2019.

⁵ “Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley. Entiéndase por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas”.

⁶ “los recursos del Sistema General de Pensiones están destinados exclusivamente a dicho sistema y no pertenece a la Nación ni a las entidades que lo administren”.

⁷ En un principio, tanto antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993 como de la Carta de 1991, como con posterioridad, se consideró que los dineros administrados por el ISS para la adjudicación de pensiones ostentaban naturaleza pública, dada la calidad del Instituto, por lo cual, se generaron conflictos al solicitarse pensiones de vejez por quienes eran titulares de pensiones jubilatorias –legales o convencionales- canceladas por entidades estatales, o suspendérseles dichas prestaciones al acceder a la pensión dispensada por el ISS.

Sin embargo, la jurisprudencia definió el asunto al dejar evidenciado que ya el Estado no aportaba dineros para conformar el fondo de pensiones administrado por el Instituto, por lo que las compatibilidades se abrieron paso. Así, en fallo pronunciado el 12 de septiembre de 2006, rad. 28257, reiterado en el de 23 de abril de 2007, rad. 27435, se dijo:

“Respecto del segundo cargo en donde se acudió al submotivo de violación de la infracción directa, tampoco puede tener prosperidad el ataque, habida cuenta que esta Sala de la Corte en procesos con características correlativas y en los que se ha planteado una acusación similar, estudió y definió el tema, adocrinando que las pensiones que administra para su pago el Instituto de Seguros Sociales, ya sea el afiliado un trabajador particular o uno oficial que se someta al régimen solidario de prima media con prestación definida, no es posible colegir que se sufragan con dineros del tesoro, y en estas condiciones para los eventos donde el empleador sea una entidad oficial, no se configura la prohibición constitucional y legal prevista en los artículos 128 de la Constitución Política y 19 de la Ley 4ª de 1992, es así que en sentencia del 14 de febrero de 2005 radicado 24062, se dijo:

‘(...) Ciertamente, se pagan con recursos del Tesoro, las pensiones de jubilación a cargo de una entidad descentralizada, esto es, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales

del Estado, o las sociedades de economía mixta donde predomine el capital estatal, en el entendido de que el inciso segundo del artículo 128 de la Constitución Política establece que <Entiéndase por tesoro público el de la nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas>, y por ello cualquier pensión extralegal que exista en esta clase de entidades, como es el caso de aquellas que tengan como fuente una convención colectiva de trabajo, son del orden oficial’.

‘Se tiene entonces, que una pensión extralegal otorgada por un empleador oficial, es incompatible con la percepción de otra asignación que provenga del Tesoro, conforme a la prohibición legal y constitucional imperante’.

‘Pero sucede, que tratándose de las pensiones que administra para su pago el Instituto de Seguros Sociales, ya sea el afiliado un trabajador particular o uno oficial que se someta al régimen solidario de prima media con prestación definida, no es factible colegir, de la misma manera, que se sufragan con dineros del tesoro, por las siguientes razones:

‘El fondo económico de donde se cancelan las pensiones de vejez, invalidez o de sobrevivientes no resulta ser de propiedad del Instituto de Seguros Sociales, por ser este Instituto un mero administrador, lo que significa que en virtud de la naturaleza jurídica del ISS, no es dable estimar a dicho fondo común como bien del tesoro haciendo parte de la prohibición del canon 128 de la Carta Política’.

‘En cuanto a las cotizaciones que recibe el ISS de una entidad oficial, si bien provienen del Tesoro, constituyen un patrimonio de afectación parafiscal, por estar destinados exclusivamente a engrosar el fondo común para el pago de las pensiones conforme a la ley, pues su finalidad es contribuir con el financiamiento de ese régimen, y por tanto los dineros que en un comienzo fueron propios del erario público dejan de serlo al quedar trasladados a la entidad de seguridad social, entrando a engrosar una reserva parafiscal que por ficción legal y constitucional dejan de ser propiedad de la entidad, a más de que una parte de esos aportes o cotizaciones sale del patrimonio del trabajador’.

‘En este orden, la pensión legal concedida por el ISS a uno de sus asegurados, como consecuencia de las cotizaciones o aportes que efectuó el Estado o los particulares, no tiene el carácter de pública’.

‘Así, entonces, el pago simultáneo a un beneficiario de una pensión convencional por un ente oficial y la de vejez del ISS cuando la ley así lo permite no configura la prohibición consagrada tanto en el artículo 128 de la Constitución Política, como en el artículo 19 de la Ley 4° de 1992’.

‘En sentencia del 22 de marzo de 2002 con radicado 17347, dictada en un proceso contra el Banco Cafetero, sobre el tema se puntualizó:

‘De todos modos, de darse por superada esa equivocación, el cargo no saldría avante, para lo cual basta transcribir la sentencia de 27 de octubre de 1995, radicada con el No. 7792, que reprodujo en parte la de 27 de enero del mismo año (radicación 7109), reiterada posteriormente por la de 31 de marzo de 1998 (radicación 10047), pues el tema de fondo se centra en la supuesta imposibilidad de que las pensiones en discusión, esto es, la convencional reconocida por el Banco y la de vejez otorgada por el I.S.S. sean concomitantes, al estimarse que ambas provienen y son sufragadas por el tesoro público, lo cual a juicio del recurrente viola no solo de las normas legales que se mencionan, sino además, el artículo 64 de la Constitución Nacional que prohíbe expresamente la convergencia de dos o más asignaciones provenientes del tesoro público’.

‘Esto dijo la Corte en las sentencias aludidas:

“El artículo 47 del D.L. 1650 de 1977 calificó al I.S.S. como Establecimiento Público, hoy Empresa Industrial y Comercial del estado, artículo 1° D.L. 2148 de 1992). El ISS fue creado por la Ley 90 de 1946. En el artículo 16 de la citada Ley se adoptó un sistema de financiación tripartita trabajadores, empleadores y Estado. Dicha forma de financiación se varió con el Decreto Ley 433 de 1971, en cuanto a los aportes del Estado, por un ‘...aporte anual que se señalará en los presupuestos de rentas y gastos de la Nación...’ (literal e ibídem).

“Posteriormente se dictó el decreto Ley 1650 de 1977, expedido por el Presidente de la República en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por la Ley 12 de ese mismo año, estableciéndose en el artículo 22 lo siguiente: “De los aportes de patronos y trabajadores, en los seguros de enfermedad en general, maternidad, invalidez, vejez y muerte, los patronos o empleadores aportarán el sesenta y siete por ciento de la cotización total y los trabajadores el treinta y tres por ciento”.

“La cotización para el seguro de accidente de trabajo y de enfermedad profesional estará exclusivamente a cargo del patrono o empleador”.

“Puede verse con facilidad que el aporte del estado desapareció de la seguridad social (hasta antes de la Ley 100 de 1993, expedida en desarrollo del artículo 48 de la Constitución Política)”.

“También el Consejo de Estado ha tenido oportunidad de pronunciarse en idéntico sentido; en efecto, en decisión del 24 de marzo de 1983 anotó: ‘...lo anterior exonera a la sala de hacer el estudio sobre la naturaleza jurídica de las pensiones de jubilación acordadas por el Instituto de seguros Sociales, que aunque últimamente configurado como establecimiento público, pagan las jubilaciones con recursos de origen privado, como son las cuotas obrero patronales, pues su financiación tripartita desapareció”.

“Y en sentencias del 27 de febrero y 6 junio de 2003, con radicación 19508 y 20271, ésta última rememorada por la réplica, y que fueron reiteradas en decisión del 23 de septiembre de 2004 radicado 23430, se precisó:

“A pesar de que los cargos primero y segundo se formulan por vías distintas, la Corte procede a su estudio de manera conjunta en atención a que ambos buscan demostrar la incompatibilidad para recibir más de una asignación del tesoro público, y tienen una respuesta común: que las reservas pensionales de las que proviene el pago de la pensión de vejez objeto de la controversia, no hacen parte del tesoro público, como pasa a indicarse.

“Los recursos para el pago de las prestaciones que se originan en el Sistema General de Pensiones son de carácter parafiscal como lo ha enseñado la doctrina.

“Uno de los elementos esenciales de la parafiscalidad es el de que esta clase de recursos constituyen un patrimonio de afectación, esto es, que los bienes que lo integran han de destinarse a la finalidad que la ley les señala en el momento de su creación; así, los fondos constituidos con las cotizaciones o los aportes que efectúan por mandato de la ley, el Estado o los particulares, a cualquiera de los regímenes de pensiones, han de consagrarse exclusivamente a pagar las prestaciones del servicio de la seguridad social en pensiones.

“La Constitución Política de 1991 incorporó al mundo normativo la institución de la parafiscalidad, creada por la doctrina a partir de figuras legales como las contribuciones destinadas a cubrir los riesgos en salud y pensiones; la ley que regula el sistema de seguridad social plasmó en su texto los elementos esenciales con las que esta doctrina ha diferenciado los recursos parafiscales; así, la Ley 100 de 1993, en su artículo 283 consagra la exclusividad del beneficio en pensiones; los artículos 25, 52 y 90 le otorgan el carácter de administradoras a las entidades a las que se le confía la gestión de los recursos, en su orden, del Fondo de Solidaridad Pensional, del régimen de prima media con prestación definida, del de ahorro individual con solidaridad, de manera que, de los patrimonios de afectación no puede predicarse propiedad –solo antitécnicamente- por cuanto nadie puede ejercer el poder de libre disposición sobre ellos”.

“De esta manera, el fondo económico del que proviene el pago de las pensiones de vejez, de invalidez o de sobrevivientes aunque esté radicado en cabeza del Instituto de los Seguros Sociales, no es ni ha sido propiedad suya, sino que éste ha sido sólo administrador de aquellos”.

“La Constitución Nacional señala las entidades que contribuyen a conformar el Tesoro Público: la Nación, las entidades territoriales y las entidades descentralizadas, dentro de las que está comprendido el Instituto de Seguros Sociales, por su carácter de Empresa Industrial y Comercial del Estado, e integran el tesoro con los bienes y valores que sean propios de cada una de ellas; como las reservas pensionales con las que el Instituto cubre el valor de la pensión de vejez, no son de su propiedad, sino que son sólo administradas por él, no hacen parte del Tesoro Público”.

“Así, entonces, el Tribunal Ad quem no infringió la prohibición prevista en el artículo 128 de la Constitución Nacional.”

“Pues bien, al no tener el carácter de pública la pensión legal que reconoce el Instituto de Seguros Sociales a un trabajador oficial, trayendo como consecuencia que no se configura la prohibición constitucional y legal que pone de presente la censura, y siendo hechos indiscutidos tanto el origen de las pensiones de jubilación que otorgó la ELECTRIFICADORA DEL HUILA S.A. E.S.P. a los demandantes con antelación al 17 de octubre de 1985, valga decir, de naturaleza convencional, como que el ISS a su vez les concedió a éstos la pensión de vejez, y que la demandada decidió cancelar

Establecido lo anterior, procede la Sala a verificar los requisitos para la procedencia del reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva, para lo cual es menester remitirnos a la normatividad vigente que regula la materia, esto es, al artículo 37 de la Ley 100 de 1993, que en su tenor literal dispone:

“Artículo 37: Indemnización sustitutiva de la pensión de vejez. Las personas que habiendo cumplido la edad para obtener la pensión de vejez no hayan cotizado el mínimo de semanas exigidas, y declaren su imposibilidad de continuar cotizando, tendrán derecho a recibir, en sustitución, una indemnización equivalente a un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas; al resultado así obtenido se le aplica el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado el afiliado.”

La anterior disposición fue reglamentada por el artículo 1º del Decreto 4640 de 2005, que modificó el artículo 1º del Decreto 1730 de 2001, estableciendo en lo que acá interesa, que las Administradores del Régimen de Prima Media con Prestación Definida (naturaleza que en efecto tiene la entidad enjuiciada), deberán reconocer la indemnización sustitutiva:

“Artículo 1º del Decreto 4640 de 2005, por el cual se modifica el artículo 1º del Decreto 1730 de 2001: Causación del derecho. Habrá lugar al reconocimiento de la indemnización sustitutiva prevista en la Ley 100 de 1993, por parte de las Administradoras del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, cuando los afiliados al Sistema General de Pensiones estén en una de las siguientes situaciones:

*a) **Que el afiliado se retire del servicio habiendo cumplido con la edad, pero sin el número mínimo de semanas de cotización exigido para tener derecho a la pensión de vejez y declare su imposibilidad de seguir cotizando;***

b) Que el afiliado se invalide por riesgo común sin contar con el número de semanas cotizadas exigidas para tener derecho a la pensión de invalidez, conforme al artículo 39 de la Ley 100 de 1993;

c) Que el afiliado fallezca sin haber cumplido con los requisitos necesarios para que su grupo familiar adquiriera el derecho a la pensión de sobrevivientes, conforme al artículo 46 de la Ley 100 de 1993;

únicamente la diferencia entre las dos pensiones para comenzar a compartirla, se concluye que dichas pensiones se deben mantener como autónomas, con mayor razón cuando en verdad tienen la vocación de ser compatibles.” (Resaltes de la Sala).

Lo cual se consolida al disponer la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, que modificó al artículo 13 de la Ley 100 de 1993 que:

“m) Los recursos del Sistema General de Pensiones están destinados exclusivamente a dicho sistema y no pertenecen a la Nación, ni a las entidades que los administran”.

d) Que el afiliado al Sistema General de Riesgos Profesionales se invalide o muera, con posterioridad a la vigencia del Decreto-ley 1295 de 1994⁸, como consecuencia de un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, la cual genere para él o sus beneficiarios pensión de invalidez o sobrevivencia de conformidad con lo previsto en el artículo 53 del Decreto-ley 1295 de 1994".

En atención a las preceptivas enunciadas, surgen entonces tres requisitos legales para obtener el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, a saber:

- A) El cumplimiento de la edad para obtener la pensión de vejez (60 años para el caso de los hombres antes del 2014 y 62 con posterioridad).
- B) No haber completado, al cumplimiento de esa edad la densidad de cotizaciones suficientes para obtener la pensión de vejez -1300 a partir del 2015⁹, y
- C) La manifestación de encontrarse en imposibilidad de seguir cotizando.

En ese orden, descendiendo al caso de marras, se tiene que el demandante nació el 08 de febrero de 1957, tal como se advierte de la copia de la cédula de ciudadanía (folio 71), cumpliendo los 60 años el mismo día y mes del 2017 y los 62 en el año 2019, calendas para las cuales no contaba con el número de semanas mínimo para pensionarse pues en toda la vida cotizó al sistema solamente 866,71 semanas, según el reporte expedido por Colpensiones actualizado al 21 de noviembre de 2019 (folios 97-107) y que da cuenta que su último aporte lo fue para el mes de diciembre de 2012 en el cual se reporta la novedad de retiro (folio 106), por lo que a la data que elevó la solicitud de indemnización sustitutiva -11 de marzo de 2019, archivo 7 expediente administrativo-, ya cumplía con los dos primeros requisitos establecidos.

Ahora, en lo que tiene que ver con la manifestación de la imposibilidad de continuar cotizando, se halla que adjuntó a la solicitud de indemnización, el actor diligenció formato ante COLPENSIONES poniendo de presente igualmente esa circunstancia, según se advierte en el expediente administrativo.

⁸ Declarada la nulidad (expresión en literal d " con posterioridad a la vigencia del Decreto-ley 1295 de 1994") mediante Sentencia del Consejo de Estado radicada N° 11001032500020100027900 de 2017.

⁹ Artículo 33 de la Ley 100 de 1993.

Logo de Colpensiones

FORMATO PARA SOLICITUD DE INDEMNIZACIÓN

Señores:
COLPENSIONES
Ciudad:

Asunto: **Solicitud de Indemnización Sustitutiva**

Yo: **JAIRO FLOREZ GALLO**
Identificado con documento **CC X CE** Número: **17351546** de **San Martín**
en armonía con lo dispuesto en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, manifiesto mi imposibilidad de continuar
cotizando al Sistema General de Pensiones, razón por la cual solicito me sea concedida la Indemnización Sustitutiva
de la pensión de Vejez ☒ Invalidar

Acompañar:

17351546

En ese orden de ideas, no cabe duda para esta Sala, que le asiste derecho al actor al reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva por el cumplimiento de los requisitos legales dispuestos para el efecto tal como lo estableció la Juez de primera instancia.

En lo que toca al monto de la indemnización, ha de tenerse en cuenta lo previsto en el artículo 2° del Decreto 1730 de 2001¹⁰, el cual preceptúa que para determinar el monto de la indemnización se tendrán en cuenta la totalidad de semanas, aún las anteriores a la Ley 100, para lo cual se empleará la siguiente fórmula:

$$I = SBC \times SC \times PPC$$

Dónde:

SBC: Es el salario base de la liquidación de la cotización semanal promediado de acuerdo con los factores señalados en el artículo 2.2.3.1.3. de este Decreto, sobre los cuales cotizó el afiliado a la administradora que va a efectuar el reconocimiento, actualizado anualmente con base en la variación del IPC según certificación del Dane.

SC: Es la suma de las semanas cotizadas a la administradora que va a efectuar el reconocimiento.

¹⁰ Compilado en el artículo 2.2.4.5.2. del Decreto 1833 de 2016:

Reconocimiento de la indemnización sustitutiva. Cada administradora del régimen de prima media con prestación definida a la que haya cotizado el trabajador, deberá efectuar el reconocimiento de la indemnización sustitutiva, respecto al tiempo cotizado.

(...)

Para determinar el monto de la indemnización sustitutiva se tendrán en cuenta la totalidad de semanas cotizadas, aún las anteriores a la Ley 100 de 1993.

*PPC: Es el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales ha cotizado el afiliado para el riesgo de vejez, invalidez o muerte por riesgo común, a la administradora que va a efectuar el reconocimiento.*¹¹

Con base en ello, efectuados los cálculos de rigor, con apoyo del Grupo Liquidador del Consejo Superior de la Judicatura, teniendo en cuenta como fecha de exigibilidad el día de su reclamo, pues pese a cumplir con los requisitos desde el año 2019 (edad de 62 años) solo dio a conocer su imposibilidad de continuar cotizando el 11 de marzo de 2019, como se relacionó en precedencia, se obtiene un valor a cancelar por concepto de indemnización sustitutiva de **\$23.874.953**¹², cifra que por resultar inferior a la

¹¹ ARTÍCULO 2.2.4.5.3. Cuantía de la indemnización. Decreto 1833 de 2016.

¹² Liquidación efectuada por el Grupo Liquidador de apoyo a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá:

Cálculo Toda La Vida Laboral							
AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual
1980	335	0,720	101,180	140,528	\$ 7.358,51	1.034.075,00	\$ 11.547.171,00
1981	335	0,900	101,180	112,422	\$ 8.027,46	\$ 902.465,00	\$ 10.077.526,00
1982	218	1,140	101,180	88,754	\$ 8.223,85	\$ 729.903,00	\$ 5.303.962,00
1983	204	1,410	101,180	71,759	\$ 12.895,59	\$ 925.373,00	\$ 6.292.536,00
1984	86	1,650	101,180	61,321	\$ 31.552,33	\$ 1.934.827,00	\$ 5.546.504,00
1985	272	1,950	101,180	51,887	\$ 39.020,96	\$ 2.024.687,00	\$ 18.357.162,00
1988	154	3,580	101,180	28,263	\$ 77.265,58	\$ 2.183.724,00	\$ 11.209.783,00
1989	268	4,580	101,180	22,092	\$ 41.346,27	\$ 913.409,00	\$ 8.159.787,00
1990	282	5,780	101,180	17,505	\$ 65.904,26	\$ 1.153.667,00	\$ 10.844.470,00
1991	291	7,650	101,180	13,226	\$ 99.683,51	\$ 1.318.428,00	\$ 12.788.752,00
1992	287	9,700	101,180	10,431	\$ 128.790,94	\$ 1.343.409,00	\$ 12.851.946,00
1993	279	12,140	101,180	8,334	\$ 194.677,42	\$ 1.622.526,00	\$ 15.089.492,00
1994	212	14,890	101,180	6,795	\$ 659.193,68	\$ 4.479.330,00	\$ 31.653.932,00
1995	330	18,250	101,180	5,544	\$ 261.000,00	\$ 1.447.013,00	\$ 15.917.143,00
1996	360	21,800	101,180	4,641	\$ 320.250,00	\$ 1.486.371,00	\$ 17.836.452,00
1997	360	26,520	101,180	3,815	\$ 314.750,00	\$ 1.200.845,00	\$ 14.410.140,00
1998	360	31,210	101,180	3,242	\$ 488.069,58	\$ 1.582.277,00	\$ 18.987.324,00
1999	360	36,420	101,180	2,778	\$ 627.166,67	\$ 1.742.359,00	\$ 20.908.308,00
2000	360	39,790	101,180	2,543	\$ 709.083,33	\$ 1.803.093,00	\$ 21.637.116,00
2001	360	43,270	101,180	2,338	\$ 694.750,00	\$ 1.624.562,00	\$ 19.494.744,00
2002	360	46,580	101,180	2,172	\$ 712.333,33	\$ 1.547.314,00	\$ 18.567.768,00
Total días	6073	Total devengado actualizado a				2019	\$ 307.482.018

dispuesta por el juez de primer grado (\$26.447.814), será modificada en virtud del grado jurisdiccional de consulta a favor de la encartada.

En lo que atañe a la procedencia de la indexación reclamada y concedida por el Juez de primer grado a la fecha en que se efectúe el pago, la Sala se permite recordar que dicha institución jurídica persigue una actualización de la obligación en cuanto al poder adquisitivo que tenía en la fecha en que debió de haberse solucionado y aquella en que efectivamente se pague, esto es, que el inexorable paso del tiempo, sin otro condicionamiento, distinto al impago del deudor, justifica el reajuste o corrección monetaria, siendo los índices de devaluación un hecho notorio, lo que evita demostrar esa situación.

La indexación no busca resarcir un perjuicio económico en estricto sentido, como ya quedó dicho, sino adaptar a la realidad económica del país un fenómeno particular de igual naturaleza, con ello no se recibe una ventaja económica ni se indemniza por el retardo en el pago, como tampoco se percibe un rendimiento del capital adeudado, solo se recauda el monto obligacional con capacidad adquisitiva, igual a la que tenía a la fecha en que se debió pagar.

En consecuencia, no erró el Juez de primera instancia al reconocer el pago indexado de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, como quiera que entre la fecha en que se debió reconocer la indemnización sustitutiva reclamada a favor del demandante y la calenda en la que se realice su pago, habrá transcurrido un tiempo considerable durante el cual dichos valores han perdido poder adquisitivo, por lo que procede la indexación de la indemnización hasta la fecha en que efectivamente sea cancelada al accionante.

Semanas Cotizadas S.C.	867,57	Salario Base de La Liquidación Promedio Semanal - S.B.L.P.S.	\$ 354.416,95
		Promedio Ponderado De Los Porcentajes de Cotización P.P.C.	7,765%
		VALOR INDEMNIZACION SUSTITUTIVA a 2019	\$ 23.874.953,00

Ahora, en lo que respecta al medio exceptivo de prescripción propuesto en oportunidad por la enjuiciada (folio 7, archivo No. 14)¹³, es menester precisar que el mismo no está llamado a la prosperidad, en cuanto ha sostenido recientemente la Corte Suprema de Justicia que el derecho a la indemnización sustitutiva, es imprescriptible, en el sentido de que puede ser reclamada en cualquier tiempo. Sobre el particular puede consultarse la sentencia SL4559 de 2019¹⁴, reiterada en SL 5544 de 2019.

¹³ La demanda se tuvo por contestada por esta entidad por auto del 24 de junio de 2021 (archivo No. 15).

¹⁴ “Sobre el particular, esta Sala en sentencias CSJ SL 26330, 15 may. 2006 y CSJ SL 36526, 23 jul. 2009, avaló la aplicación de la prescripción trienal contenida en los artículos 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social y 488 del Estatuto Laboral, frente a la reclamación de la indemnización sustitutiva de la pensión.

No obstante, cabe resaltar que ciertos derechos de la seguridad social, importantes para el tejido social, como son las pensiones de vejez, sobrevivencia e invalidez, son imprescriptibles. Así, se desprende del artículo 48 de la Constitución Política, cuyo texto le otorga a los derechos subjetivos emanados de la seguridad social el carácter de irrenunciables, lo que significa que pueden ser justiciados en todo tiempo.

De esta manera, esta Corporación ante renovados y sólidos argumentos ha señalado que aspectos tales como el porcentaje de la pensión, los topes máximos pensionales, los linderos temporales para determinar el IBL, la actualización de la pensión, el derecho al reajuste pensional por inclusión de nuevos factores salariales y la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional, no se extinguen por el paso del tiempo, pues constituyen aspectos ínsitos al derecho pensional (CSJ SL 23120, 19 may. 2005; CSJ SL 28552, 5 dic. 2006; CSJ SL 40993, 22 en. 2013; CSJ SL6154-2015, CSJ SL8544-2016, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019).

Así, al ser la seguridad social un derecho subjetivo de carácter irrenunciable, es exigible judicialmente ante las personas o entidades obligadas a su satisfacción. Luego, es una prerrogativa que no puede ser parcial o totalmente objeto de dimisión o disposición por su titular, como tampoco puede ser abolido por el paso del tiempo o por imposición de las autoridades. Ahora, el régimen solidario de prima media con prestación definida estableció la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, invalidez y sobrevivientes, como un derecho derivado, en sustitución de la correspondiente pensión a la que no es posible acceder por falta de requisitos legales establecidos.

Por su parte, el régimen de ahorro individual con solidaridad, consagró una figura distinta, denominada devolución de saldos que opera cuando los afiliados no alcanzan a cotizar las semanas mínimas para la pensión de vejez, invalidez o para causar la de sobrevivientes, para en su lugar, disponer la entrega de la totalidad del saldo abonado en su cuenta individual de ahorro pensional, incluidos los rendimientos financieros más el valor del bono pensional si a ello hubiere lugar. En ese sentido, se tiene que si la pensión de vejez es imprescriptible, también debe serlo su sucedáneo – indemnización sustitutiva–, en tanto ambas prestaciones pertenecen al sistema de seguridad social y revisten tal importancia que su privación conlleva a la violación de derechos ciudadanos.

En el primer caso –la pensión– porque su negación afecta de manera directa la posibilidad de las personas de contar con un ingreso periódico, que garantice una vida digna, con acceso a bienes básicos tales como la alimentación, salud, vivienda, entre otros.

En el segundo –indemnización sustitutiva– porque ese ingreso le permite a las personas que se encuentran en riesgo, ante la falta de una pensión, contar con un dinero que les permita mitigar tal desprotección en la vejez.”

Ahora bien, la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción, es decir, a que el reconocimiento de tal garantía se haga de forma íntegra o completa.

Pues bien, agotada la competencia de instancia, surtido el grado jurisdiccional de consulta, se procede confirmar la modificar la sentencia de primer grado, únicamente en lo relativo al valor de la indemnización que deberá ser pagada al demandante.

SIN COSTAS en el grado jurisdiccional de consulta.

En mérito de lo expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

En efecto, el calificativo irrenunciable de la seguridad social no procura exclusivamente por el reconocimiento formal de las prestaciones fundamentales que ella comporta, sino que, desde un enfoque material, busca su satisfacción in toto, a fin de que los derechos y los intereses objeto de protección, sean reales, efectivos y practicables.

Por esto, la seguridad social y los derechos subjetivos fundamentales que de ella emanan habilita a sus titulares a requerir, en cualquier momento, a las entidades obligadas a su satisfacción, a fin de que liquiden correctamente y reajusten las prestaciones a las cifras reales, de modo que cumplan los objetivos que legal y constitucionalmente debe tener un Estado social de derecho (CSJSL8544-2016).

En este orden, debe entenderse que así como no son susceptibles de desaparecer por prescripción extintiva esas cuestiones innatas de la pensión, y frente a la cuales esta Corte adoptó la teoría de la imprescriptibilidad, tampoco debe serlo la indemnización sustitutiva, en tanto, es un derecho de carácter pensional, pues comparte la característica básica de ser una garantía que se constituye a través de un ahorro forzoso, destinada a cubrir el riesgo de vejez, invalidez o muerte, según sea el caso.

Desde tal perspectiva, la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez no es una simple suma de dinero o crédito laboral sujeto a las reglas del término trienal, pues, se reitera, a la luz del sistema de seguridad social es una prerrogativa que, al ser el reemplazo o subsidio de la prestación de vejez, tiene un contenido de amparo contra ese riesgo, en tanto le permite a quien por distintas dificultades de la vida no alcanza a pensionarse, reclamar el pago de los aportes realizados en su vida laboral, con el propósito de administrarlos y mitigar la desprotección a la que se enfrenta por no contar con una prestación periódica.

Es por ello, que tal concepto debe recibir el mismo tratamiento de las pensiones desde el punto de vista de su esencia no prescriptible y su conexión con la realización de otros principios y derechos fundamentales, máxime que resulta coherente afirmar que así como el pago de aportes a pensión puede reclamarse a cualquier empleador en todo tiempo, igual ocurre con la devolución de las cotizaciones, que valga la pena, señalar, aunque son del sistema, dejan de serlo una vez el afiliado no cumple con los requisitos pensionales y manifiesta su imposibilidad de seguir cotizando. De manera, que se convierte en una cuestión de justicia, pues no solo ayudó a construir el capital con su trabajo, sino que también al desaparecer el fin para el cual se sufragaron esos aportes –alcanzar la pensión- es natural que pretenda su reintegro.

Por lo anterior, tales argumentos imponen a la Sala avalar la tesis de la imprescriptibilidad del derecho a la indemnización sustitutiva y, en consecuencia, recoge el criterio jurisprudencial expuesto en las sentencias CSJ SL 26330, 15 may. 2006 y CSJ SL 36526, 23 jul. 2009.

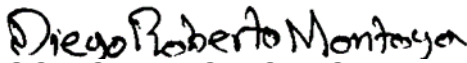
RESUELVE

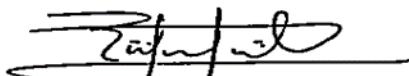
PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y ocho Laboral del Circuito de Bogotá, únicamente en el sentido de indicar que el valor de la indemnización sustitutiva de la pensión a favor del demandante, debidamente actualizado a marzo de 2019 asciende a **\$23.874.953.**

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia consultada, proferida por el Juzgado Treinta y ocho Laboral del Circuito de Bogotá, conforme lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: SIN COSTAS en el grado jurisdiccional de consulta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020

**TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL.**

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO SUMARIO PROMOVIDO POR LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL - DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES -DIAN- CONTRA EPS FAMISANAR S.A.S. (RAD. 2021-01594-01).

En Bogotá D.C., a los dos (02) días del mes de noviembre de dos mil veintiuno (2021), estando la Sala de Decisión reunida se procede a dictar de plano 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 EPS FAMISANAR S.A.S., contra la sentencia proferida por la Superintendencia de Salud, el pasado 04 de febrero de 2021 (fls. 33-37), en la que se resolvió:

“PRIMERO: RECONOCER personería Jurídica al doctor JAIRO ANTONIO MORENO MONSALVE, identificado con cédula de ciudadanía No. 79.599.250 del Consejo Superior de la Judicatura, en calidad de apoderado general de FAMISANAR EPS y el doctor NADIN ALEXANDER RAMIREZ QUIROGA, identificado con cédula de ciudadanía número 79.451.833 y portador de la tarjeta profesional No. 95.661 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderado de la UAE DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES-DIAN.

SEGUNDO: ACCEDER a las pretensiones de la demanda presentada por el apoderado especial de la UNIDAD ESPECIAL ADMINISTRATIVA DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES –DIAN, en contra de FAMISANAR EPS, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

TERCERO: ORDENAR a FAMISANAR EPS S.A.S. pagar a la U.A.E DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES –DIAN, la suma de OCHENTA Y DOS MIL SETENTA Y TRES PESOS (\$82.073) m/cte, dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

CUARTO: ORDENAR a FAMISANAR EPS S.A.S., efectuar el pago de los intereses moratorios a favor de la U.A.E DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y

ADUANAS NACIONALES-DIAN, los cuales deberán ser liquidados a la tasa de interés moratorio establecida para los tributos administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales desde el día 16 de diciembre de 2016, hasta la fecha del pago total de la obligación; pago que deberá realizarse dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de ésta providencia.

QUINTO: ADVERTIR *que la presente providencia puede ser impugnada para que de ella conozca, en segunda instancia, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL – SALA LABORAL- CORRESPONDIENTE AL DOMICILIO DEL APELANTE; impugnación que deberá interponerse ante este Despacho, dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación, de conformidad con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 modificado por el parágrafo primero del artículo 6 de la Ley 1949 de 2019.*

SEXTO: NOTIFICAR *la presente sentencia, enviando copia de la misma al apoderado especial de la entidad DEMANDANTE a los correos electrónicos: nadindian2019@gmail.com; y notificacionesjudicialesdian@dian.gov.co y a las demandadas a la dirección registrada ante la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación.*

PARAGRAFO: *Cuando la notificación de esta providencia no pueda realizarse al demandante, por correo electrónico o por correo certificado, por razones no imputables a este despacho, la providencia judicial se publicará en la página web de la entidad.”*

Inconforme con la decisión, el apoderado de la parte demandada –EPS FAMISANAR S.A.S., interpuso recurso de apelación (CD. folio 41 b), solicitando se revoque la sentencia de primera instancia, bajo el argumento de que su representada no mantiene deuda alguna por concepto de incapacidades con la demandante.

Adujo que no realizó el pago de la incapacidad objeto de reclamo por que en sus sistemas no aparece registro de la misma en el periodo comprendido del 21 de julio de 2016 al 23 de julio de 2016, precisó que ante esta circunstancia era obligación del empleador haber radicado la incapacidad en las fechas antes mencionadas, no siendo admisible atribuirle a la demandada el pago de una obligación cuando han transcurrido más de tres años para el cobro.

Reprochó la condena por intereses moratorios, considerando que no es viable por cuanto era obligación del empleador el registro de la incapacidad reclamada y porque ese concepto está afectado por el fenómeno prescriptivo conforme lo dispone el art. 488 del CST.

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

Sea lo primero señalar, que la Sala Laboral de esta Corporación tiene competencia para dirimir el fondo del presente asunto, en virtud de las funciones jurisdiccionales otorgadas a la Superintendencia Nacional de Salud en el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, modificada por el artículo 6 de la Ley 1949 de 2019, en concordancia con el artículo 116 de la Constitución Política¹.

Constituyeron los anhelos de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL - DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES -DIAN- se ordene la EPS FAMISANAR S.A.S., el reconocimiento y pago de la incapacidad generada al señor CESAR AUGUSTO VALENCIA CARVAJAL, por la suma de \$82.067 más los intereses moratorios que se generen desde la fecha del pago de la incapacidad y hasta que efectivamente se realice el desembolso, a la tasa establecida en el art. 4 del Decreto 1281 de 2002.

Como sustentó fáctico a las pretensiones, el extremo actor invocó los hechos que se resumen así (fl. 2 y vto.):

- El funcionario CESAR AUGUSTO VALENCIA CARVAJAL presta sus servicios en la UAE DIAN desde el 23 de enero de 2013, desempeñando el cargo de GESTOR I Código 301 Grado 01, en el grupo interno de trabajo de gestión, control y servicio-División de gestión de atención al cliente-Dirección seccional de impuestos de Bogotá-Nivel Local.
- Que el mencionado Servidor Público se encontraba afiliado a la Empresa Promotora de Salud EPS FAMISANAR S.A.S.

¹ Sobre el tema, la Corte Constitucional al declarar la exequibilidad del citado artículo 41 por los cargos allí estudiados, en sentencia C-119 de 2008, con ponencia del Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA, concluyó que “...las decisiones judiciales de la Superintendencia Nacional de Salud serán apelables ante las Salas Laborales de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, como superiores jerárquicos de los jueces que fueron desplazados por la referida entidad administrativa de su función de decidir en primera instancia”.

- El funcionario público utilizó los servicios médicos prestados por EPS FAMISANAR S.A.S generándose una licencia por enfermedad general de (03) días, desde el 21 de julio de 2016 al 23 de julio de 2016.
- La entidad reclamante pagó al funcionario el salario correspondiente a la licencia por enfermedad general.
- Solicitó el reembolso de la licencia mediante oficio del 04 de noviembre de 2016 ante la EPS FAMISANAR S.A.S.

Admitida la demanda (fol. 23 y vto) se corrió traslado a la accionada para que se pronunciara frente a los hechos de la demanda.

Dentro del término concedido, la encartada emitió respuesta (fl. 41b medio magnético) oponiéndose a las pretensiones argumentando, no le asiste responsabilidad en el reconocimiento de la incapacidad reclamada por cuanto no aparece registrada en su sistema, siendo obligación del empleador la respectiva radicación y aunado a ello indicó que no es procedente el pago total de la incapacidad por cuanto los primeros dos días debe asumirlos el empleador.

Frente a la pretensión por intereses moratorios alegó que no sería procedente acceder a su reconocimiento, porque la radicación de la incapacidad era una obligación que debía asumir el empleador.

De tal manera, conforme los supuestos facticos señalados, y el acervo probatorio recaudado, la Juzgadora inicial resolvió acceder a las pretensiones invocadas por la DIAN, mediante providencia del 04 de febrero de 2021 (fls. 33-36).

Como fundamento de su decisión consideró que en el trámite procesal logro acreditarse que: i) el funcionario CESAR AUGUSTO VALENCIA se encontraba afiliado al SGSS, en calidad de cotizante dependiente al momento de la expedición de la incapacidad deprecada; ii) no se evidenció que la EPS haya suspendido por mora la afiliación y la prestación de los servicios de salud, en los dos meses anteriores a la incapacidad objeto de reclamo; iii) cumplió con el requisito de haber cotizado un mínimo de 28 días de manera ininterrumpida y completa en el mes anterior; iv) el empleador cumplió con la carga de reconocer y cancelar las incapacidades en favor de su trabajador.

De los hechos acreditados infirió que se dio cumplimiento a lo reglado en el Decreto 780 de 2016 y por ende ordenó el reembolso de la licencia por enfermedad general reclamada, por valor de \$82.072 pesos m/cte.

Igualmente profirió condena por concepto de intereses moratorios regulados en el art. 2.2.3.1 del Decreto 780 de 2016, dado el incumplimiento de la EPS llamada a juicio.

En este orden, en virtud del principio de consonancia, procede la Sala a resolver el objeto de las impugnaciones, en los puntos concretos objeto de censura, pues recuérdese que son los recurrentes quienes delimitan el ámbito sobre el cual ha de recaer la decisión de segunda instancia (*tantum devolutum quantum appellatum*).

Así las cosas en primer lugar, es del caso señalar, no es objeto de controversia en esta instancia los siguientes supuestos fácticos determinados por el *a quo*, frente a los cuales no se formuló reparo alguno en la alzada:

- i) Que el señor CESAR AUGUSTO VALENCIA CARVAJAL presta sus servicios en calidad de servidor público para la UAE-DIAN² desde el 23 de enero de 2013, desempeñando el cargo de Gestor I, Código 301, Grado 01 en el Grupo Interno de Trabajo Gestión, Control y Servicio-División de Gestión de Atención al Cliente-Dirección Seccional de Impuestos de Bogotá-Nivel Local, hecho que se ratifica a folio 8.
- ii) Que E.P.S FAMISANAR S.A.S. expidió a favor del trabajador mencionado en precedencia una licencia por enfermedad general por el término de 3 días, para el periodo comprendido entre el 21 de julio de 2016 al 23 de julio de 2016 (fl.5).

Bajo tal entendido y considerando los puntos objeto de censura, corresponde a la Sala determinar: i) Si es procedente ordenar el pago de la incapacidad emitida al funcionario CESAR AUGUSTO VALENCIA CARVAJAL, en favor de la demandante UAE-DIAN; ii) si la demandada está obligada a pagar intereses moratorios y en caso afirmativo determinar iii) Si operó el fenómeno prescriptivo respecto de los intereses moratorios.

² Unidad Administrativa Especial-DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES-DIAN.

En este orden, a efecto de resolver la primera de las inconformidades planteadas en la alzada, consistente en que la encartada insiste en la improcedencia del pago de la incapacidad en favor de la actora bajo el argumento de la omisión de su radicación, es menester traer a colación lo dispuesto en el Parágrafo 1º del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999, modificado por el Decreto 2943 de 2013, compilado en el artículo 3.2.1.10 del Decreto Único Reglamentario 780 de 2016, que dispone:

“PARÁGRAFO 1º. En el Sistema General de Seguridad Social en Salud serán a cargo de los respectivos empleadores las prestaciones económicas correspondientes a los dos (2) primeros días de incapacidad originada por enfermedad general y de las Entidades Promotoras de Salud a partir del tercer (3) día y de conformidad con la normatividad vigente. “En el Sistema General de Riesgos Laborales las Administradoras de Riesgos Laborales reconocerán las incapacidades temporales desde el día siguiente de ocurrido el accidente de trabajo o la enfermedad diagnosticada como laboral. “Lo anterior tanto en el sector público como en el privado”.

Ahora, en lo tocante a la responsabilidad a cargo del empleador el artículo 121 del Decreto 19 del 2012, estableció:

“El trámite para el reconocimiento de incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad o paternidad a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, deberá ser adelantado, de manera directa, por el empleador ante las entidades promotoras de salud, EPS. En consecuencia, en ningún caso puede ser trasladado al afiliado el trámite para la obtención de dicho reconocimiento. “Para efectos laborales, será obligación de los afiliados informar al empleador sobre la expedición de una incapacidad o licencia.”

Dimana de lo anterior, que si bien el empleador solo debe estar a cargo de los 2 primeros días de incapacidad y la EPS de los subsiguientes cierto es que tal premisa, no releva al empleador de la obligación legal de adelantar de forma directa ante la EPS el trámite para el reconocimiento y pago de la respectiva incapacidad, sin que sea dable trasladar al afiliado tal responsabilidad, siendo obligación de este informar al empleador sobre la expedición de la respectiva incapacidad.

Descendiendo al caso en estudio, a folio 5 se encuentra plenamente acreditado que en la IPS COLSUBSIDIO CIUDAD ROMA, en virtud de la atención por urgencias recibida por el señor CESAR AUGUSTO VALENCIA CARVAJAL 21 de julio de 2016, a razón de una infección intestinal³, le fue expedida una incapacidad por el término de 3 días del 21 de julio de 2016 al 23 de julio de 2016.

³ Clasificación internacional de enfermedades CIE-10, Código A-083: INFECCIONES INTESTINALES DEBIDAS A VIRUS Y OTROS ORGANISMOS ESPECIFICADOS.

De lo anterior, no existe duda alguna que conforme a las disposiciones legales el reconocimiento y pago del tercer día de incapacidad corresponde sufragarlo a la EPS demandada - siendo ello el objeto de reclamo de la actora y no los tres días como asevera el recurrente - quien no puede sustraerse de su obligación por la omisión de transcripción de la incapacidad que fuera dada en su momento por el médico tratante del demandante, por ser esta una mera formalidad.

La Corte Constitucional⁴ enseñó que la transcripción es considerada como:

“el acto mediante el cual un funcionario competente, traslada al formato único oficial la incapacidad o licencia ordenada por médico u odontólogo tratante en ejercicio legal de su profesión pero no adscrito al ISS” o EPS. “Este hecho debe registrarse en la historia clínica del paciente, anexando a ésta, los documentos que soportan el acto.”

Ahora el Ministerio de Salud ha conceptualizado que sobre este tema no existe una norma que regule de forma expresa este procedimiento⁵:

“En este orden de ideas, el auxilio de incapacidad según lo dispone la Ley 100 de 1993 y el Decreto 806 de 1998, antes señalados, en concordancia con lo establecido en el artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo, reemplazarían el salario o ingreso económico dejado de percibir por aquél trabajador dependiente, inhabilitado por su condición de salud para continuar prestando sus servicios como lo venía haciendo, de manera que dicho auxilio le permita su procura existencial, criterios igualmente aplicables a los trabajadores independientes. Una vez sea verificado el cumplimiento o no de los requisitos para acceder a la citada prestación, los cuales se encuentran dispuestos en el artículo 214 del Decreto 1804 de 1999 y en el numeral 15 del artículo 3 del Decreto 047 de 20006 , modificado por el artículo 9 del Decreto 783 del mismo año, procederá su reconocimiento y pago.

De conformidad con la anterior normativa, debe señalarse que la regla general en el - SGSSS-, es que la incapacidad sea reconocida por la EPS, una vez ésta es expedida por el profesional adscrito o perteneciente a la misma. En el evento de que la incapacidad sea concedida por un profesional de la salud ajeno a la EPS, ésta deberá ser transcrita. Hecha la aclaración anterior, debe indicarse que no existe una norma que regule de forma expresa lo que constituye la transcripción de incapacidades, sin embargo, por ésta siempre se ha entendido aquél trámite en virtud del cual la EPS traslada al formato oficial de la entidad el certificado expedido por el médico u odontólogo en ejercicio legal de su profesión, pero no autorizado por la EPS para hacerlo.”

De cara a lo anterior el trámite de transcripción sólo tiene por objeto que el usuario ponga en conocimiento de la EPS la incapacidad generada, es importante tener en cuenta que las empresas promotoras de salud se encuentran vinculadas al criterio médico de los profesionales de la salud y a las órdenes que expida el médico tratante

4 Corte Constitucional T- 279/12.

5 Concepto con radicado No 2-2014-062508, No 201511600608621, No 20131160110761.

sea o no adscrito a su red prestadora de salud, en la medida que se considera que dicho médico es quien conoce de manera detallada la condición de salud del paciente y es la persona capacitada para decidir con base en criterios científicos cual es el tratamiento más eficaz para conjurar la enfermedad que aqueja a su paciente.

En ese orden de ideas, la Sala concluye que no constituye razón suficiente la esgrimida por la EPS para negarse al reconocimiento y pago de la incapacidad reclamada por la demandante, en la medida que no puede perderse de vista que con las pruebas aportadas se acreditó que: i) la incapacidad⁶ fue expedida por un médico perteneciente a la IPS COLSUBSIDIO CIUDAD ROMA, centro médico adscrito a la EPS demandada⁷; ii) desde el 17 de noviembre de 2016⁸ tuvo conocimiento de ella, por reclamación presentada por la UAE-DIAN momento a partir del cual debió surtir el proceso de transcripción y proceder al pago, trámite que también pudo haber efectuado con la notificación de la demanda y no lo hizo.

Así las cosas, los argumentos esbozados por FAMISANAR, no son válidos ni razonables para negar el reembolso aquí reclamado, por lo que se confirmará la decisión recurrida.

- De los intereses moratorios

En lo que atañe a la procedencia de los intereses moratorios, se debe tener en cuenta el artículo 24 del Decreto 4023 de 2011 donde se dispone:

“Artículo 24. Pago de prestaciones económicas. A partir de la fecha de entrada en vigencia de las cuentas maestras de recaudo, los aportantes y trabajadores independientes, no podrán deducir de las cotizaciones en salud, los valores correspondientes a incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad y/o paternidad.

*El pago de estas prestaciones económicas al aportante, será realizado directamente por la EPS y EOC, a través de reconocimiento directo o transferencia electrónica en un plazo no mayor a cinco (5) días hábiles contados a partir de la autorización de la prestación económica por parte de la EPS o EOC. **La revisión y liquidación de las solicitudes de reconocimiento de prestaciones económicas se efectuara dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la solicitud del aportante.***

En todo caso, para la autorización y pago de las prestaciones económicas, las EPS y las EOC deberán verificar la cotización al Régimen Contributivo del SGSSS, efectuada por el aportante beneficiario de las mismas.

⁶ Folio 5.

⁷ <https://www.famisanar.com.co/directorio-medico/>

⁸ Folios 6-7.

Parágrafo 1°. La EPS o la EOC que no cumpla con el plazo definido para el trámite y pago de las prestaciones económicas, deberá realizar el reconocimiento y pago de intereses moratorios al aportante, de acuerdo con lo definido en el artículo 4° del Decreto 1281 de 2002.”

Pues bien, de acuerdo a lo anterior, resulta procedente la condena por intereses moratorios, por cuanto dicha sanción deriva de la condena en el reconocimiento y pago de la incapacidad, destacando que la negativa de la EPS demandada no se encontró justificada en fundamentos legales pues su defensa giró principalmente en torno a establecer que no había evidencia de su trámite ante esa entidad, pese a que como se vio, la incapacidad fue expedida por un médico perteneciente a una de las IPS adscritas a FAMISANAR y adicional a ello fue objeto de reclamo,⁹ y en esa medida se ha de confirmar la condena impuesta por este concepto, no existiendo más puntos de inconformidad respecto a este punto.

- De la excepción de prescripción.

Finalmente en lo que respecta a la prescripción, ha de señalarse que esta es una excepción que debe alegarse y plantearse por la parte interesada, condicionada a que se formule en la debida oportunidad procesal, pues no hacerlo conlleva la desnaturalización del medio exceptivo en contravía de derechos constitucionales tales como el derecho de defensa y el debido proceso.

Teniendo en cuenta lo expuesto encuentra esta Sala, la excepción de prescripción no fue propuesta en la contestación a la demanda¹⁰ y en esa medida no hay lugar a ocuparse de definir su procedencia, pues ese medio exceptivo, junto con el de la compensación y la nulidad relativa, debe ser expresamente alegado al contestar la demanda, de conformidad con lo previsto en el artículo 282 del CGP¹¹, y en armonía con lo previsto en el artículo 31 del CPTSS¹²; en esa medida no le es dable a esta Corporación estudiarla o declararla de oficio, hacerlo sería contrariar el artículo 2513 del Código Civil que preceptúa:

⁹ Folio 6.

¹⁰ CD Folio 41, archivo 1-2019-196317.

¹¹ “ARTÍCULO 282. RESOLUCIÓN SOBRE EXCEPCIONES. En cualquier tipo de proceso, cuando el juez halle probados los hechos que constituyen una excepción deberá reconocerla oficiosamente en la sentencia, salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa, que deberán alegarse en la contestación de la demanda.

Cuando no se proponga oportunamente la excepción de prescripción extintiva, se entenderá renunciada.”

¹² “ARTICULO 31. FORMA Y REQUISITOS DE LA CONTESTACION DE LA DEMANDA. <Artículo modificado por el artículo 18 de la Ley 712 de 2001. El nuevo texto es el siguiente: > La contestación de la demanda contendrá:

(...)

6. Las excepciones que pretenda hacer valer debidamente fundamentadas”

“ARTICULO 2513. NECESIDAD DE ALEGAR LA PRESCRIPCION. El que quiera aprovecharse de la prescripción debe alegarla; el juez no puede declararla de oficio. (...)” (Negrilla y Subrayas de la Sala).

En ese mismo sentido, una decisión en la orientación que pretende la recurrente, desconocería el principio de congruencia según el cual la sentencia debe estar en consonancia con los hechos y pretensiones de la demanda, y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieran sido propuestas si así lo exige la ley, que es precisamente lo sugerido por la apoderada de la pasiva en su recurso, al intentar adicionar supuestos sobre los que no versó el debate.

Sobre la necesidad de alegar oportunamente la excepción de prescripción, vale la pena traer a colación lo dicho por la Corte Suprema de Justicia en sentencia CSJ SL5239-2016, reiterada, entre otras, en la decisión CSJ SL2674-2019, en la que se indicó:

“(...) La jurisprudencia de la sala lo ha repetido sin variación desde más de medio siglo como lo expresara en sentencia SL de octubre 31 de 1960:

Si por ministerio de la ley, la prescripción debe ser expresamente invocada, puesto que siempre deja subsistir la obligación natural, que sobre la conciencia gravita, es obvio que si no es propuesto el recurso extintivo dentro del tiempo hábil predeterminado por el ordenamiento, el prescribente (sic) no puede ser oído sin inferir agravio al derecho. La regla moral, en efecto, no es contraria a la regla jurídica, y la prescripción no alegada en tiempo es como si jamás se hubiere cumplido. Subsiste la obligación así en el campo jurídico como en el simplemente natural.”

En tal sentido, como ya se dijo, no puede ahora la Sala adentrarse al estudio de un asunto que no hizo parte de la discusión planteada por la encartada, debiendo guardarse fidelidad al debate que sobre el mismo desplegaron las partes.

Agotada la competencia de esta Sala por el estudio de los motivos de apelación, lo que se sigue es la confirmación de la sentencia apelada, de acuerdo a lo aquí expuesto.

SIN COSTAS en esta instancia.

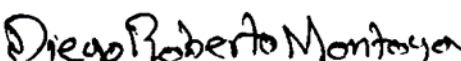
En mérito de lo expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

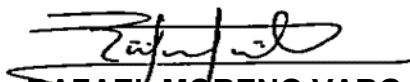
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, por las razones aquí expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020