TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL

BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

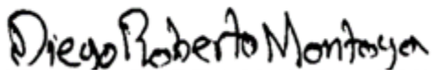
PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR HITLER CAMILO NORATO GÓNZALEZ CONTRA VICTOR MAURICIO GARCIA SALAMANCA (RAD. 01 2019 00554 01).

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

AUTO

Se reconoce personería adjetiva al abogado **LUIS ALEJANDRO TAPIAS QUINTERO** como apoderado sustituto de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por **MARIA CAMILA RIOS OLIVEROS**, en su calidad de representante legal de la sociedad **TABOR ASESORES LEGALES S.A.S.**

Igualmente, se reconoce personería adjetiva a la abogada **LORENA PAOLA CASTILLO SORIANO**, como apoderado sustituto de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.** en los términos y para los efectos del poder conferido por **ANDRÉS FELIPE CHÁVEZ ALVARADO,** como abogados adscrito a la sociedad **GODOY CORDOBA ABOGADOS S.A.S.**



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

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

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del grado jurisdiccional de Consulta en favor del demandante, contra la sentencia proferida por el Juez 41 Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 28 de febrero de 2023, en la que se resolvió (*25GrabacionAudiencia.mp4, récord 44:18):*

> ***"PRIMERO: ABSOLVER** al demandado **VÍCTOR GARCÍA SALAMANCA,** de todas y cada una de las pretensiones de la demanda elevadas por **HITLER CAMILO NORATO GONZÁLEZ,** por las razones expuestas en la parte motiva de la sentencia.*
>
> ***SEGUNDO: RELEVARSE** del estudio de las excepciones elevadas por las demandadas.*
>
> ***TERCERO**: **CONDENAR** en las costas, incluidas las agencias en derecho, al demandante y a favor del demandado en la suma única de **$1.160.000.***
>
> ***CUARTO**: En caso de no ser apelada la sentencia, se ordena remitir el proceso a la Sala laboral del Tribunal Superior de Bogotá en grado jurisdiccional de consulta a favor del demandante.".*

La ausencia de apelación contra la providencia anterior justifica la presencia de las diligencias en esta Corporación, a efectos de que se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte actora, a lo cual se procede previa la constatación de inexistencia causal de nulidad que invalide lo actuado y conforme las siguientes:

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante, señor HITLER CAMILO NORATO GÓNZALEZ, las pretensiones relacionadas a páginas 1 a 3 del archivo 07, las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos expuestos en las páginas 4 y 5 ibidem, encaminadas a:

1. Que en virtud de la primacía de la realidad por encima de la forma, se declare que entre el demandante señor **VICTOR MAURICIO GARCIA SALAMANCA** y el demandante **HITLER CAMILO NORATO GONZALEZ,** existió un contrato de trabajo verbal a término indefinido.
2. Que se declare que los extremos de dicha relación laboral se dieron entre el día 23 de abril de 2015 y el 02 de mayo de 2018, fecha en que el empleador sin justa causa la dio por terminada.
3. Que se declare que el cargo que desempeñó mi poderdante, fue el administrador del local comercial de propiedad del demandado.
4. Que se declare que el último salario percibido fue de **UN MILLON OCHOCIENTOS MIL PESOS M/CTE ($1.800.000)** mensual.
5. Que se declare que el demandado **VICTOR MAURICIO GARCIA SALAMANCA** es responsable de todas las obligaciones laborales a pagar a favor del demandante **HITLER CAMILO NORATO GONZALEZ**, causadas durante la relación laboral, en el monto que resulte probado en el proceso.

Consecuente con ello, pidió:

1. Se condene al demandado señor **VICTOR MAURICIO GARCIA SALAMANCA** a reconocer y pagar a favor de mi mandante **HITLER CAMILO NORATO GONZALEZ**, la sanción por despido injusto de que trata el artículo 64 del CST y SS
2. Se condene al demandado señor **VICTOR MAURICIO GARCIA SALAMANCA** a reconocer y pagar a favor de mi mandante **HITLER CAMILO NORATO GONZALEZ** el valor que resulte probado por concepto de indemnización de que trata el artículo 65 del CST y SS, por no haber consignado en su oportunidad las prestaciones sociales a que tenía derecho.
3. Se condene al demandado señor **VICTOR MAURICIO GARCIA SALAMANCA** a reconocer y pagar a favor de mi mandante **HITLER CAMILO NORATO GONZALEZ**, el valor que resulte probado por concepto de prima de servicios a que tenía derecho, durante el tiempo que durara la relación laboral.

4. Se condene al demandado señor **VICTOR MAURICIO GARCIA SALAMANCA** a reconocer y pagar a favor de mi mandante **HITLER CAMILO NORATO GONZALEZ**, el valor que resulte probado por concepto de vacaciones no pagadas a que tenía derecho, durante el tiempo que durara la relación laboral.

5. Se condene al demandado señor **VICTOR MAURICIO GARCIA SALAMANCA** a reconocer y pagar a favor de mi mandante **HITLER CAMILO NORATO GONZALEZ**, el valor que resulte probado por concepto de horas extras diurnas a que tenía derecho durante el tiempo que durara la relación laboral.

6. Se condene al demandado señor **VICTOR MAURICIO GARCIA SALAMANCA** a reconocer y pagar a favor de mi mandante **HITLER CAMILO NORATO GONZALEZ**, el valor que resulte probado por concepto de horas nocturnas a que tenía derecho durante el tiempo que durara la relación laboral.

7. Se condene al demandado señor **VICTOR MAURICIO GARCIA SALAMANCA** a reconocer y pagar a favor de mi mandante **HITLER CAMILO NORATO GONZALEZ**, el valor que resulte probado por concepto de horas dominicales a que tenía derecho durante el tiempo que durara la relación laboral.

8. Se condene al demandado señor **VICTOR MAURICIO GARCIA SALAMANCA** a reconocer y pagar a favor de mi mandante **HITLER CAMILO NORATO GONZALEZ**, el valor que resulte probado por concepto de horas nocturnas a que tenía derecho durante el tiempo que durara la relación laboral.

9. Se condene al demandado señor **VICTOR MAURICIO GARCIA SALAMANCA** a reconocer y pagar a favor de mi mandante **HITLER CAMILO NORATO GONZALEZ**, el valor que resulte probado por concepto de horas extras nocturnas a que tenía derecho durante el tiempo que durara la relación laboral.

10. Se condene al demandado señor **VICTOR MAURICIO GARCIA SALAMANCA** a reconocer y pagar a favor de mi mandante **HITLER CAMILO NORATO GONZALEZ**, el valor que resulte probado por concepto de horas dominicales a que tenía derecho durante el tiempo que durara la relación laboral.

11. Se condene al demandado señor **VICTOR MAURICIO GARCIA SALAMANCA** a reconocer y pagar a favor de mi mandante **HITLER CAMILO NORATO GONZALEZ**, el valor que resulte probado por concepto de cesantías a que tenía derecho, durante el tiempo que durara la relación laboral.

12. Se condene al demandado señor **VICTOR MAURICIO GARCIA SALAMANCA** a reconocer y pagar a favor de mi mandante **HITLER CAMILO NORATO GONZALEZ**, el valor que resulte probado por concepto de intereses a las cesantías a que tenía derecho, durante el tiempo que durara la relación laboral.

13. Se condene al demandado señor **VICTOR MAURICIO GARCIA SALAMANCA** a reconocer y pagar a favor de mi mandante **HITLER CAMILO NORATO GONZALEZ** la indemnización de que trata el artículo 230 del CST y SS., por omitir el suministro de dotaciones durante todo el tiempo en que se ejecutó la relación laboral.

14. Se condene al demandado señor **VICTOR MAURICIO GARCIA SALAMANCA** a reconocer y pagar a favor de mi mandante **HITLER CAMILO NORATO GONZALEZ** la indemnización moratoria que se encuentra contemplada en el numeral 3 del artículo 99 de la ley 50 de 1990, por no haber realizado la consignación de las cesantías.

15. Se condene al demandado señor **VICTOR MAURICIO GARCIA SALAMANCA** a reconocer y pagar a favor de mi mandante **HITLER CAMILO NORATO GONZALEZ** los valores que debió consignar al Sistema de Seguridad Social en salud, riesgos profesionales y pensiones.

16. Se condene al demandado señor **VICTOR MAURICIO GARCIA SALAMANCA** a reconocer y pagar a favor de mi mandante **HITLER CAMILO NORATO GONZALEZ** las costas, gastos, agencias en derecho y demás emolumentos a que haya lugar.

Obtuvo sentencia de primera instancia desfavorable por cuanto se absolvió al demandado VICTOR MAURICIO GARCIA SALAMANCA de todas y cada una de las pretensiones incoadas, el *a quo* se relevó del estudio de las excepciones formuladas y se condenó en costas al demandante.

Lo anterior tras considerar la *a quo*, del material probatorio es fácil colegir que el promotor de esta actuación no satisfizo el presupuesto mínimo e indispensable de prestación de servicios a favor del demandado para que operara en su favor la presunción prevista en el artículo 24 del Código Sustantivo de Trabajo, así mismo, dio por no acreditada la carga probatoria prevista en el artículo 167 del Código General del Proceso, citando al efecto, la decisión de la CSJ con radicado No. 36540 del 9 de agosto de 2009 y ponencia del Magistrado Doctor Luis Javier López Osorio, donde señaló: "*Esta resolución no significa que el demandante*

queda relevado de otras cargas probatorias, le atañe acreditar otros relevantes dentro de esta reclamación de derechos, como por ejemplo, el extremo temporal de la relación, el monto de salario, su jornada laboral, el trabajo en tiempo suplementario, el hecho del despido cuando se demanda la indemnización de la terminación del vínculo, entre otros".

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

De conformidad con lo anterior, la controversia que se trae a los estrados apunta a determinar si entre el señor HITLER CAMILO NORATO GÓNZALEZ y el señor VICTOR MAURICIO GARCIA SALAMANCA, existió un contrato de trabajo entre el 23 de abril de 2015 al 02 de mayo de 2018, advirtiéndose, el juez de primera instancia no encontró demostrada la existencia del vínculo laboral entre las partes al no encontrar probada la prestación del servicio por el demandante en las fechas incoadas en el libelo.

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

Pues bien, así las cosas, corresponde en primer lugar a la Sala definir si en autos reposa prueba de la prestación de servicios que alega el actor desplegó y, de ser así, dada la ventaja probatoria consagrada en el artículo 24 del C. S. del T., se podría presumir la existencia de un contrato de trabajo entre el señor HITLER CAMILO NORATO GÓNZALEZ y el señor VICTOR MAURICIO GARCIA SALAMANCA, correspondiendo por tanto a este último desvirtuar su existencia. Al respecto, puede consultarse la sentencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, dictada dentro del radicado 32701[1]. Igualmente, se puede acudir al

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

A juicio de la Sala, la anterior interpretación del artículo 24 que hizo el ad quem, no ofrece reparo alguno, pues esa es la intelección genuina que se desprende del texto legal, cuya finalidad no es otra que aliviar la

contenido de la sentencia CSJ SL547-2023, donde expresó: "***Acreditada la prestación personal del servicio, se presume la existencia de la subordinación laboral, por tanto, corresponde al empleador desvirtuarla demostrando que el trabajo se realizó de manera autónoma e independiente****.". (Negrilla de la Sala).*

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

Acatando lo anterior, procede la Sala con el análisis del acervo probatorio vertido en autos sin que pueda destacarse una prueba al respecto, nótese, el demandante como pruebas relacionó únicamente 3 testimonios de los cuales solo uno compareció al proceso.

Ahora, el único testigo recaudado, señor **LUIS FERNANDO NORATO GONZÁLEZ** (récord 13:25, archivo 25), relató: "Somos hermanos, él trabajó con el demandado porque pues nosotros por ejemplo mi mamá y mis padres trabajaron en Corabastos y nosotros siempre tuvimos una relación en abastos y mi hermano siempre trabajó en la papa y trabajó con el señor Mauricio, yo lo visitaba porque somos hermanos y yo sé dónde trabajaba él, trabajaba en la bodega de papa con el señor Mauricio, eso fue como a mediados del 2016-2017, la verdad no tengo presente bien la fecha. no me acuerdo pero más o menos en el 2017, no me acuerdo muy bien la fecha pero él trabajó antes de la pandemia, fue para esa época 2019-2020 no tengo presente bien, nos contaba que ganaba como $1'800.000 a $2'000.000, era más que todo, tentativamente ese era el sueldo, él siempre cubría los gastos de la casa con mi mamá y todo entonces pues por eso sabíamos nosotros el salario de él, porque él era quien pagaba las cosas de la casa y mantenía a mi mamá, él tuvo un accidente laboral ahí, como en una pierna y él se pegó como con un "burrito" con los que colocan la papa. Se pegó ahí y tuvo una herida bastante fuerte como en el 2016 aproximadamente. Él compraba y vendía papa, compraba pues a los cosecheros y le vendía a los proveedores, los clientes, como la parte administrativa, la parte de compra y venta, él siempre se ha desempeñado en eso, comprar y vender papa en la bodegas, siempre fue el trabajo de él, de administrador, de venta y compra de papá, mi hermano me

---

carga probatoria que normalmente pesaría sobre el trabajador de demostrar los elementos que configuran el contrato de trabajo, esto como medida protectora de la parte débil en la relación laboral."

comentaba que él trabajaba con eso, pues yo pasaba a veces a visitarlo, a veces iba y lo recogía pero no todas las veces, pero pues me consta.

Él no hacía ningún pago de esos de aportes, porque cuando él tuvo el accidente, a mí me tocó correr con los gastos de la clínica, llevarlo a varios sitios privados para que le arreglaran, le dieran atención médica. Él no tenía seguro, pues cuando nosotros empezamos a llevarlo al médico nos dimos cuenta que no tenía ni EPS, ni pensión, ni ARL, él estaba desprotegido totalmente, el demandado le dijo que no volviera pues porque como él ya estaba enfermo y no le servía, cuando él llegó a la casa contó que lo echaron, yo no estaba ahí pero pues como lo devolvieron del trabajo, él estaba enfermo, le dolía y él le pidió permiso al demandado o que lo afiliara y él nunca le ayudó, siempre se negó a prestar ayuda, por la situación que él estaba pasando fue demasiado terrible, porque por ejemplo llegaba a caminar algo y se le estallaban las venas, eso fue muy traumático, ósea fue demasiado fuerte, no estaba diagnosticado, no había atención médica, fue demasiado fuerte para nosotros como familia, pues imagínese, ya casi le amputaba la pierna, porque ahí deben haber fotografías y todo y pues la persona con la que él trabajaba, imagínese el jefe de él y no ser capaz de haberlo afiliado y salud pues si fue muy fuerte para nosotros y además que lo echara, eso fue lo peor, porque mi mamá depende de él y todo porque mi mamá es una persona de la tercera edad y pues imagínese todo lo que está pasando. Él estuvo trabajando en esas condiciones como año y medio, un año, él estuvo trabajando con esas condiciones, no siempre enfermo, esas heridas son muy difíciles de curar y como él no estaba diagnosticado, él no tenía atención médica, uno no se sabía lo que él tenía, a veces se iba desde las 12 de la noche, llegaba aproximadamente a las 11 de la mañana todos los días, él trabajaba todos los días en Corabastos, a veces le tocaba quedarse porque llegaba papa o tenían que despachar y a veces le tocaba quedarse hasta las 2 de la tarde, yo conozco al demandado porque yo lo veía en la bodega cuando yo a veces iba donde mi hermano y a veces él iba a la peluquería donde nosotros lo atendimos".

Así las cosas, del análisis del medio de convicción recaudado, valorado bajo las reglas de la sana critica, pues recuérdese que la decisión se funda en la libre formación del convencimiento del fallador (artículo 61 del *C.P.L.),* sin que existan tarifas probatorias o pruebas irrefutables, advierte esta Sala de decisión, la misma resulta precaria para acreditar la prestación del servicio por parte del señor HITLER CAMILO NORATO GÓNZALEZ en favor del demandado en el periodo comprendido del **23 de abril de 2015 al 02 de mayo de 2018**, pues no se aportó un medio de convicción diferente que apoye la versión dada por el demandante; pues si bien en los hechos de la demanda adujo que laboró para el enjuciado de

manera continua e ininterrumpida, lo cierto es que no se acreditó que el señor HITLER CAMILO prestara los servicios en las fechas reseñadas como administrador de un local. Precisamente, el deponente quien es hermano del actor no conoce con exactitud las condiciones, pues solo visitó al demandante en algunas ocasiones, así como nunca trabajó o tenía contacto regular en Corabastos para verificar si hubo o no prestación continua del servicio a favor del demandado, señor VICTOR MAURICIO GARCIA SALAMANCA. Puntualmente, el testigo conoce que el señor HITLER CAMILO prestaba servicios cargando y vendiendo papa, pero nada pudo informar frente a una relación con el demandado, no siendo posible con esta única prueba tener por cierto lo dicho en la demanda. Además, el deponente se contradijo en su declaración al reseñar diferentes fechas ya que primero indicó que los servicios prestados fueron entre el 2016 y 2017 y luego entre el 2019 y 2020, contrariando lo expuesto en la demanda al perseguirse un contrato de 2015 al 2018.

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

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

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

Sin COSTAS en esta instancia.

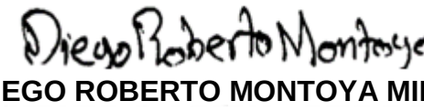
En mérito de lo expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C**., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

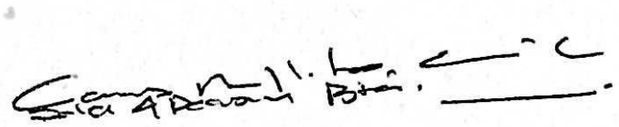
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 41 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones aquí expuestas.

SEGUNDO: Sin COSTAS en esta instancia.

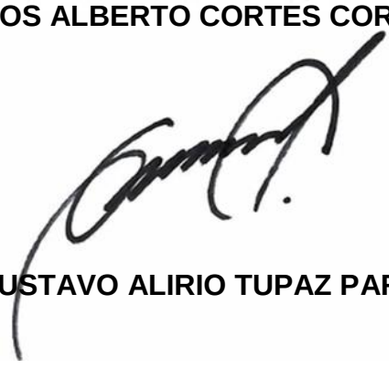
NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN



CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MARISOL VELA CASTRO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. (RAD. 01 2020 00640 01)

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

AUTO

Se reconoce personería adjetiva a la abogada **AMANDA LUCIA ZAMUDIO VELA** como apoderada sustituta de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por **MARIA CAMILA RIOS OLIVEROS**, en su calidad de representante legal de la sociedad **TABOR ASESORES LEGALES S.A.S.**

Igualmente, se reconoce personería adjetiva a la abogada **LORENA PAOLA CASTILLO SORIANO**, como apoderado sustituto de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.** en los términos y para los efectos del poder conferido por **ANDRÉS FELIPE CHÁVEZ ALVARADO**, como abogados adscrito a la sociedad **GODOY CORDOBA ABOGADOS S.A.S**.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

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

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de desatar el recurso de apelación interpuesto por las demandadas PORVENIR y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, contra la sentencia

proferida por el Juez Primero (1°) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 4 de julio de 2023 *(Audio archivo 27 récord 1:41:02*), en la que se resolvió:

> *"**PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia del traslado del régimen pensional de la demandante Marisol vela Castro, identificada con la cédula de ciudadanía 51705649 a través del fondo administrado por porvenir SA y protección SA conforme lo expuesto en precedencia.*
>
> ***SEGUNDO: ORDENAR** a Colpensiones autorizar el traslado de la señora Marisol Vela Castro, identificada con la cédula de ciudadanía 51705649 al régimen de prima MEDIA, con prestación definida en las mismas condiciones pensionales que tenía al momento de haber sido trasladada al RAIS conforme a lo expuesto en la parte motiva de la presente decisión judicial.*
>
> ***TERCERO: ORDENAR** a Porvenir S.A. y Protección S.A trasladar con destino a Colpensiones los aportes efectuados por la demandante Marisol Vela Castro en condiciones civiles indicadas en el régimen de ahorro individual con solidaridad, junto con todos los rendimientos financieros, frutos e intereses a que haya lugar, el bono pensional, los gastos de administración y lo indicado en esta decisión judicial y lo que tiene que ver con prima de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y los porcentajes destinados a formar el fondo de garantías mínimas y valores utilizados en seguros previsionales, debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades por el tiempo en que la aquí demandante estuvo afiliada a cada una de las administradoras de fondos de pensiones sin que le sea dable efectuar descuento alguno a la cotización total realizada por la accionante, conforme lo expuesto en la parte motiva este pronunciamiento.*
>
> ***CUARTO: DECLARAR** que Colpensiones puede obtener por las vías judiciales pertinentes el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional de la aquí demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.*
>
> ***QUINTO: DECLARAR** no probadas las excepciones formuladas por las demandadas, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.*
>
> ***SEXTO: SIN COSTAS** para las partes en esta instancia".*

Inconforme con la decisión PORVENIR señala no estar de acuerdo con la declaratoria de la ineficacia, toda vez que su representada, sí cumplió con ese deber de información para el año 1994, pues se le dio información a la demandante que le sirvió para considerar, trasladarse o no al fondo privado, en ese entonces Colpatria, recibiendo una asesoría que de acuerdo al interrogatorio de parte si existió por parte de Colpatria, pues se le indicó sobre el sistema pensional, lo que lo diferenciaba con el Instituto de Seguros Sociales en el Régimen de Prima Media, toda vez que se le informó que sus aportes pensionales iban a tener un rendimiento.

Por ende, considera sí se le dio información a la demandante que la llevó a firmar ese formulario de afiliación, por lo que con su firma daba fe de que en efecto había recibido asesoría y pues que había habido un acompañamiento previo y que quería

que su administradora fuera Colpatria para el año 1994, por lo tanto, considera que no hay lugar a que no se respete esta voluntad de las partes.

Precisa que la demandante se encuentra es inconforme con el fondo privado porque su mesada pensional no va a ser tan buena como lo podría ser en Colpensiones y el hecho de que no esté conforme con su valor de la mesada pensional, no da lugar a que se utilice esta figura de la ineficacia, sumado a que después de 28 años no se le puede obligar a los fondos a probar a esa información más cuando han transcurrido todos esos años y la decisión tomada por la actora se ratificó con sus cotizaciones, permanencia y posterior traslado.

Por otro lado, aduce que no es viable que se le imponga a Porvenir, que ya no es la administradora que tiene los recursos de la demandante a devolver dineros que no tiene, pues no tiene aportes, no tiene rendimientos, no tiene ningún otro concepto y de los gastos de administración y seguros, no recibió ningún, toda vez que en sentido estricto, no fue la administradora que vinculó a la demandante para el año 1994 sino fue otra compañía que ya por los movimientos comerciales y demás se convirtió en Porvenir desde el 2012.

Finalmente señala que tampoco se le puede condenar a devolver indexados los valores, pues no es la llamada a esa devolución de dineros. (Audio archivo 27 récord 1:43:14[1])

---

[1] **PORVENIR:** Gracias señor juez, estando en este momento en procesal, pues interpongo el recurso de apelación en contra de esta sentencia de manera integral en todo lo que dispuso en esta declaratoria de Ineficacia de traslado de régimen pensional que efectuó la demandante con mi representada en Colpatria para el año 1994 y para lo cual pues expongo estos argumentos para que sean estudiados por el Tribunal.

En primer lugar, en cuanto pues a está en ineficacia debo señalar pues, de que no estoy de acuerdo con la decisión, toda vez que considero que pues aquí no da lugar, pues a esa figura, toda vez que mi representada, pues sí cumplió con este deber de información, para el año 94 pues se le dio información a la demandante que le sirvió para considerar, trasladarse o no hacerlo al fondo privado, en ese entonces Colpatria, para eso la demandante, pues recibió una asesoría, asesoría que de acuerdo al interrogatorio de parte si existió, sí existió por parte de Colpatria, donde pues se le dio información referente a este sistema pensional, de cuáles era pues esas consecuencias y esas condiciones de este sistema pensional que lo diferenciaba con el Instituto de Seguros Sociales Régimen de Prima Media, toda vez que si se le informó pues que sus aportes pensionales iban a tener un rendimiento, también pues de que pudiera realizar aportes adicionales a pensión, situación que lo diferencia del Instituto de los seguros sociales se le dio a conocer que en efecto tenía derecho, pues a un bono pensional, bono pensional, pues que sean los aportes que había realizado en el Instituto de Seguros Sociales pues no se van a perder, sino pues iban a ser parte del fondo privado y pues iba a servir para su mesada, también el tema, pues de esos beneficiarios que pues en caso de fallecer, pues podían trasladarse estos dineros, en estos aportes con estos rendimientos, pues a sus beneficiarios, entre otras, por lo que considero señores magistrados que si hablamos de la información otorgada para el año 94, pues sí se le dio información a la demandante que la llevo pues a firmar este formulario de afiliación, formulario de afiliación, el cual es claro, pues de que se trata de un traslado de régimen pensional que la demandante con su firma daba fe, pues de que en efecto había recibido asesoría que no solamente le habían dicho firmes y no pues que había habido un acompañamiento previo y que pues quería que su administradora, pues fuera Colpatria para el año 94, por lo tanto, considero que no hay lugar pues a que no se respete esta voluntad de las partes de que se declare esta ineficacia y contrario es que sí se le debe respetar la voluntad de la de las partes en ese momento para el año 94, voluntad que puede decirse que se

COLPENSIONES manifestó no compartir el criterio del despacho por cuanto la declaración de ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual, conlleva consecuencias que afectan el patrimonio de la entidad, porque si bien es cierto, existe un criterio jurisprudencial en la Corte Suprema de

---

mantuvo en el tiempo con las debidas cotizaciones que efectuó con el traslado posterior que realizó por la falta de reclamó que es así, la tenía ante los fondos privados. Tenemos que en ningún momento elevó alguna solicitud, algún reclamo de cómo se realizó su traslado a régimen pensional, aquí tenemos señores magistrados que la persona, en efecto, se encuentra es inconforme con el fondo privado porque su mesada pensional no va a ser tan buena como lo podría ser en Colpensiones, como lo manifestó en su interrogatorio de parte, situación pues que es general en ese tipo de ineficacias de traslados de régimen pensionales, que seguramente tiene el fondo privado, fueron superior, pues estaríamos hablando pues de que estarían conformes con este sistema y que por supuesto se querían pensionar acá en este fondo de pensiones, por lo tanto, no puede exigirse, señores magistrados, que para el año 94 y considero que en el fallo así se solicita, pues de que obligaciones o deberes que nacieron con posterioridad a 1994.

Para el año 1994 tenemos de que en efecto se respetó ese derecho de libre elección del régimen pensional, como lo indica la ley 100, el Decreto 663 del 93 a la demandante se le respeta esa libre elección, otorgándole información, dándole pues a conocer o manifestarle si como era este sistema pensional y ella en su libre albedrío decide firmar este formulario de afiliación por lo tanto se cumple con la carga para el año 1994, con la carga del deber de información para el año 1994.

También, pues, de que la demandante no solo recibió, pues una asesoría, tenemos que para el año 94, como lo indicó, para recibió también otros acompañamientos de otros fondos privados que en últimas decidió, pues vincularse con Colpatria, porque seguramente le pareció mejor o era un mejor fondo para dicho momento.

Tenemos ahí asesorías, tenemos que para el año 99 recibe otra por parte de protección, hace un nuevo traslado que permite ver que en efecto se encontraba conforme ya solamente en la actualidad, como lo indiqué es que no se encuentra conforme sencillamente porque no está de acuerdo con su valor de su mesada pensional y el hecho de que no esté conforme con su valor de la mesada pensional, pues no, que no da lugar a que se utilice esta figura, el ineficacia, señalar que no recibió información por parte del fondo privado pues, en efecto, sí la recibió, aunado, tampoco resulta justo, señores magistrados que después de más de 28 años de vinculación, pues que se le obligue a los fondos a que entren a probar este deber de información o que se allegue documento diferente o cualquier otra prueba al formulario de afiliación, cuando lo cierto, pues es que en transcurrido muchos años y que la decisión adoptada por la demandante, insisto, si se ratifica con los años, con sus cotizaciones, con su permanencia y con su posterior traslado aunado, tenemos señores magistrados que la demandante en la actualidad quiere trasladarse a Colpensiones, pero que no conoce cómo son las condiciones de financiación en ese sistema, solamente quiere trasladarse porque un amigo o conocidos del trabajo le dijeron que tenía que trasladarse porque colpensiones pensiona mejor, pero pues de eso no se trata el deber de información, de jugar con el valor del monto o no, cuando pues, en efecto, si se quiere trasladar de sistema es porque conoce cómo es el régimen de prima media, no solamente conocer el valor de la mesada, sino cómo se obtiene ese valor de la mesada, situación que la demandante desconoce por completo, entonces considero que no da lugar a que se haya declarado, pues una ineficacia del traslado régimen pensional y aunado que se le imponga a porvenir, ya no es la administradora que tienen los recursos de la demandante a devolver dineros que no tiene, no tiene aportes, no tiene rendimientos, no tiene ningún otro concepto y de los gastos de administración y seguros, insisto que porvenir no recibió ningún porcentaje, ningún porcentaje de estos gastos, ningún porcentaje de estos seguros, toda vez que porvenir en sentido estricto, no fue la administradora que vinculó a la demandante para el año 94 o su aparato, o como su empresa no fue quien la vinculó, sino fue otra compañía que ya por los movimientos comerciales y demás se convirtió en porvenir, estamos hablando que ya fue desde el año 2012, año 2012, en que ya fue Colpatria, horizonte y luego porvenir para el año 2012, pero en ningún momento entonces tuvo los recursos de la demandante. Entonces resulta injusto que esta administradora, en este caso particular, con esta situación en que aconteció pues tenga que devolver dineros que no tiene y que nunca administró.

Por lo tanto, le solicito señores magistrados, pues que se revoque esta decisión de esta ineficacia o en caso de que se confirme, entonces absuelva a porvenir s.a. de devolver, pues estos dineros, como lo indicó el señor juez en el fallo de instancia, que no se condene a mi representado a devolver los gastos, seguros y que no se condene a devolver indexados, insisto porvenir, pues no es la llamada a tener que devolver estos dineros de conformidad, pues con esta ineficacia de traslado de régimen pensional. De esta forma, señores magistrados, dejaría sustentado mi recurso de Apelación, muchas gracias.

Justicia, no es menos cierto que debe analizarse cada caso en particular, señalando la demandante no puede estar exonerada de su deber de ilustrarse frente a la decisión de un cambio de régimen pensional, esto de acuerdo con el Decreto 2241 del año 2010, que establece expresamente cuáles son las obligaciones del afiliado del sistema general de pensiones como también el pronunciamiento de la Corte Constitucional, sentencia C -242 del año 2009, respecto al tema de la sostenibilidad financiera del sistema pensional y el mismo principio constitucional contemplado en el artículo 48, adicionado por el artículo primero del acto legislativo 01 del 2005, donde se indica que debe primar el principio del interés general sobre el interés particular por cuanto dicha decisión o dicha declaración de ineficacia va a afectar el patrimonio público, ya que la hoy demandante, realizó de manera individual su ahorro y no financió las pensiones del régimen de prima media, es decir, su propio ahorro será insuficiente para financiar su propia pensión, solicitando se revoque el fallo de primera instancia. (Audio archivo 27 récord 1:51:48[2])

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

CONSIDERACIONES

[2] **COLPENSIONES:** Gracias, su Señoría me permito expresamente interponer el recurso de apelación contra el fallo que se acaba de proferir, toda vez que no se comparte el criterio del despacho por cuanto la declaración de ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual, conlleva consecuencias que afectan el patrimonio de la entidad que represento colpensiones, porque si bien es cierto, existe un criterio jurisprudencial en la Corte Suprema de Justicia, no es menos cierto que debe analizarse cada caso en particular.

La hoy demandante no puede estar exonerada de su deber de ilustrarse frente a la decisión de un cambio de régimen pensional, esto de acuerdo con el Decreto 2241 del año 2010, que establece expresamente cuáles son las obligaciones del afiliado del sistema general de pensiones. Ahora bien, la hoy demandante tampoco está disminuida en su capacidad para celebrar actos y contratos y, teniendo en cuenta que de su elección dependería su futuro pensional, es decir, fue negligente frente a este aspecto, y más cuando existen herramientas o mecanismos legales para dejar sin efecto en forma oportuna la afiliación del régimen de ahorro individual y no lo hizo. Tales mecanismos como el retracto y la recesión.

Así mismo, es menester tener en cuenta el pronunciamiento de la Corte Constitucional, sentencia C 242 del año 2009, magistrado ponente del doctor Mauricio González Cuervo respecto al tema de la sostenibilidad financiera del sistema pensional y el mismo principio constitucional contemplado en el artículo 48, adicionado por el artículo primero del acto legislativo número 1 del 2005, debo reiterar y recalcar que debe primar el principio del interés general sobre el interés particular por cuanto dicha decisión o dicha declaración de ineficacia va a afectar el patrimonio público, por cuanto la hoy demandante, realizó de manera individual su ahorro y no financió las pensiones del régimen de prima media, es decir, su propio ahorro será insuficiente para financiar su propia pensión.

Por lo tanto, con dicha declaración se está vulnerando los principios constitucionales de la solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del sistema de Seguridad Social en pensiones, esto de acuerdo con la sentencia C 1024 del año 2004 y la SU 062 del año 2010, en consecuencia, pues debo solicitar a los señores magistrados del Tribunal Superior de Bogotá se revoque el fallo de primera instancia y en su lugar, se absuelva de todas y cada una de las pretensiones incoadas en la demanda. Muchas gracias.

Constituyeron los anhelos de la demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de subsanación de la demanda (Exp. Digital «*Archivo07»,* páginas 6 y 7), las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (páginas 4 a 6, ibidem), aspirando principalmente se declare la nulidad de la afiliación efectuada del RPM al RAIS ante la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR, en consecuencia se ordene a PROTECCIÓN retornar todos los valores que hubiere recibido como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses y rendimientos, a COLPENSIONES a recibirla en el RPM y a mantenerla como afiliada sin solución de continuidad, costas y agencias en derecho, condenas *ultra y extra petita*. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró la ineficacia del acto de traslado del régimen, ordenándose a la AFP PORVENIR y PROTECCIÓN, trasladar con destino a Colpensiones los aportes efectuados por la demandante en el régimen de ahorro individual con solidaridad, junto con todos los rendimientos financieros, frutos e intereses a que haya lugar, el bono pensional, los gastos de administración, prima de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los porcentajes destinados a formar el fondo de garantías mínimas y valores utilizados en seguros previsionales, debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades por el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a cada una de las administradoras de fondos de pensiones sin que le sea dable efectuar descuento alguno a la cotización total realizada por la accionante y declaró que Colpensiones puede obtener por las vías judiciales pertinentes el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional de la aquí demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

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 la demandante al momento del traslado.

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

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

Así las cosas, en el expediente se registra como fecha de nacimiento de la actora el **27 de agosto de 1963** (Página 70, archivo 02, expediente digital), por lo que la edad de 57 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2020, procediendo a solicitar su traslado mediante la peticiòn elevada ante COLPENSIONES el 23 de abril del 2020 y ante PORVENIR y PROTECCIÓN el 8 de julio del 2020 (Páginas 92 a 98, 103 a 109 y 124 a 129, ibidem), esto es, cuando se encontraba a menos de 10 años para adquirir el derecho pensional -tenía 56 años; y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1º de abril de 1994[4]-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con 534.86[5] semanas (pág. 68 *«archivo17.pdf»*), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

Ahora, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de

---

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

[4] Laboraba en ARCESA LTDA. conforme historia laboral de Protección (Archivo 02, pág. 79)

1994

ARCESA LTDA 1006145931

Mes	Ingreso base de cotización	Valor cotización obligatoria	Días cotizados
1994/01	$298,110	---	31
1994/02	$298,110	---	28
1994/03	$298,110	---	31
1994/04	$298,110	---	30
1994/05	$298,110	---	31
1994/06	$298,110	---	30
1994/07	$298,110	---	31
1994/08	$298,110	---	1

[5]

HISTORIA HASTA 31/03/1994

LABORADOS		LICENCIAS / MORAS		SIMULTANEOS	
Días	Semanas	Días	Semanas	Días	Semanas
3744	534.86	0	0.00	0	0.00

TOTALES : LABORADOS-LICENCIAS-SIMULTANEOS

DIAS: 3744 SEMANAS: 534.86

HISTORIA TOTAL

LABORADOS		LICENCIAS / MORAS		SIMULTANEOS	
Días	Semanas	Días	Semanas	Días	Semanas
3894	556.29	0	0.00	0	0.00

TOTALES : LABORADOS-LICENCIAS-SIMULTANEOS

DIAS: 3894 SEMANAS: 556.29

El número de semanas se calculó con días calendario

Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el **2 de agosto de 1994 con fecha de efectividad 01 de septiembre de 1994** (*páginas 22 y 31, archivo 15 del expediente digital*»), por afiliación que hiciera a COLPATRIA hoy PORVENIR S.A., específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP expedido por ASOFONDOS y el formulario de afiliación suscrito con esa AFP.

Así las cosas, parte la Sala por indicar, las entidades encargadas de la administración y dirección de los diferentes regímenes pensionales tienen el deber de garantizar que existió una decisión informada y que ésta fue verdaderamente autónoma, libre, voluntaria y consciente por parte del afiliado; además, tal información debe ser objetivamente verificable, en el entendido que aquél debe conocer los riesgos del traslado, pero a su vez, los beneficios que aquel le reportaría, de otro modo no puede explicarse el cambio de un régimen al otro.
En efecto, la jurisprudencia que sobre el particular ha dejado sentada la Corporación de cierre de esta jurisdicción, ha entendido que la expresión «*libre y voluntaria*» contenida en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, supone necesariamente el conocimiento, lo que sólo es posible alcanzar cuando se saben a conciencia las consecuencias de una decisión de esta envergadura.

Frente al tema, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ SL12136, radicación No. 46.292 de 2014, enseñó:

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

> *se le respete el régimen de transición, indiscutiblemente, como se anotó, surge la perentoriedad de estudiar los elementos estructurales para que el mismo opere, es decir, debe constatar que el traslado se produjo en términos de eficacia, para luego, determinar las consecuencias propias»*.

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

En consecuencia, no solo es menester demostrar la existencia del traslado, sino que impone verificarse que este acto se produjo bajo el presupuesto de la libertad informada, pues de no cumplirse con dicho presupuesto, se incurriría en un vicio que invalidaría dicho acto jurídico, lo que trae como consecuencia o efecto, retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, con ineficacia *ex tunc*[6], en los términos del artículo 1746 del Código Civil, ante la inexistencia de una norma distinta que de manera explícita regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico.

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

> *«(…)*
> *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 CSJ SL1948-2021 tuvo la oportunidad de precisar que la consecuencia de la inobservancia del deber de información debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (*vuelta al status quo ante*, art. 1746 CC). Así, discurrió:

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

> *nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues el legislador expresamente consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL3464-2019, y especialmente la CSJ SL4360-2019)».*

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

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

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

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

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

---

[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".

SL1421-2019, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1689-2019, destacando de la referida sentencia CSJ SL1452 de 3 de abril de 2019, los siguientes apartes:

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

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

---

"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».

Sala, con ninguno de los medios de prueba acopiados en el expediente se acredita el suministro de información a la accionante cuando efectuó el tránsito entre regímenes en los términos aquí referidos, pues en manera alguna se evidencia en el plenario que se le informó sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la accionante (Audio archivo 27, récord: 17:57), contrario a lo afirmado por Porvenir en su alzada, no acreditan de manera a alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que a la empresa llegaron varios asesores de diferentes AFP indicándole que el ISS se iba acabar y lo mejor era que se traslada a un fondo privado, señalándole que podía hacer aportes voluntarios y que cada aporte que realizaba le iba a generar unos rendimientos, como también el bono pensional que recibiría del ISS tendría mayor rentabilidad, afirmando que no fue informada sobre las ventajas o desventajas de dicho traslado.

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

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a COLPATRIA hoy PORVENIR (página 31, Archivo 15 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 CSJ SL12136-2014 y CSJ SL1689-2019 y, en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus,* pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser

verificado a través de otros medios de convicción, que se advierten ausentes en el plenario.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el fondo de pensiones demandado proporcionara a la afiliada una suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna información sobre las reales implicaciones de abandonar el régimen de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras. No obstante, esa administradora, PORVENIR S.A. 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 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 en punto a los argumentos de apelación de PORVENIR, el deber de información existe desde la misma creación de las administradoras de fondos de pensiones. Al respecto, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, tal como se dejó sentado de manera precedente, ha explicado de forma detallada y reiterada que el deber de información subsiste desde la implementación del Sistema Integral de Seguridad Social en Pensiones y, por ende, se estableció en cabeza de los fondos privados el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que puedan tomar decisiones informadas.

Así, por ejemplo, en sentencia CSJ SL1688-2019 reiterada en la CSJ SL3708-2021 y CSJ SL3199-2021, entre muchas otras, expuso lo siguiente:

> ***«1. El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones: Un deber exigible desde su creación***
>
> ***1.1 Primera etapa: Fundación de las AFP. Deber de suministrar información necesaria y transparente.***
> *El sistema general de seguridad social en pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del otorgamiento de diferentes tipos de prestaciones. Con este fin, la Ley 100 de 1993 diseñó un sistema complejo de protección pensional dual, en el cual, bajo las reglas de libre competencia, coexisten dos regímenes: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), administrado por el Instituto de Seguros Sociales,*

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

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

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

…

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

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

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

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

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

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

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR S.A. antes COLPATRIA S.A. omitió en el momento del traslado de régimen **(2 de agosto de 1994,** efectivo el **01 de septiembre de ese año)** el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia CSJ SL12136-2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

Por otro lado, con relación al hecho de permanecer la demandante en el RAIS por mucho tiempo -28 años-, a la que se ha hecho referencia por PORVENIR en su apelación, esta Sala de decisión se permite señalar a la impugnante, que como ya se refirió a lo largo de ésta providencia la información que se le debía suministrar a la demandante al momento de su traslado no fue acreditada por esa AFP razón por la cual no se puede entender como una ratificación de la voluntad de permanecer en el RAIS, como lo sugiere en la alzada.

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

Igualmente, es menester precisar, no tiene incidencia alguna que la 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 CSJ STL11385 del 18 de julio de 2017, radicado 47646.

Tampoco incide el hecho que la demandante hubiese efectuado traslados entre AFP (Porvenir y Protección), 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, situación que por demás no es ni fue objeto de litigio (página 70, archivo 17).

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

> *«Precisamente en este punto la Corte advierte que la opositora Old Mutual S.A. sugiere que la afiliación entre regímenes privados es un acto de relacionamiento que implica su voluntad de permanecer al RAIS. Si bien el Tribunal no acudió expresamente a este argumento, lo cierto es que destacó que el afiliado tuvo la oportunidad de trasladarse en el periodo de gracia que estableció la Ley 797 de 2003 para retornar a Colpensiones y no lo hizo, lo que a su juicio ratificaba su voluntad de continuar en el RAIS.*
>
> *Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.*
>
> *De modo que no es dable siquiera sugerir que los posteriores traslados entre administradoras pueden configurar un acto de relacionamiento capaz de ratificar la voluntad de permanencia en ellas, como se infiere de las decisiones de la Sala de Descongestión de esta Corte CSJ SL249-2022 y SL259-2022. Nótese que, conforme la perspectiva explicada, esa voluntad de permanencia en el RAIS es inane dado que no desvirtúa el incumplimiento del deber de información y además ubica la discusión en actuaciones que estarían respaldadas en un acto jurídico ineficaz, esto es, el del traslado inicial.*
>
> *Justamente lo anterior explica que la acción para demandar estos asuntos no sea la de nulidad -como también lo sugieren de forma equivocada aquellas providencias- sino la de ineficacia, en la cual, se reitera, lo relevante es determinar, sin más agregados, si la persona al momento de suscribir el acto de traslado de régimen pensional ha sido debidamente informada sobre las ventajas, desventajas y consecuencias de su traslado y permanencia en el RAIS.*

> *Por tanto, nuevamente se enfatiza que este es el precedente vigente y en vigor de la Sala de Casación Laboral de esta Corte, y recoge cualquier otro que le sea contrario, en especial el condensado en aquellas providencias»*.

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

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

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

En ese orden, la ineficacia del traslado de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado por parte de la administradora de pensiones PORVENIR y PROTECCIÓN (fondo actual al que se encuentra afiliada la actora) , del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, gastos de administración, seguros previsionales y fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados, como también la activación de su afiliación por parte de COLPENSIONES en el régimen de prima media con prestación definida, de tal manera se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto.

Debe precisarse, atendiendo el grado jurisdiccional de consulta en que se conoce el presente proceso en favor de COLPENSIONES, que se adicionará el ordinal tercero del fallo de primer grado, en cuanto a que tanto PORVENIR S.A. como PROTECCIÓN S.A. también deben devolver a COLPENSIONES, además de lo ordenado por la *a quo* las **comisiones** igualmente **indexadas**, por el tiempo en que la demandante estuvo aparentemente afiliada a esas administradoras, por virtud del restablecimiento de las cosas a su estado inicial.

Así lo consideró el órgano de cierre de esta jurisdicción en sentencia CSJ SL2877-2020 en la cual sostuvo:

> *«(…)*

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

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

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

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

> *«****Es cierto que dicho ajuste no hizo parte de las pretensiones de la demanda, pero también lo es que, pese a ello, su imposición oficiosa es perfectamente viable porque la indexación no comporta una condena adicional a la solicitada.***

> *En efecto, la indexación se erige como una garantía constitucional (art. 53 CP), que se materializa en el mantenimiento del poder adquisitivo constante de las pensiones, en relación con el índice de precios al consumidor certificado por el DANE. A su vez, el artículo 1626 del Código Civil preceptúa que «el pago efectivo es la prestación de lo que se debe», esto es, que la deuda debe cancelarse de manera total e íntegra a la luz de lo previsto en el artículo 1646 ibídem. De ahí que, si la AFP no paga oportunamente la prestación causada en favor del afiliado, pensionado o beneficiario, tiene la obligación de indexarla como único conducto para cumplir con los mencionados estándares de totalidad e integralidad del pago. Por tal motivo, es incompleto el pago realizado sin el referido ajuste cuando el transcurso del tiempo devaluó el valor del crédito.*

> *Ahora, la indexación no implica el incremento del valor de los créditos pensionales, ya que su función consiste únicamente en evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción del patrimonio de quien accede a la*

> *administración de justicia, causada por el transcurso del tiempo. Tampoco puede verse como parte de la mesada, puesto que no satisface necesidades sociales del pensionado, y menos como una sanción, ya que lejos de castigar al deudor, garantiza que los créditos pensionales no pierdan su valor real»* (Negrillas de la Sala).

En lo que atañe a la indexación de los gastos de administración, en un caso similar al de autos en el que se resolvió lo atinente a la ineficacia de traslado, el órgano de cierre de esta jurisdicción, en providencia CSJ SL3207, Radicación N° 83586 del 18 de agosto de 2020, indicó:

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

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

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

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

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

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

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

Sobre este aspecto, la Máxima Corporación ha expresado que las decisiones de declaratoria de ineficacia no lesionan «*el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los*

fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas» (Sentencia CSJ SL2877-2020).

En lo que atañe a la excepción de prescripción interpuesta por COLPENSIONES[8], a favor de quien se surte la consulta (página 19, *«Archivo 12»*), basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia CSJ SL1689-2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que, además, está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por la encartada, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

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

SIN COSTAS en esta instancia.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: ADICIONAR el ordinal **TERCERO** del fallo de primer grado, para ordenar a **PORVENIR S.A.** y a **PROTECCIÓN S.A.** devolver a **COLPENSIONES** además de lo ordenado por el Juez *a quo* las **comisiones** debidamente **indexadas** con cargo a sus propias utilidades, por el tiempo en que la demandante estuvo aparentemente afiliada a esas administradoras, conforme lo considerado.

SEGUNDO: DISPONER que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos conceptos deberán aparecer discriminados con sus

[8] *Se estudia la excepción solo a favor de COLPENSIONES en virtud de la consulta, por haber sido oportunamente propuesta al contestar la demanda, la cual se tuvo por contestada mediante auto 21 de noviembre de 2022 (Archivo 22).*

respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

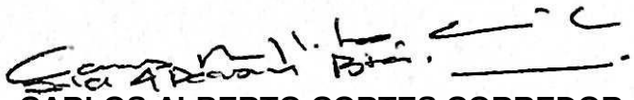
TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

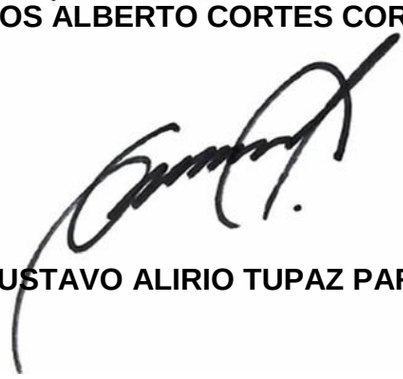
NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN



CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

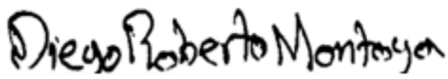
PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR LUIS FELIPE MAYOL ABONDANO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- y PORVENIR S.A. (RAD. 03 2022 00056 01).

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

AUTO

Se reconoce personería adjetiva al abogado **LUIS ALEJANDRO TAPIAS QUINTERO** como apoderado sustituto de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por **MARIA CAMILA RIOS OLIVEROS**, en su calidad de representante legal de la sociedad **TABOR ASESORES LEGALES S.A.S.**

Igualmente, se reconoce personería adjetiva a la abogada **LORENA PAOLA CASTILLO SORIANO**, como apoderado sustituto de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.** en los términos y para los efectos del poder conferido por **ANDRÉS FELIPE CHÁVEZ ALVARADO,** como abogado adscrito a la sociedad **GODOY CORDOBA ABOGADOS S.A.S.**



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

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

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en su favor, contra la sentencia proferida por el Juez 3°

Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 30 de marzo de 2023 *(Exp. Digital: audio archivo 12, récord: 1:12:04),* en la que se resolvió:

> *"ARTÍCULO PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA del traslado de Luis Felipe Mayol Abundano del régimen de prima media con prestación definida el régimen de ahorro individual con solidaridad, realizado el 13 de agosto de 1999 para entender válidamente vinculado al accionante en el régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, todo conforme a la parte motiva de esta providencia.*
>
> *ARTÍCULO SEGUNDO: CONDENAR a Porvenir S.A a trasladar a la administradora colombiana de pensiones Colpensiones, todos los valores que recibió con motivo de la afiliación del actor por concepto de cotizaciones obligatorias, bonos pensionales, en el caso de que ya se encuentren redimidos con todos los rendimientos financieros que produjo ese dinero mientras estuvo en su poder.*
>
> *De igual manera, deberá devolver los descuentos que hubiese realizado durante el tiempo de permanencia del demandante, por concepto de gastos de administración, de primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima con cargo a sus propios recursos, todo conforme a la parte considerativa de esta providencia.*
> *ARTÍCULO TERCERO: CONDENAR a la administradora colombiana de pensiones Colpensiones a que acepte y recibas los dineros provenientes de Porvenir SA para que proceda a activar la afiliación del actor como si nunca hubiera sido trasladado del Régimen de Prima media con prestación definida, y así mismo le actualice su historia laboral en semanas cotizadas.*
>
> *ARTÍCULO CUARTO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción propuesta por las demandadas.*
>
> *ARTÍCULO QUINTO, CONDENAR en costas junto con las agencias en Derecho a las demandadas, las cuales se tasan de la siguiente manera.*
>
> - *COLPENSIONES, la suma de DOS MILLONES DE PESOS ($2.000.000.oo), y PARA PORVENIR la suma de UN MILLÓN QUINIENTOS MIL ($1.500.000) PESOS todo conforme a la parte considerativa*
>
> *ARTÍCULO SEXTO: En caso de no ser apelada la presente decisión por la parte Demandada COLPENSIONES, CONSULTESE con el Superior en los términos del artículo 69 del C.P.T. y SS."*

Inconforme con la decisión COLPENSIONES[1] presenta recurso de apelación frente a la determinación de condenarla en costas, estimando que la negativa de

---

[1] **APODERADO COLPENSIONES (Récord 1:15:14)**

Muchas gracias, señor juez, de manera respetuosa, me permito, presentar recurso apelación proferido por el Despacho y esto porque pues expresa la entidad frente a la inconformidad de la condena en costas suscitada, pues estima Colpensiones que en este tipo de casos únicamente se ha tenido a esa capacidad legal palmaria, contenida en la Ley 797 de 2003 de recibir en el régimen de Prima media a solicitantes afiliados a otro fondo, cuando están estos próximos a cumplir un requisito de edad para acceder a una eventual pensión de vejez, como es el caso del señor Demandante Luis Felipe, lo que desembocó en el presente litigio, siendo así Colpensiones totalmente respetuosa con el imperio de la ley, por lo cual no debería, por lo menos suscitarse ningún tipo de condenas en contra la entidad y por lo mismo debería revocarse dicha condena. Igualmente, los demás apartes del proceso que se pudo por lo menos constatar el señor demandante en ningún momento se vio obligado a abandonar el seguro social y tampoco a escoger un fondo privado específico únicamente, y se trasladó por la coyuntura, pues ya relacionada, para el año 99 y permaneció en el régimen de ahorro

la entidad de recibir al demandante en dicho régimen se sostuvo en el impedimento legal establecido en la Ley 797 del 2003, esto la proximidad del actor de cumplir el requisito de edad para acceder a una eventual prestación pensional de vejez, de modo que se atuvo al imperio de la ley.

Expresa que el accionante en ningún momento fue obligado a afiliarse a un fondo privado especifico ni abandonar el antiguo ISS, sumado a que mostró nulo interés en regresar al régimen de prima media con prestación definida, permaneciendo en el RAIS por más de 20 años ratificando su deseo de permanencia y estadía en dicho régimen, por lo que estima no se dan los presupuestos que conlleven a la ineficacia del traslado.

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda (*Páginas 2 y 3, del archivo 1 expediente digital),* las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (*Páginas 3 a 5, ibidem),* aspirando de manera principal se declare la ineficacia de la afiliación realizada a Porvenir, en consecuencia se condene a dicho fondo a trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y sin descontar ninguna suma por concepto de gastos de administración, se ordene a COLPENSIONES a recibirlo y afiliarlo de nuevo como si su traslado nunca se hubiere dado, costas y agencia en derecho, condenas *ultra y extra petita*. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado, efectuado por el señor Luis Felipe Mayol Abundano del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de PORVENIR, ordenando a la AFP a trasladar a la administradora colombiana de pensiones COLPENSIONES, los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con el bono pensional y

---

individual con solidaridad por más de 20 años, ratificando así su ánimo de permanencia y estadía en el Régimen de Ahorro individual por un lapso siempre por lo menos considerable.

Así las cosas, estima Colpensiones, que para la entidad no están dados los presupuestos que llevan a una ineficacia del traslado y a recibir el demandante, Luis Felipe Mayol Abondano en el régimen de Prima Media y espera que el Honorable Tribunal revea la determinación y modifique la misma. Muchas gracias, señor juez.

los rendimientos, gastos de administración, seguros previsionales y el porcentaje destinado a constituir la garantía de pensión mínima con cargo a sus propios recursos, ordenando a Colpensiones aceptar y recibir el dinero proveniente de Porvenir activando la afiliación del accionante como si nunca se hubiere trasladado de régimen y así mismo actualizar la 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 el demandante al momento del traslado, precisando no le explicó las consecuencias que conlleva el cambio de régimen.

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

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía del demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 13 de abril de 1961 *(Página 434, Archivo 4 expediente digital)*, por lo que la edad de 62 años, la cumpliría el mismo día y mes del año 2023, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 23 de julio del 2021 *(páginas 45 y 46, Archivo 01 del expediente digital)*, esto es, cuando se encontraba a menos de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1º de abril de 1994 -, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con 594 semanas cotizadas al sistema

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

que *(Historia Laboral válida para bono pensional Archivo 6 expediente digital página 66 y 67),* por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo, como bien lo señala Colpensiones en su apelación.

HISTORIA LABORAL

HISTORIA VALIDA PARA BONO

HISTORIA LABORAL MASIVO ISS/COLPENSIONES 1967 - 1994

NIT/PATRONAL	PATRONAL: 1008204155 (11 - FACTURACION CAN)	NOMBRE EMPLEADOR	CASTELLANOS M ALVARO

Novedad	Fecha Desde	Fecha Hasta	SS	IVM	Salario	Errores/Observaciones
LABORAL	01/09/1982	31/12/1982	S	S	$ 7,470	
LABORAL	01/01/1983	31/12/1983	S	S	$ 9,480	
LABORAL	01/01/1984	31/03/1984	S	S	$ 11,850	
LABORAL	01/04/1984	30/04/1984	S	S	$ 14,610	

NIT/PATRONAL	PATRONAL: 1000103991 (11 - FACTURACION CAN)	NOMBRE EMPLEADOR	AGRICOLA LOS ARBOLES LTDA

Novedad	Fecha Desde	Fecha Hasta	SS	IVM	Salario	Errores/Observaciones
LABORAL	11/05/1984	30/06/1984	S	S	$ 21,420	
LABORAL	01/07/1984	31/01/1985	S	S	$ 41,040	
LABORAL	01/02/1985	28/02/1986	S	S	$ 47,370	
LABORAL	01/03/1986	15/09/1986	S	S	$ 79,290	

NIT/PATRONAL	PATRONAL: 1006404775 (11 - FACTURACION CAN)	NOMBRE EMPLEADOR	MONSALVE BRANDO S A

Novedad	Fecha Desde	Fecha Hasta	SS	IVM	Salario	Errores/Observaciones
LABORAL	11/09/1986	01/12/1986	S	S	$ 47,370	

HISTORIA LABORAL MASIVO ISS/COLPENSIONES POSTERIOR A 1994

NIT/PATRONAL	NIT: 860005223	NOMBRE EMPLEADOR	TEXAS PETROLEUM COMPANY

Novedad	Fecha Desde	Fecha Hasta	SS	IVM	Salario	Errores/Observaciones
LABORAL	01/01/1995	31/05/1995	S	S	$ 2,072,000	
LABORAL	01/06/1995	31/12/1995	S	S	$ 2,378,680	
LABORAL	01/01/1996	31/12/1996	S	S	$ 2,842,000	
LABORAL	01/01/1997	31/12/1997	S	S	$ 3,440,000	
LABORAL	01/01/1998	31/12/1998	S	S	$ 4,076,519	
LABORAL	01/01/1999	31/01/1999	S	S	$ 4,077,000	
LABORAL	01/02/1999	08/08/1999	S	S	$ 4,729,000	

HISTORIA NO VALIDA PARA BONO

HISTORIA LABORAL MASIVO ISS/COLPENSIONES 1967 - 1994

NIT/PATRONAL	PATRONAL: 29000600013 (16 - CONVALIDADOS Y DECRETO 1642/95)	NOMBRE EMPLEADOR	TEXAS PETROLEUM COMPANY

Novedad	Fecha Desde	Fecha Hasta	SS	IVM	Salario	Errores/Observaciones
LABORAL	01/12/1986	31/12/1986	S	S	$ 316,265	3027,
MORA	01/12/1986	31/12/1986	S	S	$ 316,265	3027,
LABORAL	01/01/1987	31/12/1987	S	S	$ 382,523	3027,
MORA	01/01/1987	31/12/1987	S	S	$ 382,523	3027,
LABORAL	01/01/1988	31/12/1988	S	S	$ 474,405	3027,
MORA	01/01/1988	31/12/1988	S	S	$ 474,405	3027,
LABORAL	01/01/1989	31/12/1989	S	S	$ 607,808	3027,
MORA	01/01/1989	31/12/1989	S	S	$ 607,808	3027,
LABORAL	01/01/1990	31/12/1990	S	S	$ 766,568	3027,
MORA	01/01/1990	31/12/1990	S	S	$ 766,568	3027,
LABORAL	01/01/1991	31/12/1991	S	S	$ 1,014,629	3027,
MORA	01/01/1991	31/12/1991	S	S	$ 1,014,629	3027,
LABORAL	01/01/1992	30/04/1992	S	S	$ 1,286,753	3027,
MORA	01/01/1992	30/04/1992	S	S	$ 1,286,753	3027,

NIT/PATRONAL	PATRONAL: 1009100007 (12 - SISTEMA ALA)	NOMBRE EMPLEADOR	TEXAS PETROLEUM COMPANY

Novedad	Fecha Desde	Fecha Hasta	SS	IVM	Salario	Errores/Observaciones
LABORAL	01/05/1992	31/07/1993	S	S	$ 665,070	3806,
LABORAL	01/08/1993	31/03/1994	S	S	$ 1,644,810	3806,
LABORAL	01/04/1994	30/06/1994	S	S	$ 1,612,170	3806,
LABORAL	01/07/1994	31/12/1994	S	S	$ 1,974,000	3806,

No obstante lo anterior, 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 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 agosto de 1999** con fecha de efectividad a partir del **1° de octubre de 1999** (págs. 68 y 69, *Archivo 6 expediente digital*), por afiliación que hiciera a PORVENIR, específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP y en el formulario de afiliación suscrito con esa AFP.

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

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

Frente al tema, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ SL12136, radicación No. 46.292 de 2014, enseñó:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Ahora bien, sobre esta temática igualmente, ha asentado reiteradamente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que para el estudio de la procedencia de la ineficacia del traslado, se traslada la carga de la prueba

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

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

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

relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un **traslado de la carga de la prueba** de la parte actora al fondo accionado PORVENIR S.A.

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011[4], Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y en las

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(…).

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

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

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen el demandante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, con ninguno de los medios de prueba acopiados en el expediente se acredita el suministro de información al accionante cuando efectuó el tránsito entre regímenes en los términos aquí referidos, pues en manera alguna se evidencia en el plenario que se le informó sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.
Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por el demandante[5], no acreditan que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que un asesor de Porvenir le indico que el ISS se acabaría y que en ese fondo podía tener una mejor pensión a futuro.

En ese orden para la Sala los argumentos del accionante solo reafirman el incumplimiento de la AFP de sus deberes legales como administradora de pensiones, pues denotan la ausencia de una asesoría real y efectiva por parte de esa entidad al demandante para efectuar el traslado de régimen pues.

Nótese, de lo relatado por el demandante no es posible colegir de forma alguna que haya confesado la recepción de una información, clara, oportuna y certera y muchos menos que la AFP PORVENIR, haya cumplido con su obligación de buen consejo.

[5] *Archivo 31, audiencia 10 de febrero del 2023 Interrogatorio absuelto por el demandante récord 032:05*

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 68 Archivo 06 expediente digital),* este no constituye en manera alguna medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por esa AFP demandada (sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019) y, en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus,* pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que se advierten ausentes en el plenario.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el fondo de pensiones 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 al convocante una información de tales características, porque, aun cuando en la contestación de la demanda afirmó que proporcionó la adecuada y completa ilustración al demandante al momento de trasladarse, el medio de convicción en que soportó su defensa fue el formulario de afiliación al que se hizo mención, porque allí se deja constancia expresa en el sentido de su decisión de vincularse a esa AFP de manera totalmente libre, voluntaria y espontánea.

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

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

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

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

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

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

Ahora bien, para la Sala la incursión en el sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS y, por tanto, de la prestación de un servicio público esencial, estuvo, desde un principio, sujeto a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba.
...
En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.° del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

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

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

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

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

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

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR, omitió en el momento del traslado de régimen **(13 de agosto de 1999** con fecha de efectividad a partir del **1° de octubre de 1999),** el deber de información para con el promotor de este juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es, relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia CSJ SL12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

Por otro lado, con relación al hecho de permanecer el demandante en el RAIS por mucho tiempo, a la que se ha hecho referencia por COLPENSIONES en su apelación, esta Sala de decisión se permite señalar a la impugnante, que como ya se refirió a lo largo de ésta providencia la información que se le debía suministrar al demandante al momento de su traslado no fue acreditada por la AFP PORVENIR, razón por la cual no se puede entender como una ratificación de la voluntad de permanecer en el RAIS, como lo sugiere en la alzada.

En ese orden, la ineficacia del traslado de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de PORVENIR del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia[6] y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima por el tiempo en que el demandante estuvo aparentemente afiliado a esa administradora, por virtud del restablecimiento de las cosas a su estado inicial, todo ello con cargo a sus propias utilidades[7].

---

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

No obstante, debe precisarse ésta Sala de Decisión adicionará el numeral segundo de la sentencia de primer grado en virtud del grado jurisdiccional de Consulta que se surte en favor de Colpensiones, en cuanto a que PORVENIR deberá retornar todo lo ordenado debidamente **indexado**, como también las **comisiones** e igualmente, se dispondrá que para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos conceptos deberán aparecer **discriminados** con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Lo anterior, teniendo en cuenta que así lo ha considerado el órgano de cierre de esta jurisdicción en sentencia SL-2877 de 2020 en la cual sostuvo:

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

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

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

> *"****Es cierto que dicho ajuste no hizo parte de las pretensiones de la demanda, pero también lo es que, pese a ello, su imposición oficiosa es perfectamente viable porque la indexación no comporta una condena adicional a la solicitada.***

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

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

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

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

Advirtiéndose en cuanto al principio de la sostenibilidad financiera, la Máxima Corporación ha expresado que las decisiones de declaratoria de ineficacia no lesionan «*el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones,*

puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas» (Sentencia CSJ SL2877-2020).

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES – entidad a favor de quien se surte la consulta (pág. 14, *Archivo 7 expediente digital)*[8] basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL-1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que, además, está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

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

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

SIN COSTAS en esta instancia.

[8] Se tuvo por contestada la demanda mediante auto del 25 de julio del 2022 (*Archivo 7 expediente digital)*

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

R E S U E L V E

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia de primera instancia en su numeral **SEGUNDO**, en el sentido de **CONDENAR** a **PORVENIR S.A**. a retornar todo lo ordenado por el Juez de primer grado debidamente **indexado,** al igual que devolver las **comisiones** con cargo a sus propias utilidades, conforme a lo considerado.

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

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

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL

BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL.

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR LUIS ANGEL CAPACHO GONZALEZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- (RAD. 03 2022 00406 01).

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

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

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante de la sentencia proferida por el Juez 3° Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 3 de agosto del 2023 *(Exp. Digital: audio archivo 10, Récord: 39:57),* en la que se resolvió:

> *"**PRIMERO: ABSOLVER** a la demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-** de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante **LUIS ANGEL CAPACHO GONZALEZ**, conforme la parte motiva de esta providencia.*
>
> ***SEGUNDO: SIN CONDENA** en costas, ni agencias en derecho en esta instancia.*
>
> ***TERCERO:** En caso de no ser apelada la presente providencia por el Demandante, remítase al Superior para que se surta el grado jurisdiccional de Consulta, de conformidad con lo señalado en el parágrafo del artículo 69 del C.P.T. y SS."*

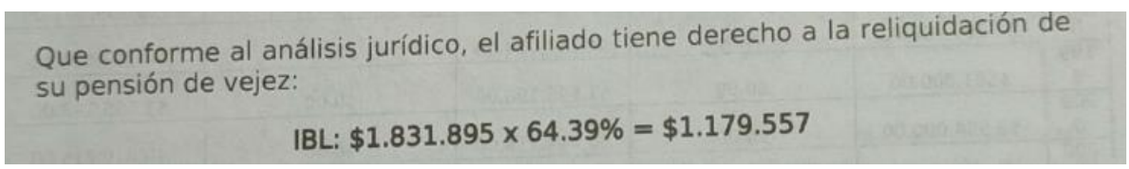
La ausencia de apelación contra la providencia anterior justifica la presencia de las diligencias en esta Corporación, a efectos de que se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte DEMANDANTE, a lo cual procede previa la constatación de inexistencia de causal de nulidad que invalide lo actuado y conforme a las siguientes:

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante LUIS ANGEL CAPACHO GONZALEZ en este ordinario, las pretensiones relacionadas en el acápite respectivo (pág. 3, archivo 01 expediente digital), las cuales encuentran fundamento en los hechos consignados en la demanda (página 4 ibidem), aspirando se condene a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES a reliquidar su pensión tomando como base los factores salariales devengados en los últimos 10 años de servicio ($2.311.309) aplicando una tasa de reemplazo del 64.10% a partir del 1° de septiembre del 2019, junto con el pago del retroactivo por diferencias de mesadas, indexación de los valores adeudados y agencias en derecho. **Obteniendo sentencia de primera instancia desfavorable a sus aspiraciones**, por cuanto se absolvió de todas las pretensiones incoadas en contra a la accionada, al considerar el Juez de primera instancia que luego de realizar los cálculos respectivos no había lugar a la reliquidación con el IBL en la forma solicitada pues le resulta más favorable el IBL de toda la vida, como se lo liquidó Colpensiones y no con los 10 últimos años pedidos.

Previo a resolver es necesario advertir, no es motivo de discusión en esta instancia que al demandante le fue reconocida pensión de vejez mediante Resolución SUB 288957 del 02 de noviembre del 2021, en cuantía de $1.178.662 a partir del 1 de septiembre de ese mismo año, por encontrar acreditados los requisitos previstos en la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 del 2003, tomando como IBL $1.830.505 y una tasa de reemplazo del 64.39% (págs. 27 a 33 Archivo 01 expediente digital)

Del mismo modo se advierte, dicha prestación fue objeto de reliquidación por Resolución DPE 3302 del 24 de marzo del 2022, en donde se indicó que la prestación fue liquidada con el promedio de los 10 últimos años (IBL 1) y con el de toda la vida (IBL 2), siendo el más favorable el **IBL 2**, esto es el de TODA LA VIDA, actualizando los IBC al año 2019, arrojando como valor de mesada pensional la suma de $1.179.557 así (págs. 47 a 58 Archivo 01 expediente digital):


Que conforme al análisis jurídico, el afiliado tiene derecho a la reliquidación de su pensión de vejez:

IBL: $1.831.895 x 64.39% = $1.179.557

Pues bien, para resolver la controversia, es menester precisar procura el demandante la reliquidación de su mesada pensional teniendo en cuenta el IBL de los 10 últimos años.

Así, no es objeto de debate que el demandante no es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, siendo el reconocimiento pensional otorgado a la luz de lo dispuesto en Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 del 2003, por lo que el ingreso base para liquidar la prestación debe ser el promedio de salarios cotizados durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor según certificación expedida por el DANE o el de toda la vida por haber cotizado el actor más de 1250 semanas conforme lo dispone el artículo 21 Ley 100 de 1993, como ocurre en el caso de autos, en tanto el señor CAPACHO GONZALEZ cuenta con 1314 semanas cotizadas conforme se evidencia del reporte expedido por COLPENSIONES (páginas 4, archivo 6, expediente digital)

En este punto, se advierte del escrito introductor, el actor pretende se incluyan todos los factores salariales devengados en los 10 últimos años, sin embargo no hizo referencia alguna a cuáles factores son los que aparentemente se desconocieron por COLPENSIONES en su liquidación, por lo que esta Sala de decisión procedió a realizar las operaciones aritméticas correspondientes, con el apoyo del Grupo liquidador creado por el Consejo Superior de la Judicatura, las cuales se incorporan como parte integrante de esta sentencia, anexándolas al plenario, teniendo en cuenta el reporte de semanas que fue allegado por Colpensiones y que obra en el archivo 6 del expediente digital, cálculos que arrojan como IBL de los 10 últimos años (2008 al 2019) la suma de **$1.132.123,46** al cual se le aplica una tasa de remplazo equivalente al 64.82%[1] -conforme la formula del artículo 34 de la Ley 100

[1]

Calculo Tasa de Reemplazo 2019				
IBL / SMMLV	*$ 1.132.123,5*	*$ 828.116,0*	*1,3671*	
No. SMMLV*0,5	*2.2254 * 0,5*		*0,68355367*	
65,50%	-	*0,6836*	***64,82***	
Semanas adicionales a 1300		*0*		
64,8164%	+	*0,00%*	***T. R.***	***64,82%***

de 1993-, para una mesada pensional de **$733.802,20**[2] para el 1 de septiembre de 2019, suma que resulta inferior a la otorgada por Colpensiones que lo fue equivalente a $1.179.557 (págs. 55 y 57 archivo 1, expediente digital).

De esta suerte, resulta la improcedencia de la reliquidación de la pensión, pues como quedó visto, realizando el cálculo de I.B.L. con lo devengado en los 10 últimos años del pensionado como fue pretendido en la demanda, resulta un valor inferior al que viene siendo reconocido y pagado por la entidad demandada, advirtiendo la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones- actúo en legal forma pues tuvo en cuenta los dos supuestos de liquidación (IBL 1 -10 últimos años- e IBL 2 -toda la vida-), aplicando la tasa de reemplazo al más favorable que fue el IBL 2.

De esta manera se agota la competencia de la Sala y conforme a las motivaciones precedentes se confirmará la sentencia de primer grado.

SIN COSTAS en esta instancia.

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

2

Cálculo Ultimos Diez Años de Vida Laboral							
AÑO	***Nº. Días***	***IPC inicial***	***IPC final***	***Factor de indexación***	***Sueldo promedio mensual***	***Salario actualizado***	***Salario anual***
2008	*92*	*64,820*	*100,00*	*1,543*	*$ 923.000,00*	*$ 1.423.943,23*	*$ 4.366.759,23*
2009	*330*	*69,800*	*100,00*	*1,433*	*$ 987.545,45*	*$ 1.414.821,57*	*$ 15.563.037,25*
2010	*300*	*71,200*	*100,00*	*1,404*	*$ 1.026.400,00*	*$ 1.441.573,03*	*$ 14.415.730,34*
2011	*300*	*73,450*	*100,00*	*1,361*	*$ 1.030.000,00*	*$ 1.402.314,50*	*$ 14.023.145,00*
2012	*270*	*76,190*	*100,00*	*1,313*	*$ 1.030.000,00*	*$ 1.351.883,45*	*$ 12.166.951,04*
2013	*330*	*78,050*	*100,00*	*1,281*	*$ 1.030.000,00*	*$ 1.319.666,88*	*$ 14.516.335,68*
2014	*360*	*79,560*	*100,00*	*1,257*	*$ 1.030.000,00*	*$ 1.294.620,41*	*$ 15.535.444,95*
2015	*360*	*82,470*	*100,00*	*1,213*	*$ 786.758,33*	*$ 953.993,37*	*$ 11.447.920,46*
2016	*329*	*88,050*	*100,00*	*1,136*	*$ 709.208,95*	*$ 805.461,61*	*$ 8.833.229,04*
2017	*330*	*93,110*	*100,00*	*1,074*	*$ 737.717,00*	*$ 792.306,95*	*$ 8.715.376,44*
2018	*359*	*96,920*	*100,00*	*1,032*	*$ 781.242,00*	*$ 806.068,92*	*$ 9.645.958,11*
2019	*240*	*100,000*	*100,00*	*1,000*	*$ 828.116,00*	*$ 828.116,00*	*$ 6.624.928,00*
Total días	***3600***	***Total devengado actualizado a:***				***2019***	***$ 135.854.815,53***
Total semanas	***514,29***	***Ingreso Base Liquidación***					***$ 1.132.123,46***
Total Años	***10,00***	***Porcentaje aplicado***					***64,82%***
		Primera mesada					***$ 733.802,20***
		Salario Mínimo Mensual Legal Vigente Año				***2019***	***$ 828.116,00***

RESUELVE

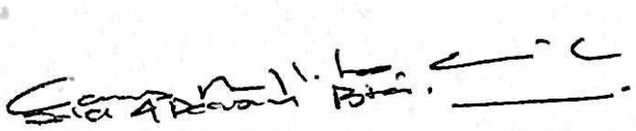
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juez Tercero (3) Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las motivaciones precedentes.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

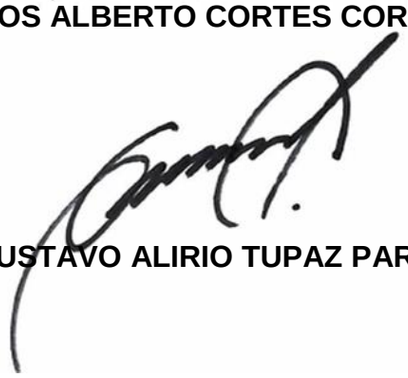
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN



CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL

BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL.

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR GLORIA CECILIA BELLO MORENO CONTRA BEATRIZ CECILIA TINOCO PALACIOS (08 2020 00125 01).

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

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

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación formulado por la demandada, contra la sentencia proferida por la Juez Octava (8ª) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 07 de marzo de 2023 (archivo 17, récord: 25:24), en la que se resolvió:

> *"**PRIMERO: DECLARAR** que entre la demandante GLORIA CECILIA BELLO MORENO y la demandada BEATRIZ CECILIA TINOCO DE SANTACRUZ existió un contrato de trabajo el cual tuvo como extremo inicial el día 31 de julio de 1999 y como extremo final el 31 de agosto de 2017, devengando como último salario la suma de un S.M.M.L.V.*
>
> ***SEGUNDO: CONDENAR** a la demandada BEATRIZ CECILIA TINOCO DE SANTACRUZ a pagar a la demandante GLORIA CECILIA BELLO MORENO las siguientes sumas de dinero y conceptos:*
>
> ***a.** $1.133.805 por concepto de cesantías.*
> ***b.** $160.000 por concepto de Intereses a las cesantías.*
> ***c.** $1.133.805 por concepto de prima de servicios.*
> ***d.** $666.903 por concepto de Vacaciones, suma que deberá ser cancelada debidamente indexada.*
> ***e.** $24.590 diarios a partir del día 01 de septiembre de 2017, y hasta el momento que se realice el pago de las prestaciones sociales objeto de condena en esta sentencia.*
> ***f.** $12.259.621 por concepto de sanción por no consignación de cesantías.*
> ***g.** Al pago del cálculo actuarial por los periodos de tiempo comprendidos entre 01 de agosto de 1999 al 31 de marzo de 2002, del 01 de junio de 2003 al 31 de enero de 2007, por los meses de febrero y mayo del año 2008, junio del año 2013, y del 01 de diciembre de 2016 al 31 de agosto de 2017, conforme a un S.M.M.V. para cada una de las anualidades y con destino a COLPENSIONES.*

> ***TERCERA: ABSOLVER*** *a la demandada de todas las demás pretensiones incoadas en su contra.*
>
> ***CUARTO: Costas*** *en esta instancia a cargo de la demandada BEATRIZ CECILIA TINOCO DE SANTACRUZ liquídense por secretaria fijando como agencias en derecho la suma de $ 1.000.000.".*

Inconforme con la decisión la parte demandada interpuso recurso de apelación, argumentando, que de los interrogatorios y de las pruebas aportadas por la parte demandante se comprobó que desde finales del año 2016 no existió un vínculo laboral. Indicó, la demandante manifestó que quería hacer sus cotizaciones en calidad de trabajadora independiente y por lo tanto manejaría sus horarios y aportes, lo cual interrumpió la relación laboral.

En cuanto a las sanciones que fueron decretadas, estas son, sanción por no consignación de cesantías e indemnización moratoria, adujo, del interrogatorio de parte y de los testimonios se pudo demostrar que siempre hubo una buena relación entre las partes entre empleador y la empleada, no existiendo una mala fe por parte de la demandada.

Igualmente, señaló respecto de los periodos por los cuales se decreta el pago del cálculo actuarial de la pensión, los mismos se encuentran prescritos, como quiera que la relación laboral terminó en agosto de 2016, así, entre las partes hubiera existido una relación de prestación de servicios desde el año 2017, debe tenerse en cuenta que la relación laboral se terminó por parte de la demandante. (archivo 17, récord: 30:24)[1]

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

---

[1] ***Recurso Demandada, récord 30:24archivo 17:*** *"Entonces la parte demandada interpone recurso de apelación. Como quiera que de los interrogatorios y de las pruebas aportadas por la parte demandante se comprobó que desde finales del año 2016 no existió un vínculo laboral entre las partes. Como quiera que la parte demandante manifestó que quería hacer sus cotizaciones, ya que quería ser una trabajadora independiente y por lo tanto manejaría sus horarios y sus cotizaciones de manera independiente, lo cual interrumpió la relación laboral. De esta manera presentamos recurso de apelación.*

En cuanto a las sanciones que fueron decretadas como la indemnización moratoria y la sanción por la no consignación de cesantías dentro del interrogatorio de parte y dentro de los testimonios que se tomaron, se pudo demostrar que siempre hubo una buena relación entre las partes entre empleador y empleada y que nunca hubo una mala fe respecto a dejar de hacer algún pago o hacer cualquier pago dentro de la relación laboral.

De igual manera dejamos constancia que los periodos por los cuales se decreta el pago actuarial de la pensión se encuentran prescritos, como quiera que la relación laboral terminó a finales del año 2016. Así, entre las partes hubiera existido una relación de prestación de servicios desde el año 2016, la relación laboral se terminó por parte de la demandante. Hasta ahí mi recurso, doctora.".

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante GLORIA CECILIA BELLO MORENO en este ordinario, las pretensiones visibles a folios 6 a 8, archivo 01, las cuales fundó en los hechos narrados en las páginas 5 a 6, solicitando:

1. Que se **DECLARE** que entre la señora **BEATRÍZ CECILIA TINOCO DE SANTACRUZ** y la señora **GLORIA CECILIA BELLO MORENO** existió un contrato de Trabajo Verbal Indefinido con fecha de iniciación 10 de Julio de 1999 y fecha de terminación 31 de Agosto de 2017.
2. Que se **DECLARE** que la señora **GLORIA CECILIA BELLO MORENO** le asiste el derecho a que se le reconozca y pague las prestaciones sociales (cesantías, intereses a la cesantía, vacaciones, prima de servicios) de los años 2015 y 2016.
3. Que se **DECLARE** que la señora **GLORIA CECILIA BELLO MORENO** le asiste el derecho a que se le reconozca y pague la PRIMA DE SERVICIOS proporcional del primer semestre del año 2017.
4. Que se **DECLARE** que la señora **GLORIA CECILIA BELLO MORENO** le asiste el derecho a que se le reconozca y pague el valor de la sanción moratoria por falta de pago contemplada en el Art 65 del C.S.T.
5. Que se **DECLARE** que la señora **GLORIA CECILIA BELLO MORENO** le asiste el derecho a que se le reconozca y pague el valor de la sanción moratoria originada por la falta de consignación oportuna de las cesantías causadas al 31 diciembre de los años 2015 y 2016 conforme al Art. 99 de la ley 50 de 1990
6. Que se **DECLARE** que la señora **GLORIA CECILIA BELLO MORENO** le asiste el derecho a que se le reconozca y pague la respectiva INDEXACION conforme al IPC sobre las sumas adeudadas por concepto de prestaciones sociales
7. Que se **DECLARE** que la señora **BEATRÍZ CECILIA TINOCO DE SANTACRUZ** omitió pagar los aportes a la Seguridad Social en PENSION de los periodos (desde el 10 Julio de 1999 hasta Marzo de 2002; desde el 01 Junio de 2003 hasta Enero de 2007; Febrero, Mayo de 2008; Junio de 2013 y del 01 de diciembre de 2016 hasta 31 Agosto de 2017).
8. Que se **DECLARE** que como consecuencia de la falta de pago a PENSION de dichos periodos, la señora **BEATRÍZ CECILIA TINOCO DE SANTACRUZ** debe pagar el CALCULO ACTURIAL ante COLPENSIONES junto con los intereses de mora.

Consecuente con lo anterior, pidió:

1. Que se **CONDENE** a la señora **BEATRÍZ CECILIA TINOCO DE SANTACRUZ** a pagar a mi Poderdante las CESANTÍAS del año 2015
2. Que se **CONDENE** a la señora **BEATRÍZ CECILIA TINOCO DE SANTACRUZ** a pagar a mi Poderdante las CESANTÍAS del año 2016
3. Que se **CONDENE** a la señora **BEATRÍZ CECILIA TINOCO DE SANTACRUZ** a pagar a mi Poderdante los INTERESES A LAS CESANTÍAS del año 2015
4. Que se **CONDENE** a la señora **BEATRÍZ CECILIA TINOCO DE SANTACRUZ** a pagar a mi Poderdante los INTERESES A LAS CESANTÍAS del año 2016
5. Que se **CONDENE** a la señora **BEATRÍZ CECILIA TINOCO DE SANTACRUZ** a pagar a mi Poderdante la PRIMA DE SERVICIOS del año 2015
6. Que se **CONDENE** a la señora **BEATRÍZ CECILIA TINOCO DE SANTACRUZ** a pagar a mi Poderdante la PRIMA DE SERVICIOS del año 2016
7. Que se **CONDENE** a la señora **BEATRÍZ CECILIA TINOCO DE SANTACRUZ** a pagar a mi Poderdante las VACACIONES del año 2015
8. Que se **CONDENE** a la señora **BEATRÍZ CECILIA TINOCO DE SANTACRUZ** a pagar a mi Poderdante las VACACIONES del año 2016
9. Que se **CONDENE** a la señora **BEATRÍZ CECILIA TINOCO DE SANTACRUZ** a pagar a mi Poderdante la PRIMA DE SERVICIOS proporcional del primer Semestre del año 2017
10. Que se **CONDENE** a la señora **BEATRÍZ CECILIA TINOCO DE SANTACRUZ** a pagar a favor de mi Poderdante la SANCION MORATORIA originada por la falta de consignación oportuna de las cesantías de los años 2015 y 2016 en los términos del art. 99 de la ley 50 de 1990
11. Que se **CONDENE** a la señora **BEATRÍZ CECILIA TINOCO DE SANTACRUZ** a pagar a favor de mi poderdante la SANCIÓN MORATORIA contemplada en el artículo 65 del código sustantivo del trabajo, por no haberse cancelado a la terminación del contrato las prestaciones debidas a la trabajadora. La presente condena debe extenderse hasta el momento en que se haga efectivo el pago.

12. Que se **CONDENE** a la señora **BEATRÍZ CECILIA TINOCO DE SANTACRUZ** a pagar la INDEXACION conforme al IPC sobre las sumas adeudadas a mi Poderdante por concepto de prestaciones sociales.

13. Que se **CONDENE** a la señora **BEATRÍZ CECILIA TINOCO DE SANTACRUZ** a pagar el Cálculo Actuarial de los respectivos aportes a PENSION dejados de cancelar junto con los intereses de mora, ante la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, a favor de mi representada, de los siguientes periodos:

13.1 Desde el 10 Julio de 1999 hasta Marzo de 2002
13.2 Desde el 01 Junio de 2003 hasta Enero de 2007
13.3 Febrero, Mayo de 2008
13.4 Junio de 2013
13.5 de diciembre de 2016 hasta 31 Agosto de 2017

14. Lo que Extra y ultrapetita aparezca demostrado en este proceso

15. Que se **CONDENE** a la señora **BEATRÍZ CECILIA TINOCO DE SANTACRUZ** al pago de las **COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO**.

Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus aspiraciones, por cuanto se declaró que entre la demandante GLORIA CECILIA BELLO MORENO y la demandada BEATRIZ CECILIA TINOCO DE SANTACRUZ existió un contrato de trabajo el cual tuvo como extremo inicial el día 31 de julio de 1999 y como extremo final el 31 de agosto de 2017, devengando como último salario la suma de un S.M.M.L.V. Consecuente con ello se condenó, a la demandada BEATRIZ CECILIA TINOCO DE SANTACRUZ a pagar a la demandante GLORIA CECILIA BELLO MORENO $24.590 diarios a partir del día 01 de septiembre de 2017, y hasta el momento que se realice el pago de las prestaciones sociales objeto de condena en esta sentencia, la sanción por no consignación de cesantías y el cálculo actuarial por los periodos de tiempo comprendidos entre 01 de agosto de 1999 al 31 de marzo de 2002, del 01 de junio de 2003 al 31 de enero de 2007, por los meses de febrero y mayo del año 2008, junio del año 2013, y del 01 de diciembre de 2016 al 31 de agosto de 2017, conforme a un S.M.M.V. para cada una de las anualidades y con destino a COLPENSIONES y se condenó en costas**. Lo anterior tras o considerar la a quo,** del análisis integro de los medios probatorios allegados, es claro que la presunción que cobija a la actora no fue desvirtuada, dado que no se aportó medio de convicción encaminado en tal propósito, siendo clara la orfandad probatoria en aras de desvirtuar la ya referida presunción en favor de la demandante. Como consecuencia de ello, y al establecer la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido, fulminó condena por prestaciones sociales, vacaciones (2015 y 2016) sanción e indemnización moratoria con base en 1 smmlv, en razón a que no encontró documental diferente dentro del plenario y de acuerdo a lo confesado por la demandante y la demandada.

En cuanto a los aportes a seguridad social en pensión**,** condenó al pago del cálculo actuarial únicamente para los periodos 01 de agosto de 1999 al 31 de marzo de 2002, del 01 de junio de 2003 al 31 de enero de 2007, febrero y mayo del año 2008, junio del 2013 y del 01 de diciembre de 2016 al 31 de agosto de

2017, como quiera que según el reporte de semanas cotizadas por la demandante en Colpensiones refleja pagos como “independiente”.

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

En esa dirección y para resolver el primer problema jurídico respecto de la apelación presentada, esto es, si entre GLORIA CECILIA BELLO MORENO y la demandada BEATRIZ CECILIA TINOCO PALACIOS se presentó una verdadera relación de trabajo hasta finales de 2016 y **no** al 31 de agosto de 2017, sea lo primero advertir, que en los juicios del trabajo es primordial para el operador judicial establecer si existe o no la prestación personal del servicio.

En esas circunstancias, se encuentra descartado cualquier debate en autos sobre la prestación personal del servicio de GLORIA CECILIA BELLO MORENO en favor de BEATRIZ CECILIA TINOCO PALACIOS, pues fue una conclusión a la que arribó la juez de primer grado no impugnada por las partes.

Ahora bien, la primera inconformidad de la actora versa sobre el extremo final fijado por la *a quo* en el vínculo señalado, ya que, para la recurrente, en el plenario está acreditado que la demandante manifestó que quería hacer sus cotizaciones en calidad de trabajadora independiente y por lo tanto manejaría sus horarios y aportes, por lo cual interrumpió la relación laboral.

Sobre el asunto, asevera la demandante en su escrito introductor que la relación laboral culminó el 31 de agosto de 2017 (hechos tres y siete), la cual culminó por decisión voluntaria – renuncia-, situación que no fue negada ni aceptada por la enjuiciada en su contestación, por lo que a efectos de corroborar la fecha en que la señora GLORIA CECILIA BELLO MORENO dejó de prestar los servicios como empleada del servicio doméstico, abordará la Sala el estudio de los medios de convicción aportados al plenario.

En ese orden, se practicaron los interrogatorios de parte de la señora GLORIA CECILIA BELLO MORENO y BEATRIZ CECILIA TINOCO DE SANTACRUZ, y se recepcionaron los testimonios de PABLO MARTÍN FERNÁNDEZ, CATALINA SANTACRUZ y ADRIANA SANTACRUZ.

Dentro del interrogatorio de la demandante *(archivo 16. récord: 00:05:40),* ésta afirmó que trabajó para la demandada desde **10 julio del año 1999 a 31 de septiembre de 2017 por medio de un contrato verbal**, sin que en dicho interregno de tiempo se le cancelaran pagos relacionados con liquidaciones de prestaciones sociales, presentando renuncia en agosto del año 2017.

Seguidamente, afirmó que trabajaba inicialmente 3 días hasta el año 2002, luego de lunes a sábado hasta el año 2015 y por último del 2015 al 2017 de lunes a viernes. Asimismo, aceptó que realizo aportes de manera independiente en el año 2017, en razón a que presentó problemas al momento de requerir servicios de salud. Por último, afirmó que recibió la liquidación de prestaciones sociales concerniente al año 2017, sin que especificara qué pagos recibió por este concepto.

Por otro lado, la demandada señora BEATRIZ CECILIA TINOCO DE SANTACRUZ (*archivo 16. récord: 00:28:36),* dentro de su declaración confesó que la demandante prestó sus servicios desde al año **1999 hasta el día 30 de agosto de 2017.** Referente a la razón de porque no le realizó aportes en pensión a la demandante, señaló que la actora los realizaba por medio de un intermediario, y la forma en que le cancelaba el salario a la demandante era igual a la suma del salario mínimo vigente más las prestaciones, el cual se cancelaba de manera mensual y en efectivo.

Precisó que la licencia de maternidad le fue cancelada a la demandante por parte del ISS; frente los periodos dejados de cotizar en pensión, exactamente el periodo de julio de 2003 a enero de 2007, señaló desconocer la razón del impago.

El señor PABLO MARTÍN FERNÁNDEZ ALFONSO (*archivo 16. récord: 00:36:53*), relató ser ex pareja de la demandante, y frente a lo debatido en el presente asunto, señaló que la demandante prestó sus servicios a la señora BEATRIZ CECILIA TINOCO DE SANTACRUZ, sin embargo, ninguno de los hechos le consta de manera directa, como por ejemplo los extremos temporales, pues indico que fue la actora quien le contaba todo lo acontecido en su lugar trabajo.

Por último, las señoras CATALINA SANTACRUZ y ADRIANA SANTACRUZ (archivo 16. récord: 00:45:16 y 01:04:39), quienes son hijas de la demandada, y en punto al objeto de litigio, señalaron que la demandante prestó sus servicios

en favor de la demandada BEATRIZ CECILIA TINOCO DE SANTACRUZ, a quien se le cancelaba un salario mínimo dependiendo de los días efectivamente laborados.

Así las cosas, del análisis integro de los medios probatorios aludidos, es claro para esta Sala de Decisión que la presunción que cobija a la demandante no fue desvirtuada, incluso hasta el **31 de agosto de 2017**, dado que no se aportó medio de convicción encaminado en tal propósito, y muy por el contrario, de las documentales aportadas, y de lo manifestado en las declaraciones escuchadas, se logra colegir que existió una prestación personal del servicio donde la demandante realizaba labores de oficios varios en el lugar de residencia de la demandada, que en ocasiones podría ser 3 días a la semana, inclusive 6, pues de lo expuesto por los testigos, se logró corroborar que la prestación del servicio realizada por la demandante fue de forma personal, continua e interrumpida, aun cuando ella faltara a laborar algunos días, situación que por demás no fue acreditada dentro del proceso, al punto de no existir certeza qué días exactos fue que la demandante no prestó sus servicios.

Frente al extremo final, se tiene que la demandante afirmó que lo fue para el 31 de agosto de 2017, fecha que sí pudo ser constata tanto con la carta presentada a la demandada por la señora GLORIA CECILIA BELLO MORENO en donde manifestó su voluntad de renunciar al cargo, como con las confesiones realizadas por la demandada. Por lo que, para esta Sala la relación que aquí se ejecutó culminó sin lugar a dudas el 31 de agosto de 2017.

Dicho lo anterior, procede la Sala al estudio del segundo problema jurídico atinente al cálculo actuarial ordenado, pues bien, la demandada argumenta que esta condena está sujeta al fenómeno de la prescripción, argumento que desde ya no acoge esta Corporación. Nótese, **por tratarse de aportes pensionales que constituyen capital indispensable para la consolidación y financiación de la prestación de vejez, están ligados de manera indisoluble con el estatus de pensionado y, por tanto, no pueden estar sometidos al término de prescripción, como lo anhela la recurrente**. Así se consideró en la sentencia CSJ SL, 8 may. 2012, rad. 38266, que se refirió a la imprescriptibilidad de cálculos actuariales necesarios para financiar la pensión y en la sentencia CSJ SL, 9 ag. 2006, rad. 27198, relacionada con la imprescriptibilidad de los bonos pensionales. En esta última decisión se expuso:

> *"[…] existe una relación indisoluble entre el bono pensional y el status de pensionado, debiendo correr la misma suerte la acción que se instaure en uno u*

> *otro caso para solicitar su reconocimiento, pues en puridad de verdad estos derechos están estrechamente ligados o entrelazados, y en estas condiciones ninguno de ellos admite prescripción extintiva del derecho en sí mismo.*
>
> ***Consideraciones que para la Sala resultan aplicables a la presente situación, pues el acopio de aportes pensionales omitidos por el empleador, sea cual sea la razón de ello, a través de cálculo actuarial, está ligado de forma lógica a la construcción del derecho pensional y a su financiación, de manera que, como se dijo en la sentencia CSJ SL795-2013,***
>
> ***[…] teniendo en cuenta ese ideal constructivo y contributivo, que orienta las pensiones de jubilación, lo más justo y adecuado a las normas y principios del sistema de seguridad social, es que el afiliado tenga la oportunidad de enmendar o perseguir la integración de todos aquellos elementos que contribuyen al nacimiento de su pensión, o de atacar todas las contrariedades que afecten ese derecho en construcción, en cualquier tiempo, de manera que cuando cumpla el último de los requisitos necesarios para tales efectos, pueda empezar a disfrutar de su descanso de una forma remunerada, equilibrada y digna.***
>
> *A partir de todo lo anterior, se reitera, para la Corte las reclamaciones por omisiones en la afiliación del trabajador al sistema de pensiones y sus consecuencias, en tanto están ligadas de manera necesaria tanto a la consolidación plena, como a la financiación debida de las respectivas prestaciones, no están sometidas al fenómeno de prescripción en tanto tal, en iguales términos que los prohijados por la Sala para el estatus de pensionado, sino tan solo en cuanto a las mesadas o los reajustes dejados de cobrar oportunamente. ". (negrilla fuera del texto).*

Explicado lo anterior, no se acoge los argumentos de la recurrente y se confirma en tal aspecto la decisión de primer grado respecto al pago del cálculo actuarial al ser imprescriptible.

Por otro lado, en cuanto a la **Indemnización del artículo 65 del C.S.T**. y la **indemnización por no consignación de cesantías**, ha de recordarse le corresponde al Juzgador analizar el material probatorio obrante en el proceso, para así determinar si existen razones atendibles frente a los motivos que tuvo el empleador para no pagar salarios y prestaciones o hacerlo de manera extemporánea y para no consignar el valor de la cesantía correspondiente para cada año antes del 15 de febrero del año siguiente, que revelen buena fe en su comportamiento, precisándose ésta no procede de manera automática, pues como ya se mencionó que ha de analizarse el elemento buena o mala fe[2]. En dichos términos se ha pronunciado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia[3].

[2] Al respecto ver SL 309 del 5 de febrero del 2020 y SL 11436 del 29 de junio de 2016.

[3] *"...Esta Sala de la Corte, desentrañando el sentido de la norma transcrita y buscando evitar injusticias en su aplicación automática, ha dicho en multitud de ocasiones: "El entendimiento del artículo 65 del C. S. del T. conlleva a la luz de la jurisprudencia, la apreciación de los elementos subjetivos de mala fe o buena fe para la aplicación de la norma. La sanción por ella consagrada no opera de plano sobre los casos de supuestas prestaciones sociales no satisfechas por el patrono, ya que tal indiscriminada imposición de la pena pecuniaria es una aberración; contraría las normas del derecho que proponen el castigo como correctivo de la temeridad, como recíproco del ánimo doloso" (Sent. del 9 de abril de l.959,*

De esta manera, ha de advertirse la primera de las sanciones procede cuando el empleador no satisface en oportunidad los salarios y prestaciones sociales derivadas del contrato de trabajo, considerando esta Corporación en el presente asunto es claro que la demandada debió pagar las acreencias laborales de la actora durante la ejecución del vínculo laboral, esto es, los periodos 2015 y 2016 (años que se reclaman y fueron objeto de condena), por ende y como quiera que dentro del debate del presente asunto no se constató justificación alguna frente a dicho aspecto, se estima desdeñable la posición de la llamada a juicio al sustraerse del pago de las acreencias debidas a la accionante, razón por la cual y contrario a lo referido por la apelante resulta procedente la condena a esta indemnización, esto, sin independencia a la buena relación que llevaran las partes, pues esta indemnización no está condicionada, mucho menos cuando las partes son conscientes de las obligaciones mutuas que les asiste.

Por ende, se itera al no evidenciarse una situación que enmarque a la señora BEATRIZ CECILIA TINOCO PALACIOS en el terreno de la buena fe resulta procedente acceder a la pretensión de la accionante.

Finalmente, 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 cesantía correspondiente para cada año antes del 15 de febrero del año siguiente, en la cuenta individual que el trabajador haya elegido, a razón de un día de salario por cada día de retardo, esto es, el pago de las cesantías mediante la consignación a un fondo debe efectuarse de manera anual, en las fechas referidas, salvo que el vínculo finalice antes del 15 de febrero lo que permite que se efectué el pago que corresponda al último lapso trabajado al momento de la terminación del contrato, es decir, la obligación del empleador es la consignación anual de las cesantías sin que tenga incidencia alguna que para el trabajador sean exigibles a la finalización del contrato.

Conforme lo anterior se tiene que la enjuiciada en efecto no consignó las cesantías del 2015 y 2016, dicha prestación, conlleva al pago de la referida

---

G. J. T. XC, p. 423, reproducida, entre muchas otras, en las del 20 de mayo de l.963 y el 20 de julio de 1.968).

Con respecto a la prueba de los elementos subjetivos aludidos, también como desarrollo jurisprudencial de esta Corporación, se ha dicho que el empleador sólo se libera de la indemnización a que alude la disposición en cita, demostrando que su actitud reticente obedeció a motivos valederos que evidencian sin lugar a dudas su buena fe." (Sentencia de junio 13/91 Extractos de Jurisprudencia Tomo 6, 2o. trimestre 1.991).”

indemnización, precisando la Sala no obra prueba de haberse efectuado la consignación de ésta prestación social en las fechas correspondientes, lo que permite inferir que el comportamiento del empleador de la demandante estuvo **orientado a desconocer y sustraerse de la obligación del pago de las cesantías que por ley le correspondía, no encontrándose justificación alguna para tal circunstancia, evidenciándose por ende la mala fe de la demandada.**

Por último, conviene aclarar que el salario establecido por la *a quo* (smmlv) no fue objeto de reparo por la demandada, así como las sumas establecidas al liquidar las prestaciones sociales, vacaciones y demás rubros, por lo que no se analiza dicho aspecto.

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.

COSTAS en esta instancia a cargo de la demandada.

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

RESUELVE

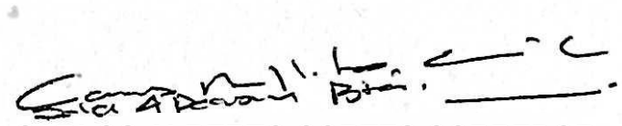
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado (8º) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

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

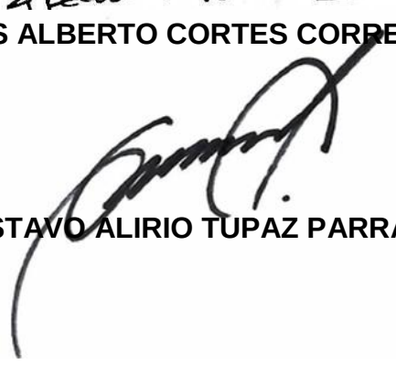
NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

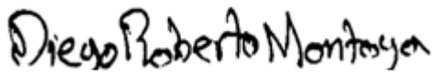


CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

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



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D. C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR TERESA RODRIGUEZ DE BLAHOUT CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- (RAD. 08 2021 00006 01).

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

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

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia proferida por la Juez Octava Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 26 de mayo de 2023 (archivo 21, récord: 40:21), en la que se resolvió:

> *"**PRIMERO: ABSOLVER** a la demandada Colpensiones de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por la señora Teresa Rodríguez de Blahout.*
>
> ***SEGUNDO: DECLARAR** probada la excepción de inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir propuesta por la apoderada de Colpensiones, relevándose al despacho del estudio y pronunciamiento de los demás medios exceptivos propuestos dadas las resultas del caso.*
>
> ***TERCERO:** Sin condena en **COSTAS** en esta instancia, ante su no causación.*
>
> ***CUARTO**: En caso de no ser apelada la presente decisión como resultado adverso a los intereses de la parte actora, se remitirán las diligencias al honorable Tribunal Superior de Bogotá, Sala laboral para que se surta el grado jurisdiccional de **CONSULTA** en favor de la parte demandante.".*

Inconforme con la decisión, la apoderada de la demandante interpuso recurso de apelación solicitando la revocatoria de la decisión[1], con fundamento en que existen desacuerdos respecto al manejo de las historias laborales que debe tener Colpensiones, en su momento Instituto de Seguros Sociales. En su sentir, existen deberes a cargo de las entidades encargadas de reconocimiento de las prestaciones económicas del sistema pensional, en su condición de administradoras de las historias laborales de sus afiliados, concretamente expuso, la responsabilidad de Colpensiones, no se limita a expedir una certificación tratando de evadir su responsabilidad con respecto al manejo de las historias laborales e indicando que no existe una vinculación reportada por el *de cujus.*

Resaltó, la responsabilidad en esa materia tiene que ver con la naturaleza de la información que tiene Colpensiones, siendo de gran relevancia el tema pensional para una persona que tiene más de 90 años y la cual siempre dependió

[1] ***Recurso Demandante (récord 41:12): "****Sí, señora, me permito interponer recurso de apelación de la providencia, despachada el día de hoy por el juzgado, en el sentido que existen algunas divergencias entre el criterio que se tiene respecto al manejo de las historias laborales que debe tener Colpensiones en su momento, el Seguro social y el fallo que nos ocupa. En este sentido, es importante soportar el tema con precedentes jurisprudenciales, respecto de los deberes que surgen para las entidades encargadas de reconocimiento de las prestaciones económicas del sistema pensional, en su condición de administradores de las historias laborales de sus afiliados, este no se agota en función del valor probatorio que ostentan esos documentos, la responsabilidad del seguro social hoy Colpensiones, no se limita a expedir una certificación tratando de evadir su responsabilidad con respecto al manejo de las historias laborales, indicando que, no existe una vinculación del esposo de mi mandante, lo que hace que el fallo sea adverso para ella.*

La responsabilidad en esa materia tiene que ver también con la naturaleza de la información que ellos tienen y también la que consignan, para los temas tan importantes como son los temas pensionales y más para una persona como mi poderdante que tiene más de 90 años y la cual siempre dependió económicamente de su esposo y hoy de lo que sus hijos le puedan prodigar; razón por la cual, hay que advertir que esa información que se consigna y que ellos deben de entregar, incluye los datos que faciliten la identificación del trabajador en este caso, ni en la resolución donde se niega ni en la certificación, apuntan a tener una información veraz. En esta medida, es importante recordar en el tema del in dubio pro operario y el apoyo que deben de tener los trabajadores, por parte del sistema judicial, colaborando con la situación más benéfica para el trabajador, en este caso para la esposa de un trabajador, teniendo en cuenta que la prueba aportada apuntó a verificar que el esposo de mi cliente, sí estaba vinculado al seguro social y sí lo hizo desde el año 1960 hasta el año de su deceso, el hecho de que Colpensiones en su momento el seguro social no pueda entregar una historia laboral compendiada no puede ser óbice para indicar que el derecho no existe, simplemente el derecho estaba ahí, no está soportado por la entidad que tiene la obligación de hacerlo, pero, es viable también aplicar el in dubio pro operario.

Es importante resaltar que, la información que tiene Colpensiones - Seguro social, se trata de una suma de datos personales cuyo tratamiento se sujeta a las pautas contempladas en la legislación respecto al tratamiento de bases de datos y archivos que incluyen información de esas características. La obligación surge para las administradoras de pensiones respecto al manejo de las historias laborales, es la que vincula con la custodia de conservación y guarda de la información que determinen sus afiliados, cumplen con los requisitos de acceso a la pensión, situación que no se clarificó en el proceso que hoy nos ocupa, toda vez que Colpensiones en primera instancia vuelvo y reitero, sacó una resolución con una identificación diferente a la de la esposa del afiliada y en segunda instancia indica que, ni siquiera estaba vinculado.

Así las cosas, con todo respeto solicito se de procedencia al recurso de apelación y en su momento el Tribunal acceda a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, revocando en su totalidad en la sentencia del a quo, muchas gracias.".

económicamente de su esposo y de lo que sus hijos le puedan prodigar; razón por la cual esa información que se consigna incluye los datos que faciliten la identificación del trabajador apuntando a tener una información veraz.

En esta medida, el tema del *in dubio pro operario* y el apoyo que deben de tener los trabajadores debe avalarse por parte del sistema judicial, colaborando con la situación más benéfica para el trabajador, en este caso para la esposa de un trabajador, teniendo en cuenta que la prueba aportada apuntó a verificar que el causante sí estuvo vinculado al Seguro Social y así lo hizo desde el año 1960 hasta el año de su deceso, completó, el hecho de que Colpensiones no pueda entregar una historia laboral compendiada no puede ser óbice para concluir que el derecho no existe, simplemente el derecho estaba ahí, no está soportado por la entidad que tiene la obligación de hacerlo, pero es viable. La información que tiene Colpensiones se trata de una suma de datos personales cuyo tratamiento se sujeta a las pautas contempladas en la legislación respecto al tratamiento de bases de datos y archivos que incluyen información de esas características.

Insistió, la obligación surge para las administradoras de pensiones respecto al manejo de las historias laborales, ejerciendo la custodia de conservación y guarda de la información que determinen sus afiliados, situación que no se clarificó en el proceso, toda vez que Colpensiones expidió una resolución con una identificación diferente.

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 TERESA RODRIGUEZ DE BLAHOUT en este proceso ordinario, las pretensiones incoadas en la página 2 del archivo 05 del expediente digital, las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos narrados en la subsanación vista a páginas 1 a 2 del archivo 07, aspirando:

PRIMERO: Que se Condene a COLPENSIONEs, a reconocer y pagar a mi mandate TERESA RODRIGUEZ DE BLAOUTH a pensión de sobrevivientes, teniendo como norma aplicable lo dispuesto por el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año.

SEGUNDO: QUE COLPENSIONES Empresa Industrial y Comercial del Estado la inclusión en nómina de la pensión de sobrevivientes Y PAGUE EL RETROACTIVO CORRESPONDIENTE .

Obteniendo sentencia de primera instancia desfavorable a sus aspiraciones, por cuanto se ABSOLVIÓ a la demandada COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por la señora Teresa Rodríguez de Blahout, se declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir. **Lo anterior tras considerar** la ***a quo***, que el *de cujus* no dejó causada la pensión de sobrevivientes al no acreditarse los requisitos del Acuerdo 224 de 1966, aprobado por el Decreto 3041 del mismo año, atendiendo que falleció el 12 de diciembre de 1978 y la normatividad aplicable es ésta y no la pretendida en el libelo (Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año).

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

Así las cosas, lo primero que advierte esta Sala, tal como lo determinó la juzgadora de primer grado, la norma bajo la cual se analizará la prestación económica es el Acuerdo 224 de 1966, aprobado por el Decreto 3041 del mismo año, en atención a que, **por regla general,** la fecha de fallecimiento del afiliado o pensionado determina la norma que regulará la sustitución pensional y el derecho a la pensión de sobrevivientes[2] y en el caso puntual, no existe motivo de duda respecto a la fecha del deceso del señor **BENNO JOSEF BLAHOUT**, pues conforme a la certificación expedida el 20 de febrero de 1979 por el Notario 13 del Círculo de Bogotá, se constata que aquél falleció el día 12 de diciembre de 1978 (archivo 05).

[2] *Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Sentencia 24421 del 25 de mayo de 2005.*

Puntualmente, se indicó:

> *"Que en el libro de Registro de DEFUNCIONES No. 24 al Folio No. 212 Figura una partida que a la letra dice: NOMBRE DEL MUERTO: BENNO JOSEF BLAHOUT En el Municipio de Bogotá, a TRECE (13) del mes de DICIEMBRE de mil novecientos SETENTA Y OCHO (1978) se presentó LUIS A. RUBIO y manifestó que a las ___ de la ____ del día DOCE (12), murió BENNO JOSEF BLAHOUT, de sexo masculino a la edad de CUARENTA Y NUEVE años, Natural de STEFANSRUH – KRS –República de ALEMANIA, de estado civil CASADO que su última ocupación fue la de COMERCIANTE y que la muerte ocurrió en HOSPITAL SAN JUAN DE DIOS (HONDA) que es hijo de JOSEF BLAHOUT y ELIZABETH SEIDEL que la causa principal de la muerte fue PARO CARDIORESPIRATORIO CENTRAL, TRAUMA Que la certificó el doctor AQUILINO SANCHEZ Registro número 4339".*

Sobre el tema, en sentencia 18229 del 3 de septiembre de 2002, la alta corporación, indicó:

> *"si el derecho a la pensión de sobreviviente nace con la muerte del asegurado en virtud a su misma naturaleza, y a su vez para cuando se produjo el deceso del mismo ya no se encontraban vigentes las preceptivas legales que aduce el censor en sustento de su derecho, en ninguna infracción a las mismas incurrió el Tribunal al no aplicarla"*

La anterior postura se sigue sosteniendo conforme se extrae de la sentencia CSJ SL1535-2023, entre otras, donde asentó: "**La normatividad que rige la pensión de sobrevivientes es la vigente al momento del deceso del causante afiliado o pensionado".**

Bato tal premisa, fácil es concluir que no le asiste razón al extremo activo en cuanto a que en el presente asunto tiene aplicación el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de dicho año, pues como quiera que el señor **BENNO JOSEF BLAHOUT** (q.e.p.d.) **falleció el 12 de diciembre de 1978**, la norma que regula la situación planteada no es otra que el Acuerdo 224 de 1966, aprobado por el Decreto 3041 del mismo año.

Ahora bien, en el asunto de marras debe tenerse en cuenta además, que la pensión de sobrevivientes que hoy por hoy se conoce, ha tenido un desarrollo histórico y que, antes de la entrada en vigencia del sistema general de seguridad social -Ley 100 de 1993-, no existía un régimen unificado para los trabajadores del sector público y privado, e incluso, se encontraban marcadas diferenciaciones aún dentro de estos; precisamente lo que se buscó con la expedición de la Ley 100 de 1993, fue superar las disyuntivas y eliminar las diferencias existentes entre los

sectores, unificando la reglamentación de los servidores públicos y los trabajadores particulares.

En tratándose de afiliados al Instituto de Seguros Sociales, como en el caso de autos, la disposición que regía al momento del deceso del causante era el Decreto 3041 de 1966, por el cual se aprobó el Acuerdo 224 de ese mismo año que adoptó el reglamento general del seguro social obligatorio de invalidez, vejez y muerte, en cuyos artículos 20 y 21 preceptúan:

> *"**ARTICULO 20.** Cuando la muerte sea de origen no profesional, habrá derecho a pensiones de sobrevivientes en los siguientes casos:*
>
> *a. Cuando a la fecha del fallecimiento el asegurado hubiere reunido las condiciones de tiempo y densidad de cotizaciones que se exigen, según el artículo 5o para el derecho a pensión de invalidez;*
>
> *b. Cuando el asegurado fallecido estuviere disfrutando de pensión de invalidez o de vejez según el presente reglamento.*
>
> ***ARTICULO 21.** La pensión a favor del cónyuge sobreviviente será igual a un cincuenta por ciento (50%) y la de cada huérfano con derecho igual a un veinte por ciento (20%) de la pensión de invalidez o de vejez, que tenía asignada el causante, o de lo que le habría correspondido a la fecha del fallecimiento excluidos los aumentos dispuestos en el artículo 16 del presente reglamento. Cuando se trate de huérfanos de padre y madre, la cuantía de la pensión se elevará hasta el treinta por ciento (30%) para cada uno".*

De igual importancia, conviene resaltar que las disposiciones previstas en el Acuerdo 224 de 1966 resultan aplicables únicamente a los afiliados o asegurados al extinto ISS. Así se recordó en reciente pronunciamiento de nuestro Alto Tribunal (CSJ SL1018-2023, Radicación No. 93973), que reiterando la sentencia CSJ SL12028-2016, punteó:

> *"Incluso, no está de más puntualizar que el Acuerdo 224 de 1966, aprobado por el Decreto 3041 de 1966, protege las a los trabajadores que estuviesen afiliados al ISS, que se encontraran laboralmente activos y efectuaran aportes al sector privado en el instituto, lo que impone concluir que no gobiernan la situación del sub-lite."*

Desde dicha óptica, corresponde a esta sede judicial realizar el respectivo estudio sobre el cumplimiento de tales requisitos, iterándose que frente al afiliado al sistema que fallezca en vigencia de dicha normatividad, tienen derecho a la pensión de sobrevivientes sus hijos huérfanos y la cónyuge supérstite, **siempre y cuando el asegurado hubiere reunido el tiempo mínimo de cotización exigido para el derecho a la pensión de invalidez, esto es, tener acreditadas 150**

semanas de cotización dentro de los seis años anteriores a la muerte, 75 de las cuales deben corresponder a los últimos tres años, por lo que el causante debía acreditar el cumplimiento de 150 semanas de cotización entre el 12 de diciembre de 1972 y el mismo día y mes del año 1978, dentro de las cuales 75 semanas debía acreditarlas dentro del periodo de tiempo comprendido entre el 12 de diciembre de 1975 y la fecha del óbito.

En ese sentido, se remite la Sala al análisis de las pruebas aportadas al plenario, con el propósito de establecer la viabilidad de acceder a la súplica de la demandante, evidenciando al efecto (archivo 05 y 10):

- Tarjetas de comprobación de derechos emitidas por el ISS del afiliado BENNO JOSEF BLAHOUT SEIDEL con No. de afiliación 01700434 correspondientes a los aportes de los periodos de **agosto, octubre y noviembre de 1970 y enero y febrero de 1971**.

- Partida de matrimonio contraído entre BENNO JOSEF BLAHOUT SEIDEL identificado con cédula No. 1.855.718 y TERESA DE JESÚS RODRIGUEZ DELGADO el 28 de agosto de 1959 ante la Parroquia El Recreo, del Departamento Libertador de la República de Venezuela, documento que cuenta con sello del Consulado General de Colombia.

- Copia de la Resolución No. 21192 del 20 de octubre de 1999 mediante la cual el extinto ISS negó la pensión o indemnización sustitutiva de sobrevivientes a la aquí demandante.

- Certificación expedida por el director de historia laboral de COLPENSIONES el día 05 de noviembre de 2021 en la cual se informó que: "***Consultadas las Bases de Datos no se encontró información de aportes ni novedades laborales bajo el número de cédula de extranjería: 76797, por lo tanto, no se genera historia laboral bajo este número de identificación****".*

- Tarjeta de identificación de derechos expedida por el extinto ISS del señor BENNO JOSEF BLAHOUT SEIDEL con cédula de extranjería No. 76797, afiliación No.700434 y fecha de inscripción del 01 de enero de 1966.

- Certificación suscrita por la dirección de afiliaciones de la entidad encartada de fecha 16 de febrero de 2023 en la que señaló *"Verificada la base de datos de afiliados, el documento de identidad cédula de extranjería número 76797, no está registrado/a en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPM) administrado por la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES".*

A su vez, los 2 hijos de la demandante comparecieron en calidad de testigos y relataron:

ROSWITA BLAHOUT (récord 06:12, archivo 21): "*Soy hija de la demandante, mis papás duraron toda la vida casados y viviendo juntos, obviamente los últimos 5 años también, antes que yo naciera estuvieron desde 1960 hasta el 12 de diciembre de 1978, día en que mi padre falleció, mi padre era el proveedor, yo era la mayor y tenía 18 años y todavía seguía estudiando, mi papá desde que yo sepa trabajó en Caracas a través de una empresa, luego trabajó en Bogotá hasta 1970 e hizo unos negocios de fotografía y trabajó en Foto Flash, tenía sus propios negocios de fotografía, mi papá estaba vinculado al Seguro Social en la época en que laboró en Colombia, cuando murió aparecían unos papeles que decían Seguro Social y tenían unas fechas, luego, al año de muerto mi papá el Abogado pidió la pensión en el Seguro Social".*

BENNO JOSEPH BLAHOUT (récord 13:39, archivo 21): "*Tengo 54 años, soy casado, soy técnico en Ingeniería Automotriz, soy Ingeniero de Ventas, soy el hijo menor de Teresa de Jesús y mi padre Benno Blahout, mi papá estuvo vinculado desde 1959 hasta 1969 luego fue independiente con negocios de fotografía, en foto arte, yo en su momento ayudé a buscar los papeles y salía la firma de él y salía lo de la pensión, yo ayudé a recolectarlos, mi mamá siempre fue ama de casa y dependía de los ingresos de mi papá. Luego que falleció mi padre ella tuvo un seguro, yo era pequeño, nos tocó vender propiedades y los negocios de fotografía porque se fueron a quiebra y luego se vendió la casa que teníamos, subsistimos de esa plata, en ningún momento mis padres estuvieron separados, la última vez vivimos en la 170 hacia abajo en San José de Bavaria".*

Así pues, de conformidad a las precitadas pruebas, de entrada se comprueba que la demandante y el de cujus contrajeron matrimonio el día **08 de agosto de 1959**; no obstante, resulta evidente que dentro del interregno señalado anteriormente (12

de diciembre de 1972 y 12 de diciembre de 1978), el señor BENNO JOSEF BLAHOUT (q.e.p.d.) **NO** presenta ningún periodo de cotización, pues aun cuando se pudo entrever con mediana claridad su afiliación al extinto ISS desde el año 1966, lo cierto es que el último periodo de cotización corresponde al mes de **febrero de 1971**, y por ende, dentro de los seis años anteriores a su deceso no contaba con ningún aporte. Sobre esta situación dieron fe los propios hijos de la pareja ya que informaron que el causante trabajó hasta el año 1970 a través de una sociedad y de ahí en adelante se independizó en el "*arte de las fotografías*", dando apertura a sus propios negocios, lo que permite concluir que en los 8 años anteriores al deceso, aproximadamente, el *de cujus* no cotizó a través de ningún empleador, quedando entonces la carga de la prueba a cargo de la demandante ya que debió acreditar que su esposo (q.e.p.d.) realizó las cotizaciones y ello no sucedió.

En punto al recurso, en cuanto al *principio in dubio pro operario*, se advierte, el mismo cobra vigor cuando frente a una misma norma al juez le surgen varias interpretaciones razonables, debiendo optar por la interpretación más favorable al trabajador, así se ha dispuesto desde vieja data, inclusive, en la actualidad en sentencia CSJ SL1308-2023, por lo que en este caso no hay lugar a estudiar ninguna normatividad dado que el señor BENNO JOSEF BLAHOUT (q.e.p.d.) cotizó hasta el periodo de 1971, sin que pueda existir discusión del cumplimiento de los requisitos de semanas cotizadas bajo las normas creadas posteriormente. En el mismo sentido este principio es válido frente a opciones lógicamente posibles y razonablemente aplicables al caso, no frente a lecturas jurídicamente insostenibles (CSJ SL407-2023).

Finalmente, se advierte, si bien las entidades administradoras de pensiones tienen la obligación de custodiar las historias laborales de los afiliados y deben tener especial cuidado con la información que certifican al emitir los documentos, lo cierto es que, en este caso, la parte actora en virtud de la carga probatoria que le asiste conforme al artículo 167 del C.G.P. no probó que fuera omisión de Colpensiones el computo de semanas anteriores al deceso del fallecido, no pudiéndose endilgar omisión alguna a la enjuciada.

En consecuencia, el afiliado fallecido no cumplió con la condición anteriormente mencionada exigida por la norma vigente al momento del óbito, lo que de contera impide que nazca a la vida jurídica el derecho a causar la pensión a favor de sus

potenciales beneficiarios como lo seria en este caso a favor de su cónyuge, aquí demandante.

En conclusión, se colige que a la accionante no le asiste derecho al reconocimiento y pago de la pretendida pensión de sobrevivientes a que aducía tener derecho con ocasión al fallecimiento del señor BENNO JOSEF BLAHOUT SEDIEL (q.e.p.d.).

Finalmente, se itera, tampoco luce posible aplicar el Acuerdo 049 de 1990, porque, al momento del fallecimiento del señor BENNO JOSEF BLAHOUT (q.e.p.d.) - 12 de diciembre de 1978, como se advirtió en precedencia, no se encontraba vigente. En este punto cabe precisar, no resulta procedente la aplicación retrospectiva de dicha disposición para regular una situación jurídica que se consolidó antes de su vigencia, en virtud del principio de irretroactividad de la ley el cual establece que una norma nueva rige todos los hechos y actos que se produzcan a partir de su vigencia, ello, conforme lo previsto en el artículo 16 del C.S.T., el cual dispone:

> *"ARTICULO 16. EFECTO. 1. Las normas sobre trabajo, por ser de orden público, producen efecto general inmediato, por lo cual se aplican también a los contratos de trabajo que estén vigentes o en curso en el momento en que dichas normas empiecen a regir**, pero no tienen efecto retroactivo,** esto es, no afectan situaciones definidas o consumadas conforme a leyes anteriores."*

En los términos anteriores, agotada como se encuentra la competencia de la Sala, por el estudio de los motivos de apelación, conforme a las motivaciones precedentes, se confirmará la sentencia de primera instancia.

COSTAS en esta instancia a cargo de la demandante.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

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

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

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

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL

BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR JAIME ALFREDO MORENO MORA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES- (RAD. 10 2020 00408 01).

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

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

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 COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en su favor, frente a la sentencia proferida por la Juez Décima Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 19 de abril del 2023 (*Audio archivo 18 expediente digital, récord: 2:05:04*), en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO: CONDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de garantía de pensión mínima establecida para desmovilizados en el artículo 147 de la Ley 100 de 1993, a favor del demandante JAIME ALBERTO MORENO MORA, a partir del 1º de julio de 2016, en trece (13) mesadas pensionales, y se establece como mesada pensional la equivalente al salario mínimo legal mensual vigente para cada anualidad, de conformidad a la parte considerativa de esta providencia.*
>
> ***SEGUNDO:** Se **CONDENA** a la demandada Colpensiones a pagar al demandante JAIME ALBERTO MORENO MORA el retroactivo pensional causado desde el 1º de julio del año 2016, hasta la fecha efectiva de inclusión en nómina, que calculado al 31 de marzo de 2023, por este Despacho, asciende a la suma $70.214.252 sin perjuicio del pago que debe hacer Colpensiones de las mesadas que se sigan causando hasta la efectiva inclusión del demandante en nómina de pensionados de Colpensiones, de conformidad a la parte considerativa de esta providencia.*
>
> ***TERCERO:** Se **CONDENA** a Colpensiones a pagar intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a favor del demandante respecto de las mesadas causadas entre el 1 de julio de 2016, hasta el 3 de noviembre de 2019, a partir del 4 de noviembre de 2019, hasta la fecha efectiva de pago y en cuanto a las mesadas causadas con posterioridad al 3 de noviembre de 2019, se causan los intereses a partir de la fecha de causación de cada mesada pensional hasta la fecha efectiva de pago, de conformidad a la parte motiva de esta providencia.*

> ***CUARTO: CONDENAR*** *en costas de esta instancia a Colpensiones a favor del demandante, por secretaría practíquese la liquidación de costas e inclúyase como agencias en derecho la suma de $ 4.000.000.*
>
> ***QUINTO****: En caso de no ser apelada esta providencia, debe surtirse el grado jurisdiccional de* ***CONSULTA****, ante la Sala Laboral del Honorable Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, de conformidad al artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social".*

Inconforme con la decisión, la apoderada de COLPENSIONES interpuso recurso de apelación[1], en cuanto a la condena en costas argumentando, la entidad siempre ha actuado en desarrollo de lo expresado en la Constitución Política en el artículo 83, el cual indica que las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de buena fe, principio que debe presumirse en todas las gestiones que se adelanten, por lo que en este caso, en su sentir, no procede este rubro.

Agregó, el artículo 365 del Código General del Proceso, aplicable al procedimiento laboral, por analogía del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo, faculta al juez para condenar en costas a la parte vencida, teniendo en consideración la conducta asumida por la entidad, siendo una norma de carácter procesal, de acuerdo con el artículo 40 de la Ley 153 de 1887 y la reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, siendo viable absolver por este concepto.

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

---

[1] ***Recurso Colpensiones (récord, 2:07:52, archivo 18****): "Su Señoría presentó recurso de apelación parcial en cuanto a la condena en costas impuesta a mi defendida, la administradora colombiana de pensiones, la entidad que represento siempre ha actuado de buena fe tanto de esta entidad como las entidades o personas que acuden a ella en calidad de usuarios o afiliados y en desarrollo de lo expresado en nuestra constitución política en el artículo 83, el cual indica que las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse bajo los postulados de buena fe, la cual se presumirá de todas las gestiones que ellos adelanten ante esto.*

Se debe presumir la buena fe, a menos que se demuestre lo contrario, situación que lleva a la imposibilidad de condenar en costas con base en lo siguiente, el artículo 365 del Código General del proceso, e igualmente aplicable al procedimiento laboral, atendiendo el artículo 145 del Código procesal del Trabajo, faculta al juez para condenar en costas a la parte vencida, teniendo en consideración la conducta asumida por ésta, que es una norma de carácter procesal, de vigencia inmediata, de acuerdo con el artículo 40 de la Ley 153 de 1887 y la reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

Por lo anterior, solicito se revoque la decisión en condena en costas impuesta a mi representada, en razón a que la misma actúa bajo la buena fe en estricta aplicación al principio legal que le corresponde, en este caso en concreto.".

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante JAIME ALFREDO MORENO MORA, las pretensiones relacionadas en la página 3 *(Archivo 1 expediente digital)*, las cuales encuentran sustento en los hechos relacionados en las páginas 1 y 2 *(ibidem)*, solicitando:

PRINCIPALES:

1. QUE COLPENSIONES RECONOZCA Y PAGUE la pensión especial de vejez al señor JAIME ALBERTO MORENO MORA a partir del cumplimiento de los requisitos para tal fin ya que cuenta con más de 1300 y más de 62 años de edad en aplicación de la normatividad antes indicada.

2. Que se reconozca y pague los intereses moratorios de conformidad con el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, mes a mes, desde la fecha en que se le reconozca el derecho pensional hasta la fecha de cancelación total de la pretensión económica solicitada y dejada de cancelar en tiempo.

3. Que se utilice las facultades extra y ultra petita por parte del Juzgador.

4. Que se condene en costas procesales a la parte demandada.

SUBSIDIARIA DE LA PRETENSION NUMERAL 2 DE INTERESES MORATORIOS:

1- Que se reconozca y pague la indexación mes a mes, desde la fecha en que se reconozca el derecho pensional hasta la fecha de cancelación total de la pretensión económica solicitada dejada de cancelar en tiempo.

Obteniendo sentencia favorable a sus aspiraciones por cuanto se condenó a COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de garantía de pensión mínima establecida para desmovilizados de que trata el artículo 147 de la Ley 100 de 1993 a favor del demandante JAIME ALBERTO MORENO MORA, a partir del 1º de julio de 2016, en trece (13) mesadas pensionales, aplicando una mesada equivalente al salario mínimo legal mensual vigente para cada anualidad, estableciendo como retroactivo pensional causado entre el 1º de julio del año 2016 al 31 de marzo de 2023 la suma de $70.214.252, asimismo, condenó a la enjuiciada al pago de los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 respecto de las mesadas causadas entre el 1º de julio de 2016 hasta el 3 de noviembre de 2019, a partir del 4 de noviembre de 2019 y hasta la fecha efectiva de pago y en cuanto a las mesadas causadas con posterioridad al 3 de noviembre de 2019, ordenó el pago de los intereses a partir de la fecha de causación de cada mesada pensional junto con el pago de costas procesales. **Lo anterior tras considerar la *a quo,*** que el artículo 147 de la Ley 100 de 1993 se encuentra vigente teniendo en cuenta que dicha norma no establece un régimen especial de pensiones sino ofrece una garantía de pensión mínima que está inmersa en el régimen de pensiones de la Ley 100 de 1993, es decir, no es una pensión contemplada en los regímenes especiales, de modo que esta garantía de pensión tiene una connotación de

permanencia que ampara a los colombianos que se acogieron al acuerdo de paz y no quedó derogada con el Acto Legislativo 01 de 2005, citando al efecto el contenido de las sentencias proferidas por la Alta Corporación CSJ SL 3692 21 y SL 4398 21.

Aterrizando esta prestación al caso del demandante aclaró, en primera medida a la parte actora, que el artículo 147 de la referida ley no adiciona 500 semanas a las ya cotizadas como se pretende, sino contempla como requisito mínimo de cotización 500 semanas siendo dos escenarios diferentes. De tal forma, estableció que el señor JAIME ALFREDO MORENO MORA cuenta con 829,71 semanas y cumplió 62 años de edad el 8 de junio de 2019, acreditando ser colombiano al nacer en Chipaque - Cundinamarca, siendo desmovilizado como consecuencia de un proceso de paz, cumpliendo entonces los 3 requisitos de la normatividad en cita.

Frente al disfrute de la prestación adujo que el demandante cotizó hasta el 31 de junio de 2016, ordenando el reconocimiento de la prestación a partir del 1º de julio de 2016 sobre 13 mesadas pensionales al reconocerse la prestación con posterioridad al Acto Legislativo 01 de 2005. En cuanto a la excepción de prescripción expuso que la última cotización se realizó el 30 de junio de 2016, presentándose reclamación el 03 de junio de 2019 y la demanda el 12 de noviembre de 2020, por lo que no operó el fenómeno prescriptivo. Finalmente, frente a los intereses moratorios del articulo 141 de la Ley 100 de 1993, adujo que este concepto se causa por el retardo en el reconocimiento y pago de las mesadas pensionales, fulminando condena.

Frente a la pretensión subsidiaria (indexación) se relevó del estudio de esta al acceder a los intereses moratorios.

Así pues, en primer lugar, se advierte el examen de la Sala se limitará a estudiar los aspectos, en lo que le fue desfavorable a Colpensiones la sentencia en virtud del grado jurisdiccional de Consulta que se surte en su favor, así como analizará el punto del recurso de apelación dirigido a la condena en costas procesales.

De tal forma, corresponde a la Sala de Decisión establecer si el artículo 147 de la Ley 100 de 1993, perdió vigencia a partir del 31 de julio de 2010, de conformidad con el Acto Legislativo 01 de 2005 y, por esa vía, elucidar si al señor JAIME

ALFREDO MORENO MORA le asiste o no al derecho al reconocimiento y pago de la garantía de pensión mínima para desmovilizados.

En este orden, debe advertirse, **la garantía de pensión mínima para desmovilizados** es una prestación establecida por el legislador, con el fin de ampliar la cobertura del riesgo de vejez a un sector de la población que, por sus condiciones particulares por haber pertenecido a grupos al margen de la ley, tomaron la decisión de abandonar esas actividades para reincorporarse a la vida civil, facilitando de esta manera una mejor forma de vivir, siempre que cumplan los requisitos establecidos por la Ley 100 de 1993.

Ahora bien, el artículo 11 de la Ley 100 de 1993 previó que el Sistema General de Pensiones se aplicará a todos los habitantes del territorio nacional y, por su parte, el artículo 279 consagró los sectores de la población que quedaban exceptuados de su campo de aplicación, tales como, los miembros de la Fuerzas Militares y de Policía Nacional, el personal regido por el Decreto-Ley 1214 de 1990, siempre que estuviesen vinculados antes de su vigencia, los afiliados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y los servidores públicos de Ecopetrol y pensionados de la empresa.

Entre tanto, con la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005 se reglaron restricciones para acordar a través de pacto, convención o cualquier otro acto jurídico reglas pensionales diferentes a las consignadas en las normas vigentes. La reforma constitucional también señaló que la vigencia de los regímenes pensionales especiales y los exceptuados, así como cualquiera otro distinto al establecido de manera permanente en las leyes del Sistema General de Pensiones, expirará el 31 de julio de 2010, sin perjuicio del aplicable a la fuerza pública y al presidente de la República.

De tal modo, si bien es cierto que con la expedición del Acto Legislativo perdieron vigencia los regímenes pensionales especiales y exceptuados, con las excepciones allí contempladas, **no sucedió lo mismo con los que fueron creados por el sistema general de pensiones, es decir, por la Ley 100 de 1993** y sus modificaciones, pues éstos forman parte integral del diseño institucional del sistema de seguridad social, como sucede precisamente con la pensión para los desmovilizados prevista en el art. 147 ibidem, la pensión para quienes padezcan una deficiencia física, síquica o sensorial; la pensión para la

madre de hijo inválido y la pensión familiar, entonces, se itera, la pensión para los desmovilizados, **no** ha perdido vigencia en virtud de la reforma constitucional, por así desprenderse claramente del mismo acto legislativo, al indicar que los regímenes especiales, los exceptuados, así como cualquiera otro, *"distinto al establecido de manera permanente en las leyes del sistema general de pensiones",* expirará el 31 de julio de 2010.

Para tal efecto e interpretación del articulado 147 de la Ley 100 de 1993[2], la Cortes Suprema de Justicia en su Sala Laboral ha desarrollado esta temática, enseñando en sentencia SL 3106-2022, entre otras:

> *"Esta Sala ha explicado que la pensión para los desmovilizados corresponde a una prestación distinta a las pensiones contempladas por los regímenes especiales o exceptuados, respecto de los cuales el Acto Legislativo sí limitó su vigencia al 31 de julio de 2010, tal cual lo asentó en la sentencia SL3692-2021, al sostener lo siguiente:*
>
> > *En síntesis, a juicio de la Sala, la pensión especial de desmovilizados regulada en el artículo 147 de la Ley 100 de 1993 hace parte del sistema general de pensiones y no de un régimen especial, y si bien contiene una serie de exigencias diferentes a las de la pensión de vejez común u ordinaria, ello no la convierte en uno de los esquemas pensionales derogados tácitamente por el Acto Legislativo 01 de 2005, pues la distinción normativa respecto a una densidad inferior de semanas cotizadas solo corresponde al compromiso del Estado colombiano por lograr una sociedad en paz, así como del propósito por reincorporar en el marco de la legalidad y el tejido social a aquellos ciudadanos que alzados en armas deciden renunciar a la confrontación armada y optar por una vida en paz.*
> >
> > *Y el constituyente derivado señaló en el parágrafo transitorio segundo de la reforma constitucional antes aludida que «la vigencia de los regímenes pensionales especiales, los exceptuados, así como cualquier otro distinto al establecido de manera permanente en las leyes del Sistema General de Pensiones expirará el 31 de julio del año 2010».*
> >
> > *De modo que la garantía de pensión mínima para desmovilizados del artículo 147 de la Ley 100 de 1993 tiene una connotación de permanencia en la medida que ampara a aquellos colombianos «que acogiéndose a procesos de paz se hayan desmovilizado o lo hagan en el futuro». Y en todo caso, así se entendiera que es un régimen especial, no quedó derogado por el Acto Legislativo 01 de 2005, toda vez que, se reitera, esa garantía se consagró en el sistema general de pensiones y goza de vocación de permanencia.*
>
> ***Por ello, de manera reiterada, como lo recuerda el recurrente, esta Corporación ha insistido en que la garantía de pensión mínima para desmovilizados es una prestación especial que se encuentra vigente, al margen de la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005, dada la vocación de permanencia que le imprimió el artículo 147 de la Ley 100 de 1993, al incluirla como una prestación del sistema general de pensiones, cuya vigencia perdurará mientras no sea objeto de modificación o derogatoria por parte del legislador, como hasta ahora no lo ha sido, tal como se explicó en la sentencia CSJ SL4298-2021.*** *Al respecto, dijo la Sala:*
>
> > *Debe señalarse que la pensión para desmovilizados no es una prestación*

[2] *"**ARTÍCULO 147. GARANTÍA DE PENSIÓN MÍNIMA PARA DESMOVILIZADOS.** Los colombianos que acogiéndose a procesos de paz se hayan desmovilizado o lo hagan en el futuro, podrán pensionarse en las edades establecidas en la presente Ley, con garantía de pensión mínima en el régimen de prima media con prestación definida, siempre que hayan cotizado por lo menos 500 semanas.".*

> *contenida en compendios diferentes a la ley de seguridad social, pues fue precisamente implementada[3] por la Ley 100 de 1993, la que en su artículo 147 establece los requisitos y beneficios de la misma.*
>
> *De manera tal que, atendiendo las voces del acto legislativo en comento, la prestación bajo estudio: i) se estableció por la ley de seguridad social y, por ende, ii) para acceder a ella será necesario el cumplimiento de los requisitos de la pensión de vejez, conforme lo señala, de manera literal la norma, que a continuación se trascribe:*
>
> *Los requisitos y beneficios pensionales para todas las personas, incluidos los de pensión de vejez por actividades de alto riesgo, serán los establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones. No podrá dictarse disposición o invocarse acuerdo alguno para apartarse de lo allí establecido*
>
> *En ese horizonte, en los términos de la adenda constitucional, la pensión para desmovilizados no se encuentra regulada dentro del parágrafo segundo transitorio del Acto Legislativo 01 de 2005 y no quedó afectada por la derogatoria que introdujo la reforma del artículo 48 constitucional a los regímenes especiales y exceptuado. Así las cosas, esta se mantendrá vigente, mientras el legislador, dentro del amplio margen de configuración normativa, no la derogue o modifique.*
>
> *Entonces, comparten la misma naturaleza de pensión especial de que gozan las prestaciones del parágrafo 4 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, a decir, la de vejez por hijo inválido o deficiencia física, síquica o sensorial. Inclusive comparte su esencia con las otorgadas por alto riesgo, por ende, itérese, estamos ante una pensión de vejez especial regulada por el artículo 147 de la Ley 100 de 1993, con requisitos diferentes a los fijados en la regla general, como quiera que permite a las edades establecidas en el régimen general, acceder a la prestación con el cumplimiento de un número inferior de semanas de cotización. Ahora, dada la orden constitucional de 1991 relativa a que ninguna pensión puede ser inferior al salario mínimo, el Estado la otorga en sede de garantía de pensión mínima, esto es, que, ante la insuficiencia de recursos para su financiación, la Nación asume el costo de dicha prestación.*
>
> *El debate que hoy se surte en esta Corporación no fue ajeno al Tribunal constitucional que, en Sentencia CC C651-2015, reiterada en la Sentencia CC C093-2017, al analizar la naturaleza de la pensión del denominado régimen de alto riesgo y si ella se encontraba afectada por el término de vigencia del Acto legislativo 01 de 2005, de los regímenes especiales y exceptuados, acudió a la exposición de motivos para dejar por sentado que: 1) la reforma dejó claro que se querían «eliminar los regímenes pensionales especiales y exceptuados, pero no las reglas sobre pensiones de alto riesgo, por cuanto estas formaban parte en sentido estricto del sistema general de pensiones» 2) este sistema para tal momento «estaba conformado por las Leyes 100 de 1993, 797 y 860 de 2003, y por el Decreto ley 2090 de 2003», en consecuencia, las pensiones con venero en tales preceptivas no fueron afectadas por el acto tantas veces referido.*
> *[…]*
> *Conforme a ello, y sin hesitación alguna, es palmario que al ser la garantía estatal para desmovilizados una pensión creada y regulada en su integridad por la ley 100 de 1993, hace parte del Sistema General de Pensiones, y, por ende, puede producir efectos hasta tanto el legislador considere su pertinencia.*

De otro lado, en cuanto al argumento expuesto por el Tribunal para dar por establecido que la pensión para los desmovilizados perdió su vigencia en virtud de la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005, basado en el concepto emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado que otorgó a la pensión la naturaleza de régimen especial, se recuerda que el concepto citado fue materia de análisis por esta Sala, encontrando que el mismo se torna equivocado, pues en la providencia antes citada se indicó:

Si bien el Tribunal tomó dentro de sus soportes aquel concepto proferido por la Sala de

> *Consulta y Servicio Civil; es menester señalar que el mismo equiparó la garantía de pensión mínima de desmovilizados a un régimen especial y, bajo esta premisa, consideró, en aplicación del principio de sostenibilidad fiscal, que tal prestación había sido afectada por la adenda constitucional, no obstante, dejó de lado la naturaleza de esta prestación pues precisamente no solamente fue creada, sino también es propia del sistema pensional, de manera que, en desarrollo del margen de configuración el congreso, determinó los requisitos y beneficios con condiciones particulares para su acceso como el ser un colombiano desmovilizado, al que, teniendo las edades de la regla general, podría acceder a una pensión en cuantía de salario mínimo, garantizado por la nación con 500 semanas de aportes.*
>
> *En consecuencia, brota el desaguisado de la Sala sentenciadora por cuanto, con soporte en el artículo 147 de la Ley 100 de 1993, entendió que dicha pensión constituía un régimen especial y, por ende, derogado por el parágrafo 2 del Acto Legislativo 01 de 2005, cuando, en puridad de verdad, su naturaleza es una pensión especial de vejez creada y regulada por las leyes de seguridad social, como recientemente lo reconoció esta Sala en la providencia CSJ SL, 28 jul. 2021, rad. 83204.". (Negrilla y Subrayado fuera del texto).*

Conforme a lo expuesto en precedencia y en acatamiento a lo discurrido por la alta corporación, se puede concluir que el artículo 147 de la Ley 100 de 1993, se encuentra vigente, acertando con ello en la sentencia emitida en primer grado.

En esa línea, corresponde constatar si el actor acredita las exigencias para acceder a la garantía de pensión mínima para desmovilizados, consagradas por el artículo 147 de la Ley 100 de 1993, el cual dispone:

> *"Garantía de pensión mínima para desmovilizados. Los colombianos que acogiéndose a procesos de paz se hayan desmovilizado o lo hagan en el futuro, podrán pensionarse en las edades establecidas en la presente Ley, con garantía de pensión mínima en el régimen de Prima Media con Prestación Definida, siempre que hayan cotizado por lo menos 500 semanas.".*

Por tanto, para la causación del derecho se exige acreditar los siguientes requisitos: *i)* ser colombiano desmovilizado en virtud de un proceso de paz; *ii)* cumplir con la edad establecida para la pensión de vejez general, y *iii)* tener por lo menos 500 semanas de cotización en el régimen de prima media.

De tal manera, con relación al primer requisito, obra a página 16 del archivo 01 del expediente digital, comunicación del 22 de julio de 2022, en donde la Directora General para la Reinserción del Ministerio del Interior hace constar que el señor JAIME ALBERTO MORENO MORA, identificado con la cédula de ciudadanía N° 19.314.459 de Bogotá, "*se encuentra incluido en las listas oficiales de los Acuerdos de Paz, suscritos con el Gobierno Nacional y el Movimiento 19 de abril M-19",* acreditando así ser desmovilizado. Esto, sumado a que el actor nació en

Chipaque – Cundinamarca según se corrobora con la cédula que obra en la página 11 del archivo 01, siendo evidente la condición de colombiano, cumpliendo el primer requisito.

En lo que acontece con la edad exigida para la pensión de vejez, el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 9º de la Ley 797 de 2003, exigió haber cumplido 55 años si se es mujer y 60 años si se es hombre y a partir del 1º de enero del año 2014, la edad fue incrementada a 57 años para la mujer y **62 años para el hombre,** exigencia que satisfizo el actor el **08 de junio de 2019**, cuando cumplió los 62 años de edad (el promotor de este litigio nació el 08 de junio de 1957 - página 11, archivo 01).

Finalmente, obra en el archivo 13, carpeta 03 del expediente la historia laboral del demandante donde aparecen registradas **829,71** semanas cotizadas al ISS, hoy Colpensiones, durante el período comprendido entre el **16 de octubre de 1981** y el **30 de junio de 2016,** convalidándose de esta forma el cumplimiento del tercer requisito exigido por la norma ya que el señor JAIME ALFREDO MORENO MORA cotizó más de **500** semanas.

De tal forma, con el fin de establecer la causación de la prestación y contrario a lo concluido por la juzgadora de primer grado, quién tomó el día siguiente a la última cotización del actor, debe esta Sala precisar que el señor JAIME ALFREDO MORENO MORA cumplió la edad requerida hasta el **08 de junio de 2019** no pudiéndose entonces reconocer la prestación desde el 1º de julio de 2016, ya que la edad de los 62 años, se insiste, los acreditó hasta el **2019**. Por lo anterior, no cabe duda para esta Corporación, la existencia del derecho pensional en cabeza del actor a partir del cumplimiento de la edad, en principio.

No obstante lo dicho, revisado el plenario, se tiene que el accionante procedió a solicitar el reconocimiento pensional el **06 de septiembre de 2019** (a los 2 meses y 28 del cumplimiento de los 62 años 08/06/2019) por lo que a juicio de esta Sala de Decisión, el reconocimiento del derecho debe proceder a partir de la data en que se solicitó el mismo, pues solo hasta esa fecha la pasiva pudo conocer la voluntad del afiliado de ser acreedor del derecho pensional, siendo viable desde dicha data reconocer la prestación y en tal sentido se modificará la sentencia de primer grado.

En otro giro, frente a la cuantía de la mesada pensional, ha de advertirse que procede el reconocimiento de la pensión de vejez deprecada por la parte actora,

en cuantía igual a un salario mínimo legal mensual vigente, como quiera que así se dispuso en primera instancia y no fue objeto de apelación por la parte actora, además no puede hacerse más gravosa la situación de Colpensiones respecto de quien se surte el grado jurisdiccional de Consulta y en todo caso conforme se evidencia de la Historial Laboral citada los IBC reportados por el afiliado corresponden al salario mínimo de cada anualidad.

En cuanto a la cantidad de mesadas a reconocer, es menester traer a colación la previsión consagrada en el inciso 8º del artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2005, que señala: *"Las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año"*, consignándose en el Parágrafo transitorio 6º *"Se exceptúan de lo establecido por el inciso 8° del presente artículo,* ***aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año".*** *(Negrilla y subrayado de la Sala).* De conformidad con lo anterior, dado que la prestación pensional se causó el 08 de junio de 2019 (fecha para la cual la demandante cumplió los 62 años de edad y tenía más de 500 semanas), debe recibir el pago de 13 mesadas pensionales al año, como quedó plasmado en la sentencia de primer grado, la cual deberá ser prohijada en este punto.

En relación con la excepción de prescripción oportunamente propuesta por COLPENSIONES[4], es de advertir, ninguna de las mesadas está afectada por este fenómeno, pues el derecho pensional se hizo exigible el 08 de junio de 2019 (fecha en que el demandante tenía cotizadas más de 500 semanas y cumplió los 62 años de edad), reclamando ante Colpensiones su derecho el **06 de septiembre de 2019,** conforme se extrae de la Resolución SUB286597 del 17 de octubre de 2019 (archivo 13, carpeta 02), por medio de la cual se resolvió el trámite de prestaciones económicas en el régimen de prima media con prestación definida vejez – ordinaria y acudiendo a la jurisdicción el 12 de noviembre de 2020 (Archivo 02 ibidem), esto es, no trascurrieron los 3 años que tratan los artículos 488 del C.S.T. y 151 del C.P.L, advirtiéndose, COLPENSIONES fue notificada del auto admisorio de la demanda (de fecha 09 de mayo de 2022 – archivo 08, ibidem) el 11 de mayo de 2022 (Archivo 09 expediente digital), esto es, dentro del

[4] *En la contestación de la demanda (Archivo 13, documento 01 del expediente digital) la cual se admitió por auto del 21 de febrero de 2023 (Archivo 16 expediente digital).*

año que establece el artículo 94 del C.G.P. Se confirma la decisión de la Juez *a quo.*

En consecuencia, como quiera que en primera instancia, se concretó la condena por el retroactivo en cuantía de $70.214.252 por las mesadas comprendidas entre el 1º de julio de 2016 de 2017 al 31 de marzo de 2023, procede la Sala en virtud del grado jurisdiccional de consulta a concretar el valor del retroactivo adeudado dada la modificación del extremo inicial del reconocimiento de la prestación, encontrando que entre el **06 de septiembre del 2019** al **30 de marzo del 2023** (fecha de la sentencia proferida en primer grado) se adeuda la suma de **$42.904.325,53**, la cual se seguirá causando a la fecha de inclusión en nómina, razón por la cual se ha de **MODIFICAR** dicho valor en esta instancia.

Tabla Retroactivo Pensional

MONTO MESADA	PERIODO CAUSADO	MESADAS A RECONOCER	SUBTOTAL
$ 828.116,00	**sep-19**	0,86	$ 717.700,53
$ 828.116,00	oct-19	1	$ 828.116,00
$ 828.116,00	nov-19	1	$ 828.116,00
$ 828.116,00	dic-19	1	$ 828.116,00
$ 877.803,00	ene-20	1	$ 877.803,00
$ 877.803,00	feb-20	1	$ 877.803,00
$ 877.803,00	mar-20	1	$ 877.803,00
$ 877.803,00	abr-20	1	$ 877.803,00
$ 877.803,00	may-20	1	$ 877.803,00
$ 877.803,00	jun-20	1	$ 877.803,00
$ 877.803,00	jul-20	1	$ 877.803,00
$ 877.803,00	ago-20	1	$ 877.803,00
$ 877.803,00	sep-20	1	$ 877.803,00
$ 877.803,00	oct-20	1	$ 877.803,00
$ 877.803,00	nov-20	2	$ 1.755.606,00
$ 877.803,00	dic-20	1	$ 877.803,00
$ 908.526,00	ene-21	1	$ 908.526,00
$ 908.526,00	feb-21	1	$ 908.526,00
$ 908.526,00	mar-21	1	$ 908.526,00
$ 908.526,00	abr-21	1	$ 908.526,00
$ 908.526,00	may-21	1	$ 908.526,00
$ 908.526,00	jun-21	1	$ 908.526,00
$ 908.526,00	jul-21	1	$ 908.526,00
$ 908.526,00	ago-21	1	$ 908.526,00
$ 908.526,00	sep-21	1	$ 908.526,00
$ 908.526,00	oct-21	1	$ 908.526,00
$ 908.526,00	nov-21	2	$ 1.817.052,00
$ 908.526,00	dic-21	1	$ 908.526,00
$ 1.000.000,00	ene-22	1	$ 1.000.000,00
$ 1.000.000,00	feb-22	1	$ 1.000.000,00
$ 1.000.000,00	mar-22	1	$ 1.000.000,00
$ 1.000.000,00	abr-22	1	$ 1.000.000,00
$ 1.000.000,00	may-22	1	$ 1.000.000,00
$ 1.000.000,00	jun-22	1	$ 1.000.000,00
$ 1.000.000,00	jul-22	1	$ 1.000.000,00
$ 1.000.000,00	ago-22	1	$ 1.000.000,00
$ 1.000.000,00	sep-22	1	$ 1.000.000,00
$ 1.000.000,00	oct-22	1	$ 1.000.000,00
$ 1.000.000,00	nov-22	2	$ 2.000.000,00
$ 1.000.000,00	dic-22	1	$ 1.000.000,00
$ 1.160.000,00	ene-23	1	$ 1.160.000,00
$ 1.160.000,00	feb-23	1	$ 1.160.000,00
$ 1.160.000,00	**mar-23**	1	$ 1.160.000,00
	SUBTOTAL	**45,86**	**$ 42.904.325,53**

En cuanto a la condena por intereses moratorios, es menester precisar, el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 está previsto para los eventos de mora en el pago de mesadas pensionales sin tener en cuenta su fuente legal, pudiendo colegirse, el pago tardío de las mismas, debe ser sancionado en los términos del dicha norma, acogiéndose en este punto, lo referido por la Juez *a quo* en el presente asunto al no evidenciar una razón que justifique la actuación desplegada por la entidad[5] en el desconocimiento del derecho que le asistía al demandante, pues es claro que esta pensión no quedó derogada, precisándose como ya se explicó, cuando se solicitó la prestación pensional el actor ya contaba con los requisitos para su reconocimiento (06 de septiembre de 2019).

De esta suerte, se **modificará** la decisión de primera instancia consistente en condenar a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de los intereses moratorios los cuales, deben ser impuestos a partir del **07 de enero de 2020** (4 meses siguientes a la reclamación del derecho 06/09/2019) y hasta la fecha en que se realice el pago efectivo del retroactivo pensional generado por las mesadas causadas del 06 de septiembre de 2019 al 30 de marzo de 2023**.** Lo anterior, por cuanto el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 establece como término para resolver las prestaciones económicas 4 meses, normatividad que se echó de menos en primera instancia.

A la par, se autoriza a COLPENSIONES para realizar las deducciones por concepto de aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud, respecto del retroactivo adeudado al demandante, de conformidad con lo establecido en el artículo 40 del Decreto 692 de 1994 reglamentario de la Ley 100 de 1993 el cual dispuso que: "se *entienden incorporados al sistema general de pensiones los pensionados trabajadores del sector privado y del sector público",* mientras que en su artículo 42 permitió a las entidades pagadoras *"descontar la cotización para salud y transferirlo a la EPS o entidad a la cual este afiliado el pensionado en salud";* orden que se consignará en la parte resolutiva de esta sentencia toda vez que la *a quo* hizo esta precisión en la parte considerativa pero nada dijo en la resolutiva, siendo procedente adicionar la sentencia en tal aspecto.

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

[5] *Sentencia SL 787-2013 Radicación No. 43602 del 6 de noviembre de 2013.*

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

En los términos que anteceden se agota la competencia de la Sala, por el estudio del grado jurisdiccional de consulta en favor de la Administradora Colombiana de Pensiones, procediendo a la modificación de los numerales 1, 2 y 3, se adicionará la autorización frente a los descuentos en salud y se confirmará en lo demás.

SIN COSTAS en esta instancia.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: MODIFICAR el numeral **PRIMERO** y **SEGUNDO** del fallo de primer grado en cuanto a que COLPENSIONES debe reconocer y pagar la garantía de pensión mínima para desmovilizados al señor JAIME ALFREDO MORENO MORA a partir **06 de septiembre del 2019**, precisándose, el retroactivo adeudado desde dicha data hasta el 30/03/2023 asciende a **$42.904.325,53,** el cual se seguirá causando hasta la inclusión en nómina, conforme a lo expuesto en precedencia.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral **TERCERO** de la sentencia para en su lugar, condenar a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de los intereses moratorios los cuales, deben ser impuestos a partir del **07 de enero de 2020** (4 meses siguientes a la reclamación del derecho 06/09/2019) y hasta la fecha en que se realice el pago efectivo del retroactivo pensional generado por las mesadas

causadas del 06 de septiembre de 2019 al 30 de marzo de 2023**,** conforme a lo expuesto.

TERCERO: **ADICIONAR** la decisión del Juzgado 10º Laboral del Circuito de Bogotá con el fin de **AUTORIZAR** a COLPENSIONES a efectuar las deducciones por concepto de aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud, del retroactivo que sea reconocido al demandante y las mesadas subsiguientes.

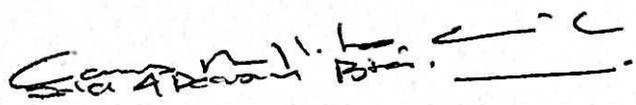
CUARTO: CONFIRMAR en lo demás el fallo proferido por la Juez 10º Laboral del Circuito de Bogotá.

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia.

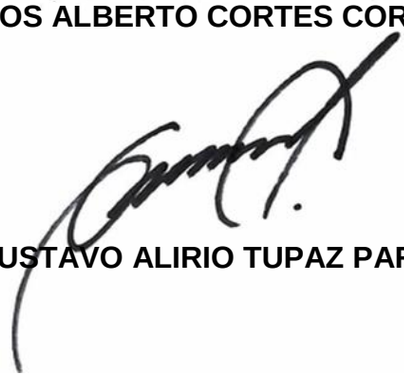
NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN



CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL

BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR CARLOS GUILLERMO CASTRO URUEÑA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES- (RAD 13 2022 00493 01).

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

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

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y el grado jurisdiccional de Consulta en su favor, contra la sentencia proferida por la Juez 13 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 7 de julio de 2023 (Archivo 13, récord: 29:41), en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO: DECLARAR*** *que al demandante le asiste el derecho a que Colpensiones le reliquide la pensión de vejez reconocida desde el 1º de julio de 2022, en cuantía inicial para el año 2022 de la suma de $20.957.370,50, y para el año 2023 una mesada de $23.706.978, conforme a las consideraciones ya indicadas.*
>
> ***SEGUNDO: CONDENAR*** *a Colpensiones a reconocer y pagar al demandante, el retroactivo causado desde el 1º de julio de 2022 descontando los emolumentos ya pagados, cuya diferencia hasta la mesada de julio del año 2023 asciende a la suma de $82.471.428,95, que se deberá pagar debidamente indexado, autorizando a la entidad a descontar el monto de los aportes a salud, como se explicó anteriormente.*
>
> ***TERCERO: ABSOLVER*** *a la demandada de las demás pretensiones incoadas, conforme quedó visto.*
>
> ***CUARTO: DECLARAR*** *parcialmente probada la excepción de inexistencia de la obligación propuesta por Colpensiones, respecto de los intereses moratorios, y se declaran no probadas las restantes, conforme lo antes indicado.*

> ***QUINTO: CONDENAR*** *en costas a Colpensiones en favor del demandante. Incluyéndose como agencias en derecho en esta instancia la suma de $1.200.000.*
>
> ***SEXTO: REMITIR*** *el proceso al superior en grado jurisdiccional de Consulta en favor de Colpensiones.*
>
> ***SÉPTIMO****: Por Secretaría, remítase copia de esta sentencia a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.".*

Inconforme con la decisión la apoderada de la demandada interpuso recurso de apelación[1], aduciendo apartarse de la decisión del juzgado de primer grado, en tanto la prestación de vejez fue reconocida al actor en los términos dispuestos en la Ley 100, modificada por la Ley 797, significando con ello que la tasa de reemplazo, así como el IBL y la fijación de la mesada pensional fue definida o tasada en aplicación de lo plasmado en el artículo 34 de la Ley 100, modificado por el artículo 10º de la Ley 797 de 2003. Resaltó, la tasa de reemplazo se fijó teniendo en cuenta el promedio de la totalidad de salarios devengados en los últimos 10 años de cotización, siendo claro que la prestación reconocida mediante Resolución SUB 197704 del 27 de julio de 2022 en cuantía inicial de $15.429.202 se encuentra ajustada a la normatividad que rige para el asunto y por ende no le asiste al demandante el derecho al reconocimiento y pago de la reliquidación pretendida.

De otro lado, atacó la condena de indexación del retroactivo, teniendo en cuenta que al demandante no le asiste el derecho a la reliquidación de su mesada pensional.

---

[1] ***Recurso Colpensiones, récord 31:45:*** *"Gracias su Señoría, sí, de manera muy respetuosa me permito interponer recurso de apelación frente al fallo dictado por su despacho en los siguientes términos, sea, lo primero reiterar que la prestación de vejez fue reconocida al actor en los términos dispuestos en la Ley 100, modificada por la Ley 797, esto significa que la tasa de reemplazo, así como el IBL y la fijación de la mesada pensional fue definida o fue tasada en aplicación de lo plasmado en el artículo 34 de la Ley 100, modificado por el artículo 10º de la Ley 797 de 2003 y de igual manera debe tenerse en cuenta que el nivel de tasado, como ya se indicó en la prestación reconocida, se fijó teniendo en cuenta el promedio de la totalidad de salarios devengados por el actor en sus últimos 10 años de cotización, de acuerdo con lo anterior, es claro que la prestación reconocida al actor por mi representada mediante la resolución SUB 197704 del 27 de julio de 2022, en una cuantía inicial de $15.429.202 pesos, se encuentra ajustada a la normatividad que rige para el asunto y por ende no le asiste al demandante el derecho al reconocimiento y pago de la reliquidación pretendida.*

De otro lado, frente a la condena de indexación del retroactivo ordenado, se apela también dicha decisión, teniendo en cuenta que, como ya se indicaba, al demandante no le asiste el derecho a la reliquidación de su mesada pensional y por ende no habría lugar tampoco a pago alguno bajo el concepto de indexación.

Finalmente, frente a la condena en costas, solicito respetuosamente se absuelva mi representada como quiera que como ya se ha mencionado al pensionado se le reconoció la prestación de vejez acordé a la normativa correspondiente y ha actuado siempre de buena fe en el reconocimiento efectuado al demandante, por ende, al no asistirle el derecho a la reliquidación pretendida de su pensión de vejez, mi poderdante no debería ser condenado en costas en el presente asunto".

Finalmente, frente a la condena en costas, solicitó se absuelva a la entidad como quiera que al pensionado se le reconoció la prestación de vejez acordé a la normativa correspondiente y Colpensiones ha actuado siempre de buena fe en el reconocimiento efectuado al 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 CARLOS GUILLERMO CASTRO URUEÑA, las pretensiones elevadas en la página 2 del archivo 02 del expediente digital, las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos narrados en la página 1, ibidem, solicitando:

> **PRIMERA:** Como consecuencia de lo anterior, ordenar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, al reajuste de la pensión de vejez reconocida por COLPENSIONES, en especial de la tasa de reemplazo o factor porcentual, de conformidad con el art. 10 de la Ley 797 de 2003, que modificó el art. 34 de la Ley 100 de 1993
>
> **SEGUNDA:** Como consecuencia de lo anterior, ordenar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a re liquidar la pensión de vejez teniendo en cuenta un porcentaje del 80% ya que el demandante cuenta con 2.329 semanas.
>
> **TERCERA**: Al reconocimiento y pago de las diferencias causadas debidamente indexadas.
>
> **CUARTA:** Condenar a la demandada al pago de los intereses moratorios sobre las diferencias dejadas de pagar desde el 01 de julio de 2022 conforme al art 141 de la ley 100 de 1993.
>
> **QUINTA:** Condenar a las demandadas al pago de todo concepto que se pruebe en el proceso ultra y extra petita.
>
> **SEXTA:** Se condene a las demandadas al pago de las costas y gastos del proceso.

Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus aspiraciones pues se accedió a la reliquidación pretendida, tras considerar la *a quo* que dada la densidad de semanas cotizadas por el actor, éste tenía derecho a la aplicación de una tasa de reemplazo del 80% liquidando la prestación con una mesada inicial de $20.957.370,50 a partir del 1º de julio de 2020 (*aportándose al expediente la liquidación correspondiente*), absolviendo de los intereses moratorios al no existir mora en el pago de las mesadas pensionales, condenando a la indexación de las sumas adeudadas y declarando no probada la excepción de prescripción.

Lo anterior tras considerar la *a quo*, que el demandante cotizó un total de

2.333,71 semanas por lo que al reliquidar la prestación reconocida inicialmente por Colpensiones y en aplicación a lo normado en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993 y artículo 10º de la Ley 797 de 2003 es viable liquidar la prestación con base en la fórmula allí establecida, acogiendo igualmente, el reciente criterio dado en sentencia SL810 de 2023 la CSJ en su Sala Laboral, por medio de la cual se precisó la forma en que se debe calcular la tasa de reemplazo para afiliados que hayan cotizado por encima de 1800 semanas, siendo aplicable en este caso, estableciendo entonces que el demandante tiene derecho a una tasa de reemplazo del 80% por la densidad de semanas cotizadas. Consecuente con ello estableció la primera mesada pensional junto con el retroactivo pensional debidamente indexado, negando el pago de los intereses moratorios contenidos en el articulo 141 de la Ley 100 de 1993 al no evidenciar mala fe de la entidad al efectuar el reconocimiento pensional.

Así las cosas, sea lo primero indicar, no es objeto de discusión en esta instancia que el actor se encuentra pensionado conforme lo señala la Resolución SUB 197704 del 27 de julio de 2022 (Archivo 02, páginas 8 a 14 del expediente administrativo), acto administrativo en el que se señaló como IBL $21.885.393 y una tasa de reemplazo del 70.50% para un valor de mesada pensional de $15.429.202 a partir del 1° de julio de 2022.

En este orden de ideas como quiera que la prestación pensional del demandante se otorgó en virtud de la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 del 2003, teniendo en cuenta el IBL de los 10 últimos años por ser el más favorable y atendiendo lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, situaciones que no son objeto de reproche por ninguna de las partes, se procede a la verificación de la suma otorgada en su momento por la pasiva para con ello establecer si se encuentra correcto el valor obtenido, quien alega haber reconocido la pensión de vejez ajustada a derecho.

Así las cosas, en lo que toca a la tasa de reemplazo aplicable al caso de autos, valga anotar, esta se debe liquidar de conformidad con lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003, norma que en su tenor literal dispone:

> *"**ARTÍCULO 34. MONTO DE LA PENSIÓN DE VEJEZ.** El monto mensual de la pensión de vejez, correspondiente a las primeras 1.000 semanas de cotización, será equivalente al 65% del ingreso base de liquidación. Por cada 50 semanas adicionales a las 1.000 hasta las 1.200 semanas, este porcentaje se*

> *incrementará en un 2%, llegando a este tiempo de cotización al 73% del ingreso base de liquidación. Por cada 50 semanas adicionales a las 1.200 hasta las 1.400, este porcentaje se incrementará en 3% en lugar del 2%, hasta completar un monto máximo del 85% del ingreso base de liquidación.*
>
> *El valor total de la pensión no podrá ser superior al 85% del ingreso base de liquidación, ni inferior a la pensión mínima de que trata el artículo siguiente.*
> *A partir del 1o. de enero del año 2004 se aplicarán las siguientes reglas:*
>
> *El monto mensual de la pensión correspondiente al número de semanas mínimas de cotización requeridas, será del equivalente al 65%, del ingreso base de liquidación de los afiliados. Dicho porcentaje se calculará de acuerdo con la fórmula siguiente:*
>
> *r = 65.50 - 0.50 s, donde:*
> *r = porcentaje del ingreso de liquidación.*
> *s = número de salarios mínimos legales mensuales vigentes.*
>
> *A partir del 2004, el monto mensual de la pensión de vejez será un porcentaje que oscilará entre el 65 y el 55% del ingreso base de liquidación de los afiliados, en forma decreciente en función de su nivel de ingresos calculado con base en la fórmula señalada. El 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 semanas. Adicionalmente, el 1o. de enero de 2006 se incrementarán en 25 semanas cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.*
>
> ***A partir del 2005, por cada cincuenta (50) semanas adicionales a las mínimas requeridas, el porcentaje se incrementará en un 1.5% del ingreso base de liquidación, llegando a un monto máximo de pensión entre el 80 y el 70.5% de dicho ingreso, en forma decreciente en función del nivel de ingresos de cotización, calculado con base en la fórmula establecida en el presente artículo**. El valor total de la pensión no podrá ser superior al ochenta (80%) del ingreso base de liquidación, ni inferior a la pensión mínima."*

De conformidad con la regulación en cita, la tasa de reemplazo corresponderá a la suma del valor que resultare de la aplicación de la fórmula allí prevista y la cifra adicional que se obtenga de aplicar el 1,5% por cada 50 semanas cotizadas de manera adicional a las mínimas requeridas para acceder al derecho pensional, si las hubiere.

Adicional a lo anterior, si bien el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003, contempla un monto máximo de la pensión de vejez del 80% del IBL, lo cierto es que, actualmente no limita el número de semanas necesario para alcanzar ese tope, siendo entonces válidas las **2.333,71** cotizadas al 31 de julio de 2022 por el señor CARLOS GUILLERMO CASTRO URUEÑA (*ver historia laboral Archivo 08 expediente administrativo*)[2].

[2] *CSJ SL810-2023: "… el criterio jurisprudencial expresado en la providencia CSJ SL3501-2022, en relación con el monto máximo de la pensión de vejez del 80% del IBL, a lo cual pueden acceder todos los afiliados que causen el derecho al abrigo exclusivamente de la Ley 797 de 2003,* ***sin limitación al número de semanas adicionales a las***

Sobre este punto la Máxima Corporación en sentencia de la Sala de Casación Laboral – SL 3501-2022 Rad. 92207 del 7 de agosto del 2022 y SL810 de 2023, estableció:

> *"Como quedó visto, la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003 y el Acto Legislativo 01 de 2005, adoptaron unas reglas con el propósito de evitar distorsiones en el monto de las pensiones que reconoce el régimen de prima media con prestación definida, así: i) una tasa de reemplazo para la pensión de vejez calculada con una fórmula decreciente en función del nivel de ingresos de cotización; ii) un incremento del monto de la pensión en función del número de semanas cotizadas, adicionales a las mínimas requeridas; iii) un monto máximo de la pensión de vejez, que no podrá ser superior al 80% del ingreso base de liquidación; iv) un límite a la base de cotización de 25 salarios mínimos legales, sin perjuicio del aumento hasta de 45 smlmv; y v) la prohibición de pensiones superiores a veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes.*
>
> *Además, con el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 se pasó de calcular el ingreso base de liquidación para los afiliados al ISS sobre un promedio de los salarios respecto de los cuales se cotizaban las últimas 100 semanas y en el sector público de lo que se devengaba en el último año, a hacerlo con el promedio de lo cotizado durante los últimos 10 años anteriores al reconocimiento pensional, o del todo el tiempo si éste fuere superior, con la finalidad de evitar manipulación o fraude en el aumento desmedido en la base de cotización, sin correspondencia con los ingresos realmente percibidos para acceder a mejores prestaciones del sistema.*
>
> *En ese contexto, queda evidenciada la trasgresión impartida por el Tribunal al artículo 34 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003, lo que le impidió comprender que* ***el precepto contempla un monto máximo de la pensión de vejez del 80% del ingreso base de liquidación, sin consideración al número de semanas necesario para alcanzar ese tope, pues ello se obtiene de la fórmula general sobre la equivalencia de semanas de cotización a los puntos adicionales a los límites mínimos de la pensión****." (Subrayas y negritas fuera de texto)*

Postura que acogió la Sala de Decisión, atendiendo lo dispuesto por ese máximo órgano de la jurisdicción ordinaria en su función como unificadora de la jurisprudencia doctrina probable, dejando atrás cualquier interpretación que se hubiera vertido en contrario.

De esta manera al realizar las operaciones aritméticas correspondientes, con el apoyo del Grupo liquidador creado por el Consejo Superior de la Judicatura, las cuales se incorporan como parte integrante de esta sentencia, anexándolas al plenario, teniendo en cuenta un IBL de **$21.886.443,64** se determina la Tasa de Reemplazo conforme lo dispuesto por el artículo 34 de la Ley 100 de 1993 y el aparte jurisprudencial citado, así:

Calculo Tasa de Reemplazo 2022				
IBL / SMMLV	$ 21.886.443,6	$ 1.000.000,0	21,8864	
No. SMMLV*0,5	21.8864 * 0,5		10,94322182	
65,50%	-	10,9432	55,0000	
Semanas adicionales a 1300-2300		1000		
1000 / 50 * 1,5		30		
55,0000%	+	30,00%	T. R.	85,00%
			Máxima T. R.	80,00%

mínimas que se requieran para alcanzar el porcentaje máximo indicado*. (CSJ SL1947-2020; CSJ SL1981-2020 y CSJ 2557-2020)." (negrilla fuera del texto).*

Conforme a lo anterior y acogiendo el porcentaje determinado en primera instancia frente a la TASA DE REEMPLAZO, se tiene que el actor tiene derecho a la aplicación de un porcentaje equivalente al 80%, diferente al tenido en cuenta por Colpensiones en el acto administrativo SUB 197704 del 27 de julio de 2022, esto es, el 70,50%.

Ahora bien, no acoge esta Sala de Decisión el Ingreso Base de Liquidación determinado por la *a quo*, toda vez que éste arrojó como promedio de los últimos 10 años la suma de $26.196.713,13, resultando una mesada de $20.957.370,50, liquidación que no se armoniza con las operaciones aritméticas aquí realizadas.

De modo que aplicando dicha tasa de reemplazo (80%) al IBL obtenido en esta instancia, **$21.886.443,64** se tiene como valor de primera mesada pensional la suma de **$17.509.154,91** para el 2022, cifra inferior a la otorgada por la juzgadora de primer grado como ya se expuso, siendo procedente modificar el valor de la mesada pensional a partir del 1º de julio de 2022 en virtud del grado jurisdiccional de consulta que le asiste a Colpensiones al resultar más favorable la aquí liquidada.

Ver imagen liquidación mesada.

Cálculo Ultimos Diez Años de Vida Laboral							
AÑO	***Nº. Días***	***IPC inicial***	***IPC final***	***Factor de indexación***	***Sueldo promedio mensual***	***Salario actualizado***	***Salario anual***
2012	*180*	*76,190*	*111,41*	*1,462*	*$ 13.000.000,00*	*$ 19.009.450*	*$ 114.056.700*
2013	*360*	*78,050*	*111,41*	*1,427*	*$ 13.000.000,00*	*$ 18.556.438*	*$ 222.677.258*
2014	*360*	*79,560*	*111,41*	*1,400*	*$ 14.000.000,00*	*$ 19.604.575*	*$ 235.254.902*
2015	*360*	*82,470*	*111,41*	*1,351*	*$ 16.108.750,00*	*$ 21.761.560*	*$ 261.138.718*
2016	*360*	*88,050*	*111,41*	*1,265*	*$ 17.236.375,00*	*$ 21.809.251*	*$ 261.711.010*
2017	*360*	*93,110*	*111,41*	*1,197*	*$ 18.442.925,00*	*$ 22.067.729*	*$ 264.812.751*
2018	*360*	*96,920*	*111,41*	*1,150*	*$ 19.531.050,00*	*$ 22.451.035*	*$ 269.412.416*
2019	*360*	*100,000*	*111,41*	*1,114*	*$ 20.702.900,00*	*$ 23.065.101*	*$ 276.781.211*
2020	*360*	*103,800*	*111,41*	*1,073*	*$ 21.945.075,00*	*$ 23.553.958*	*$ 282.647.492*
2021	*360*	*105,480*	*111,41*	*1,056*	*$ 22.713.150,00*	*$ 23.990.065*	*$ 287.880.778*
2022	*180*	*111,410*	*111,41*	*1,000*	*$ 25.000.000,00*	*$ 25.000.000*	*$ 150.000.000*
Total días	***3600***	***Total devengado actualizado a:***				***2022***	***$ 2.626.373.237***
Total semanas	***514,29***	***Ingreso Base Liquidación***					***$ 21.886.443,64***
Total Años	***10,00***	***Porcentaje aplicado***					***80%***
		Primera mesada					***$ 17.509.154,91***
		Salario Mínimo Mensual Legal Vigente Año				***2022***	***$ 1.000.000,00***

En ese sentido, el retroactivo que se estaría adeudando al accionante sería de **$31.029.569,88**, que corresponde a las diferencias de mesadas causadas del **1º de julio de 2022 al 30 de julio de 2023** (extremo final que aplicó la juzgadora) sin perjuicio de las que se sigan causando hasta la fecha efectiva de inclusión, operaciones que se verifican con la siguiente imagen:

	Tabla Retroactivo Diferencia Pensional						
Fecha inicial	**Fecha final**	**Incremento %**	**Valor mesada calculada**	**Mesada otorgada**	**Diferencia**	**N°. Mesadas**	**Subtotal**
01/07/22	31/12/22	5,62%	$ 17.509.155,0	$ 15.429.202,00	$ 2.079.953,00	7,00	$ 14.559.671,0
01/01/23	**30/07/23**	13,12%	$ 19.806.356,0	$ 17.453.513,30	$ 2.352.842,70	7,00	$ 16.469.898,9
Total retroactivo							**$ 31.029.569,88**

Precisándose el retroactivo por diferencias pensionales, se seguirá causando hasta la fecha de inclusión en nómina de la mesada reliquidada.

En cuanto a la condena por concepto de indexación sobre el retroactivo impuesto solicitado por el demandante, la Sala debe recordar, la institución jurídica de la indexación persigue una actualización de la obligación en cuanto al poder adquisitivo que tenía en la fecha en que debió de haberse solucionado y aquella en que efectivamente se pague, esto es, que el inexorable paso del tiempo, sin otro condicionamiento, distinto al impago del deudor, justifica el reajuste o corrección monetaria, siendo los índices de devaluación un hecho notorio, lo que evita demostrar esa situación.

La indexación no busca resarcir un perjuicio económico en estricto sentido, como ya quedó dicho, sino adaptar a la realidad económica del país un fenómeno particular de igual naturaleza, con ello no se recibe una ventaja económica ni se indemniza por el retardo en el pago, como tampoco se percibe un rendimiento del capital adeudado, solo se recauda el monto obligacional con capacidad adquisitiva, igual a la que tenía a la fecha en que se debió pagar. Así las cosas, de manera evidente, a la fecha en que se paguen las diferencias de las mesadas aquí reconocidas habrá transcurrido un interregno considerable, **por lo que es procedente la indexación aplicada sobre las mismas,** teniendo en cuenta la fecha que medie entre su exigibilidad y la fecha en que efectivamente se haga el pago.

En otro giro, la Sala acoge la Decisión impuesta por la *a quo* en el sentido de autorizar a COLPENSIONES a realizar las deducciones por concepto de aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud, respecto del retroactivo adeudado al demandante, de conformidad con lo establecido en el artículo 40 del Decreto 692 de 1994 reglamentario de la Ley 100 de 1993 el cual dispuso que: "se *entienden incorporados al sistema general de pensiones los pensionados trabajadores del sector privado y del sector público",* mientras que en su artículo 42 permitió a las entidades pagadoras *"descontar la cotización para salud y transferirlo a la EPS o entidad a la cual este afiliado el pensionado en salud"*.

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

Finalmente, en lo que toca a la excepción de prescripción formulada por Colpensiones desde la contestación de la demanda (página 10 y 11, archivo 08, expediente digital)[3], se tiene que en el caso bajo examen el reconocimiento pensional como ya se dijo, se realizó a través de Resolución SUB 197704 del 27 de julio de 2022, presentando solicitud de reliquidación el 12 de agosto de 2022, siendo incoada la demanda el **13 de octubre de 2022** (acta de reparto, página 01, archivo 03, expediente digital), esto es, no trascurrieron los 3 años previstos en los artículos 488 del C.S.T. y 151 del C.P.L, advirtiéndose COLPENSIONES fue notificada del auto admisorio de la demanda (fecha 29 de noviembre de 2022 (archivo 05) el 19 de diciembre de 2022 (Archivo 07 expediente digital), esto es, dentro del año que establece el artículo 94 del C.G.P.

Agotada como se encuentra la competencia de la Sala, al tenor de las motivaciones precedentes, se modificará parcialmente la sentencia de primera instancia en su ordinal primero y segundo, para establecer como valor de la mesada pensional para el año 2022 la suma de $17.509.154,91, estableciéndose como valor del retroactivo adeudado al 30 de julio de 2023 la suma de $31.029.569,88, confirmando en lo demás.

---

[3] *Se tuvo por contestada la demanda en auto del 1º de junio de 2023, archivo 10 del expediente digital.*

Sin **COSTAS** en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR parcialmente la sentencia de primera instancia en su ordinal **PRIMERO** para fijar como valor de la mesada para el año 2022, la suma de **$17.509.154,91**, de conformidad con las motivaciones precedentes.

SEGUNDO: MODIFICAR la sentencia de primera instancia, en el sentido de determinar como retroactivo por las diferencias de mesadas pensionales del 1º de julio de 2022 al 30 de julio de 2023 la suma de **$31.029.569,88,** precisándose que el mismo se seguirá causando hasta la fecha de inclusión en nómina de la mesada reliquidada, **el cual, deberá indexarse a la fecha de pago**, de conformidad con lo motivado en precedencia.

TERCERO: **CONFIRMAR** en lo demás la sentencia de primera instancia.

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

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA - SALA LABORAL -
MAGISTRADO: DR. DIEGO ROBERTO MONTOYA
RADICADO: 11001310501320224930l
DEMANDANTE :
DEMANDADO: COLPENSIONES

FECHA SENTENCIA	***1a. INSTANCIA***	***2a. INSTANCIA***	***CASACIÓN***

OBJETO DE LIQUIDACIÓN: *Calcular el Ingreso base de liquidación (IBL) del demandante tomando en cuenta los aportes realizados durante los últimos diez años actualizado a 2022 para obtener el valor de la primera mesada.*

Promedio Salarial Anual							
Año 2012							
Fecha Inicial	***Fecha Final***	***Número días***	***Salario mensual***	***Salario diario***	***Salario anual***	***Salario promedio diario***	***Salario promedio mensual***
01/07/12	***31/07/12***	*30*	*13.000.000,00*	*433.333,33*	*$ 13.000.000,0*		
01/08/12	***31/08/12***	*30*	*13.000.000,00*	*433.333,33*	*$ 13.000.000,0*		
01/09/12	***30/09/12***	*30*	*13.000.000,00*	*433.333,33*	*$ 13.000.000,0*		
01/10/12	***31/10/12***	*30*	*13.000.000,00*	*433.333,33*	*$ 13.000.000,0*		
01/11/12	***30/11/12***	*30*	*13.000.000,00*	*433.333,33*	*$ 13.000.000,0*		
01/12/12	***31/12/12***	*30*	*13.000.000,00*	*433.333,33*	*$ 13.000.000,0*		
Total días		*180*			*$ 78.000.000,0*	*$ 433.333,33*	***$ 13.000.000,00***
Año 2013							
Fecha Inicial	***Fecha Final***	***Número días***	***Salario mensual***	***Salario diario***	***Salario anual***	***Salario promedio diario***	***Salario promedio mensual***
01/01/13	***31/01/13***	*30*	*13.000.000,00*	*433.333,33*	*$ 13.000.000,0*		
01/02/13	***28/02/13***	*30*	*13.000.000,00*	*433.333,33*	*$ 13.000.000,0*		
01/03/13	***31/03/13***	*30*	*13.000.000,00*	*433.333,33*	*$ 13.000.000,0*		
01/04/13	***30/04/13***	*30*	*13.000.000,00*	*433.333,33*	*$ 13.000.000,0*		
01/05/13	***31/05/13***	*30*	*13.000.000,00*	*433.333,33*	*$ 13.000.000,0*		
01/06/13	***30/06/13***	*30*	*13.000.000,00*	*433.333,33*	*$ 13.000.000,0*		
01/07/13	***31/07/13***	*30*	*13.000.000,00*	*433.333,33*	*$ 13.000.000,0*		
01/08/13	***31/08/13***	*30*	*13.000.000,00*	*433.333,33*	*$ 13.000.000,0*		
01/09/13	***30/09/13***	*30*	*13.000.000,00*	*433.333,33*	*$ 13.000.000,0*		
01/10/13	***31/10/13***	*30*	*13.000.000,00*	*433.333,33*	*$ 13.000.000,0*		
01/11/13	***30/11/13***	*30*	*13.000.000,00*	*433.333,33*	*$ 13.000.000,0*		
01/12/13	***31/12/13***	*30*	*13.000.000,00*	*433.333,33*	*$ 13.000.000,0*		
Total días		*360*			*$ 156.000.000,0*	*$ 433.333,33*	***$ 13.000.000,00***
Año 2014							
Fecha Inicial	***Fecha Final***	***Número días***	***Salario mensual***	***Salario diario***	***Salario anual***	***Salario promedio diario***	***Salario promedio mensual***
01/01/14	***31/01/14***	*30*	*13.000.000,00*	*433.333,33*	*$ 13.000.000,0*		
01/02/14	***28/02/14***	*30*	*13.000.000,00*	*433.333,33*	*$ 13.000.000,0*		
01/03/14	***31/03/14***	*30*	*13.000.000,00*	*433.333,33*	*$ 13.000.000,0*		
01/04/14	***30/04/14***	*30*	*13.000.000,00*	*433.333,33*	*$ 13.000.000,0*		
01/05/14	***31/05/14***	*30*	*13.000.000,00*	*433.333,33*	*$ 13.000.000,0*		
01/06/14	***30/06/14***	*30*	*13.000.000,00*	*433.333,33*	*$ 13.000.000,0*		
01/07/14	***31/07/14***	*30*	*15.000.000,00*	*500.000,00*	*$ 15.000.000,0*		
01/08/14	***31/08/14***	*30*	*15.000.000,00*	*500.000,00*	*$ 15.000.000,0*		
01/09/14	***30/09/14***	*30*	*15.000.000,00*	*500.000,00*	*$ 15.000.000,0*		
01/10/14	***31/10/14***	*30*	*15.000.000,00*	*500.000,00*	*$ 15.000.000,0*		
01/11/14	***30/11/14***	*30*	*15.000.000,00*	*500.000,00*	*$ 15.000.000,0*		
01/12/14	***31/12/14***	*30*	*15.000.000,00*	*500.000,00*	*$ 15.000.000,0*		
Total días		*360*			*$ 168.000.000,0*	*$ 466.666,67*	***$ 14.000.000,00***
Año 2015							
Fecha Inicial	***Fecha Final***	***Número días***	***Salario mensual***	***Salario diario***	***Salario anual***	***Salario promedio diario***	***Salario promedio mensual***
01/01/15	***31/01/15***	*30*	*16.108.750,00*	*536.958,33*	*$ 16.108.750,0*		
01/02/15	***28/02/15***	*30*	*16.108.750,00*	*536.958,33*	*$ 16.108.750,0*		
01/03/15	***31/03/15***	*30*	*16.108.750,00*	*536.958,33*	*$ 16.108.750,0*		
01/04/15	***30/04/15***	*30*	*16.108.750,00*	*536.958,33*	*$ 16.108.750,0*		
01/05/15	***31/05/15***	*30*	*16.108.750,00*	*536.958,33*	*$ 16.108.750,0*		
01/06/15	***30/06/15***	*30*	*16.108.750,00*	*536.958,33*	*$ 16.108.750,0*		
01/07/15	***31/07/15***	*30*	*16.108.750,00*	*536.958,33*	*$ 16.108.750,0*		
01/08/15	***31/08/15***	*30*	*16.108.750,00*	*536.958,33*	*$ 16.108.750,0*		
01/09/15	***30/09/15***	*30*	*16.108.750,00*	*536.958,33*	*$ 16.108.750,0*		
01/10/15	***31/10/15***	*30*	*16.108.750,00*	*536.958,33*	*$ 16.108.750,0*		
01/11/15	***30/11/15***	*30*	*16.108.750,00*	*536.958,33*	*$ 16.108.750,0*		
01/12/15	***31/12/15***	*30*	*16.108.750,00*	*536.958,33*	*$ 16.108.750,0*		
Total días		*360*			*$ 193.305.000,0*	*$ 536.958,33*	***$ 16.108.750,00***
Año 2016							

Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/16	31/01/16	30	17.236.375,00	574.545,83	$ 17.236.375,0		
01/02/16	28/02/16	30	17.236.375,00	574.545,83	$ 17.236.375,0		
01/03/16	31/03/16	30	17.236.375,00	574.545,83	$ 17.236.375,0		
01/04/16	30/04/16	30	17.236.375,00	574.545,83	$ 17.236.375,0		
01/05/16	31/05/16	30	17.236.375,00	574.545,83	$ 17.236.375,0		
01/06/16	30/06/16	30	17.236.375,00	574.545,83	$ 17.236.375,0		
01/07/16	31/07/16	30	17.236.375,00	574.545,83	$ 17.236.375,0		
01/08/16	31/08/16	30	17.236.375,00	574.545,83	$ 17.236.375,0		
01/09/16	30/09/16	30	17.236.375,00	574.545,83	$ 17.236.375,0		
01/10/16	31/10/16	30	17.236.375,00	574.545,83	$ 17.236.375,0		
01/11/16	30/11/16	30	17.236.375,00	574.545,83	$ 17.236.375,0		
01/12/16	31/12/16	30	17.236.375,00	574.545,83	$ 17.236.375,0		
Total días		360			$ 206.836.500,0	$ 574.545,83	**$ 17.236.375,00**
Año 2017							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/17	31/01/17	30	18.442.925,00	614.764,17	$ 18.442.925,0		
01/02/17	28/02/17	30	18.442.925,00	614.764,17	$ 18.442.925,0		
01/03/17	31/03/17	30	18.442.925,00	614.764,17	$ 18.442.925,0		
01/04/17	30/04/17	30	18.442.925,00	614.764,17	$ 18.442.925,0		
01/05/17	31/05/17	30	18.442.925,00	614.764,17	$ 18.442.925,0		
01/06/17	30/06/17	30	18.442.925,00	614.764,17	$ 18.442.925,0		
01/07/17	31/07/17	30	18.442.925,00	614.764,17	$ 18.442.925,0		
01/08/17	31/08/17	30	18.442.925,00	614.764,17	$ 18.442.925,0		
01/09/17	30/09/17	30	18.442.925,00	614.764,17	$ 18.442.925,0		
01/10/17	31/10/17	30	18.442.925,00	614.764,17	$ 18.442.925,0		
01/11/17	30/11/17	30	18.442.925,00	614.764,17	$ 18.442.925,0		
01/12/17	31/12/17	30	18.442.925,00	614.764,17	$ 18.442.925,0		
Total días		360			$ 221.315.100,0	$ 614.764,17	**$ 18.442.925,00**
Año 2018							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/18	31/01/18	30	19.531.050,00	651.035,00	$ 19.531.050,0		
01/02/18	28/02/18	30	19.531.050,00	651.035,00	$ 19.531.050,0		
01/03/18	31/03/18	30	19.531.050,00	651.035,00	$ 19.531.050,0		
01/04/18	30/04/18	30	19.531.050,00	651.035,00	$ 19.531.050,0		
01/05/18	31/05/18	30	19.531.050,00	651.035,00	$ 19.531.050,0		
01/06/18	30/06/18	30	19.531.050,00	651.035,00	$ 19.531.050,0		
01/07/18	31/07/18	30	19.531.050,00	651.035,00	$ 19.531.050,0		
01/08/18	31/08/18	30	19.531.050,00	651.035,00	$ 19.531.050,0		
01/09/18	30/09/18	30	19.531.050,00	651.035,00	$ 19.531.050,0		
01/10/18	31/10/18	30	19.531.050,00	651.035,00	$ 19.531.050,0		
01/11/18	30/11/18	30	19.531.050,00	651.035,00	$ 19.531.050,0		
01/12/18	31/12/18	30	19.531.050,00	651.035,00	$ 19.531.050,0		
Total días		360			$ 234.372.600,0	$ 651.035,00	**$ 19.531.050,00**
Año 2019							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/19	31/01/19	30	20.702.900,00	690.096,67	$ 20.702.900,0		
01/02/19	28/02/19	30	20.702.900,00	690.096,67	$ 20.702.900,0		
01/03/19	31/03/19	30	20.702.900,00	690.096,67	$ 20.702.900,0		
01/04/19	30/04/19	30	20.702.900,00	690.096,67	$ 20.702.900,0		
01/05/19	31/05/19	30	20.702.900,00	690.096,67	$ 20.702.900,0		
01/06/19	30/06/19	30	20.702.900,00	690.096,67	$ 20.702.900,0		
01/07/19	31/07/19	30	20.702.900,00	690.096,67	$ 20.702.900,0		
01/08/19	31/08/19	30	20.702.900,00	690.096,67	$ 20.702.900,0		
01/09/19	30/09/19	30	20.702.900,00	690.096,67	$ 20.702.900,0		
01/10/19	31/10/19	30	20.702.900,00	690.096,67	$ 20.702.900,0		
01/11/19	30/11/19	30	20.702.900,00	690.096,67	$ 20.702.900,0		
01/12/19	31/12/19	30	20.702.900,00	690.096,67	$ 20.702.900,0		
Total días		360			$ 248.434.800,0	$ 690.096,67	**$ 20.702.900,00**
Año 2020							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/20	31/01/20	30	21.945.075,00	731.502,50	$ 21.945.075,0		
01/02/20	28/02/20	30	21.945.075,00	731.502,50	$ 21.945.075,0		
01/03/20	31/03/20	30	21.945.075,00	731.502,50	$ 21.945.075,0		
01/04/20	30/04/20	30	21.945.075,00	731.502,50	$ 21.945.075,0		
01/05/20	31/05/20	30	21.945.075,00	731.502,50	$ 21.945.075,0		

01/06/20	**30/06/20**	30	21.945.075,00	731.502,50	$ 21.945.075,0		
01/07/20	**31/07/20**	30	21.945.075,00	731.502,50	$ 21.945.075,0		
01/08/20	**31/08/20**	30	21.945.075,00	731.502,50	$ 21.945.075,0		
01/09/20	**30/09/20**	30	21.945.075,00	731.502,50	$ 21.945.075,0		
01/10/20	**31/10/20**	30	21.945.075,00	731.502,50	$ 21.945.075,0		
01/11/20	**30/11/20**	30	21.945.075,00	731.502,50	$ 21.945.075,0		
01/12/20	**31/12/20**	30	21.945.075,00	731.502,50	$ 21.945.075,0		
Total días		360			$ 263.340.900,0	$ 731.502,50	**$ 21.945.075,00**
Año 2021							
Fecha Inicial	**Fecha Final**	**Número días**	**Salario mensual**	**Salario diario**	**Salario anual**	**Salario promedio diario**	**Salario promedio mensual**
01/01/21	**31/01/21**	30	22.713.150,00	757.105,00	$ 22.713.150,0		
01/02/21	**28/02/21**	30	22.713.150,00	757.105,00	$ 22.713.150,0		
01/03/21	**31/03/21**	30	22.713.150,00	757.105,00	$ 22.713.150,0		
01/04/21	**30/04/21**	30	22.713.150,00	757.105,00	$ 22.713.150,0		
01/05/21	**31/05/21**	30	22.713.150,00	757.105,00	$ 22.713.150,0		
01/06/21	**30/06/21**	30	22.713.150,00	757.105,00	$ 22.713.150,0		
01/07/21	**31/07/21**	30	22.713.150,00	757.105,00	$ 22.713.150,0		
01/08/21	**31/08/21**	30	22.713.150,00	757.105,00	$ 22.713.150,0		
01/09/21	**30/09/21**	30	22.713.150,00	757.105,00	$ 22.713.150,0		
01/10/21	**31/10/21**	30	22.713.150,00	757.105,00	$ 22.713.150,0		
01/11/21	**30/11/21**	30	22.713.150,00	757.105,00	$ 22.713.150,0		
01/12/21	**31/12/21**	30	22.713.150,00	757.105,00	$ 22.713.150,0		
Total días		360			$ 272.557.800,0	$ 757.105,00	**$ 22.713.150,00**
Año 2022							
Fecha Inicial	**Fecha Final**	**Número días**	**Salario mensual**	**Salario diario**	**Salario anual**	**Salario promedio diario**	**Salario promedio mensual**
01/01/22	**31/01/22**	30	25.000.000,00	833.333,33	$ 25.000.000,0		
01/02/22	**28/02/22**	30	25.000.000,00	833.333,33	$ 25.000.000,0		
01/03/22	**31/03/22**	30	25.000.000,00	833.333,33	$ 25.000.000,0		
01/04/22	**30/04/22**	30	25.000.000,00	833.333,33	$ 25.000.000,0		
01/05/22	**31/05/22**	30	25.000.000,00	833.333,33	$ 25.000.000,0		
01/06/22	**30/06/22**	30	25.000.000,00	833.333,33	$ 25.000.000,0		
Total días		180			$ 150.000.000,0	$ 833.333,33	**$ 25.000.000,00**

Cálculo Ultimos Diez Años de Vida Laboral							
AÑO	**Nº. Días**	**IPC inicial**	**IPC final**	**Factor de indexación**	**Sueldo promedio mensual**	**Salario actualizado**	**Salario anual**
2012	180	76,190	111,41	1,462	$ 13.000.000,00	$ 19.009.450	$ 114.056.700
2013	360	78,050	111,41	1,427	$ 13.000.000,00	$ 18.556.438	$ 222.677.258
2014	360	79,560	111,41	1,400	$ 14.000.000,00	$ 19.604.575	$ 235.254.902
2015	360	82,470	111,41	1,351	$ 16.108.750,00	$ 21.761.560	$ 261.138.718
2016	360	88,050	111,41	1,265	$ 17.236.375,00	$ 21.809.251	$ 261.711.010
2017	360	93,110	111,41	1,197	$ 18.442.925,00	$ 22.067.729	$ 264.812.751
2018	360	96,920	111,41	1,150	$ 19.531.050,00	$ 22.451.035	$ 269.412.416
2019	360	100,000	111,41	1,114	$ 20.702.900,00	$ 23.065.101	$ 276.781.211
2020	360	103,800	111,41	1,073	$ 21.945.075,00	$ 23.553.958	$ 282.647.492
2021	360	105,480	111,41	1,056	$ 22.713.150,00	$ 23.990.065	$ 287.880.778
2022	180	111,410	111,41	1,000	$ 25.000.000,00	$ 25.000.000	$ 150.000.000
Total días	**3600**				**Total devengado actualizado a:**	**2022**	**$ 2.626.373.237**
Total semanas	**514,29**					**Ingreso Base Liquidación**	**$ 21.886.443,64**
Total Años	**10,00**					**Porcentaje aplicado**	**80%**
						Primera mesada	**$ 17.509.154,91**
					Salario Mínimo Mensual Legal Vigente Año	**2022**	**$ 1.000.000,00**

Calculo Tasa de Reemplazo 2022				
IBL / SMMLV	$ 21.886.443,6	$ 1.000.000,0	21,8864	
No. SMMLV*0,5	21.8864 * 0,5		10,94322182	
65,50%	-	10,9432	**55,0000**	
Semanas adicionales a 1300-2300		1000		
1000 / 50 * 1,5		30		
55,0000%	+	30,00%	**T. R.**	**85,00%**
			Máxima T. R.	**80,00%**

Tabla Retroactivo Diferencia Pensional							
Fecha inicial	**Fecha final**	**Incremento %**	**Valor mesada calculada**	**Mesada otorgada**	**Diferencia**	**N°. Mesadas**	**Subtotal**
01/07/22	31/12/22	5,62%	$ 17.509.155,0	$ 15.429.202,00	$ 2.079.953,00	7,00	$ 14.559.671,0
01/01/23	**30/07/23**	13,12%	$ 19.806.356,0	$ 17.453.513,30	$ 2.352.842,70	7,00	$ 16.469.898,9
Total retroactivo							**$ 31.029.569,88**

Tabla Liquidación	
Retroactivo pensional	*$ 31.029.569,9*
Total	***$ 31.029.569,9***

Fuente	*Tabla del IPC - DANE., folios del proceso,*
Observaciones	*Se realiza la liquidación de acuerdo a las instrucciones del despacho.*

Fecha liquidación *lunes, 31 de julio de 2023* *Recibe:* _____

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

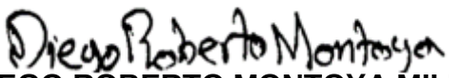
PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR LADY JANIVE LAMILLA BELTRÁN CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, FONDO ROTATORIO DE LA FUERZA AÉREA HOY AGENCIA DE LOGISTICA DE LAS FUERZAS MILITARES Y PROTECCIÓN S.A. (RAD. 15 2020 00418 01).

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

AUTO

Se reconoce personería adjetiva al abogado **NIXON ALEJANDRO NAVARRETE GARZÓN** como apoderado del **MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO**, en los términos y para los efectos del poder conferido por **SANDRA MÓNICA ACOSTA GARCÍA**, en su calidad de delegada del Ministro de Hacienda y Crédito Público.

Igualmente, se acepta la renuncia al poder, otorgado por la demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, a la doctora **MARIA CAMILA BEDOYA GARCÍA**, toda vez que, la apoderada general y el abogado sustituto terminan su vínculo civil y comercial con la entidad demandada el día 15 de mayo



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

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

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, en virtud del recurso de apelación interpuesto por la demandante, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor del **MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO** y el

FONDO ROTATORIO DE LA FUERZA AÉREA HOY AGENCIA DE LOGISTICA DE LAS FUERZAS MILITARES, contra la sentencia proferida por el Juez Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 17 de abril de 2023 (Audiencia virtual archivo 64, récord 1:44:00), en la que se resolvió:

> *"**PRIMERO: ORDENAR** a la señora demandante LADY JANIVE LAMLLA BELTRAN que en un término no superior a los (15) días hábiles subsiguientes a la ejecutoria de la presente providencia se presente ante la AFP PROTECCION a efectos de efectuar la solicitud de reconocimiento de la pensión pensional y suscribir los demás documentos necesarios para validar y dejar en regular y debida forma su historia laboral ante Protección.*
>
> ***SEGUNDO:** Una vez se efectuada la correspondiente petición y consolidación de la historia laboral, deberá Protección dentro de los (15) días hábiles subsiguientes a que se consolide esta historia laboral, tramitar ante la AGENCIA LOGISTICA DE LAS FUERZAS MILITARES y la oficina de bonos pensionales de la nación, MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO los correspondientes bonos pensionales y el capital necesario para financiar la garantía de pensión mínima ante dicha administradora PROTECCIÓN, igualmente se precisa que el MINISTERIO DE HACIENDA DE CREDITO PUBLICO a través de la OBP y la AGENCIA LOGISTICA DE LAS FUERZAS MILITARES, cuenta con un término máximo de (4) meses contados a partir de la radicación de los documentos con la solicitud por parte de PROTECCIÓN para el reconocimiento de dichos bonos pensionales y capital adicional para cumplir con la garantía de pensión mínima a favor de la señora demandante.*
>
> ***TERCERO: CONDENAR a LA AFP PROTECCIÓN** al reconocimiento y pago a favor de la señora demandante una vez se encuentre consolidados en su historia laboral dichos recursos y a partir del día 27 de febrero del año 2020 la pensión de vejez por garantía de pensión mínima en un valor que corresponderá al SMMLV para ese momento $877.803 que se pagara en (13) mesadas pensionales anuales y se pagará debidamente indexado o actualizado desde la fecha de causación de cada mesada en forma anual y hasta su pago efectivo e inclusión en nómina con el valor que corresponda al mínimo legal al momento de inclusión, conforme se expuso en la parte motiva.*
>
> ***CUARTO: ABSOLVER** a la AFP PROTECCION de las demás pretensiones especialmente la relacionada con los intereses moratorios y a COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones invocadas en la presente acción y frente a esta pretensión y todas las dirigidas contra Colpensiones se declaran demostradas las excepciones de cobro de lo no debido, e inexistencia de la obligación, propuestas por estas partes demandadas.*
>
> ***QUINTO: NO CONDENAR EN COSTAS** a favor ni en contra de ninguna de las partes.*
>
> ***SEXTO**: Si la presente providencia no fuere impugnada, y dada la naturaleza jurídica de la AGENCIA LOGISTICA DE LAS FUERZAS MILITARES y la NACION - MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO, si no fuere apelada la presente providencia, se remitirá al superior para que las revise en el grado jurisdiccional de consulta, dada la orden que se les ha dado en esta providencia al pago de los correspondiente a bonos pensionales y capital adicional para financiar la pensión bajo la garantía de pensión mínima, todo lo anterior conforme se expuso en la parte motiva.".*

Inconforme con la decisión, la demandante presentó recurso de apelación[1], toda vez que se tuvo por no probado que la señora LADY JANIVE LAMILLA BELTRÁN cumplió con el requisito de solicitar formalmente ante la administradora de fondos de pensiones y cesantías PROTECCIÓN S.A la prestación antes del 2020, teniendo en cuenta que se allegó reclamación administrativa con fecha del 27 de

[1] ***Recurso Demandante (récord, 1:47:53): "****Gracias su señoría, manifiesto ante esta diligencia y corriéndome término para presentar apelación, manifiesto que solicitó y presentó recurso de apelación frente a la sentencia.*

En lo que tiene que ver el primero, no darse por probado que la señora LADY JANIVE LAMILLA BELTRÁN cumplió con el requisito de pedir la solicitud formal ante la administradora de fondos de pensiones y cesantías, protección SA, teniendo en cuenta que se allegó reclamación administrativa de protección con fecha del 27 de febrero del 2020 y también fue la misma demandante manifestó dentro de la declaración que pues había solicitado, debido a ello dichos otros documentos para el reconocimiento y que nunca fue hecho, digamos, dado una respuesta de fondo, frente al reconocimiento de la pensión, teniendo en cuenta que también el 2 de marzo del 2020 de la misma entidad demandada, principal protección manifiesta unos conceptos, una respuesta diferente a porque no acepté reconocimiento y nunca solicitó algún documento adicional que la señora demandante pudiese haber allegado para el reconocimiento de la pensión, sino que solamente se manifiestan en sus respuestas de la reclamación administrativa que la señora no estaba afiliada, cuando lo cierto era que sí lo estaba y se allegaron los bonos, y lo demás, es la entidad demandada principal, pues protección que no reconoció, pues la pensión a la señora demandante, teniendo pues el derecho para tal fin.

Igualmente apelo respecto a la fecha en que se reconoce la prestación de la pensión de garantía mínima, toda vez que el juzgado manifiesta que se reconoce a partir del 27 de febrero del año 2020, cuando se hizo la reclamación. Sin embargo, pues no está, teniendo en cuenta y bajo el principio de favorabilidad que dicha prestación se solicitó con efectos retroactivos, tal como dice la pretensión número octava, el cual leo "Solicito se condene a la administradora de pensiones y cesantías, protección a reconocer y pagar a la señora LADY JANIVE LAMILLA BELTRÁN una pensión de vejez vitalicia a partir del 25 de junio del 2017 y hasta cuando se dé el cumplimiento de la sentencia favorable". Situación de esto, pues, que deberá reconocerse la pensión de la señora Lady a partir del año 2017, tal como ella hizo la solicitud y pasó la solicitud o con la última solicitud del 27 de febrero del 2020 teniendo en cuenta que no opero aquí el fenómeno prescriptivo de que habla el artículo 488 y 155 de la ley procesal, situación de la cual pues solicito, pues que se acceda a la pensión de la señora, pues ya como lo dije a partir del año 2017, cuando la demandante puedes cumple los 57 años de edad.

Igualmente apelo lo que tiene que ver con los intereses de mora, respecto a protección y cuando se le condenó, teniendo en cuenta que, si hay una reclamación que se hizo formalmente o una última, porque pues se hicieron varias, pero hubo una última del 2020 donde se le solicita y pues ellos dan una respuesta ajena a la realidad de las pretensiones de la señora demandante y pues ella no puede, digamos que desconocer el bajo el principio del debido proceso y demás el derecho a la pensión que tenía la demandante y dar una respuesta totalmente ajena a los que obedecía en el caso puntual de la señora Lady, pues no había, no había diferencias o algo que hiciera parecer que la señora Lady estaba cotizando a Colpensiones cuando desde hace rato y según las certificaciones y conforme lo dice, incluso la misma demanda de manera principal, en la contestación, pues no había, digamos que una interrupción o algo que pudiera inferir que la señora estaba en otro lado o en otro fondo, situación de la cual pues si se genera, además que no dan respuesta de fondo a la solicitud de la señora Lady, sino que se mantiene en una supuesta nueva afiliación, afiliación a otro fondo, haciendo pues más dilatorio el proceso y el reconocimiento de la señora LADY YANIVEL.

Igualmente, pues solicitó que se condene en costas a las partes por no por no haberse reconocido la pensión de vejez de la señora Lady, conforme a los artículos 64 y 65 y teniendo ella los requisitos que era la edad de la pensión y las semanas mínimas para ser beneficiario de dicha prestación y no habérsele requerido o solicitado algún otro documento adicional para que ella pudiese ver reflejado la efectividad de su reconocimiento de la pensión.".

febrero del 2020 echándose de menos que la misma demandante manifestó en su declaración que había solicitado otros documentos para el reconocimiento y que nunca recibió respuesta de fondo frente al reconocimiento de la pensión, agregó, el 02 de marzo del 2020 PROTECCIÓN otorgó una respuesta diferente sin solicitar un documento adicional para que la demandante accediera al reconocimiento de la pensión, pues la AFP solamente manifestó en sus respuestas que la actora no estaba afiliada, cuando lo cierto era que sí lo estaba y se computaron los bonos.

En síntesis, apeló la fecha en que se reconoció la prestación de la pensión de garantía mínima, toda vez que el juzgado dispuso el reconocimiento a partir del 27 de febrero del año 2020, sin embargo, no tuvo en cuenta bajo el principio de favorabilidad que dicha prestación se solicitó con efectos retroactivos, tal como dice la pretensión número octava, consistente en: "*Solicito se condene a la administradora de pensiones y cesantías, protección a reconocer y pagar a la señora LADY JANIVE LAMILLA BELTRÁN una pensión de vejez vitalicia a partir del 25 de junio del 2017 y hasta cuando se dé el cumplimiento de la sentencia favorable".* De tal forma, reiteró, deberá reconocerse la pensión de la actora a partir del año 2017, fecha en que la demandante cumplió 57 años de edad, tal como se relacionó en la solicitud inicial, teniendo en cuenta que no operó aquí el fenómeno prescriptivo de que habla el artículo 488 y 155 de la ley procesal.

Así mismo atacó la absolución de los intereses de mora, argumentando, existe una reclamación que se hizo formalmente y la AFP otorgó una respuesta ajena a la realidad de las pretensiones de la demandante, por lo que no se puede desconocer el principio del debido proceso y dar una respuesta totalmente ajena a lo que obedecía en el caso puntual, pues no había diferencias o algo que hiciera parecer que la demandante estuviera cotizando a Colpensiones, haciendo PROTECCIÓN más dilatorio el proceso y el reconocimiento de la pensión.

Por último, solicitó se condene en costas a las codemandadas por haberse reconocido la pensión de vejez a la demandante, en los términos del artículo 64 y 65 de la Ley 100 de 1993.

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante LADY JANIVE LAMILLA BELTRÁN en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda (Archivo 1 expediente digital pág. 2 a 4) las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (págs. 1 a 2, ibidem), aspirando:

PRIMERO: Que se **DECLARE** que la señora **LADY JANIVE LAMILLA BELTRAN** cotizo en el sistema general de seguridad social en pensiones administrado por el antiguo **ISS** hoy **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES "COLPENSIONES"** (RPM) por 408,4 semanas o la que se demuestre en el proceso entre 1980 y el año 1990.

SEGUNDA: Que se **DECLARE** que la señora **LADY JANIVE LAMILLA BELTRAN** tiene un bono pensional certificado por el **FONDO ROTATORIO DE LA FUERZA AEREA hoy AGENCIA LOGÍSTICA DE LAS FUERZAS MILITARES** entre el 12 de diciembre de 1990 y el 30 de mayo de 1994 que equivalen a 178,42 semanas.

TERCERA: Que se **DECLARE** que la señora **LADY JANIVE LAMILLA BELTRAN** cotizo en el sistema general de seguridad social en pensiones **(RAIS)** administrado actualmente por la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIA PROTECCION S.A.** 669 semanas entre junio de 1994 y agosto del año 2014.

CUARTA: CONDENE a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES "COLPENSIONES" a emitir y trasladar** el **BONO PENSIONAL TIPO A** por las 408,43 semanas o las que se lleguen a comprobar en el proceso por la señora **LADY JANIVE LAMILLA BELTRAN,** dinero que deberá ser consignado en la cuenta individual de la actora ante la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIA PROTECCION S.A.** suma que deberá ser actualizada conforme al artículo 117 de la ley 100 de 1993.

QUINTA: Igualmente y como consecuencia de lo anterior, solicito se **CONDENE** al **FONDO ROTATORIO DE LA FUERZA AEREA hoy AGENCIA LOGISTICA DE LAS FUERZAS MILITARES a emitir y trasladar** el **BONO PENSIONAL** por el tiempo laborado y no cotizado entre 12 de diciembre de 1990 y el 30 de mayo de 1994 en favor de la señora **LADY JANIVE LAMILLA BELTRAN** dinero que deberá ser consignado en la cuenta individual de la actora ante la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIA PROTECCION S.A.** suma que deberá ser actualizada conforme al artículo 117 de la ley 100 de 1993.

SEXTA: Que como consecuencia de lo anterior, se **CONDENE** a la **MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO** a **emitir, trasladar y hacer efectivo** el bono pensional certificado por la **AGENCIA LOGÍSTICA DE LAS FUERZAS MILITARES** por las semanas laboradas por la actora y no cotizadas entre el 12 de diciembre de 1990 y el 30 de mayo de 1994 y por el **BONO PENSIONAL TIPO A** por las 408,43 semanas cotizadas por la señora **LADY JANIVE LAMILLA BELTRAN** en el fondo **de pensiones del ISS hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES "COLPENSIONES"** dinero que deberá ser consignado en la cuenta individual de la actora ante la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIA PROTECCION S.A.** suma que deberá ser actualizada conforme al artículo 117 de la ley 100 de 1993.

SEPTIMA: Que como consecuencia de lo anterior, se **CONDENE** a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIA PROTECCION S.A.** a **RECONOCER Y PAGAR** la señora **LADY JANIVE LAMILLA BELTRAN** una **PENSION DE VEJEZ VITALICIA** en consonancia con los artículos 64 y 65 de la ley 100 de 1993.

OCTAVA: se **CONDENE** a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIA PROTECCION S.A.** a **RECONOCER Y PAGAR** la señora **LADY JANIVE LAMILLA BELTRAN** una **PENSION DE VEJEZ VITALICIA** a partir del 25 de junio de 2017 y hasta cuando se dé cumplimiento a la sentencia favorable.

NOVENA: Que se **CONDENE** a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIA PROTECCION S.A.** a **RECONOCER Y PAGAR** los **INTERESES MORATORIOS** de conformidad con el artículo 141 de la ley 100 de 1993 por cada mesada pensional dejada de percibir.

DECIMA: Que se **CONDENE** a las demandadas a **RECONOCER Y PAGAR** las demás pretensiones que resulten probadas dentro del proceso conforme a sus facultades ultra y extra petita.

DECIMA PRIMERA: Que se **CONDENE** a las **DEMANDADAS** a **RECONOCER Y PAGAR** las **COSTAS** del presente proceso.

DECIMA SEGUNDA: Que se **CONDENE** a la **NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO** por el principio de solidaridad, a completar la parte del capital necesario que le haga falta a la señora **LADY JANIVE LAMILLA BELTRAN** para obtener dicha pensión en consonancia con el artículo 65 de la ley 100 de 1993.

La demandante obtuvo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus pretensiones, por cuanto se ordenó a la demandante LADY JANIVE LAMLLA BELTRAN que en un término no superior a los (15) días hábiles subsiguientes a la ejecutoria de la sentencia se presente ante la AFP PROTECCION a efectos de efectuar la solicitud de reconocimiento de la pensión pensional y suscribir los demás documentos necesarios para validar y dejar en regular y en debida forma su historia laboral ante Protección, una vez efectuada la correspondiente petición y consolidación de la historia laboral, se ordenó a Protección que dentro de los (15) días hábiles subsiguientes a que se consolide la historia laboral, tramitar ante la AGENCIA LOGISTICA DE LAS FUERZAS MILITARES y la oficina de bonos pensionales de la nación, MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO los correspondientes bonos pensionales y el capital necesario para financiar la garantía de pensión mínima ante dicha AFP, igualmente se precisó que el MINISTERIO DE HACIENDA DE CREDITO PUBLICO a través de la OBP y la AGENCIA LOGISTICA DE LAS FUERZAS MILITARES, cuenta con un término máximo de (4) meses contados a partir de la radicación de los documentos con la solicitud por parte de PROTECCIÓN para el

reconocimiento de dichos bonos pensionales y capital adicional para cumplir con la garantía de pensión mínima a favor de la señora demandante, condenó a la AFP PROTECCION al reconocimiento y pago a favor de la demandante una vez se encuentre consolidados en su historia laboral dichos recursos y a partir del día 27 de febrero del año 2020 la pensión de vejez por garantía de pensión mínima en un valor que corresponderá al SMMLV para ese momento $877.803 que se pagara en (13) mesadas pensionales anuales debidamente indexado hasta su pago efectivo e inclusión en nómina con el valor que corresponda al mínimo legal, se absolvió a la AFP PROTECCION de las demás pretensiones especialmente la relacionada con los intereses moratorios y a COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones invocadas en la presente acción y no condenó en costas.

Lo anterior tras considerar el *a quo*, en primer lugar, la demandante efectuó reclamación administrativa ante el MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, FONDO ROTATORIO DE LA FUERZA AÉREA hoy AGENCIA DE LOGISTICA DE LAS FUERZAS MILITARES y COLPENSIONES el 25 de febrero de 2020. Aclaró, la demandante se encuentra afiliada en el RAIS conforme al SIAFP aportado al proceso, asimismo, en el certificado de tiempos laborados -CETIL- consta que los periodos del 12 de diciembre de 1990 al 1º de abril de 1994, ya se encuentran acreditados en la historia laboral de Colpensiones correspondiendo a 170 semanas, para un total de 578 semanas, sumando el tiempo cotizado a empleadores del sector privado. Frente a la historia laboral reflejada en Protección adujo que de las 578 semanas se acreditan 580,86 ante otro fondo (197,14) para un total de 1254,14 semanas y un capital de $57.629.823 sin que obre el bono pensional, sin embargo, expresó que al realizar una pre liquidación pensional fue factible concluir que en el presente asunto no se cumple el capital necesario para financiar una pensión de vejez en los términos del articulo 64 de la Ley 100 de 1993 ya que se requiere un capital mínimo de $280.000.000, aproximadamente.

El juzgador observó que la demandante cumplió el 25 de junio de 2017 los 57 años y acreditaba más de 1150 semanas exigidas en la norma, siendo procedente la pensión de garantía de pensión mínima, resaltando en el caso particular que solo hasta el **27 de febrero de 2020** solicitó la prestación a PROTECCIÓN S.A., pese a lo dicho por la demandante en el interrogatorio de parte, sin que obre una reclamación radicada con antelación en el plenario, siendo procedente el

reconocimiento desde la reclamación del 2020 en cuantía de 1 smmlv y 13 mesadas.

Frente a Colpensiones indicó que la entidad ya reportó las semanas en la historia laboral, no asistiéndole obligación alguna; otorgó a la demandante 15 días para que haga una convalidación y solicitud para que la AFP tramite los bonos pensionales ante el Ministerio de Hacienda y Agencia de Logística de las Fuerzas Militares y se haga el traslado del capital necesario para financiar la pensión de garantía de pensión mínima y se acredite en la historia laboral. En cuanto al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO y la AGENCIA DE LOGISTICA DE LAS FUERZAS MILITARES ordenó se expida el bono pensional y se trasladen los recursos para hacer efectiva la pensión en un término máximo de (4) meses contados a partir de la radicación de los documentos con la solicitud por parte de PROTECCIÓN para el reconocimiento de dichos bonos pensionales y capital adicional para cumplir con la garantía de pensión mínima a favor de la señora demandante.

Finiquitó el *a quo*, la demandante no constituyó en mora a PROTECCIÓN ya que no se ha allanado a los requisitos y solo hasta el 27 de febrero de 2020 radicó una solicitud pensional, por lo que no se generó mora en el trámite de la pensión.

Pues bien, la Sala abordará el estudio del recurso de apelación, en los puntos concretos objeto de censura, atendiendo el principio de consonancia (artículo 66A del C.P.T. y de la S.S.), pues recuérdese que es el apelante quien delimita el ámbito sobre el cual ha de recaer la decisión de segunda instancia (tantum devolutum quantum apellatum), así mismo, se conoce el presente litigio en virtud del grado jurisdiccional de consulta en favor del **MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO** y el **FONDO ROTATORIO DE LA FUERZA AÉREA HOY AGENCIA DE LOGISTICA DE LAS FUERZAS MILITARES**, como se anotó en precedencia.

En estos términos, se resalta, el sistema general de seguridad social en pensiones introducido con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, previó la coexistencia de dos regímenes solidarios excluyentes, aunque con aspectos en común, a saber: el régimen de prima media con prestación definida -RPM-

(sistema de reparto) y el régimen de ahorro individual con solidaridad -RAIS- (sistema de capitalización privado)[2].

---

[2] *Artículo 12 de la Ley 100 de 1993.*

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

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

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

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

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

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

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

[4: Artículo 22. Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.][5: Artículo 25. 1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad. (...).]

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

En el anterior contexto, la Corte reitera que las diferencias entre los regímenes pensionales no son restricciones a los derechos pensionales de los afiliados, ni de los objetivos y valores que le dan vigencia y

Así las cosas, la Sala verificará si hay lugar a modificar la fecha de causación de la garantía de pensión mínima de vejez, esto es, a partir del 25 de junio de 2017, fecha en que la demandante cumplió los 57 años de edad; si hay lugar al reconocimiento y pago de los intereses moratorios de que trata el articulo 141 de la Ley 100 de 1993 y la viabilidad de la condena en costas a cargo de las demandadas. De igual forma, en virtud del grado jurisdiccional de consulta a favor del **MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO y el FONDO ROTATORIO DE LA FUERZA AÉREA HOY AGENCIA DE LOGISTICA DE LAS FUERZAS MILITARES**[3] se analizará si es procedente la orden impuesta dirigida al reconocimiento de los bonos pensionales y el capital adicional para cumplir con la garantía de pensión mínima.

En ese orden, es viable indicar, el artículo 64 de la Ley 100 de 1993, prevé que los afiliados al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, tendrán derecho a una pensión de vejez, a la edad que escojan, siempre y cuando el capital acumulado en su cuenta de ahorro individual les permita obtener una pensión mensual superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente, con los ajustes anuales respectivos. No obstante, puede ocurrir que el asegurado no reúna el capital suficiente para financiar la prestación en los términos de dicha disposición, caso en el cual, por virtud del artículo 65 de ese mismo estatuto normativo, tendrán derecho a acceder a la garantía de pensión mínima[4] siempre que acrediten 57 años de edad las mujeres y 62 los hombres, y por lo menos 1150 semanas cotizadas al sistema de pensiones. La norma enunciada es del siguiente tenor:

> *"**ARTÍCULO 65. GARANTÍA DE PENSIÓN MÍNIMA DE VEJEZ.** Los afiliados que a los sesenta y dos (62) años de edad si son hombres y cincuenta y siete (57) si son mujeres, no hayan alcanzado a generar la pensión mínima de que trata el artículo de la presente Ley, y hubiesen cotizado por lo menos mil ciento cincuenta semanas (1.150), tendrán derecho a que el Gobierno Nacional, en desarrollo del*

---

utilidad al sistema de pensiones, pues ambos esquemas de administración están convocados a potencializarlos en su mayor medida, siempre y cuando no se transgredan los límites que impone la propia Constitución Política"

[3] *Decreto 4746 del 30 de diciembre de 2005, articulo 2: "**Naturaleza jurídica.** La Agencia Logística de las Fuerzas Militares, es un establecimiento público del orden nacional, adscrito al Ministerio de Defensa Nacional, dotado de personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y patrimonio independiente.".*

[4] *En virtud de lo estatuido en el al artículo 83 de la Ley 100 de 1993 –regulado por el artículo 9 del Decreto 832 de 1996 (compilado en el Decreto 1833 de 2016-, corresponderá a las administradoras de pensiones efectuar, a nombre del pensionado, los trámites necesarios a efectos de que se haga efectiva tal garantía de pensión mínima y su reconocimiento, conforme los artículos 4 y 7 del Decreto 832 de 1996, estará a cargo del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.*

> *principio de solidaridad, les complete la parte que haga falta para obtener dicha pensión.*
>
> ***PARÁGRAFO.*** *Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo se tendrá en cuenta lo previsto en los parágrafos del artículo 33 de la presente Ley.*

En los términos antedichos, es claro que la garantía de pensión mínima es excepcional en el RAIS en el cual el reconocimiento de la pensión de vejez depende principalmente del capital reunido por el asegurado en su cuenta de ahorro individual, pues como se vio, causación y disfrute ocurren una vez confluyen los requisitos de edad y semanas cotizadas a los que se refiere el artículo 65 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 2º el Decreto 832 de 1996. Aquí, a diferencia del régimen de prima media con prestación definida, no se condiciona su pago al retiro del sistema[5].

En sintonía con dicho pronunciamiento, y descendiendo al caso de autos, tenemos que la demandante cumplió los 57 años el 25 de junio de 2017, al nacer el mismo día y mes del año 1960, según se corrobora con la cédula de ciudadanía que obra a página 75 del archivo *05.Anexos.pdf* y a la fecha de este fallo cuenta con más de 1.150 semanas (1.254[6] semanas con corte al 02 de marzo de 2020[7]), que comprenden -580,86 cotizadas en el RPM, -197,14 en otro fondo del RAIS y -

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

[6] *Cotizadas entre junio de 1994 y agosto de 2014.*

7



476,14 semanas reportadas a PROTECCIÓN S.A. (página 11, archivo 16) junto con un capital que asciende a $**57.699.823, causando el derecho a la pensión de garantía de mínima**.

Con lo anterior, es claro que a la demandante le asiste derecho al reconocimiento y pago de la pensión de garantía mínima, conforme lo concluyó el juzgador de primer grado.

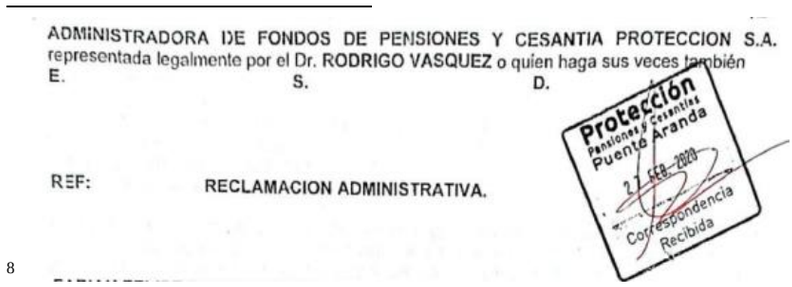
Dejado claro esto, procede la Sala a analizar el recurso interpuesto por la demandante, consistente en el disfrute de la pensión toda vez que el a quo reconoció la prestación a partir del 27 de febrero de 2020, esto es, desde la fecha desde la solicitud pensional radicada la AFP PROTECCIÓN[8], anhelando la actora se reconozca la prestación desde el cumplimiento de los 57 años de edad (25 de junio de 2017).

Pues bien, en punto a la causación del derecho a la pensión de vejez del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), debe advertirse, no hay parámetro fijo o invariable para establecerlo, por las particularidades de ese sistema, pero se ha entendido que desde la fecha en que se reconoce la pensión, se entiende configurado el derecho a cualquier pago relativo a la misma.

Así lo expresó el órgano de cierre de esa especialidad en fallo del 3 de abril de 2019 - SL1168-2019, al señalar:

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

---

8 
ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIA PROTECCION S.A.
representada legalmente por el Dr. RODRIGO VASQUEZ o quien haga sus veces también
E. S. D.
REF: RECLAMACION ADMINISTRATIVA.
Protección Pensiones y Cesantías Puente Aranda
27 FEB 2020
Correspondencia Recibida

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

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

Por consiguiente, en el presente caso se estima, debía tenerse como fecha de reconocimiento de la pensión de vejez **desde la solicitud de la prestación,** lo que acontece con la reclamación aportada en el archivo 5, páginas 1 y 2 de fecha **27 de febrero de 2020**, tal como lo concluyó el juzgador *a quo,* pues a juicio de esta Sala de Decisión, el reconocimiento del derecho debe proceder a partir de la data en que se solicitó el mismo, pues solo hasta esa fecha la AFP pasiva pudo conocer la voluntad de la afiliada de ser acreedora del derecho pensional, siendo viable desde dicho momento reconocer la prestación. Nótese en este punto que ningún otro medio de prueba se arrimó en aras de comprobar que la señora LADY JANIVE solicitó con anterioridad la pensión de garantía mínima ante PROTECCIÓN S.A., pese a lo expuesto por la actora en el interrogatorio de parte[9], se itera, en el proceso no existe prueba alguna que permita inferir que, sí se efectuaron trámites tendientes a obtener la pensión ante la AFP, quedando solo

[9] ***Interrogatorio Demandante, récord 21:40, archivo 64:*** *"Tengo 62 años cumplidos y me dedico al hogar, antes de febrero de 2020 fui a una oficina de PROTECCIÓN varias veces, ellos me pedían papeles y yo iba llevando, yo tengo los radicados que ellos me firmaron de documentación recibida en la sede, yo diligencié formularios, yo estaba tramitando eso sola y llevé sola llevando apeles y siempre me decían que faltaba algún papel, hacia falto algo, en esa no la pasamos, pedían información a la Agencia y me los hacían cambiar porque no servían, yo le di a los Abogados los papeles, de pronto ellos no lo allegaron y tengo copias de todos los documentos".*

en afirmaciones esta situación, no siendo entonces atribuible que la AFP PROTECCIÓN asuma la prestación desde el cumplimiento de la edad, hechos que indudablemente descartan la procedencia del reconocimiento de la pensión desde junio de 2017, como lo anhela la actora.

Entonces, en este caso lo procedente es reconocer la prestación a partir de la solicitud confirmándose el fallo de primera instancia en este sentido, acorde a lo dicho.

Frente a los intereses moratorios anhelados por la parte actora, en los cuales insiste en la alzada, es de advertir, a juicio de la Sala en el caso de autos no es procedente su imposición, como quiera que, aunque es procedente el reconocimiento pensional a cargo de la AFP PROTECCIÓN, lo cierto es que la demandante no acreditó haber diligenciado o autorizado la redención del bono con el fin de proceder a liquidar la prestación económica y realizar el reconocimiento pensional bajo la figura de pensión de garantía mínima, además, tal como lo advirtió el *a quo*, la demandante radicó la solicitud hasta el 27 de febrero de 2020 sin que soportara que había cumplido con los requerimientos previstos en el RAIS. Es más, no quedó probado en el proceso dicha situación debiendo el juez de primer grado imponer esta orden en el numeral primero de la sentencia.[10]

En otro giro, teniendo en cuenta la orden impartida a las demandadas MINISTERIO DE HACIENDA DE CREDITO PÚBLICO a través de la OBP y la AGENCIA LOGISTICA DE LAS FUERZAS MILITARES, consistente en que en el término máximo de (4) meses contados a partir de la radicación de los documentos con la solicitud por parte de PROTECCIÓN deberán reconocer los bonos pensionales y el capital adicional para cumplir con la garantía de pensión mínima a favor de la demandante, esta Sala en virtud del grado jurisdiccional de consulta considera pertinente recordar, los Bonos Pensionales constituyen aportes destinados a contribuir a la conformación de un capital necesario para financiar las pensiones de los afiliados del Sistema General de Pensiones tanto en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida como en el Régimen de Ahorro Individual, el tipo A es el que se emite para las personas que se trasladaron al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad y cuya modalidad se expide en favor de

[10] *En sentencia CSJ SL4298-2021, se dijo: "**Procede la imposición de los intereses moratorios cuando el reconocimiento de la pensión no se realiza oportunamente" y en este caso no se hizo la solicitud formal con los requisitos previos.***

trabajadores cuya primera vinculación laboral se inició antes del 1° de julio de 1992, como ocurre en el presente caso, en tanto la actora inició su vida laboral el **11 de julio de 1980** de acuerdo al *"RESUMEN DE SEMANAS COTIZADAS POR EMPLEADOR"* obrante a página 1, archivo 30[11].

En esta dirección se tiene que de acuerdo al artículo 115 de la Ley 100 de 1993[12] **tienen derecho al bono pensional entre otros los afiliados que hubiesen efectuado cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales y que al momento del traslado (31 de mayo de 1994, efectivo el 01 de junio de 1994, página 19, archivo 32 – SIAFP-) hubiesen cotizado no menos de ciento cincuenta (150) semanas**, en este mismo sentido el Decreto 1748 de 1995, "*Por el cual se dictan normas para la emisión, cálculo, redención y demás condiciones de los bonos*

INFORMACIÓN DEL AFILIADO

Tipo de Documento:	**Cédula de Ciudadanía**	Fecha de Nacimiento:	**25/06/1960**
Número de Documento:	**51578158**	Fecha Afiliación:	**11/07/1980**
Nombre:	**LADYJANIVE LAMILLA BELTRAN**	Correo Electrónico:	
Dirección:	**Cra 50 No. 18-95**	Ubicación:	**Urbana**
Estado Afiliación:	**Trasladado**		

RESUMEN DE SEMANAS COTIZADAS POR EMPLEADOR

n el siguiente reporte encontrará el total de semanas cotizadas a través de cada uno de sus empleadores o de sus propias cotizaciones como trabajador ıdependiente, es decir, las que han sido cotizadas desde enero de 1967 a la fecha. Recuerde que la Historia Laboral representa su vida como trabajador, ı que usted ha construido mes a mes y año a año.

[1]Identificación Aportante	[2]Nombre o Razón Social	[3]Desde	[4]Hasta	[5]Último Salario	[6]Semanas	[7]Lic	[8]Sim	[9]Total
002406795	CROYDON S A	11/07/1980	30/09/1982	$7.470	116,00	0,00	0,00	116,00
003501276	PLAST LEOM LTDA	21/06/1982	14/10/1982	$9.480	16,57	0,00	14,57	2,00
003501276	PLAST LEOM LTDA	25/08/1983	07/09/1983	$9.480	2,00	0,00	0,00	2,00
006116401	IRREGULARES LTDA	15/06/1984	22/06/1985	$17.790	53,29	0,00	0,00	53,29
006400173	RAFAEL ANGEL H. CIA	10/09/1985	13/10/1987	$21.420	109,14	0,00	0,00	109,14
006400173	RAFAEL ANGEL H. CIA	14/10/1987	06/01/1989	$39.310	64,43	0,00	0,00	64,43
002301788	PRONALTEX LTDA	17/01/1989	28/08/1989	$41.040	32,00	0,00	0,00	32,00
006400173	RAFAEL ANGEL H. CIA	30/01/1990	24/08/1990	$47.370	29,57	0,00	0,00	29,57
99999109	FONDO ROTATORIO FUER	01/04/1995	30/04/1995	$0	0,00	0,00	0,00	0,00
								[10] TOTAL SEMANAS COTIZADAS: 408,43
								[11] SEMANAS COTIZADAS CON TARIFA DE ALTO RIESGO(INCLUIDAS EN EL CAMPO 10 " "TOTAL SEMANAS COTIZADAS"): 0,00

11

[12]***ARTÍCULO 115. BONOS PENSIONALES.*** *Los bonos pensionales constituyen aportes destinados a contribuir a la conformación del capital necesario para financiar las pensiones de los afiliados al Sistema General de Pensiones.*

Tendrán derecho a bono pensional los afiliados que con anterioridad a su ingreso al régimen de ahorro individual con solidaridad cumplan alguno de los siguientes requisitos:

a) Que hubiesen efectuado cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales *o las cajas o fondos de previsión del sector público;*

b) Que hubiesen estado vinculados al Estado o a sus entidades descentralizadas como servidores públicos;

c) Que estén vinculados mediante contrato de trabajo con empresas que tienen a su cargo el reconocimiento y pago de las pensiones;

d) Que hubiesen estado afiliados a cajas previsionales del sector privado que tuvieren a su cargo exclusivo el reconocimiento y pago de pensiones.

PARÁGRAFO. ***Los afiliados de que trata el literal a) del presente artículo que al momento del traslado hubiesen cotizado menos de ciento cincuenta (150) semanas no tendrán derecho a bono.***

pensionales" en su artículo 3[13] señala que las vinculaciones laborales válidas para el cálculo de los bonos tipo A, son todas aquellas que el trabajador haya tenido con anterioridad a la fecha del traslado de régimen pensional**,** con excepción de las "*vinculaciones con cotización al ISS o a cualesquiera cajas o fondos del sector público, que en total no lleguen a 150 semanas cotizadas, o sea 1.050 días, continuos o discontinuos*", de la misma forma se señaló en el Decreto 1833 de 2016 artículo 2.2.16.1.3. "*Por medio del cual se compilan las normas del Sistema General de Pensiones*".

En aplicación de lo anterior, en el presente asunto se tiene que la señora LADY JANIVE LAMILLA BELTRÁN de acuerdo con el reporte de semanas cotizados, antes del traslado a la AFP cotizó un total de 408,43 semanas (comprendidas del 11 de julio de 1980 al 24 de agosto de 1990), igualmente, del certificado de tiempos laborados CETIL - AGENCIA DE LOGISTICA DE LAS FUERZAS MILITARES**.** (archivo 34, página 31 a 36) se extrae como tiempos laborados entre el 12 de diciembre de 1990 al 1º de abril de 1994 para un total de 173,86 semanas reuniendo así **582,69 semanas antes del traslado al RAIS**, por lo que es claro que en este evento si procede el pago del bono pensional tipo A, conforme a las normas ya citadas y acogiendo la orden respecto a la devolución del referido bono, impartida por el *a quo* a cargo de las entidades **MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, FONDO ROTATORIO DE LA FUERZA AÉREA HOY AGENCIA DE LOGISTICA DE LAS FUERZAS MILITARES.**

Así las cosas, conforme a lo expuesto en precedencia, en este caso le asiste razón a juzgador al ordenar la emisión del bono, en la medida que, la demandante

---

[13] ***Artículo 3º. VINCULACIONES LABORALES VALIDAS.*** *Las Vinculaciones Laborales Válidas para efectos del presente Decreto son:*

1. Para el cálculo de los bonos tipo A, todas las vinculaciones laborales que el trabajador haya tenido con anterioridad a la fecha del traslado de régimen pensional, con excepción de:

a) Las vinculaciones con empleadores del sector privado que tenían a su cargo las pensiones y con los cuales el vínculo laboral no estaba vigente el 23 de diciembre de 1993, ni se inició con posterioridad a dicha fecha.
b) Las vinculaciones con afiliación al ISS en épocas en las que no se cotizó a ese Instituto para los riesgos de Invalidez, Vejez y Muerte -IVM- sea porque el ISS no había asumido aún este riesgo o por mora del empleador.
c) **Las vinculaciones con cotización al ISS o a cualesquiera cajas o fondos del sector público, que en total no lleguen a 150 semanas cotizadas, o sea 1.050 días, continuos o discontinuos.**

cotizó más de 150 semanas al momento del traslado, cumpliendo la densidad exigida en el artículo 115 de la Ley 100 de 1993[14].

De igual forma, frente a la orden relacionada con completar el capital adicional para cumplir con la garantía de pensión mínima a favor de la demandante, resulta necesario recordar el contenido del Decreto 832 de 1996[15], reglamentario de los artículos 65 y 83 de la Ley 100 de 1993, el cual en sus artículos 4° y 9, estipuló:

> *"ARTÍCULO 4o. RECONOCIMIENTO DE LA GARANTÍA DE PENSIÓN MÍNIMA. Corresponde a la Oficina de Obligaciones Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el reconocimiento de la garantía de pensión mínima, acto que se expedirá con base en la información que suministre la AFP o la aseguradora, entidades a las cuales, de acuerdo con el artículo 83 de la Ley 100 de 1993, les corresponde adelantar los trámites necesarios para que se hagan efectivas las garantías de pensión mínima."*
>
> *ARTÍCULO 9o. MECANISMOS DE PAGO DE LA PENSIÓN MÍNIMA DE VEJEZ EN EL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL. Modificado por el art. 2, Decreto Nacional 142 de 2006. (...) En desarrollo del artículo 83 de Ley 100 de 1993, cuando la AFP verifique, de acuerdo con los anteriores cálculos, que un afiliado que ha iniciado los trámites necesarios para obtener la pensión de vejez reúne los requisitos para pensionarse contenidos en el artículo 64 de la misma, pero el saldo en su cuenta individual es menor que el Saldo requerido para una Pensión Mínima, incluido el valor del bono y/o título pensional, iniciará los pagos mensuales de la respectiva pensión con cargo a la cuenta de ahorro individual, previo reconocimiento de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público del derecho a la garantía de pensión mínima, reconocimiento que se efectuará en un plazo no superior a cuatro (4) meses contados a partir del recibo de la solicitud. En estos casos, la AFP informará a la OBP cuando el saldo de la cuenta individual indique que se agotará en un plazo de un año, con el fin de que tome oportunamente las medidas tendientes a disponer los recursos necesarios para continuar el pago con cargo a dicha garantía. Este reporte se mantendrá mensualmente hasta el agotamiento del saldo de la cuenta individual, aplicando el siguiente procedimiento (...)"*

Así las cosas, si bien este decreto estipula que corresponde a la Oficina de Obligaciones Pensionales el reconocimiento de la garantía de pensión mínima, lo cierto es que conforme al artículo 83 de la Ley 100 de 1993, es: "*La administradora o la compañía de seguros que tenga a su cargo las pensiones, cualquiera sea la modalidad de pensión, la encargada de efectuar, a nombre del pensionado, los trámites necesarios para que se hagan efectivas las garantías de pensión mínima*.", por ende es claro para esta Sala, que la **carga** de los trámites necesarios para la garantía de la pensión mínima se encuentra en cabeza de la

---

[14] ***PARÁGRAFO.*** *Los afiliados de que trata el literal a) del presente artículo que al momento del traslado hubiesen cotizado menos de ciento cincuenta (150) semanas no tendrán derecho a bono.*

[15] Modificado por el Decreto Nacional 142 del 2006.

administradora correspondiente, sin que ello sea óbice para el reconocimiento pensional.

Por las anteriores razones, no puede confundirse la aceptación a cargo del Ministerio de Hacienda cuando se está en presencia de la garantía de la pensión mínima, con el reconocimiento material de la pensión con base en dicha garantía, el cual como ya se estableció **se encuentra a cargo las sociedades administradoras de fondos de pensiones**. Al punto, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia radicada bajo el No. 41993 del 20 de febrero del 2013, reiterada en sentencias SL 1534 – 2019 y 4531-2020, indicó:

> *"(…) Por lo demás, el que el artículo 4° del Decreto 834(6) de 1996, se refiere a que la Oficina de Obligaciones Pensionales del Ministerio de Hacienda, le corresponde "el reconocimiento de la garantía de pensión mínima", ha de ser entendido en el sentido de que es la aceptación de que en el caso concreto la Nación concurre con el aporte de los recursos, para que el afiliado "complete la parte que haga falta para obtener dicha pensión" que es a lo que se refiere el artículo 65 de la Ley 100 de 1993, más no es el reconocimiento de la prestación misma de vejez, que como se indicó es del resorte de la administradora de pensiones. Lo anterior entre otras razones, porque en el esquema pensional del sistema de seguridad social, implementado por la Ley 100, el Ministerio de Hacienda no funge como administradora de pensiones, y (…) la forma de financiación que implique acudir a recursos públicos no cambia la naturaleza de la prestación que sigue siendo del régimen de ahorro individual".*
>
> ***Esa obligación de reconocimiento de las prestaciones en cabeza de la Administradora cuando se deba acudir a la garantía de pensión mínima, así como la de llevar a cabo las gestiones para el reconocimiento por parte del Ministerio de Hacienda de tal beneficio**, es todavía más clara en la redacción del artículo 21 del Decreto 656 de 1994, por el cual se establece el régimen jurídico y financiero de las sociedades que administren fondos de pensiones, que en la parte pertinente prescribe:*
>
> > *"Art. 21. (…) Del mismo modo, cuando no existan recursos suficientes para atender el pago de una pensión por falta de presentación oportuna de las solicitudes de pago de bonos pensionales, de las solicitudes de pago de las garantías mínimas estatales o de las solicitudes de pago de las diferencias a cargo de las compañías aseguradoras, **por razones imputables a las administradoras, éstas deberán reconocer a los respectivos pensionados pensiones provisionales, con cargo a sus propios recursos**".* (Subrayas y negrillas fuera de texto).

Así las cosas, conforme a lo expuesto en precedencia, en este caso le asiste obligación al Ministerio de Hacienda y Crédito Público frente a la aquí demandante, dada la inexequibilidad del artículo que creaba el Fondo de Pensión de Garantía de Pensión Mínima (sentencia CC C-794-2004), quedando bajo la administración de las AFP y, una vez se agoten estos recursos junto con los

rendimientos, las pensiones reconocidas bajo la garantía de pensión mínima se pagarán con cargo directo a la Nación, a través del presupuesto general.

Dicho lo anterior, reitérese, en principio no existe un subsidio a la pensión, dado que la pensión y el valor de su mesada dependen del saldo acumulado, sin que la Nación entre a cubrir monto alguno. Sin embargo, y dada la finalidad de proteger a aquellos que a pesar de haber realizado un esfuerzo significativo en densidad de cotizaciones no logran el capital suficiente para su pensión, y vean nugatoria la protección su vejez, se implementó la prerrogativa a través de la garantía del artículo 65 de la Ley 100 de 1993. En ese horizonte, la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, tiene la responsabilidad de comprobar la suficiencia o no del capital a efectos de que, como entidad gubernamental habilitada (Artículo 4o del Decreto 833 de 1996 y Artículo 11 Decreto 4712 de 2008), determine si otorga y paga o no el subsidio estatal, siendo jurídicamente viable la orden impartida por el juez de primer grado, **no obstante, se advierte**, quién debe aportar es la Nación a través del Ministerio en mención y no la Agencia de Logística de las Fuerzas Militares dado que la obligación de esta última se limita a la expedición del bono pensional, revocándose parcialmente en este sentido el numeral segundo de la sentencia proferida en primer grado.

Respecto de las costas procesales objeto de apelación por parte de la demandante, téngase en cuenta que el legislador nacional ha acogido el criterio objetivo, en virtud del cual, las costas corren siempre a cargo de la parte vencida en juicio, por así disponerlo el numeral 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 AFP PROTECCIÓN S.A. así como al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO y FONDO ROTATORIO DE LA FUERZA AÉREA hoy AGENCIA DE LOGISTICA DE LAS FUERZAS MILITARES, lo atinente a derecho es que sean condenadas en costas las tres codemandadas, iterando, la única valoración a tener en cuenta en este aspecto, es las resultas del proceso, por lo que se revocará el numeral **QUINTO** de la sentencia de primer grado para en su lugar condenar al pago de costas.

Agotada como se encuentra la competencia de esta instancia por el estudio de los puntos de la apelación y habiéndose surtido el grado jurisdiccional de consulta en favor del Ministerio y Agencia de Logística de las Fuerzas Militares, lo que sigue es la revocatoria de los numerales 5º (total) y 2º (parcial) y se confirmará en los demás la sentencia de primer grado.

SIN COSTAS en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el numeral **QUINTO** de la sentencia de primer grado para en su lugar, **CONDENAR** a la **AFP PROTECCIÓN S.A, MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO y FONDO ROTATORIO DE LA FUERZA AÉREA hoy AGENCIA DE LOGISTICA DE LAS FUERZAS MILITARES**, al pago de las costas procesales causadas en primera instancia, conforme a lo expuesto en precedencia.

SEGUNDO: REVOCAR PARCIALMENTE el numeral **SEGUNDO** de la sentencia de primer grado para en su lugar, **ABSOLVER** al **FONDO ROTATORIO DE LA FUERZA AÉREA** hoy **AGENCIA DE LOGISTICA DE LAS FUERZAS MILITARES** frente a la orden del reconocimiento del capital adicional para cumplir con la garantía de pensión mínima a favor de la señora demandante**,** conforme a lo expuesto.

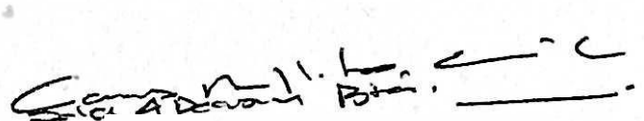
TERCERO: CONFIRMAR en los demás la sentencia proferida por el Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

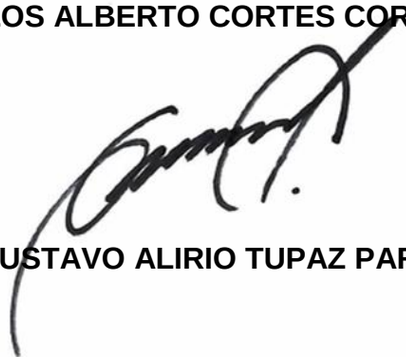
NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN



CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR JUDITH ESPINOSA SILVA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES (RAD. 16 2021 00412 01).

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

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

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, de la sentencia proferida por el Juez Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 5 de mayo de 2023 (Audio archivo 27, récord 1:12:04), en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO: CONDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a reconocer y pagar a la demandante señora JUDITH ESPINOSA SILVA, identificada con cédula de ciudadanía No. 37.917.606 pensión de invalidez, a partir del día siguiente de la última semana que registre como cotizada la demandante, teniendo en cuenta la fecha de ejecutoria de la presente sentencia, y en el monto consagrado en el artículo 40 de la Ley 100 de 1993, sin que en manera alguna, pueda ser inferior al Salario Mínimo Legal Mensual Vigente, conforme lo establece la mencionada norma, junto con sus mesadas adicionales y reajustes anuales de ley a que haya lugar.*
>
> ***SEGUNDO: CONDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, al reconocimiento de las mesadas pensionales ordenadas en esta sentencia de manera indexada, conforme a los índices de precios al consumidor, y se ABSUELVE por intereses moratorios.*
>
> ***TERCERO: DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas por la demandada.*
>
> ***CUARTO: CONDENAR EN COSTAS** de la instancia a COLPENSIONES, practíquese la liquidación por secretaría, incluyendo el monto de Un Salario Mínimo Legal Mensual Vigente (1 SMLMV), por concepto de agencias en derecho".*

La ausencia de apelación contra la providencia anterior justifica la presencia de las diligencias en esta Corporación, a efectos de que se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor de la entidad demandada, 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, en este proceso ordinario las pretensiones relacionadas a páginas 9 a 10 del archivo 01, las cuales se sustentaron en los hechos narrados a páginas 10 a 12, ibidem, aspirando de manera principal se declare:

> **PRIMERO:** Que se condene a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, representada legalmente por el Doctor **JUAN MIGUEL VILLA LORA** o por quien haga sus veces, a reconocer y pagar al señor **ESPINOSA SILVA JUDITH**, la pensión de invalidez a partir del **31 de mayo de 2021**, - fecha de última semana cotizada.
>
> **SEGUNDO:** Que se condene a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, representada legalmente por el Doctor **JUAN MIGUEL VILLA LORA**, o por quien haga sus veces, a reconocer y pagar al señor **ESPINOSA SILVA JUDITH**, los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, por la mora en el reconocimiento de la pensión de invalidez.
>
> **TERCERO:** Que se condene **SUBSIDIARIAMENTE** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, representada legalmente por el Doctor **JUAN MIGUEL VILLA LORA** o por quien haga sus veces, a reconocer y pagar al señor **ESPINOSA SILVA JUDITH**, la indexación de las sumas que no sean sujeto de intereses moratorios.
>
> **CUARTO:** Que se condene a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, representada legalmente por el Doctor **JUAN MIGUEL VILLA LORA**, o por quien haga sus veces, a reconocer y pagar al
>
> señor **ESPINOSA SILVA JUDITH**, las costas procesales, incluyendo las agencias en derecho.
>
> **QUINTO:** Que se condene a la Entidad demandada a pagar a mi poderdante todo derecho prestacional o pensional que llegare a probarse en el decurso del proceso, con base en las facultades extra y ultrapetita, que le asisten al Juzgador de Instancia.

Subsidiariamente, invocó:

> **PRIMERO:** Que se condene a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, representada legalmente por el Doctor **JUAN MIGUEL VILLA LORA** o por quien haga sus veces, a reconocer y pagar al señor **ESPINOSA SILVA JUDITH**, la pensión de invalidez a partir del **24 DEFEBRERO DE 2017**, - fecha de estructuración del estado de invalidez material.
> **SEGUNDO:** Que se condene a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, representada legalmente por el Doctor **JUAN MIGUEL VILLA LORA**, o por quien haga sus veces, a reconocer y pagar al señor **ESPINOSA SILVA JUDITH**, los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, por la mora en el reconocimiento de la pensión de invalidez.
>
> **TERCERO:** Que se condene **SUBSIDIARIAMENTE** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, representada legalmente por el Doctor **JUAN MIGUEL VILLA LORA** o por quien haga sus veces, a reconocer y pagar al señor **ESPINOSA SILVA JUDITH**, la indexación de las sumas que no sean sujeto de intereses moratorios.
>
> **CUARTO:** Que se condene a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, representada legalmente por el Doctor **JUAN MIGUEL VILLA LORA**, o por quien haga sus veces, a reconocer y pagar al señor **ESPINOSA SILVA JUDITH**, las costas procesales, incluyendo las agencias en derecho.
>
> **QUINTO:** Que se condene a la Entidad demandada a pagar a mi poderdante todo derecho prestacional o pensional que llegare a probarse en el decurso del proceso, con base en las facultades extra y ultrapetita, que le asisten al Juzgador de Instancia.

Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente desfavorable a sus pretensiones, por cuanto se condenó a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de invalidez, a partir del día siguiente de la última semana que registre como cotizada y en el monto consagrado en el artículo 40 de la Ley 100 de 1993, sin que en manera alguna, pueda ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente, junto con las mesadas adicionales y reajustes anuales de ley a que haya lugar debidamente indexados y absolvió a la demandada de los intereses moratorios deprecados. Frente a las súplicas subsidiarias adujo no emitir pronunciamiento alguno al salir avante las súplicas principales. **Lo anterior tras considerar el *a quo,*** la demandante cuenta con una PCL del 58,9% conforme al dictamen emitido por la demandada, por lo que en aplicación a la jurisprudencia de la Corte Constitucional y Corte Suprema de Justicia en su Sala Laboral debe establecerse una fecha real que no necesariamente tiene que coincidir con la fecha de estructuración o la fecha del dictamen emitido en este asunto. Aclaró, la actora comenzó cotizaciones desde el 27 de abril de 1994 no continuas hasta el 30 de junio de 2015 retomando las mismas el 1º de abril de 2020 hasta el 31 de octubre de 2021 existiendo una variación o un cambio de semanas, no obstante, asentó, si bien la Ley 100 de 1993 dispone en el artículo 39 que se deben acreditar 50 semanas en los últimos 3 años anteriores a la fecha de estructuración la jurisprudencia ha determinado que el juzgador conforme a las reglas de la sana crítica y en conjunto con las prueba no está atado a la fecha de estructuración que se corrobora en los dictámenes, siendo viable esta interpretación para los casos de enfermedades crónicas, congénitas o progresivas, citando al efecto las sentencias CSJ SL483-2023, SL 3235-2019 y SL102 de 2020.

El fallador concluyó que se puede tener como fecha la última cotización que se haya realizado por el trabajador, o al momento de emisión del diagnóstico para contabilizar las 50 semanas que exige la ley, incluso, la fecha de la petición pensional, por lo que debido a las patologías de la demandante pueden contabilizarse las semanas en aplicación al criterio jurisprudencial, determinando puntualmente, como fecha de estructuración el 22 de agosto de 2017 (data del concepto desfavorable de rehabilitación), por lo que contabilizándose las 50 semanas desde este momento al 22 de agosto de 2014 encontró reunido el requisito de las semanas mínimas exigidas.

De esta manera, se tiene que no fue motivo de debate dentro del presente asunto, la condición de inválida que ostenta la señora JUDITH ESPINOSA SILVA, lo cual se corrobora con el Dictamen emitido por Colpensiones que obra a páginas 27 a 33 del archivo 01 del expediente, en el cual se consigna que el grupo Médico Laboral le determinó una pérdida de capacidad laboral del 58.9%, de origen enfermedad -riesgo común-, tampoco el hecho de que la enfermedad que padece tiene el carácter de degenerativa, progresiva y crónica ya que requiere de terceras personas para decidir por si misma por los trastornos depresivo recurrente, episodio presente y retraso mental moderado en el deterioro del comportamiento significativo, pues así lo determinó Colpensiones en el dictamen sin que se presentara objeción alguna.

Ahora, resalta la Sala que el dictamen determinó como fecha de estructuración el **27 de noviembre de 2018**, data ésta en la que fue valorada la señora JUDITH ESPINOSA SILVA por la psicóloga, no obstante, como se relacionó en precedencia, el juzgador de primer grado se apartó del dictamen proferido y tuvo como fecha el **22 de agosto de 2017**, calenda en la que se profirió el concepto desfavorable de rehabilitación, por lo que contabilizó las 50 semanas hacia atrás (2014), encontrando acreditado este requisito.

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

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

Al tenor del entendimiento jurisprudencial frente al tema, surge evidente en casos como el que ahora ocupa la atención de la Sala, la posibilidad de tener en cuenta las cotizaciones efectuadas con posterioridad a la fecha de estructuración

establecida por la entidad encargada de proferir el dictamen hasta la fecha desde la cual el padecimiento de salud o la enfermedad le impide al afiliado continuar laborando, o la data en que se profiera el dictamen.

Advirtiendo ésta Corporación, tal posición no se aparta de la disposición normativa aplicable, que en el caso de autos sería la Ley 860 de 2003 vigente para la data en que se emitió el Dictamen de PCL (07/11/2019), por cuanto, no se omite la exigencia de los requisitos legalmente establecidos para acceder al derecho, ni se desconoce las conclusiones arribadas por el ente encargado de emitir los respectivos dictámenes, pues memórese que al tenor de lo dispuesto en el artículo 3 de Decreto 917 de 1992[1], la fecha de estructuración, es cuando el individuo presenta una pérdida de capacidad laboral y en ese orden, como se indicó la aplicación del criterio constitucional referido no deriva en un desconocimiento de los postulados legales, simplemente se trata de una situación particular y diferente, que obliga al operador judicial a realizar una valoración de las situaciones fácticas específicas, teniendo en cuenta que la realidad de los afiliados que solicitan el reconocimiento de una pensión de invalidez, no puede ser valorada de manera unificada, sin compadecerse de las situaciones particulares de cada caso, como lo es el padecimiento de una enfermedad congénita, que independiente de una fecha de estructuración, puede repercutir o no en la capacidad laboral del individuo, en cuanto que a pesar de esas especiales circunstancias, acaecidas por enfermedades degenerativas, crónicas o congénitas, puedan superar y sobrellevar su condición hasta un momento determinado.

En ese orden de ideas y atendiendo lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley 100 de 1993, esto es, que "*La pensión de invalidez se reconocerá a solicitud de parte interesada y comenzará a pagarse, en forma retroactiva, desde la fecha en que se produzca tal estado*", resultaría procedente el reconocimiento de la prestación pensional de la señora JUDITH ESPINISA SILVA desde la fecha de la última cotización y más cuando la Corte Constitucional en la sentencia T-651 del 2016 adujo en sus consideraciones que "*correspondía tener en cuenta la fecha en la*

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

que se efectuó el último aporte, siendo esto el momento en el que se concretó la invalidez".

Sumado a ello la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, en sentencia SL 2922 del 5 de agosto del 2020, Radicado No. 77638: indicó:

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

No obstante, y pese a la interpretación dada por el juzgador *a quo* al tener como fecha de estructuración el **22 de agosto de 2017**, fecha en que se profirió el

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

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

> *"4.8. Conforme a esta regla, esta Corporación ha avalado las semanas cotizadas con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez prevista en el dictamen, partiendo del supuesto de que el asegurado tuvo capacidad laboral, y, por tanto, pudo realizar cotizaciones al sistema, pues el ejercicio de una actividad productiva, debe garantizar el derecho a la seguridad social*[2]*. En ese sentido,* ***la exigencia de que no se advierta ánimo de defraudar al sistema, pretende que el operador normativo verifique que los aportes realizados realmente correspondan a la prestación de una labor, ya sea material o intelectual, que implique un esfuerzo personal y que derive en un beneficio de cualquier tipo para quien lo ejecuta, como lo es, por ejemplo, el salario***[3]*."* (Subrayas fuera de texto)

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

> *"En ese contexto, y teniendo en cuenta que dichas reglas no son absolutas, la Sala considera que los ítems a verificar a fin de definir la fecha de pérdida de la capacidad laboral residual para efectos de la contabilización de las semanas requeridas, pueden resumirse así: (i) que la causa de la invalidez se deba a una enfermedad congénita, crónica o degenerativa, y (ii) que la cotización de aportes se efectúe en virtud de una efectiva y probada capacidad laboral residual.*

---

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

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

> *Frente al primer punto, como se explicó en sede extraordinaria la situación de la demandante encaja dentro de las patologías de tipo crónico y degenerativo.*
>
> *Ahora bien, en lo que corresponde a la efectiva y probada capacidad residual, esta Sala explicó que el padecimiento referido ocasiona que la fuerza laboral se mengüe con el tiempo y, por lo tanto, le permite a la persona trabajar hasta tanto el nivel de afectación sea de tal magnitud que le impida, de manera cierta, llevar a cabo una labor.*
>
> *De tal modo, que esa capacidad consiste en la posibilidad que tiene una persona de ejercer una actividad productiva que le permita garantizar la satisfacción de sus necesidades básicas. Es decir,* ***es necesario examinar si las cotizaciones realizadas después de la estructuración de la invalidez fueron sufragadas en ejercicio de una real y probada capacidad laboral residual, y no que se hicieron con el único propósito de defraudar al sistema de seguridad social****"* (Negrillas y subrayas fuera de texto).

De este modo resulta claro que, en aras de verificar la procedencia de dichas cotizaciones posteriores a la fecha de estructuración de la invalidez (27 de noviembre de 2018), se debe comprobar que el beneficiario **trabajó** y que producto de ello, aportó al Sistema durante el tiempo que su condición se lo permitió o que consideró prudente hacerlo.

Así, descendiendo al caso de autos, advierte la Sala que las cotizaciones efectuadas por JUDITH ESPINOSA SILVA entre el 1º de febrero de 2000 al 31 de octubre de 2021 (página 312, archivo 13), se realizaron en calidad de **trabajadora independiente**, precisándose, la demandante en el hecho 6º de la demanda expuso: "… *cotizo para los riesgos de IVM 861 semanas en toda su vida laboral, alcanzadas el 31 de mayo de 2021",* así mismo, ningún otro medio de prueba aportó con el fin de demostrar que las cotizaciones fueron fruto del ejercicio de una efectiva y probada capacidad laboral residual pese a las consecuencias de las enfermedades que padece, lo cual da lugar a entender que la actora no se encontraba percibiendo remuneración por alguna actividad laboral.

Desatacando brillan por ausencia pruebas tendientes a registrar actividades laborales ejecutadas por la promotora de litigio que den lugar a fundamentar los aportes efectuados como independiente, sin que acreditara la existencia de una retribución a causa de una actividad laboral efectivamente ejercida de manera autónoma, lo cual da a lugar a colegir que dichas cotizaciones (2000 a 2021) no tienen los alcances para soportar el reconocimiento de una pensión de invalidez en los términos derivados de una enfermedad degenerativa como es el caso en examen y en ese orden no es viable contabilizar dichas semanas a efectos de

acreditar los requisitos para obtener la prestación pensional. A estos efectos, se tiene que, si bien la demandante cumple con el primero de los requisitos, esto es, la condición de invalidez, al estar acreditado al tenor de lo consagrado en el artículo 38 de la Ley 100 de 1993 al contar con una pérdida de capacidad laboral 58,9%, no cumple con las 50 semanas de cotización mínimas requeridas durante los 3 años anteriores a la fecha de estructuración determinada por Colpensiones, nótese, entre el 27 de noviembre de 2018 al 27 de noviembre de 2015 la señora ESPINOSA SILVA no efectuó cotización alguna al sistema pensional.[4]

Ahora, en gracia de la discusión, si esta Sala de Decisión acogiera la tesis de favorabilidad que aplicó el *a quo*, esto es, modificar la fecha de estructuración y tener como tal el 22 de agosto de 2017 (*fecha de emisión del concepto desfavorable de rehabilitación*), tampoco se reúnen las 50 semanas dentro de los 3 años anteriores (al 22 de agosto de 2014), adviértase, la actora en efecto se encontraba cotizando al 22 de agosto de 2014 hasta el 30 de junio de 2015, arrojando un total de **44,57** semanas, monto que no supera las 50 semanas así como dichas cotizaciones se realizaron en calidad de **independiente**, desconociéndose, se insiste, la existencia de una retribución a causa de una actividad laboral efectivamente ejercida de manera autónoma.

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

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

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

R E S U E L V E

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida en primera instancia para en su lugar **ABSOLVER** a **COLPENSIONES** de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por la señora **JUDITH ESPINOSA SILVA,** conforme a la parte considerativa.

---

[4] *Cotizó hasta el 30 de junio de 2015 y retomó cotizaciones el 1º de abril de 2020.*

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia. Se revocan las de primer grado, las cuales corren a cargo de la parte demandante.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR JORGE ALBERTO GÁLVEZ JARAMILLO CONTRA SEDAM SERVICIOS S.A.S. (RAD. 19 2018 00484 01).

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

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

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, en virtud del recurso de apelación interpuesto por el Curador Ad Litem de la demandada contra la sentencia proferida la Juez (19) Laboral del Circuito de esta ciudad, el pasado 12 de diciembre de 2022 (*19AudioAudienciaFallo.mp4, récord 23:27*), en la que resolvió:

> ***"PRIMERO: DECLARAR*** *que, entre Jorge Alberto Gálvez Jaramillo, identificado con la Cédula 16.362.782 y SEDAM SERVICIOS S.A.S, con NIT 900.817-146-9, existió una relación laboral vigente de entre 19/08/2015 al 23/01/2018 en el cargo de Director Eléctrico devengando como último salario, la suma de $3'700.000 pesos, conforme, a lo expuesto en la parte motiva.*
>
> ***SEGUNDO: CONDENAR****, a SEDAM servicios S.A.S a pagar a favor del señor Jorge Alberto Gálvez Jaramillo, las siguientes sumas y conceptos debidamente indexados al momento de materializarse ese pago, así:*
>
> - *$2'836'.636 pesos por concepto de salarios insolutos 01 de enero de 2018 al 23 de enero del mismo año.*
> - *$7'687.078 pesos por concepto el auxilio de cesantía por el periodo 1º de enero de 2016 al 23 de enero de 2018.*
> - *$1'916.819 pesos por concepto de los intereses a las cesantías por el periodo del 01 de enero de 2016 al mes de enero 2018.*
>
> ***TERCERO: CONDENAR*** *a SEDAM SERVICIOS S.A.S. a pagar en favor del señor Jorge Alberto Gálvez Jaramillo, por concepto de la indemnización del art. 65 del C.S.T., la suma de $123.133 pesos diarios desde el 23/01/2018 hasta el mes 24, en la cual se empezará a pagar y a los intereses moratorios a la tasa máxima de crédito de libre designación que certifique la Superintendencia Financiera y hasta la fecha en que la demandada pague la obligación.*
>
> ***CUARTO: CONDENAR*** *a SEDAM SERVICIOS S.A.S., en favor del señor Jorge Alberto Gálvez Jaramillo a cotizar al Sistema General de Pensiones el porcentaje que corresponde, pues al aporte causado ante el 01/12/2017 al 23/01/2018, tomando como ingreso base de cotización la suma de $3'700.000, para lo cual la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, debe*

realizar el cálculo o liquidación con el fin de que la demandada efectúe el pago correspondiente, conforme las consideraciones de la parte motiva de esta providencia.

***QUINTO: CONDENAR** a SEDAM SERVICIOS S.A.S en favor de Jorge Alberto Gálvez Jaramillo, a pagar la suma de $41'686.176 pesos por el concepto de la sanción del artículo 99 de la Ley 50 del 90, por la no consignación de las cesantías a un fondo.*

***SEXTO: CONDENAR** a SEDAM SERVICIOS S.A.S., en favor de Jorge Alberto Gálvez Jaramillo la suma de $7'221,852 pesos, por la indemnización del despido sin justa causa del artículo 64, Código Sustantivo del trabajo.*

***SÉPTIMO: DECLARAR NO PROBADA** la excepción de prescripción que propuso el doctor Curador ad litem, de la demandada SEDAM SERVICIOS S.A.S., conforme la parte considerativa del proveído*

***OCTAVO: CONDENAR** a la demandada SEDAM SERVICIOS S.A.S., en las costas en favor del demandante y que se ordena que estas sean tasadas por la Secretaría del despacho.".*

Inconforme con la decisión, el Curador Ad Litem de la demandada, interpuso recurso de apelación[1], aludiendo como inconformidad principal el hecho de que la

[1] ***Recurso Curador Ad Litem (récord: 27:03): "**Gracias su Señoría para manifestarle a usted y a los presentes que interponemos recurso de apelación, en contra de la sentencia que acaba de proferirse, recurso que procedemos a sustentar de la siguiente manera:*

La inconformidad radica como inconformidad principal el hecho de que la a quo declaró impróspera la excepción de prescripción, propuesta por quien les habla en su calidad de curador.

Ahora bien, si, la honorable magistratura resolviera mantener la decisión con respecto a esta decisión, es decir, de mantener incólume la decisión de que no prospera la prescripción, presentaríamos de manera subsidiaria nuestra inconformidad con respecto a la sanción por la indemnización moratoria por el no pago de salarios y prestaciones sociales dentro del término legal y de igual manera la sanción impuesta por el no pago o mejor no consignación de cesantías dentro del término legal.

Para sustentar el recurso debemos tener en cuenta las siguientes consideraciones: la demanda fue radicada ante la oficina de reparto el 24 de julio de 2018 y ante el juzgado el 8 de agosto de la misma anualidad. Por su parte, el auto admisorio fue proferido el 5 de septiembre de 2018, el cual se notificó al demandante el 6 de septiembre de 2018. Como bien lo manifestó la señora juez, al inicio de proferir la decisión, en estos casos hay que tener en cuenta, domo norma legal a aplicar el artículo 145 de Código procesal del trabajo y de la Seguridad Social que nos plantea el principio de analogía o de remisión. En ese sentido, nos remitimos a esta norma y para ello, debemos tener en cuenta el artículo 94 del Código General del Proceso, el artículo 94 aludido nos informa que, la presentación de la demanda interrumpe el término de prescripción, y hace inoperante la caducidad, siempre y cuando el auto admisorio de la demanda se notifique al demandado, dentro del año siguiente de habérsele notificado dicha providencia al demandante.

En nuestro caso, tenemos que el auto admisorio se le notificó al demandante el 6 de septiembre de 2018, es decir, que tenía hasta el 5 de septiembre de 2019 para notificar el auto admisorio y así, evitar, el término de prescripción, sin embargo, la demanda fue notificada al curador, el 11 de febrero de 2021, es decir, por fuera del término que el artículo 94 concede para llevar a cabo el acto notificador, entonces, a todas luces, hay que tener en cuenta y de acuerdo a la norma aludida iteramos que la presentación de la demanda no interrumpió el término prescriptivo y debe tenerse en cuenta como fecha de interrupción el 11 de febrero de 2021, lo que nos quiere decir que los derechos laborales, solicitados con anterioridad al 11 de febrero de 2018, ya se encuentran prescritos y por eso solicitamos, al Tribunal Superior de Bogotá, Sala laboral, acoger este criterio y, en consecuencia, revocar en esta parte en lo pertinente, la decisión de la a quo.

Ahora bien, si no fuere aceptada la petición y la sustentación anterior con respecto a la prescripción, de manera respetuosa, nos alejamos del criterio, traído a colación por la señora juez, en el sentido de condenar por indemnización moratoria y el no pago de cesantías, preciso, por haber condenado a la empresa representada por el que habla a la indemnización, moratoria por no pago de salarios y prestaciones sociales y de cesantías.

La señora juez considera que, en el caso bajo estudio no hay motivo que justifique y que, sobre todo, de los problemas financieros, no fue acreditado. Por esta razón procede la condena. Contrario sensu y con el debido respeto, considera este curador que existe, en la demanda varias pruebas que nos manifiestan porque la empresa no procedió a estos pagos. Recordemos que, en nuestra legislación y al momento de proferir sentencia, rige, el principio de que podemos acudir a diferentes medios de prueba para probar un hecho. En

a quo declaró impróspera la excepción de prescripción propuesta, ahora, de manera subsidiaria atacó la condena dirigida a la indemnización moratoria por el no pago de salarios y prestaciones sociales dentro del término legal y de igual manera la sanción impuesta por el no pago o no consignación de cesantías.

Lo anterior, por cuanto la demanda fue radicada ante la oficina de reparto el 24 de julio de 2018 y ante el juzgado el 8 de agosto de la misma anualidad, el auto admisorio fue proferido el 5 de septiembre de 2018, el cual se notificó el 6 de septiembre de 2018, como bien lo manifestó la señora juez al inicio de proferir la decisión. Indicó, en estos casos hay que tener en cuenta como norma legal a aplicar el artículo 145 de Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social que plantea el principio de analogía o de remisión. En ese sentido, hay que tener en cuenta el artículo 94 del Código General del Proceso, el cual establece que la presentación de la demanda interrumpe el término de prescripción, y hace inoperante la caducidad, siempre y cuando el auto admisorio de la demanda se notifique al demandado dentro del año siguiente de haberse notificado la providencia.

En este caso, argumentó, el auto admisorio se notificó el 6 de septiembre de 2018, es decir, que tenía hasta el 5 de septiembre de 2019 para notificar el auto admisorio y así, evitar el término de prescripción, sin embargo, la demanda fue notificada al Curador, el 11 de febrero de 2021, es decir, por fuera del término que el artículo 94 en cita concede para llevar a cabo el acto, entonces, no se interrumpió el término prescriptivo y debe tenerse en cuenta como fecha de interrupción el 11 de febrero de 2021, lo que quiere decir que los derechos laborales solicitados con anterioridad a esta fecha, ya se encuentran prescritos.

Agregó, si no fuere aceptada la petición y la sustentación anterior con respecto a la prescripción, de manera respetuosa, debe reconsiderarse la condena por indemnización moratoria y no pago de cesantías, pues se consideró, en el caso

---

el interrogatorio de parte al demandante, efectivamente, manifestó, que la empresa se encontraba en un mal estado financiero, esta situación, dicha por el propio demandante, debe tenerse en cuenta.

De igual manera, y en este sentido, ratificó lo dicho por el demandante, la testigo que fue convocada a este juicio, no sobra también traer a colación la respuesta al derecho de petición que presentó la empresa demandada, argumentando el estado financiero, que se encontraba para ese momento, es decir, no se requiere un documento específico para demostrar este hecho, sino que se puede recurrir a otros medios probatorios. De igual manera honorables magistrados y verificamos la historia laboral, del aquí accionante, podemos mirar que mientras estuvo en auge financiero, la empresa procedió a cancelar los aportes a Seguridad Social, siendo únicamente los que quedaron faltando 2 de diciembre de 2017 y enero de 2018, pero los demás períodos fueron cancelados, como bien lo manifestó la señora juez, entonces, sí hay argumentos, sí hay prueba, para manifestar que la empresa demandada se encontraba en un Estado financiero lamentable y que, en consecuencia, las condenas, por indemnización, moratoria y por la no consignación de cesantías, las cuales no deben aplicarse de manera automática, sino haciendo un estudio minucioso del proceso en este caso, queramos no son procedentes así las cosas, solicitamos a la honorable magistratura revocar la sentencia o (se pausa el video y audio) exonerar a la demandada por lo dicho, gracias su Señoría.".

bajo estudio, no hay motivo que justifique la omisión sin tenerse en cuenta los problemas financieros aun cuando en la demanda obran varias pruebas que informa por qué la empresa no procedió a estos pagos. Recordó, en nuestra legislación y al momento de proferir sentencia, rige el principio de que se puede acudir a diferentes medios de prueba para probar un hecho y en el interrogatorio de parte del demandante, éste manifestó que la empresa se encontraba en un mal estado financiero, debiéndose tener en cuenta.

De igual manera, ratificó esta situación la testigo convocada a este juicio y la respuesta al derecho de petición de la empresa demandada, por medio del cual se argumentaba el estado financiero en el que se encontraba para ese momento, es decir, no se requiere un documento específico para demostrar este hecho, sino que se puede recurrir a otros medios probatorios.

De igual manera, verificada la historia laboral del aquí accionante, se puede observar que mientras estuvo en auge financiero, la empresa procedió a cancelar los aportes a Seguridad Social, siendo únicamente los que quedaron faltando 2 de diciembre de 2017 y enero de 2018, pero los demás períodos fueron cancelados, entonces, sí hay argumentos y prueba, para manifestar que la empresa demandada se encontraba en un Estado Financiero lamentable y que las condenas, por indemnización moratoria y por la no consignación de cesantías, no deben aplicarse de manera automática, sino haciendo un estudio minucioso del proceso.

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 JORGE ALBERTO GÁLVEZ JARAMILLO en este ordinario, las pretensiones relacionadas en el libelo (página 51 a 52, archivo 03, expediente digital), las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos (págs. 48 a 51, ibidem), encaminadas a:

> **PRIMERO.** Se declare que entre el señor **JORGE ALBERTO GALVEZ JARAMILLO** en calidad de trabajador y la sociedad comercial **SEDAM SERVICIOS S.A.S.** en calidad de empleadora, existió un contrato de trabajo conforme a los hechos de la presente demanda, el cual fue determinado unilateralmente y sin que mediara justa causa para ello.

SEGUNDO. Que como consecuencia de lo anterior se condene a la empresa demandada al reconocimiento y pago de los siguientes créditos de naturaleza laboral:

2.1. Liquidación de prestaciones sociales, que asciende a **DIECISIETE MILLONES SETECIENTOS VEINTISIETE MIL CUATROCIENTOS CUARENTA PESOS M/CTE, ($17.727.440).**

2.2. Indemnización por despido injusto, por un valor de **ONCE MILLONES CIEN MIL PESOS M/CTE ($11.100.000)**.

2.3. Los aportes que debió hacer a la seguridad social en pensión de los meses Diciembre 2017 y enero 2018 o en su defecto se remitan esos dineros a COLPENSIONES que es donde he venido cotizando, por una suma de **UN MILLON CIENTO OCHENTA Y CUATRO MIL PESOS M/CTE ($1.184.000).**

2.4. La indemnización moratoria por el no pago de las prestaciones sociales a la terminación del contrato de trabajo por una suma de **DIECIOCHO MILLONES CUATROCIENTOS NOVENTA Y NUEVE MIL NOVECIENTOS CINCUENTA PESOS M/CTE ($18.499.950)**.

2.5. El salario de los veintitrés (23) días correspondientes al mes de enero de 2018, que corresponde a un valor de **DOS MILLONES OCHOCIENTOS TREINTA Y SEIS MIL SEISCIENTOS SEIS PESOS M/CTE ($2.836.666)**

2.6. La moratoria por el no pago de las cesantías de los años 2016 y 2017, que corresponde a la suma de **NOVENTA MILLONES TREINTA Y TRES MIL TRESCIENTOS TREINTA Y DOS PESOS M/CTE ($90.033.332)**

CONFORME A LO ANTERIORMENTE DESCRITO, EL PAGO DE LOS CREDITOS ASCIENDE AL VALOR DE CIENTO CUARENTA Y UN MILLONES ONCE MIL TRESCIENTOS OCHENTA Y OCHO PESOS M/CTE ($141.011.388)

TERCERO. Lo que ultra y extra petita resulte demostrado en el proceso.

CUARTO. Las costas que se generen con ocasión del presente juicio.

Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones por cuanto se declaró que existió una relación laboral vigente de entre 19/08/2015 al 23/01/2018 en el cargo de Director Eléctrico devengando como último salario la suma de $3’700.000 pesos. Como consecuencia de ello se condenó a la demandada a pagar a favor del señor Jorge Alberto Gálvez Jaramillo, debidamente indexados los salarios del 01 de enero de 2018 al 23 de enero del

mismo año, cesantía por el periodo 1º de enero de 2016 al 23 de enero de 2018, intereses a las cesantías por el periodo del 01 de enero de 2016 al mes de enero 2018, la indemnización del art. 65 del C.S.T. desde el 23/01/2018 hasta el mes 24, en la cual se empezará a pagar y los intereses moratorios a la tasa máxima de crédito de libre designación que certifique la Superintendencia Financiera y hasta la fecha en que la demandada pague la obligación, los aportes causados en los periodos 01/12/2017 al 23/01/2018, tomando como ingreso base de cotización la suma de $3'700.000, sanción del artículo 99 de la Ley 50 del 90, por la no consignación de las cesantías a un fondo, la indemnización por despido sin justa causa del artículo 64 del Código Sustantivo del trabajo, se declaró no probada la excepción de prescripción y se condenó en costas. **Lo anterior tras considerar,** que se demostró la existencia de un contrato de trabajo conforme a la certificación aportada al proceso en los extremos allí indicados, como consecuencia de ello, procedió a liquidar las cesantías e intereses y salarios. Frente a la indemnización por despido adujo, se aportó la carta de terminación del contrato de trabajo sin justa causa, debiéndose asumir el pago de este rubro ya sin importar la situación financiera de la empresa. En cuanto a los aportes al Sistema de Seguridad Social integral, indicó, según las planillas aportadas al proceso no se efectuaron aportes por los periodos diciembre de 2017 y enero de 2018, siendo una obligación a cargo del empleador. Igualmente, condenó al pago de la indemnización moratoria al concluir que la demandada no allegó documento alguno para soportar la situación financiera que atraviesa o que acreditara que se encontraba en un proceso de liquidación o similar, no siendo de recibo el impago frente a las obligaciones laborales, bajo la misma premisa, condenó a la sanción por no consignación de cesantías. Finalmente, con relación a la prescripción, argumentó que no operó este fenómeno toda vez que la parte actora realizó los trámites pertinentes dentro de los términos de ley.

Dicho lo anterior, procede la Sala al estudio del recurso de apelación interpuesto por la enjuiciada, 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 apellantum).

De tal manera, es claro que no es objeto de discusión en esta instancia la relación laboral que existió entre el señor JORGE ALBERTO GÁLVEZ JARAMILLO y la sociedad SEDAM SERVICIOS S.A.S. entre el 19/08/2015 al 23/01/2018, así como el actor desempeñó el cargo de Director Eléctrico y devengó como último salario la suma de $3'700.000, pues esta declaración al efectuó la a quo en el No. 1º de la sentencia y dicha situación no fue objeto de reparo por las partes. Asimismo,

esta situación se acredita con el contrato de trabajo aportado y la certificación laboral (páginas 24 a 34, archivo 03).

Asimismo, tampoco se discute que la demandada debe asumir el pago debidamente indexado de los siguientes conceptos y montos:

- Salarios la suma de $2.836.666
- Cesantías la suma de $7.687.778
- Intereses a las cesantías la suma de $1.916.819
- Indemnización por despido sin justa causa la suma de $7.221.852.

A la par, se debe asumir el pago de los aportes pensionales de los periodos diciembre de 2017 y enero de 2018.

Aclarado lo anterior, procede la Sala al estudio del primer punto de apelación, relacionado con la procedencia de la interrupción de la prescripción propuesta por el Auxiliar de la Justicia debe advertirse, en efecto, el artículo 94 del C.G.P., prevé que: "*La presentación de la demanda interrumpe el término para la prescripción e impide que se produzca la caducidad* ***siempre que el auto admisorio de aquella o el mandamiento ejecutivo se notifique al demandado dentro del término de un (1) año contado a partir del día siguiente a la notificación de tales providencias al demandante****. Pasado este término, los mencionados efectos solo se producirán con la notificación al demandado". (Negrilla fuera del texto).*

No obstante, esta normatividad, debe decirse, la aplicación del artículo 94 del C.G.P. no se hace de forma automática, ya que es necesario establecer si la notificación, habiendo transcurrido más un año de la presentación de la demanda, no se realizó por culpa imputable al demandante o por circunstancias ajenas a él.

De conformidad con el artículo 94 del C.G.P., la providencia CSJ SL3788-2020, adoctrinó:

> *"(…) no se aplica literalmente, de forma automática, es decir, con el simple conteo de términos, pues, de acuerdo con el principio de interpretación conforme que ha de orientar en todo caso la interpretación de la ley según el art. 4 de la Constitución,* ***el juzgador debe evaluar si la tardanza en la notificación obedeció a la conducta negligente del actor o si, por el contrario, tuvo que ver con el proceder del despacho judicial o el de la demandada****.*
>
> *En este sentido, se adopta en sede de casación el criterio de la Sala que impregnó la decisión de instancia de la sentencia CSJ SL 4578-2014,* ***donde, a pesar de que el auto admisorio de la demanda fue notificado luego de transcurrido más de los 120 días de que trataba el artículo 90 del CPC (esto fue antes de la modificación introducida por el art. 10 de la Ley 794 de 2003), la Corte tomó la fecha de la presentación de la demanda para dar por interrumpida la prescripción, porque***

> ***tuvo en cuenta que la tardanza en la notificación no fue por culpa del demandante,*** *en la medida en que, ante la renuencia del demandado a comparecer, el juez debió impulsar oficiosamente el proceso, art. 48 del CPT y SS, mediante el nombramiento de curador y hacer, a través de este, la notificación correspondiente, sin que fuera necesaria la petición de parte, ya que no fue el caso de que la dirección de la contraparte indicada en la demanda no existiera, en tanto que, por el contrario, el informe del citador indicaba que sí existía; además que el actor había cumplido con su carga de aportar todos los medios necesarios para que se diera la respectiva notificación.". (Negrilla fuera del texto).*

En acatamiento de lo que antecede, procede el despacho a verificar en orden cronológico las actuaciones surtidas dentro del proceso, evidenciando:

a) La demanda fue presentada el **24 de julio de 2018** (pág. 3, archivo 03), es decir, dentro de los tres años a la expiración de la relación laboral que fue declarada al 23 de enero de 2008.

b) La demanda se **admitió el 04 de septiembre de 2018** (pág. 91, archivo 03).

c) El **20 de noviembre de 2018** la parte actora allegó memorial por medio del cual remite el citatorio previsto en el artículo 291 del C.G.P. (páginas 93 a 98, archivo 03), acreditándose el envío por medio físico y electrónico a la dirección Calle 56 A No. 58-82, Bloque 75, apto 101 de Bogotá – email sedaminter@gmail.com, dirección y correo corporativo que se relaciona en el certificado de existencia y representación legal (página 17, archivo 03).

d) El **18 de enero de 2019** la parte actora allegó certificado de devolución de la empresa de correo Inter Rapidísimo, según prueba de entrega que obra a página 100 del archivo ibidem, de la cual se desprende que la notificación fue "fallida". A su vez suministró nueva dirección para que se autorizara notificar a la sociedad demandada.

e) La Juez de primer grado en providencia del **12 de abril de 2019** ordenó la remisión de la notificación a la dirección **relacionada en la demanda** (página 104, ibidem).

f) La parte actora dio cumplimiento a lo ordenado aportando el **24 de mayo de 2019** el certificado de devolución de la empresa de correo certificado Inter Rapidísimo (página 106 a 110, ibidem), solicitando el demandante a la juez *a quo*, autorizara remitir la notificación a las direcciones: (I) Carrera 58 No. 44B-04; (II) Carrera 19^ No. 84-29 Oficina 302, (III) Carrera 23 No 93-77 Edificio Tiaria. (página 105, archivo 03).

g) Mediante auto de fecha **10 de julio de 2019** la juzgadora dispuso: "*se requiere al togado de la parte demandante para que allegue el formato del*

*citatorio remitido a la demandada, toda vez que si bien obra el certificado de la ernpresa INTERRAPIDISIMO, también lo es que no obra el formato del citatorio enviado a SEDAM SAS". (*página 110, ibidem).

h) Ante tal requerimiento, el apoderado del extremo activo el **11 de julio de 2019** mediante memorial aclaró al despacho que el citatorio ya había sido arrimado al proceso desde el 7 de mayo de 2019 (página 11, archivo 03).

i) Mediante auto de fecha **10 de septiembre de 2019** el juzgado se pronunció al siguiente tenor: "*El anterior citatorio en los términos del art. 292 del CGP a la demandada SEDAM SAS y certificado de entrega, sería del caso tenerlo en cuenta, sin embargo, sin embargo, se evidencia que en efecto la parte envía aviso de que trata el art. 292 del CGP, del cual la empresa de correos certifica que el destinatario SEDAM no recibió el envío por el causal residente ausente. Empero del contenido del aviso remitido no se evidencia que el mismo contenga las previsiones del art. 29 del CPLSS. En consecuencia, para un mejor proveer y en aras de evitar futuras nulidades, se dispone REQUERIR a la parte accionante a efectos de que tramite nuevo aviso de que trata el art. 292 del CGP que contenga lo dispuesto en el art. 29 del CPLSS para que sea dirigido a la referida accionada SEDAM SERVICIOS SAS.".* (página 117, ibidem).

j) El anterior requerimiento fue atendido por la parte actora el día 04 de octubre de 2019, allegando a páginas 119 a 121 la notificación por aviso relacionando el artículo 29 del C.P.T y S.S.

k) En auto de fecha 1º de noviembre de 2019 se dispuso nombrar Curador Ad Litem y designar al Doctor JAIR BURBANO SANDOVAL; Auxiliar de la justicia que fue requerido a través de providencia del 24 de septiembre de 2020 (pág. 128. ibidem) para que tomara posesión del cargo, quién se notificó hasta el **11 de febrero de 2020 (sic)** (pág. 130, ibidem).

Por lo anterior, estima esta Corporación, que la parte demandante asumió las cargas procesales que le eran propias, pues como ya se relacionó, se tramitó lo pertinente dentro de un término razonable e iniciando con el primer trámite de notificación el día **20 de noviembre de 2018**, demostrando interés y diligencia en el trámite del proceso, solo que los tiempos de respuesta por parte del despacho ante la imposibilidad de notificación a la demandada con el Curador Ad Litem solo se surtió el 11 de febrero de 2020 (sic)[2].

[2] ***Fecha real notificación el día 11 de febrero de 2021.***

En tal orden, se concluye la parte actora no puede cargar con los efectos de la excepción de prescripción, por conductas que no le son atribuibles y que responden a las actuaciones ya señaladas o descritas.

En otro giro, frente a la indemnización moratoria, sentado está por la jurisprudencia que este concepto no procede de manera automática, sino que ha de analizarse la buena o mala fe con la que actuó el empleador, examinando la situación específica del mismo en cada caso, en otros términos, su imposición está condicionada al examen, análisis o apreciación de los elementos subjetivos que guiaron la conducta del empleador a efectos de determinar si tuvo la intención de desconocer los derechos de su trabajador; así lo ha reiterado la Sala de Casación Laboral, entre otras muchas, en sentencia CSJ SL3288-2021, donde puntualizó:

> *«Pues bien, esta Corporación ha señalado de manera inveterada que la sanción moratoria prevista en la normativa atrás citada no constituye una respuesta judicial automática frente al hecho objetivo de que el empleador, al finiquitar el contrato de trabajo, deje de cancelar al trabajador los salarios y prestaciones sociales adeudados, de ahí que la misma encuentre lugar cuando quiera que, en el marco del proceso, el empleador no aporte razones serias y atendibles de su conducta, en la medida que razonablemente lo hubiere llevado al convencimiento de que nada adeudaba por salarios o derechos sociales, lo cual de acreditarse conlleva a ubicar el actuar del obligado en el terreno de la buena fe, y en este caso no procedería la sanción prevista en los preceptos legales referidos. Situación que fue justamente la que descartó el ad quem, toda vez que estableció que el ánimo de la demandada con las formas aparentes dadas a la relación contractual fue la de sustraerse de sus obligaciones laborales» (Subrayado fuera de texto).*

En suma, tal indemnización surge como una sanción por la mala fe del empleador, al sustraerse del cumplimiento de sus obligaciones obrero – patronales, por lo que debe analizarse la conducta del demandado para comprobar que su actuación fue de buena fe y ajena a la intención de causar daño al trabajador (CSJ SL6621-2017; CSJ SL8216-2016; CSJ SL13050-2017; CSJ SL13050-2017; CSJ SL13442-2017 y CSJ STL10313-2017).

También ha enseñado de manera pacífica la Alta Corporación, en sentencia CSJ SL 23 oct. 2012, rad. 41005, que, la buena fe que se exige no es la denominada buena fe cualificada, sin embargo, «*no es una creencia cualquiera sino una debidamente fundada», lo que «impone al juzgador auscultar en el elemento subjetivo a fin de determinar si el empleador tuvo razones atendibles para obrar como lo hizo»* (CSJ SL194-2019), por ende, la llamada a juicio se encuentra en el deber de acreditar cuáles fueron esas razones plausibles que la llevaron a soslayar el pago de las acreencias del trabajador.

En el caso de marras, la parte actora solicita la imposición de esta indemnización moratoria al no acreditarse el pago de las prestaciones causadas con ocasión del contrato de trabajo sostenido hasta el 23 de enero de 2018, circunstancia que en

todo caso, en sentir de la Sala, apareja el reclamo de estos valores, precisamente al esgrimir su no pago y bajo esa óptica, pasará a verificar si le asiste razón a la parte recurrente, en el sentido de constatar si la crisis financiera se considera como un eximente de responsabilidad.

Sobre este caso puntual, la máxima corporación señaló en sentencia del 21 de abril de 2020, rad. 70.531, SL. 1595-2020:

> *"[…] la empresa demandada se acogió al régimen de insolvencia y está sometida a un proceso de reorganización,* ***lo cual en principio impediría la aplicación del artículo 65 del CST, el cual, no es aplicable a personas naturales ni jurídicas que se encuentren acogidas al régimen de insolvencia****, en razón de que representa una sanción para el empleador que ha incumplido obligaciones que ha debido satisfacer a la terminación de la relación laboral; ello tiene su razón de ser porque* ***la iliquidez, insolvencia o crisis económicas son circunstancias ostensibles y justificativas de la cesación de pago*** *que en tiempos normales de estabilidad financiera no tendría excusas. (Destaca la Sala).*
>
> *Lo que se observa en el juicio jurídico del juzgador de alzada, es que asume que el proceso de reestructuración de la empresa demandada, impide la aplicación del artículo 65 ibidem, o que, su insolvencia o crisis financiera, explica la cesación de pago de salarios y prestaciones sociales, cuando, contrario a ello, lo que ha sostenido la Corte es que el recto entendimiento de la norma exige que es preciso analizar la conducta asumida por el deudor* ***al momento de la finalización del contrato de trabajo****, en aras de verificar si existieron razones serias y atendibles que justificaran su omisión y lo coloquen en el terreno de la buena fe.*
>
> ***De antaño ha sido criterio constante en las decisiones de la Sala, que en principio los casos de insolvencia o crisis económica del empleador, no constituyen de manera automática buena fe, como tampoco situación de caso fortuito o fuerza mayor que exoneren de la indemnización moratoria, y aunque ello eventualmente pueda suceder, por tratarse de una situación excepcional deberá quien así lo alegue, demostrarlo, ya que el fracaso es un riesgo propio y por ende previsible de la actividad productiva. Así quedó plasmado en la sentencia CSJ SL, rad. 37288, 24 ene. 2012, en la que, sobre el tema, se sostuvo lo siguiente:***
>
> *Ha sido una constante para la Corte, como se aprecia en las sentencias de esta Sala citadas por el ad quem y por el censor, de cara a la condena por indemnización moratoria, que,* ***en los casos de insolvencia o crisis económica del empleador, en principio, tal circunstancia no exonera de la indemnización moratoria; en dicho caso, se debe examinar la situación particular, para efectos de establecer si el empleador incumplido ha actuado de buena fe****.*
>
> *Verbigracia, desde tiempo atrás, en la sentencia 7393 del 18 de septiembre de 1995, esta Sala asentó:*
>
> ***"LA INDEMNIZACION MORATORIA Y SUS EXIMENTES****:*
>
> *Con arreglo al artículo 65 del C.S.T si a la terminación del contrato de trabajo el empleador no cancela al trabajador los salarios y prestaciones debidos, salvo los casos en que la ley o el convenio lícito de las partes autoricen retención, a éste corresponde el derecho de percibir un día de salario por cada día de retardo a título de indemnización.*
>
> *En caso de que este derecho indemnizatorio sea reclamado por vía judicial, la jurisprudencia ha precisado que el juzgador no debe proferir condena automática ante el hecho de la falta de pago, sino que ha de examinar la conducta patronal y si de ésta emerge la buena fe exonerar al patrono.*
>
> *Dicha buena fe alude a que el empleador que se abstenga de cancelar los derechos laborales a la finalización del nexo entienda plausiblemente que no estaba obligado a hacerlo, siempre y cuando le asistan serias razones objetivas y jurídicas para sostener su postura de abstención, es decir que sus argumentos para no haber pagado resulten valederos.*
>
> *Como ejemplo típico de buena fe puede mencionarse que el patrono haya estado convencido de que no existió contrato de trabajo, porque la relación laboral ofrecía tales características externas de independencia que la ubicaban en una zona gris respecto del elemento de subordinación. También es dable citar la hipótesis en que se haya dejado de cancelar el monto pretendido de un derecho cuyo valor es discutible, como cuando se debate con razones admisibles si determinado pago constituye o no salario para efectos de la liquidación prestacional.*

Debe distinguirse en todo caso, la buena fe como circunstancia exonerante de los llamados salarios caídos, de otros factores externos que impiden el cumplimiento de las obligaciones y, en principio, también liberan al deudor de responsabilidad por incumplimiento como el caso fortuito o fuerza mayor. En estos eventos el obligado no desconoce su compromiso, sino que alega insuperables hechos impeditivos de su cumplimiento. Verbigracia, si el empresario, a punto de efectuar el pago final de los derechos de determinados trabajadores, no lo puede hacer porque un incendio imprevisto, imprevisible e irresistible consume el dinero destinado a la cancelación, por obvios motivos no debe responder por la demora razonable en volver a conseguir los respectivos medios de pago.

Desde luego, si se pretende alegar fuerza mayor o caso fortuito en materia laboral y particularmente como eximentes de la indemnización moratoria, han de aparecer comprobados los requisitos de la figura, vale decir que el hecho no sea imputable al deudor, que sea irresistible en el sentido de que el empleador no haya podido impedirlo y quede en imposibilidad absoluta de cumplir la obligación a tiempo, y que el hecho haya sido imprevisible, esto es, que el obligado no haya podido precaver su ocurrencia, de acuerdo con las circunstancias del caso.

LA LIQUIDEZ DE LA EMPRESA COMO EXIMENTE DE MORATORIA:

*Conforme a lo explicado, en sentir de la Sala l**a iliquidez o crisis económica de la empresa no excluye en principio la indemnización moratoria. En efecto no encuadra dentro del concepto esbozado de la buena fe porque no se trata de que el empleador estime que no debe los derechos que le son reclamados sino que alega no poder pagarlos por razones económicas; y es que por supuesto, la quiebra del empresario en modo alguno afecta la existencia de los derechos laborales de los trabajadores, pues éstos no asumen los riesgos o pérdidas del patrono conforme lo declara el artículo 28 del C. S. de T, fuera de que como lo señala el artículo 157 ibidem, subrogado por el artículo 36 de la Ley 50 de 1990, los créditos causados y exigibles de los operarios, por conceptos de salarios, prestaciones e indemnizaciones, son de primera clase y tienen privilegio excluyente sobre todos los demás**.*

*De otra parte, si bien no se descarta que la insolvencia en un momento dado pueda obedecer a un caso fortuito o de fuerza mayor, circunstancia que en cada caso **deberá demostrarse considerando las exigencias propias de la prueba de una situación excepcional**, ella por sí misma debe descartarse como motivo eximente por fuerza mayor o caso fortuito, pues el fracaso es un riesgo propio y por ende previsible de la actividad productiva, máxime si se considera que frecuentemente acontece por comportamientos inadecuados, imprudentes, negligentes e incluso dolosos de los propietarios de las unidades de explotación, respecto de quienes en todo caso debe presumirse que cuentan con los medios de prevención o de remedio de la crisis. Y no debe olvidarse que la empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones, entre las cuales ocupan lugar primordial las relativas al reconocimiento de los derechos mínimos a los empleados subordinados que le proporcionan la fuerza laboral (C.N. art 333)". (Subraya y destaca la Sala).*

En la misma dirección se pronunció la Corporación en la sentencia CSJ SL16884-2016, en la que se adoctrinó:

Esta sala de la Corte ha sostenido de manera reiterada y pacífica que las indemnizaciones por mora que se encuentran establecidas en los artículos 65 del Código Sustantivo del Trabajo y 99 de la Ley 50 de 1990 no son de imposición automática, en la medida en que, dado su carácter sancionatorio, es preciso auscultar la conducta asumida por el deudor, en aras de verificar si existen razones serias y atendibles que justifiquen su conducta omisiva y lo ubiquen en el terreno de la buena fe. En dicha medida, siempre ha sido clara en precisar que «…el recto entendimiento de las normas legales consagratorias de la indemnización moratoria enseña que su aplicación no es mecánica ni axiomática, sino que debe estar precedida de una indagación de la conducta del deudor.» (CSJ SL, 5 mar. 2009, rad. 32529; CSJ SL, 20 jun. 2012, rad. 41836; CSJ SL4933-2014; CSJ SL13187-2015 y CSJ SL15507-2015, entre muchas otras).

En esa misma dirección, la Sala ha dicho que el juez laboral no puede asumir reglas absolutas ni esquemas preestablecidos en el momento de analizar la procedencia de dicha indemnización o de justificar la mora, pues es su deber examinar las condiciones particulares de cada caso y con arreglo a ellas definir lo pertinente. Esto es que, además de que la sanción por mora no puede imponerse de manera automática e inexorablemente, tampoco puede excluirse o excusarse de manera mecánica, ante la presencia de ciertos supuestos de hecho (CSJ SL360-2013). Por virtud de ello, por ejemplo, la Sala ha clarificado que la indemnización moratoria no se puede eludir irreflexiva y automáticamente, por el hecho de que se discuta la naturaleza jurídica de la relación de trabajo (CSJ SL, SL, 2 ag. 2011, rad. 39695; CSJ SL, 27 nov. 2012, rad. 44218; CSJ SL8077-2015 y CSJ SL17195-2015, entre otras), o por el hecho de que la empresa se encuentre en dificultades económicas (CSJ SL, 1 jul. 2007, rad. 28024; CSJ SL, 20 abr. 2010, rad. 33275; CSJ SL, 1 jun. 2010, rad. 34778; CSJ SL, 24 abr. 2012, rad. 39319; CSJ SL884-2013 y CSJ SL10551-2015, entre otras), y ha llamado la atención en la necesidad

> *de que siempre se indaguen y analicen suficientemente las condiciones particulares de cada caso.*
>
> *Respecto de la condición económica de la empresa, la Sala ha adoctrinado que:*
>
> ***[…] no siempre que una empresa se halle en estado de iliquidez o crisis económica, esa sola circunstancia permite exonerarla de la condena por la sanción moratoria, porque aún de encontrarse en esa situación sus representantes pueden ejecutar actos ausentes de buena fe por no pagar los salarios y las prestaciones sociales debidas a la terminación del vínculo laboral y debido a contar con medios para prevenir ese riesgo. (CSJ SL, 3 may. 2011, rad. 37493).***
>
> ***También se alude en dicho proveído, a otro de los tópicos que fue objeto de reproche por el recurrente, que refiere, precisamente, que el juez de la apelación incurrió en un yerro ostensible, por no analizar la conducta de la empleadora al momento en que terminó el nexo contractual, sino, fundado en hechos ocurridos posteriormente –apertura del proceso de reorganización el 17 de octubre de 2012 (once meses después del finiquito del contrato de trabajo)–.***
>
> ***Sobre este particular se dice en la mencionada providencia, lo siguiente:***
>
> ***De acuerdo con lo dicho, el trámite de reestructuración económica no constituye una premisa definitiva, que excluya automáticamente la imposición de la indemnización moratoria. En ese sentido, si se prescinde de manera mecánica de la sanción, sin evaluar las condiciones particulares de cada caso, se propicia una interpretación errónea de la norma, que, como ya se analizó, no admite reglas absolutas ni esquemas preestablecidos. Adicionalmente, entre otras cosas, el juez está obligado a analizar si la restructuración se dio en el mismo periodo en el que se debieron cancelar las acreencias laborales respectivas y, en todo caso, si el empleador cumplió y honró de buena fe los compromisos adquiridos en el referido trámite.***
>
> *En el presente asunto, el Tribunal verificó que la demandada no había efectuado la consignación de la cesantía de los demandantes correspondiente a los años 2003, 2004, 2005 y 2006, y que, de conformidad con el certificado de existencia y representación, se había sometido a un proceso de reestructuración desde el 26 de agosto de 2003. Asimismo, con vista en esas premisas, sin argumentos adicionales, concluyó que:*
>
> *[…] Nada dijo el Tribunal en torno a la conducta de la demandada, específicamente en el momento en el que tenía que consignar la cesantía, ni respecto del cumplimiento de las obligaciones adquiridas en el trámite de la reestructuración y, en términos generales, de su comportamiento en las condiciones particulares del caso.*
>
> ***De acuerdo con lo anterior, al Tribunal le bastó con verificar que la sociedad demandada se había sometido a un proceso de reestructuración y, sin más, infirió que la indemnización moratoria resultaba improcedente.*** *Tras ello, efectivamente incurrió en los errores jurídicos denunciados por la censura en el primer cargo, pues generalizó las reglas relativas a la buena fe del empleador en situaciones de recuperación económica y, a la postre, excluyó de manera automática la imposición de la indemnización moratoria.".*

En aplicación de lo anterior, encuentra la Sala que la demandada SEDAM SERVICIOS S.A.S., no allegó medio probatorio alguno que acreditara el estado financiero en el que se encontraba al momento de la terminación del contrato de trabajo y que es argumento principal del recurso, puntualmente, el demandante en su interrogatorio no indicó[3] ninguna situación relativa al estado financiero de la

[3] ***Interrogatorio demandante JORGE ALBERTO GALVEZ JARAMILLO, récord 26:30, archivo 17: "****Si doctora los demandó pues porque, me deben el último mes de salario, no hubo indemnización, quedaron vacaciones pendientes, ellos no registraron pagos de las cesantías de los dos últimos años y pues más o menos eso sería lo que me deberían aproximadamente. En octubre del 2015 y la carta de terminación de contrato se recibió a finales de enero de 2018, 29 de enero creo del 2018 y era Ingeniero electricista, director del departamento eléctrico, el salario era, digamos inicialmente de $3'700.000 mensuales, luego se hizo un cambio de parte de ellos de que me quedó en $3'250.000, $1'000.000 de auxilios y el último contrato, esos fueron, el último de $3'700.000 más prestaciones legales, fueron acuerdos en un plazo muy leve dos meses más o menos que se llegó a ese último valor que fue de $3'700.000. El conocimiento que tengo es que lo que fue seguridad social quedó faltando por pagar los dos últimos meses diciembre y enero pues por el momento final de la liquidación, sería el salario del último mes, digamos que correspondían a los últimos días del mes de enero, porque fue como que 29 de enero, ósea ese mes prácticamente, no he recibido ninguna suma desde ese momento. No tengo ninguna referencia, ni nunca me llegó, no hay ninguna cuenta o algo del Banco Agrario, ni el 2016 ni en el 2017, no recibí esos dos últimos pagos, ningún pago, recibí la de diciembre pero faltaron digamos lo proporcional al mes de enero, de enero correcto, pero digamos la*

sociedad como lo alega el recurrente, no pudiéndose constatar por este medio la mentada crisis. De igual suerte, la declaración de la testigo JOHANA ANDREA LOZANO RIAÑO[4], tampoco permite dilucidar esta situación, mucho más cuando laboró como trabajadora en misión en la empresa por un lapso de 1 mes, aproximadamente, tal como la misma deponente lo relató, nótese, en la declaración que se permite transcribir esta Sala, no se aduce el conocimiento de

---

empresa no eran como vacaciones completas el periodo de los quince días, bueno se tomaban una semana, diez días, entonces de acuerdo al valor estimado me habían quedado debiendo quince días de vacaciones, empezó como una parte de discusión de nómina, eran muchos más empleados que comenzaron a reducir, a cancelar personal, pues habían unos contratos que estaban vigentes y yo ya llevaba bastante tiempo con ellos pues dije los acompaño hasta este momento de llegar a finiquitar esa parte, los contratos que tenían, y pues al final me vi perjudicado porque no me pagaron ni un peso de esa parte. Trabajé en la Carrera 58, 44-31 en Bogotá, barrio La Esmeralda, había dos sedes, digamos que esa era la sede principal técnica. de 7am a 5 pm de la tarde de lunes a viernes, los sábados de 7 am a 1 pm, pues se laboraban horas extras algunas veces, pero pues básicamente el horario estipulado de trabajo era ese, había un director del Departamento, un Gerente y un Gerente Técnico".

[4] ***Testigo JOHANA ANDREA LOZANO RIAÑO, récord 09:10, archivo 17:*** *"Si la conocí, pues, de hecho, me voy a extender un poquito en la respuesta, cuando me llegó la invitación, de hecho, yo no sabía para que era, realmente yo entre aquí pues porque he tenido que ir algunos temas de juzgados en temas laboral cuando fui administradora de otras compañías y dije si me llegó está citación es por algo, ¿Cierto? y entonces por esa razón ingresé. Pero con SEDAM directamente yo no he tenido una relación laboral como tal, ósea eso pues digamos los pueden constatar con mi tema laboral pues de aportes a pensiones y demás cosas, pero cuando me nombraron en SEDAM y hay una certificación que yo firmé como directora administradora, yo prestaba servicio en Misión a través de una compañía que se llama Aika Humana, que es una empresa de todo lo que tiene que ver con servicios temporales para constructoras, ¿Sí? Yo trabajaba en el año 2018 para Aika Humana empresa y trabajaba en misión para SEDAM pero lo que pasa es que SEDAM en su momento que yo recuerdo en este momento díganos que no tenía una demanda administrativa muy fuerte. Sí, era un tema de certificados, de mirar unas cosas muy puntuales de temas laborales, pero yo, es que realmente no recuerdo bien del proceso, pues de la empresa, sé que en ese momento tenían como uno o dos trabajadores tal vez. Entonces digamos que la actividad administrativa no era muy fuerte en su momento por eso se trabajaba como en misión, realmente fue muy poco, fue como de un mes porque yo estaba en Aika Humana, donde trabajé durante más de cuatro años, cinco años, en SEDAM lo fue para el tema muy puntual, yo creo que fue un mes, menos de un mes realmente en el año 2018 tal vez fue algo así muy puntual. No conozco al demandante, ni siquiera lo recordaba, ni nombre, ni nunca lo había visto realmente la cara no me es familiar.*

No, era más un tema de certificación porque Aika como cosa temporal digamos tenía un sector, un departamento que se encargaba de nóminas, otro departamento que se encarga de la parte de seguridad social, si ósea, como, diferentes áreas dentro de la empresa. ¿No? Entonces en su momento inclusive yo hacía algunas revisiones muy esporádicas del tema contable porque está empresa ya estaba como en cierre. Ósea lo que medio recuerdo en su momento, pero realmente era un tema de certificaciones, de validar contra un software que ellos tenían que en este momento ni me acuerdo el nombre, donde uno validaba si alguien llamaba por un certificado laboral de la empresa, pues validar cuanto tiempo había trabajado y poder generar este tipo de certificaciones básicamente, pero pensaría que si, la verdad no me acuerdo, discúlpeme doctor, pero creería que sí, no lo recuerdo, porque ellos tenían otros administradores, habían otras personas que generaban como la administración y hubo un punto como en el que me solicitaron a mí, que yo estaba trabajando con Aika para poderles colaborar con un tema de las certificaciones laborales y este tema. Pero ellos manejaban pues digamos puntualmente yo no conocía la empresa, ósea conocerla físicamente, pero ellos tenían sus personas que administraban la empresa. Había un programa digamos contable y de nómina que manejaba toda la información, donde estaba depositada toda la información de las personas. Eso es lo que uno revisa siempre, ese programa y dependiendo el tipo de casos lo que generalmente uno hace es revisar una carpeta, ósea si era, por ejemplo, si era por una certificación laboral de alguien que estuviera activo, pues se revisaba en la carpeta de la persona, desconozco por completo el tema, no sabría decirle la situación económica de la empresa. Si la firma es mía y si miro el cuerpo de la carta era el cuerpo de las cartas que se hacían regularmente para certificar laboralmente no sólo en SEDAM, sino en Aika y estás empresas.

Pues doctor realmente, lo que pasa es que yo no sé cuándo nombraron al señor ni siquiera me acordaba del tema, me tocó hasta mirar la historia laboral y lo que les digo, yo en ese tiempo trabajaba para Aika Humana y seguramente lo que yo les digo, fue en misión, pudo haber sido un mes, dos meses, tres meses, ósea no fue un tema de contrato laboral directamente con SEDAM, entonces de ahí tal vez mi desconexión respecto al tema de no recordar ni siquiera como ese tiempo, porque en mi historia laboral SEDAM no existe para mí. sí ósea mi historia laboral, no laboré directamente para ellos, entonces pues por eso se puede prestar ese tipo de situación".

alguna situación relacionada con la crisis financiera de SEDAM SERVICIOS S.A.S., por el contrario, solo se dirigió a exponer que era la persona que realizaba las certificaciones sin que recordara alguna situación en particular.

Con relación al pago de los aportes pensionales, las planillas obrantes en el plenario solo dan cuenta del incumplimiento de la empresa SEDAM SERVICIOS S.A.S. como empleadora para los periodos de diciembre de 2017 y enero de 2018, sin que sea viable confrontar los meses que sí se satisfizo la obligación con destino al Sistema de Seguridad Social Integral.

Por último, en escrito de fecha 15 de junio de 2018, la demandada SEDAM SERVICIOS S.A.S. (páginas 46 a 47, archivo 03), informó: "***Respecto de su (sic) solicitudes de pago contempladas en los numerales 1 al 6, estos pagos solicitados no se han podido realizar por la situación financiera que en la actualidad está presentando la compañía. Por lo anterior, agradecemos su paciencia, ya que nos encontramos a la espera de recibir recursos que nos permitan ponemos al día con los pagos pendientes",*** argumento que no es de recibo en esta alzada atendiendo que no se soportó esta afirmación, teniendo la empresa la carga de probar su dicho y demostrar que el impago de las obligaciones laborales no obedeció a un capricho sino a una situación financiera.

Lo anterior permite concluir que la *a quo* no se equivocó al condenar a la demandada al pago de esta indemnización ya que ninguna prueba se arrimó frente a la aludida crisis financiera, siendo un actuar reprochable que no allegará las pruebas atinente como los pagos causados y debidos al actor, además, de existir algún proceso ante la Superintendencia de Sociedades debió demostrar el estado actual o por lo menos poner en conocimiento el auto admisorio para poder contabilizar esta indemnización hasta dicha data y ello no sucedió. Se resalta, la alta corporación ha sostenido que, no siempre que una empresa se halle en estado de iliquidez o crisis económica, esa sola circunstancia permite exonerarla de la condena por la sanción moratoria, porque aún de encontrarse en esa situación sus representantes pueden ejecutar actos ausentes de buena fe por no pagar los salarios y las prestaciones sociales debidas a la terminación del vínculo laboral. En este mismo giro ha insistido, en que, si se pretende alegar fuerza mayor o caso fortuito en materia laboral y particularmente como eximentes de la indemnización moratoria, **han de aparecer comprobados los requisitos de la figura**, en consecuencia, se confirmará en su integridad este punto.

En concordancia con lo anterior, en lo atinente a la indemnización por no consignación de cesantías (artículo 99 de la Ley 50 de 1990), debe precisarse que dicha sanción también procede en este caso, toda vez que, como se ha

advertido, la sociedad SEDAM SERVICIOS S.A.S. no allegó prueba alguna que soporte la consignación de las cesantías causadas en los periodos 2016 y 2017, por ende y como quiera que dentro del debate del presente asunto **no se constató justificación alguna frente a dicho aspecto**, se estima desdeñable la posición de la llamada a juicio al sustraerse del pago de las acreencias debidas al accionante, razón por la cual resulta procedente la condena a esta indemnización.

Agotada como se encuentra la competencia de esta instancia por el estudio de los puntos objeto de apelación, lo que sigue es confirmación del fallo de primer grado.

Sin COSTAS en esta instancia.

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

RESUELVE

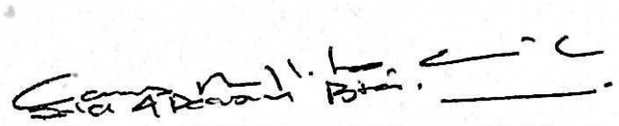
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado (19) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN



CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL

BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

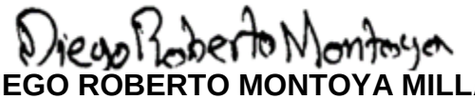
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR NELCY LAYTON AREVALO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- (RAD. 19 2021 00174 01).

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

AUTO

Se reconoce personería adjetiva al abogado **GIOVANNI ALEXIS GREGO CARDONA** como apoderado sustituto de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por **MARIA CAMILA RIOS OLIVEROS**, en su calidad de representante legal suplente de la sociedad **TABOR ASESORES LEGALES S.A.S.**



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

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

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de surtir los recursos de apelación interpuestos por la demandante y la demandada como también el grado jurisdiccional de consulta en su favor, de la sentencia proferida por la Juez 19 Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 28 de marzo del 2023 *(Audiencia virtual, archivo 10 expediente digital, récord: 17:47),* en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO: DECLARAR** que la señora NELCY LAYTON AREVALO, identificada con la Cédula No, 51699746, tiene derecho al reconocimiento y el pago por parte de Colpensiones de las mesadas causadas y no pagadas desde el 01/08/2019 y el 31/03/2020 de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.*
>
> ***SEGUNDO: CONDENAR** a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones al reconocimiento y pago en favor de la señora NELCY LAYTON AREVALO de las mesadas causadas y no pagadas desde el 01/08/2019 al 31/03/2020, por un valor de $51'719. 244 sumas que deben ser debidamente indexadas al momento de materializarse el pago.*
>
> ***TERCERO: AUTORIZARLE** a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones a descontar lo correspondiente al aporte de salud del retroactivo ordenado, pues el número anterior, de conformidad con la parte motiva de la providencia.*
>
> ***CUARTO: ABSOLVER** de las demás pretensiones incoadas en contra de COLPENSIONES por las razones ya expuestas.*
>
> ***QUINTO:** Las **COSTAS** están a cargo de la demanda COLPENSIONES en favor del aquí demandante, se ordena que sean tasadas por la secretaría del despacho, dicha suma.*
>
> ***SEXTO:** Si no es apelada la presente decisión se **ORDENA** remitir el expediente al Honorable Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral a fin de que allí se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA, teniendo en cuenta, pues, que es adversa a los intereses de COLPENSIONES la presente decisión."*

Inconforme con la decisión el apoderado de la demandante interpone recurso de apelación frente a la absolución de los intereses moratorios y la condena a la indexación, solicitando su modificación tras considerar que su procedencia es viable a favor de los pensionados cuando se han visto vulnerados sus derechos al momento de solicitar la pensión y la negativa a su reconocimiento por parte de la demandada, precisando en la demanda no se solicito el reconocimiento de la indexación. *(Audiencia virtual, archivo 10 expediente digital, récord: 19:21[1])*

[1] **APODERADO PARTE DEMANDANTE:** Muchas gracias, su Señoría, y entonces el término legal correspondiente, esta parte se permite interponer recurso de apelación ante el Honorable Tribunal Superior de Bogotá, solicitando a los Honorables Magistrados se sirvan modificar la presente sentencia respecto a su parte, considerativa y resolutiva frente a la absolución de los pagos de los intereses de mora en contra de la administradora colombiana de pensiones y en su cargo, de la determinación, de que se pague la indexación, entonces, en síntesis, Honorables Magistrados, pues es muy clara la norma del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 con sentencia C-601 el año 2000 es muy claro el estudio previo que hace la Corte Constitucional, incluso de la procedencia del reconocimiento de estos intereses en favor del pensionado que ha visto vulnerado sus derechos al momento de solicitar y la negativa al reconocimiento por parte de la aquí demandado, dando así lugar al reconocimiento del mismo, incluso pues bajo el principio de congruencia del presente escrito de demanda, se denota que se expone ante la a quo de conocimiento de dicho interés de mora y en él petitum de la misma, no se solicita el reconocimiento de indexación de Mesadas Pensionales es por ese motivo que solicito Honorables Magistrados se sirvan modificar la presente sentencia y se condene a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES al reconocimiento del pago de los intereses de mora igualmente la procedencia de los mismos se encuentra citada y argumentada en el escrito de demandatorio. De esta manera, Su Señoría formuló este recurso de apelación, muchas gracias.

Por su parte COLPENSIONES manifestó frente a la condena impuesta que una vez efectuada la solicitud por la empresa empleadora el 02 de diciembre del 2019, en el presente caso se tuvo en cuenta todas las cotizaciones efectuadas por la demandante, como también el último periodo de cotización al sistema, que fue el 30 de julio del 2019, porque no se veía reflejada la novedad de retiro con la letra R.

Solicitando se tenga en cuenta que en el presente asunto se debe dar aplicación al artículo 13 "Causación y disfrute de la pensión de vejez" y el artículo 35 "forma de pago de las pensiones por invalidez y vejez", del acuerdo 049 de 1990, precisando que la Corte Suprema de Justicia ha señalado que el cumplimiento de los requisitos para obtener el reconocimiento pensional no supone una desafiliación automática del sistema, pues ese resguardo es una condición necesaria para disfrutar la pensión, formalidad que no puede deducirse de la simple cesación en el pago de los aportes, máxime cuando el trabajador mantiene la posibilidad de seguir afiliado y continuar cotizando, indicando la falta de cotización no supone necesariamente la desafiliación, porque la desafiliación al sistema se mantiene así no existan cotizaciones, razón por la cual señala la afiliación al sistema de seguridad social en ningún caso se pierde o se suspende porque dejen de causar cotizaciones o estas no se cubran efectivamente, por lo que su representada dio estricto cumplimiento a lo establecido en la normativa respecto al disfrute de la pensión.

Frente al a la condena en costas señala tampoco está llamada a prosperar, toda vez que COLPENSIONES, ha actuado en el estricto cumplimiento del orden legal y teniendo en cuenta el artículo 48, inciso 5º de la constitución política y el artículo 365, el numeral 5º del Código General del Proceso, por lo que solicita se absuelva de estas. *(Audiencia virtual, archivo 10 expediente digital, récord: 21:13[2])*

---

[2] **APODERADO DE COLPENSIONES (21:13):** Gracias su Señoría. Su Señoría, encontrándome en la etapa procesal pertinente, me permito interponer recurso de apelación, la cual sustentaré a continuación respecto del fallo emitido por el despacho 19 Laboral del Circuito.

En primer lugar, Honorables Magistrados Colpensiones mediante resolución número SUB-66665 del 09/03/2020, reconoció y ordenó el pago de pensión vitalicia de vejez a la demandante a partir del 01/04/2020. Una vez efectuado la solicitud por la empresa empleadora el 02/12/2019, en el presente caso se tuvo en cuenta todas las cotizaciones efectuadas por la demandante, también se tuvo en cuenta el último periodo de cotización al sistema, que fue el 30/07/2019, porque no se veía, pues no se veía reflejada la novedad de retiro con la letra R.

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 NELCY LAYTON AREVALO, las pretensiones relacionadas en el Archivo 02 del expediente digital pág. 6, **las cuales encuentran sustento en los hechos relatados en las páginas 6 y 7 del mismo archivo;** solicitando, se condene a Colpensiones al reconocimiento y pago del retroactivo pensional del 23 de julio del 2019 al 31 de marzo del 2020, junto con la mesada adicional de diciembre, los intereses moratorios del articulo 141 de la Ley 100 de 1993 y costas procesales. **Obteniendo sentencia favorable a sus**

En el presente asunto se debe dar aplicación al artículo 13 "Causación y disfrute de la pensión de vejez" y el artículo 35 "forma de pago de las pensiones por invalidez y vejez", de acuerdo al acuerdo 049 de 1990. En este mismo sentido se ha pronunciado la Honorable Corte Suprema de Justicia en Sentencia SL-534 del 24/02/2020 y ha sido criterio pacífico y reiterado de la Corte que en el caso de la pensión concedida en virtud del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1990, el disfrute, nace desde la afiliación formal del sistema, sobre este aspecto, pues la Sala lo ha estipulado en sentencia SL-1591 del 2015. También ha señalado que el cumplimiento de los requisitos para obtener el reconocimiento pensional no supone una desafiliación automática del sistema, pues ese resguardo es una condición necesaria para disfrutar la pensión, formalidad que no puede deducirse de la simple cesación en el pago de los aportes, máxime cuando el trabajador mantiene la posibilidad de seguir afiliado y continuar cotizando de acuerdo a la sentencia SL-5515 del 2016 que reiteró la SL-6035 el 2015, que a su vez remite el fallo a la SL del 01/02/2011 con radicado 38766.

Por lo que se entiende que la falta de cotización no supone necesariamente la desafiliación, porque la desafiliación al sistema se mantiene así, no existan cotizaciones, de modo que se trata de figuras jurídicas que, aunque, íntimamente vinculadas y complementarias, son distintas. Téngase en cuenta, la explicación de la Corte en sentencia del 09/09/2009, radicación 35211, en la que dijo que la afiliación es la puerta de acceso al sistema de seguridad social y constituye la fuente de los derechos y obligaciones que ofrece o impone aquel, de tal suerte que la pertenencia al sistema de seguridad social está determinada por la afiliación y en esta en encuentran venero todos los derechos y obligaciones consagradas a favor y a cargo de los afiliados y de las administradoras o entes gestores.

La cotización, por su parte, es una de las obligaciones que emanan de la pertenencia al sistema de seguridad social que, como ya se explicó, deriva justamente de la afiliación. A partir de esa distinción, brota espontánea una conclusión, la afiliación al sistema de seguridad social en ningún caso se pierde o se suspende porque dejen de causar cotizaciones o estas no se cubran efectivamente, así surge de lo establecido en el artículo 13 del Decreto 692 de 1994, que regula la permanencia de la afiliación, pues dispone que la afiliación al sistema general de pensiones es permanente e independiente del régimen que se seleccione del afiliado.

Dicha afiliación no se pierde por haber dejado de cotizar uno o varios periodos, pero podrá pasar a la categoría de inactivos cuando tenga más de 6 meses de no pago de las cotizaciones de lo anterior, pues se tiene que mi representada dio estricto cumplimiento a lo establecido en la normativa respecto al disfrute de la pensión.

Frente al a la condena en costas Honorables Magistrados del proceso, pues por parte de mi representada es esta tampoco está llamada a prosperar, toda vez que COLPENSIONES, ha actuado en el estricto cumplimiento del orden legal y teniendo en cuenta el artículo 48, inciso 5º de la constitución política y el artículo 365, el numeral 5º del Código General del Proceso, por lo que ruego, pues, Honorables Magistrados absolver de estas a mi representada.

De esta forma, pues doy por sustentado mi recurso de apelación y solicito respetuosamente al cuerpo colegiado revocar en su totalidad la sentencia emitida por el juzgado 19 laboral del circuito. Muchas gracias, su Señoría."

aspiraciones por cuanto se accedió al retroactivo solicitado desde el día siguiente al de la última cotización -1 de agosto del 2019-, tras considerar que en efecto era procedente el reconocimiento del derecho pensional a partir de esa data por cuanto ya contaba con las semanas y edad exigidas para la pensión, negando el reconocimiento de los intereses moratorios por cuanto en su sentir la demandante se encuentra percibiendo su mesada pensional ordenando únicamente la indexación del retroactivo adeudado.

De esta manera, se examinarán además de los motivos expuestos por Colpensiones en la alzada, la decisión en lo que le fue desfavorable en virtud del grado jurisdiccional del Consulta, igualmente se analizará la procedencia de los intereses moratorios solicitados por la parte actora.

Así las cosas, se tiene plenamente acreditada la calidad de pensionada que ostenta la demandante, de acuerdo a la resolución SUB 66665 del 9 de marzo del 2020 (*Archivo 2 expediente digital, págs. 25 a 34*), en la que se otorgó el reconocimiento del derecho a la luz de lo dispuesto por la Ley 797 del 2003 teniendo en cuenta 1633 semanas de cotización, calculando la mesada pensional con un I.B.L. de $8.452.206 al que se le aplicó una tasa de reemplazo del 69.69% para una primera mesada de $5.890.342, para el año 2020.

En esa dirección, puede advertirse, la accionante cumplió la edad de 57 años exigida para acceder al derecho pensional por el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, el **23 de julio del 2019** (pág. 11 Archivo 2 expediente digital) (nació ese mismo día y mes del año 1962), así como según el reporte de semanas allegado por Colpensiones[3], la demandante realizó su última cotización al sistema para el periodo de 31 de julio del 2019 fecha en la cual también se reportó la novedad de retiro “R” por su empleador MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTDA, solicitando el reconocimiento del derecho el **2 de diciembre del 2019** (*conforme se extrae del contenido de la Resolución SUB 66665 del 9 de marzo del 2020 Págs.63 y 225 Archivo 06 expediente digital*), no obstante lo anterior la encartada reconoció el derecho a corte de nómina (01/04/2020) por no encontrarse registrada la novedad de retiro.

[3] Actualizado al 24 de noviembre del 2021 y visible en las páginas 1 a 11 del Archivo 6 del expediente digital.

De tal manera, en consideración a que la situación pensional de la actora fue definida con fundamento en la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 del 2003, aspecto no debatido en el trámite procesal, resulta aplicable en autos el artículo 17 modificado por el 4 de la Ley 797 del 2003 el cual señala que "*La obligación de cotizar cesa al momento en que el afiliado reúna los requisitos para acceder a la pensión mínima de vejez, o cuando el afiliado se pensione por invalidez o anticipadamente."*

Sobre esta temática, se trae como referente lo expresado por el órgano de cierre de esta especialidad en sentencia SL2607-2021, que reiteró lo dicho en la SL3245-2019, así:

> *"Aquí y ahora, se memora que ha sido doctrina de esta Corte que solo a partir de la desafiliación del asegurado al sistema general de pensiones es dable que comience a recibir la pensión de vejez, toda vez que, con arreglo a los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, si bien la pensión de vejez se* ***causa*** *cuando se reúnen los requisitos de edad y densidad de semanas, su* ***disfrute*** *lo es desde* ***la desafiliación formal****.*
>
> *En este orden, podría decirse que la regla general sigue siendo la* ***desvinculación del sistema*** *como presupuesto necesario para el inicio de la percepción de la pensión, pero existen situaciones especiales que ameritan reflexiones igualmente particulares, y que deben ser advertidas por los jueces en el ejercicio de su labor de dispensar justicia, y que permiten concluir que pese a que el afiliado continúo cotizando, el reconocimiento de la pensión será a partir de la data en que se cumplen con los requisitos que la ley exige para acceder a la prestación y no la calenda de la desafiliación. (negrillas del texto)"*

Igualmente, en sentencia SL414-2022 Rad. 79806 del 26 de enero del 2022, estableció:

> *"En relación con el disfrute de la pensión especial de vejez, esta Sala ha adoctrinado que, conforme los preceptos atrás referenciados, se requiere la desvinculación formal del sistema de pensiones. Sin embargo, igualmente ha precisado esta Corporación que, ante situaciones particulares y excepcionales que deben ser verificadas por los jueces en la labor de dispensar justicia, es necesario acudir a soluciones diferentes, como definir fechas anteriores al retiro del sistema.*
>
> *(…)*
>
> *Para el efecto, es menester memorar lo adoctrinado por esta Corporación sobre la figura de la desafiliación, entendiéndose esta como la voluntad del afiliado* "de no continuar amparado para los riesgos IVM en el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, manifestación que bien puede ser expresa, reportando la novedad de retiro, o tácita, mediante actos que así lo den a entender" *(Ver CSJ SL5541-2019 y CSJ SL354-2021).*
>
> *Así mismo, se debe reiterar lo enseñado por esta Corporación en torno a los efectos de la inducción al error, generado por las administradoras de fondos pensionales, que obliga al asegurado continuar cotizando al sistema pensional, pese a tener realmente cumplidos los*

> *requisitos mínimos para acceder al derecho pensional reclamado, y que ha solicitado en tiempo, donde la Corte ha estimado* "que la prestación debe reconocerse desde la fecha en que se ha completado los requisitos" *(CSJ SL, 22 feb. 2011, rad. 39391; CSJ SL, 6 jul. 2011, rad. 38558; CSJ SL, 15 may. 2012, rad. 37798, CSJ SL8294-2017 y CSJ SL3114-2018 y CSJ SL3114-2018).*

Es esta medida, si bien la accionante adquirió el status pensional el 23 de julio del 2019 pues para esa data tenía 57 años y más de las 1300 semanas requeridas (contaba con 1663 semanas), resulta que tan solo elevó la solicitud de reconocimiento pensional hasta el **2 de diciembre del 2019** (pág. 225 Archivo 6 expediente digital), por lo que a juicio de la Sala, y contrario a la considerado en primera instancia el reconocimiento del derecho **debe proceder a partir de la data en que se solicitó el mismo**, pues solo hasta esa fecha COLPENSIONES pudo conocer la voluntad de la afiliada de ser acreedora del derecho pensional. Se modifica, por tanto, en este punto el fallo de primer grado en virtud de la Consulta que se surte en favor de Colpensiones.

Establecido lo anterior, dado la modificación en la fecha desde donde se debe otorgar a la actora el reconocimiento pensional, procede la Sala en virtud del grado jurisdiccional de consulta a verificar la liquidación con el apoyo del Grupo Liquidador dispuesto por el Consejo Superior de la Judicatura, tomando como base la mesada que le fue reconocida en el año 2020 -$5.890.342- y deflactándola al año 2019, advirtiéndose el periodo a liquidar corresponde al del **2 de diciembre del 2019** (fecha de solicitud de reconocimiento pensional) y hasta el **31 de marzo del 2020** (mes anterior al de la inclusión en nómina que fue en abril del 2020), y en esa medida es claro que solo se le adeudan las causadas hasta marzo de esa anualidad.

R E S U E L V E

ARTÍCULO PRIMERO: Reconocer el pago de una pensión de VEJEZ a favor del (la) señor(a) **LAYTON AREVALO NELCY**, ya identificado(a), en los siguientes términos y cuantías:

Valor mesada a 1 de abril de 2020 = $5,890,342

ARTÍCULO SEGUNDO: La presente prestación junto con el retroactivo si hay lugar a ello, será ingresada en la nómina del periodo 202004 que se paga en el periodo 202005 en la central de pagos del banco BBVA C. P. 1ERA QUINCENA de BOGOTA DC CR 11 94 64 CHICO RESERVADO.

Así las cosas, se obtiene un valor del retroactivo de las mesadas causadas del **2 de diciembre del 2019 al 31 de marzo del 2020,** la suma de **$23.189.534,69**

suma que resulta ser inferior a la ordenada en primera instancia, razón por la cual se ha de **MODIFICAR** dicho valor en esta instancia.

Tabla Retroactivo Pensional					
Fecha inicial	***Fecha final***	***Incremento %***	***Valor mesada calculada***	***N°. Mesadas***	***Subtotal***
02/12/19	*31/12/19*	*3,18%*	*$ 5.708.802,09*	*0,97*	*$ 5.518.508,7*
01/01/20	***31/03/20***	*3,80%*	*$ 5.890.342,00*	*3,00*	*$ 17.671.026,0*
Total retroactivo				***$ 23.189.534,69***	

En cuanto a la condena por intereses moratorios punto de apelación de la demandante es menester precisar, el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 está previsto para los eventos de mora en el pago de mesadas pensionales sin tener en cuenta su fuente legal, pudiendo colegirse, el pago tardío de las mismas, debe ser sancionado en los términos del dicha norma, evidenciándose por esta Sala de decisión en el presente asunto no se evidencia una razón que justifique la actuación desplegada por la entidad[4] en el desconocimiento del derecho que le asistía a la demandante desde la fecha en que solicito el reconocimiento pensional (2 de diciembre del 2019), precisándose como ya se explicó cuando se solicitó la prestación pensional la actora ya contaba con los requisitos para su reconocimiento.

De esta suerte, se revocará parcialmente la decisión de primera instancia en cuanto a la condena impuesta por indexación, para en su lugar condenar a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de los intereses moratorios los cuales, deben ser impuestos a partir del **2 de abril del 2020** (4 meses siguientes a la reclamación del derecho 2/12/2019) y hasta la fecha en que se realice el pago efectivo del retroactivo pensional generado por las mesadas causadas del 1° de diciembre del 2019 al 31 de marzo del 2020**.**

Respecto de la excepción de prescripción propuesta en oportunidad por la demandada Colpensiones[5], como ya se ha venido señalando, se tiene que el derecho pensional a favor de la demandante se reconoció mediante Resolución SUB 66665 del 9 de marzo del 2020 notificada el 11 de marzo de ese año, solicitando el reconocimiento del retroactivo pensional el 13 de mayo del 2020 a través del recurso de reposición interpuesto contra el acto reconocedor del derecho, el cual fue resuelto con la resolución SUB 111787 del 21 de mayo del

[4] *Sentencia SL 787-2013 Radicación No. 43602 del 6 de noviembre de 2013.*

[5] Desde la contestación de la demanda Archivo 03 del expediente digital, página 15, la cual se tuvo por contestada por la A quo mediante auto del 6 de diciembre del 2021 (Archivo 01, pág. 20)

2020 y acudiendo a la jurisdicción el 8 de abril del 2021 (Archivo 02 expediente digital págs. 4, 43 a 51), es decir, no transcurrió el término trienal legalmente establecido para que opere el fenómeno prescriptivo.

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, sin hacer distinción si se trata de una entidad pública, 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 entidad, lo atinente a derecho es que sea condenada en costas, iterando, la única valoración a tener en cuenta en este aspecto son las resultas del proceso, por lo que se confirma la sentencia de primer grado en cuanto a que se condena el pago de las mismas a cargo de ésta demandada.

Finalmente, se confirma la autorización a COLPENSIONES de realizar las deducciones por concepto de aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud, respecto del retroactivo adeudado a la demandante, de conformidad con lo establecido en el artículo 40 del Decreto 692 de 1994 reglamentario de la Ley 100 de 1993 el cual dispuso que "se *entienden incorporados al sistema general de pensiones los pensionados trabajadores del sector privado y del sector público",* mientras que en su artículo 42 permitió a las entidades pagadoras *"descontar la cotización para salud y transferirlo a la EPS o entidad a la cual este afiliado el pensionado en salud",* tal como dispuso la A quo en este punto.

En los términos anteriores, la Sala procede a modificar y revocar parcialmente la sentencia de primer grado en el punto anteriormente expuesto, confirmándose en lo demás.

Sin **COSTAS** en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral **PRIMERO y SEGUNDO** de la sentencia proferida por la Juez 19 Laboral del Circuito de Bogotá y en su lugar condenar a COLPENSIONES a reconocer por concepto de retroactivo pensional la suma de **$23.189.534,69** por las mesadas causadas desde el **2 de diciembre del 2019 al 31 de marzo del 2020**, conforme a lo considerado.

Tabla Retroactivo Pensional					
Fecha inicial	***Fecha final***	***Incremento %***	***Valor mesada calculada***	***N°. Mesadas***	***Subtotal***
02/12/19	*31/12/19*	*3,18%*	*$ 5.708.802,09*	*0,97*	*$ 5.518.508,7*
01/01/20	***31/03/20***	*3,80%*	*$ 5.890.342,00*	*3,00*	*$ 17.671.026,0*
Total retroactivo				***$ 23.189.534,69***	

Igualmente se **REVOCA** la condena de la INDEXACIÓN y en su lugar se **CONDENA** a COLPENSIONES a reconocer y pagar los **INTERESES MORATORIOS** causados a partir del **2 de abril del 2020** (4 meses siguientes a la reclamación del derecho 2/12/2019) y hasta la fecha en que se realice el pago efectivo del retroactivo pensional generado por las mesadas causadas del 1° de diciembre del 2019 al 31 de marzo del 2020**.**

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primer grado.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA - SALA LABORAL -
MAGISTRADO: DR. DIEGO ROBERTO MONTOYA
RADICADO: 11001310501920211740 1
DEMANDANTE : NANCY AREVALO
DEMANDADO: COLPENSIONES

FECHA SENTENCIA	***1a. INSTANCIA***	***2a. INSTANCIA***	***CASACIÓN***

OBJETO DE LIQUIDACIÓN: *Calcular el retroactivo pensional según isntrucciones del despacho.*

Tabla Retroactivo Pensional					
Fecha inicial	***Fecha final***	***Incremento %***	***Valor mesada calculada***	***N°. Mesadas***	***Subtotal***
02/12/19	*31/12/19*	*3,18%*	*$ 5.708.802,09*	*0,97*	*$ 5.518.508,7*
01/01/20	***31/03/20***	*3,80%*	*$ 5.890.342,00*	*3,00*	*$ 17.671.026,0*
Total retroactivo				***$ 23.189.534,69***	

Tabla Liquidación	
Retroactivo pensional	*$ 23.189.534,7*
Total	***$ 23.189.534,7***

Fuente	*Tabla del IPC - DANE., folios del proceso,*
Observaciones	*Se realiza la liquidación de acuerdo a las instrucciones del despacho.*

Fecha liquidación *jueves, 3 de agosto de 2023* *Recibe:* _____

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL.

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR JONNAR STHEWAR VIZCAINO PARADA CONTRA ESTUDIOS E INVERSIONES MÉDICAS S.A. -ESIMED S.A.- (RAD. 20 2019 00590 01).

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

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

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 Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 23 de noviembre del 2022 *(Audio expediente digital, récord: 43:09)*, en la que se resolvió:

> *"**PRIMERO: DECLARAR** que entre el señor JONNAR STHEWAR VIZCAINO PARADA y la sociedad ESIMED existe una verdadera relación laboral regida por un contrato de trabajo a término indefinido por el periodo comprendido entre el 1° de junio del 2017 y el 12 de septiembre del 2018, para desempeñar el cargo de médico especialista en pediatría, con una última asignación salarial mensual de $4.420.000, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta providencia.*
>
> ***SEGUNDO: CONDENAR** a la sociedad ESIMED a reconocer los siguientes valores y prestaciones al señor JOHNAR STEWARD VISCAINO PARADA así:*
>
> - *Salarios $12.597.000*
> - *Cesantías $5.612.273*
> - *Intereses a las cesantías $673.472,66*
> - *Vacaciones $2.806.137*
> - *Prima de servicios $5.612.273*
>
> ***TERCERO: ABSOLVER** a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra, conforme a lo expuesto.*

> ***CUARTO: CONDENAR*** *en costas a la demandada ESIMED, inclúyase en la liquidación la suma de dos salarios mínimos legales mensuales vigentes, valor en que se estiman las agencias en derecho."*

Inconforme con la decisión la parte actora refiere cuatro puntos específicos de impugnación, el primero en relación con la absolución de la indemnización por despido señalando que fue el empleador quien dejó de pagar los salarios de mayo a septiembre del 2018 por lo que sí fue culpa exclusiva de este.

En cuanto a la indemnización moratoria por no cancelar las prestaciones sociales a la finalización del vínculo y la indemnización por no consignar las cesantías expresa se debe proceder a su condena por cuanto pese a las reclamaciones para el pago de las prestaciones nunca le fueron atendidas y además porque nunca fue afiliado a un fondo de cesantías.

Finalmente solicita se condene al pago de la seguridad social, pues el empleador tenía la obligación de consignar cierto porcentaje tanto para salud y pensión. *(Audiencia 23 de noviembre del 2022 expediente digital, récord: 44:49[1])*

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante JONNAR STHEWAR VIZCAINO PARADA, las pretensiones visibles en las páginas 12 a 14 (Archivo 1

[1] **APODERADA DEMANDANTE:** Gracias señor Juez, frente a la decisión adoptada por este despacho, me permito presentar recurso de apelación frente a todo aquello que fue desfavorable a mi mandante, conforme al principio de consonancia me voy a permitir sustentar el recurso de la siguiente manera:

Frente al artículo 64, solicito se condene a la entidad puesto que la terminación fue a causa exclusiva del empleador porque dejó de pagar los conceptos de salarios de los meses mayo, junio, julio, agosto y septiembre del 2018.

De igual forma, solicitó también se condene a la entidad a pagar al artículo 65 la indemnización moratoria por no cancelar las prestaciones sociales al finalizar el vínculo, puesto que como quedó en evidencia la entidad fue convocada a audiencia preliminar y ni siquiera compareció, también el demandante presentó varias reclamaciones para los pagos de sus prestaciones sociales, las cuales nunca fueron atendidas por la entidad.

De igual forma, solicitó se condene a la entidad conforme el artículo 99 de la Ley 50 del 90, puesto que al finalizar el vínculo nunca fue afiliado a un fondo y nunca se le consignó al demandante durante el vínculo laboral las cesantías, intereses de las cesantías y demás.

También solicito que se condene a la entidad a pagar la Seguridad Social, habida cuenta que también esta tenía la obligación de consignar cierto porcentaje tanto para pensión y salud, de esta forma solicito a los honorables magistrados que revoquen la sentencia en los acápites antes mencionados, gracias.

expediente digital), las cuales se fundan en los hechos relatados en las páginas 5 a 12 (ibídem), aspirando se declare que entre él y ESTUDIOS E INVERSIONES MÉDICAS ESIMED S.A., existió una relación laboral a término indefinido la cual estuvo vigente entre el 1° de junio del 2017 y el 12 de septiembre del 2018, la cual termino por justas causas imputables al empleador (despido indirecto), teniendo como salario promedio de los últimos 4 meses $4.303.000, en consecuencia se condene al pago de la indemnización por despido sin justa causa imputable al empleador, indemnización moratoria, indemnización por la no consignación de las cesantías, salarios de mayo a septiembre del 2018, compensación en dinero de las vacaciones, primas de servicios, cesantías, intereses a las cesantías, cotizaciones a salud, pensión, riesgos laborales, caja de compensación familiar, condenas *ultra y extra petita,* costas procesales y agencias en derecho. **Obteniendo sentencia de primer grado parcialmente favorable a sus aspiraciones** por cuanto se declaró la existencia de un contrato de trabajo con ESIMED S.A. del 1° de junio del 2017 al 12 de septiembre del 2018 con un último salario de $4.420.000, condenando al pago salarios, cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, prima de servicios, absolviendo de las demás pretensiones.

Lo anterior tras considerar que se acreditó la prestación personal del servicio del actor a ESIMED sin que ésta desvirtuara la presunción que por ley cobija al trabajador, pues pese a la independencia técnica y científica que tenía para desempeñar su labor como profesional de la salud -médico pediatra- su labor no se podía realizar por otra persona sino en forma personal. Absolvió de la indemnización por despido por no probarse la causal de la terminación, de las indemnizaciones moratorias y por no consignación de las cesantías por cuanto la situación financiera de la demandada le impidió hacer los pagos correspondientes y en cuanto a los aportes a pensión señaló que ya estaban cubiertos por el demandante.

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

Así, considerando los términos en que fue presentada la alzada, se advierte no es motivo de controversia en esta instancia que entre el demandante y la sociedad ESTUDIOS E INVERSIONES MÉDICAS – ESIMED S.A., existió un contrato de trabajo, en virtud del cual el actor, en calidad de trabajador, se desempeñó en el cargo de MEDICO PEDIATRA, el cual inició el 1° de junio del 2017 y finalizó el 12 de septiembre del 2018, hechos que fueron determinados por el *a quo* sin que fueran objeto de apelación, como tampoco el último salario devengado durante la relación laboral de $4.420.000, el cual se reitera no fue controvertido por las partes.

En ese sentido, la discusión propuesta ante esta Corporación versa sobre los siguientes aspectos: i) Indemnización por despido ii) Indemnización Moratoria iii) Indemnización por no consignación de las cesantías y iv) Pago de aportes a pensión y salud.

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

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

Igualmente, en palabras de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, el despido indirecto obedece a una conducta consciente y deliberada del trabajador encaminada a dar por terminada la relación contractual, por su

---

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

iniciativa, pero por justa causa contemplada en la ley, imputable al empleador, caso en el cual los hechos o motivos aducidos deben ser alegados al momento de la terminación del vínculo, y estar contemplados como justa causa en el literal b) del artículo 7º del decreto 2351 de 1965, debiendo ser notificados al empleador *"con tanta oportunidad que no quede duda que la dimisión obedece realmente a los hechos alegados y no a otros distintos"* [3], ello en armonía con el parágrafo del literal b) del artículo 62 del C.S.T., que prescribe que *"La parte que termina unilateralmente el contrato de trabajo debe manifestar a la otra, en el momento de la extinción, la causal o motivo de esa determinación. Posteriormente no pueden alegarse válidamente causales o motivos distintos". (Nota: Declarado exequible por la Corte Constitucional en la Sentencia C-594 de 1997).*

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

Para resolver tal asunto, baste con señalar conforme lo estableció la juez de primer grado, el contrato entre las partes feneció el 12 de septiembre de 2018, sin que para esa fecha se hayan acreditado las razones de dicha terminación o el despido por parte de la empleadora, que hagan acreedor al demandante de la

---

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

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

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

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

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

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

sanción que reclama, pues ni tan siquiera se allegó misiva alguna donde se evidencien las razones por las cuales el actor dio por terminado el contrato de trabajo, lo que impide analizar dicha terminación en caso de haber ocurrido. Por ello, no se accederá a tal pretensión.

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

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

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

En esa medida, a juicio de esta Sala de decisión y en contraposición a lo concluido por el juzgador de primer grado, procedente resulta el pago de las sanciones rogadas por el demandante, en tanto no se allegó medio probatorio alguno; al menos a título ilustrativo, para que el administrador de justicia pudiera verificar cuándo acaeció la crisis financiera de ESIMED con el fin de encausar la falta de pago y concluir que no se efectuó el pago de los salarios del accionante y demás acreencias por motivos ajenos a la empresa, sin que sobre anotar que en todo

caso el trabajador no debe soportar o padecer la crisis económica que eventualmente sufra el empleador al tenor del artículo 28 del C.S.T[6].

De modo que en cuanto a la INDEMNIZACIÓN MORATORIA de conformidad con el artículo 65 del C.S.T., modificado por el artículo 29 de la Ley 789 de 2002, para el caso en que el trabajador devengue más de un salario mínimo, y como ocurre en el sub examine, inició su reclamación por la vía ordinaria dentro de los 24 meses con posterioridad a la terminación del contrato (extremo final 12/09/2018 – radica demanda 01/04/2019 pág. 257 archivo 01 expediente digital), deberá liquidarse del 12 de septiembre del 2018 al 12 de septiembre del 2020 teniendo como último salario el declarado por el juzgador de primera instancia -$4.420.00- así:

-Salario diario $147.333 x 720 días (o 24 meses) = **$106.079.760**

A partir del 13 de septiembre de 2020, se ordena el pago de los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria, y hasta cuando el pago de las prestaciones en dinero debidas se verifique, se revoca parcialmente en este punto la sentencia de primer grado.

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 cesantía correspondiente para cada año antes del 15 de febrero del año siguiente, en la cuenta individual que el trabajador haya elegido, a razón de un día de salario por cada día de retardo, esto es, el pago de las cesantías mediante la consignación a un fondo debe efectuarse de manera anual, en las fechas referidas, salvo que el vínculo finalice antes del 15 de febrero lo que permite que se efectué el pago que corresponda al último lapso trabajado al momento de la terminación del contrato, es decir, la obligación del empleador es la consignación anual de las cesantías.

Conforme lo anterior se tiene que la empresa no consignó dicha prestación, lo que

---

[6] *ARTIICULO 28. UTILIDADES Y PÉRDIDAS, El trabajador puede participar de las utilidades o beneficios de su (empleador), pero nunca asumir sus riesgos o pérdidas.*

conlleva al pago de la referida indemnización; precisando la Sala no obra prueba de haberse efectuado la consignación de ésta prestación social en las fechas correspondientes, por ende, se ordenará el pago total de **$5.117.720**[7] causados entre el 15 de febrero de 2018 al 12 de septiembre de la misma anualidad, por las cesantías no consignadas del año 2017, tomando como salario el mínimo de esa anualidad **-$737.717-**, en tanto no se acreditó con ningún medio de convicción la remuneración recibida para esa calenda, precisando lo expuesto en el hecho 40 del libelo en cuanto a que el salario de diciembre del 2017 era de $6.048.000 no puede tenerse en cuenta pues corresponde a las meras afirmaciones del actor y en todo caso dista de lo reportado ante a la AFP PORVENIR como trabajador independiente en el que se señala como IBC de diciembre del 2017 $6.966.720 (pág. 147 Archivo 01 expediente digital), el cual en todo caso tampoco se podría tomar para efectos de esta liquidación justamente porque como ya se dijo fue lo reportado como trabajador independiente sin ninguna prueba que respalde que en efecto ese valor era la remuneración por él recibida en ESIMED, circunstancia que no puede ser achacable al empleador aquí demandado pues no se le puede condenar a pagar la referida sanción tomando como base un salario no acreditado.

Ahora, respecto de la condena del pago de **aportes a pensión** si bien se encontró acreditada la existencia de una relación laboral, dentro de la cual era responsabilidad del empleador el pago de los aportes al sistema de seguridad social, se tiene que al plenario se allegó la relación de aportes efectuados a PORVENIR por el actor, donde se evidencia su aporte como trabajador independiente en el periodo durante el cual fue declarado el contrato de trabajo -junio 2017 a septiembre del 2018- (pág. 147 archivo 01 expediente digital), por ende dicha condena no tiene vocación de ser, puesto que el periodo del vínculo laboral aquí establecido ya se encuentra cubierto, por ello no es posible que para el mismo lapso se vuelva a cotizar de manera doble y, en ese orden lo que procedería sería la devolución del porcentaje de cotización que pagó el actor y que le correspondía a su empleador; sin embargo esta no fue la pretensión de la demanda. En este sentido se deberá confirmar el fallo apelado.

En cuanto a los **aportes al sistema de seguridad social en salud**, debe recordarse que éstos se encuentran concebidos para cubrir los riesgos de

[7] 208 días x $24.590 = $5.117.720

enfermedad general y maternidad, riesgos que si bien pudieron no haber sido amparados por entidad alguna durante la relación laboral entre las partes, su pago se torna improcedente, por cuanto significaría el de un aseguramiento que en la realidad no se presentó y que podría incluso configurar un enriquecimiento sin causa a favor del sistema y de las Entidades Promotoras de Salud siendo otras las vías y otros los legitimados para reclamar, si la demandada no depositó los respectivos aportes en las entidades competentes.

Advirtiendo esta Corporación, en tratándose de cotizaciones para salud, tan solo es atendible que se busque a través un proceso judicial la compensación de los perjuicios que la mora o no pago de aportes a dicho sistema se generaron en cabeza y/o peculio del trabajador desamparado, alcances que no son los propios de la pretensión en estudio y que aún de asumirse así, no lucen procedentes al desconocerse dentro de ésta litis los perjuicios que la omisión patronal hubiese ocasionado, así como su estimación económica, por lo que ni aún en este último sentido encuentra la Sala fundamentos para proferir condena.

La excepción de prescripción no se estudió por esta Corporación por cuanto la misma no fue propuesta por la parte demandada.

Agotada como se encuentra la competencia de esta instancia por el estudio de los puntos objeto de apelación, lo que sigue es la revocatoria parcial del numeral tercero de la sentencia proferida por la *a quo*, según las disquisiciones hechas por la Sala.

SIN COSTAS en esta instancia.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE el numeral **TERCERO** del fallo de primer grado, en cuanto a que se **CONDENA** a ESIMED a cancelar al señor JONNAR STHEWAR VIZCAINO PARADA:

- **$106.079.760 por concepto de INDEMNIZACIÓN MORATORIA** causada del 12 de septiembre del 2018 al 12 de septiembre del 2020, y a partir del 13 de septiembre de 2020, se ordena el pago de los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria, y hasta cuando el pago de las prestaciones en dinero debidas se verifique.

- **$5.117.720 por INDEMNIZACIÓN POR NO CONSIGNACIÓN DE LAS CESANTÍAS** del año 2017.

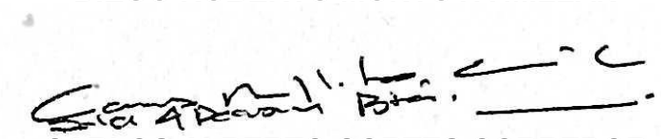
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada, de conformidad con lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

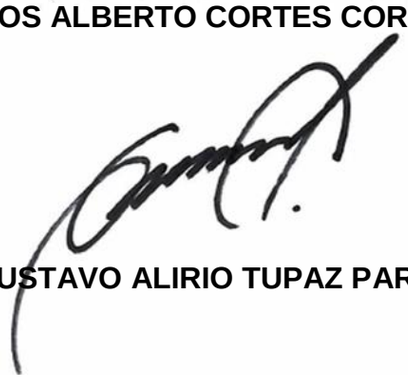
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN



CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

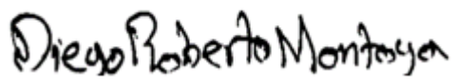
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR SANDRA VANEGAS PEÑUELA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-, PORVENIR S.A y COLFONDOS S.A. (22 2020 00407 01).

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

AUTO

Se reconoce personería adjetiva al abogado MIGUEL ANGEL CADENA MIRANDA, como apoderado de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, en los términos y para los efectos del poder conferido en la escritura No. 1281, como abogado adscrito a la sociedad GODOY CORDOBA ABOGADOS S.A.S.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

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

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver los recursos de apelación interpuestos por COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A., y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, contra la sentencia proferida por la Juez 22 Laboral del Circuito de Bogotá D.C, el pasado 26 de junio del 2023 (*«Audio archivo 34»*, récord 13:48), en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA*** *del traslado efectuado por la señora SANDRA VANEGAS PEÑUELA, al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, acaecido el 10 de noviembre de 1994. En consecuencia, se DECLARA que para todos los efectos legales nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, por lo tanto, siempre ha permanecido en el régimen de prima media con prestación* ***definida.***

***SEGUNDO: ORDENAR** a la demandada PORVENIR S.A. fondo en el que se encuentran los aportes de la demandante, a que los traslade a COLPENSIONES, esto es el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la actora junto con sus correspondientes rendimientos, bonos pensionales, el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima. Así mismo, se le condenará a la devolución de los gastos de administración y el valor de las primas del seguro previsional, dineros debidamente indexados a la fecha de entrega a COLPENSIONES.*

***TERCERO: ORDENAR** a la AFP COLFONDOS S.A. a que remita a COLPENSIONES –, los dineros que recaudó por concepto de gastos y cuotas de administración, durante el tiempo que perduró la aparente afiliación a ese fondo debidamente indexadas, conforme quedó explicado en precedencia.*

***CUARTO: DECLARAR** que COLPENSIONES bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se llegaren a causar por asumir la obligación pensional de la demandante en los montos no previstos y sin las reservas dispuestas para tal efecto, originados en la omisión del fondo de pensiones.*

***QUINTO: ORDENAR** a **COLPENSIONES** a que reciba los dineros provenientes de PORVENIR S.A. Y COLFONDOS S.A. y a que efectúe los ajustes en la historia pensional de la actora, conforme quedó explicado en esta providencia.*

***SEXTO: DECLARAR NO PROBADAS** las excepciones propuestas por las demandadas.*

***SÉPTIMO: CONDENAR** en costas a COLFONDOS S.A. PORVENIR S.A y COLPENSIONES. Fíjese como agencias en derecho la suma de 1 SMMLV a cargo de cada una de ellas y a favor de la parte actora.*

***OCTAVO: CONSÚLTESE,** la presente decisión en favor de Colpensiones ante el H. Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, en los términos del artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.".*

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

Así, en primer lugar, PORVENIR apeló la decisión señalando[1], en el momento del traslado horizontal no estaba presente un asesor por parte de la AFP que

[1]***Recurso Porvenir (récord, 18:13): "**Presento recurso de apelación ya que, como venía diciendo en atención a que Porvenir, en el momento del traslado horizontal no estaba presente un asesor por parte de Porvenir que pudiera brindarle la asesoría completa y oportuna acerca de las características, riesgos, ventajas y desventajas, no solo de permanecer afiliada la demandante al régimen de ahorro individual, sino también, pues las consecuencias que implicaba el traslado de régimen pensional, por ende, pues mi representada es un tercero de buena fe, que no, que por tales circunstancias no pudo estar en el traslado horizontal y por ende, pues quien incurre claramente en una violación al derecho a la libre escogencia de régimen pensional, fue el empleador y debe ser aquel que debe ser sancionado de conformidad, pues con el artículo 171 de la Ley 100 de 1993.*

Por otro lado, Honorables Magistrados se debe tener en cuenta que la demandante durante todo el transcurso que estuvo afiliada con Porvenir y en dado caso de que consideren que en el presente asunto se debe declarar o se debe aplicar la jurisprudencia relativa a procesos de declaratoria de ineficacia de traslado, la demandante en ningún momento se acercó a solicitar a las oficinas de Porvenir información adicional respecto a su futuro personal, denotando así pues uno omisión a los deberes y obligaciones que cuenta ella como consumidor financiero.

pudiera brindarle asesoría completa y oportuna acerca de las características, riesgos, ventajas y desventajas a la demandante, no solo de permanecer afiliada al régimen de ahorro individual, sino también, quien le informara las consecuencias que implicaba el traslado de régimen pensional, por ende, dicha AFP un tercero de buena fe que no pudo estar en el traslado horizontal y por ende, quien incurre claramente en una violación al derecho a la libre escogencia de régimen pensional fue el empleador y éste debe ser sancionado de conformidad con el artículo 171 de la Ley 100 de 1993.

Por otro lado, expuso, se debe tener en cuenta que la demandante en ningún momento se acercó a solicitar a las oficinas de Porvenir información adicional

---

De otro lado, no se puede perder de vista que con la contestación de la demanda se aportó como prueba documental un comunicado de fecha 22/07/2016, el cual fue enviado al correo electrónico de la demandante, que en su momento se tenía registrado, en el cual se le indicaba que estaba próxima a cumplir 47 años, que claramente iba a estar próxima a encontrarse inmersa en la restricción legal para poder trasladarse de régimen pensional y que ella podía acercarse a las oficinas o dependencias de Porvenir o agendar una cita para efectuarle una asesoría personalizada para evaluar, pues no solamente las diferencias de los regímenes pensionales, sino pues analizar su situación particular, efectuarle una proyección pensional y resolver las inquietudes que aquella tuviera, sin embargo, y como se observa en el presente asunto, la demandante no recuerda que Porvenir le haya enviado dicha comunicación, a pesar de que en el plenario en el expediente digital se encuentra dicha prueba y adicional a eso, tampoco obra prueba alguna de que se hubiese acercado a Porvenir a solicitar dicha información.

Por otro lado, no obra prueba alguna que Colpensiones, haya enviado comunicaciones, alguna a favor de la demandante para solicitar algún tipo de proyección pensional, en atención a que pues en el año 2006 existía obligatoriedad.

Por otro lado, respecto a la condena del traslado a Colpensiones respecto a los rubros. como lo son aportes, rendimientos, gastos de administración y seguro previsional debidamente indexados, los mismos son improcedentes en atención a que de conformidad con el artículo 7º del Decreto 3995 de 2008, señala que en los asuntos en donde se declara la ineficacia del traslado, únicamente se deben trasladar aquellos aportes que están contenidos en la cuenta de ahorro individual, por ende, se debe tener en cuenta que lo atinente a gastos de administración y seguro previsional, estos no financian la pensión de vejez, por ende, no puede ser trasladados, sumado a ello, dice que no es dable que se devuelva a Colpensiones, pues aquellos aportes que fueron descontados como los son los que ya mencioné anteriormente, por lo anterior, pues resulta inequitativo para mi representada trasladar dichos rubros a Colpensiones, sumado a ello que en cuanto a la indexación también resulta improcedente, por cuanto a que los rendimientos en dado caso que se lleguen a trasladar ya compensan la pérdida de la moneda en atención a que se está trasladando una suma mucho mayor, que puede ser que la indexación.

Adicional a eso, de conformidad con el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, Porvenir se encontraba habilitada precisamente para descontar esos gastos de administración y seguro previsional. Precisamente en aras de generar rentabilidad, un manejo rentable y seguro de los aportes, lo cual claramente la demandante pudo observar o verlos reflejados en su historia laboral, y, en segundo lugar, precisamente porque se adquiere una póliza, la cual, en todo momento la demandante estuvo cubierta por la misma y en atención a que fue su prestación acaecidas y dichos recursos del esquema de aseguramiento no puede ser girados a Colpensiones.

Finalmente, solicito a los Honorables Magistrados, se desestime la condena en costas, en atención a que mi representaba, no podía negarse a recibir esa afiliación efectuada por la parte demandante y es por todo lo anterior que les solicito a los honorables magistrados revocar la sentencia en primera instancia, y en su lugar, absolver a mi representada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra. Muchas gracias".

respecto a su futuro personal, denotando así una omisión a los deberes y obligaciones que tiene como consumidor financiero.

De otro lado, aseguró, no se puede perder de vista que con la contestación de la demanda se aportó como prueba documental un comunicado de fecha 22/07/2016, el cual fue enviado al correo electrónico de la demandante, en el cual se le indicaba que estaba próxima a cumplir 47 años y que claramente iba a estar próxima a encontrarse inmersa en la restricción legal para poder trasladarse de régimen pensional, pudiendo acercarse a las oficinas o dependencias de Porvenir o agendar una cita para efectuar una asesoría personalizada para evaluar, no solamente las diferencias de los regímenes pensionales, sino su situación particular y efectuarle una proyección pensional resolviendo las inquietudes que tuviera, sin embargo, la demandante no recuerda que Porvenir le haya enviado dicha comunicación a pesar de que en el plenario se encuentra dicha prueba y adicional a eso, tampoco obra prueba alguna de que se hubiese acercado a Porvenir a solicitar dicha información.

Por otro lado, mencionó, no obra prueba alguna que Colpensiones, haya enviado comunicación alguna a favor de la demandante para solicitar algún tipo de proyección pensional, en atención a que en el año 2006 existía obligatoriedad.

Respecto a la condena del traslado a Colpensiones de aportes, rendimientos, gastos de administración y seguro previsional debidamente indexados, los mismos son improcedentes en atención a que de conformidad con el artículo 7º del Decreto 3995 de 2008, señala que en los asuntos en donde se declara la ineficacia del traslado, únicamente se deben trasladar aquellos aportes que están contenidos en la cuenta de ahorro individual, por ende, se debe tener en cuenta que los gastos de administración y seguro previsional no financian la pensión de vejez, por ende, no pueden ser trasladados, sumado a ello, no es dable que se devuelva a Colpensiones aquellos aportes que fueron descontados, pues resulta inequitativo trasladar dichos rubros a Colpensiones, sumado a ello, la indexación también resulta improcedente, por cuanto los rendimientos que se lleguen a trasladar ya compensan la pérdida de la moneda en atención a que se está trasladando una suma mayor.

Adicional a eso, con base en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, Porvenir se encontraba habilitada para descontar los gastos de administración y seguro previsional. Precisamente, en aras de generar rentabilidad, la demandante pudo verlos reflejados en la historia laboral, así como se adquirió una póliza, estando en todo momento cubierta, por lo que los recursos del esquema de aseguramiento no pueden ser girados a Colpensiones.

Finalmente, solicitó, se desestime la condena en costas, en atención a que dicha AFP no podía negarse a recibir esa afiliación efectuada por la parte demandante.

Por su parte, COLFONDOS exterioriz[2], en virtud de lo establecido en el artículo 112 de la Ley 100 de 1993 recibió a la demandante, teniendo en cuenta que

---

[2] ***Recurso Colfondos (récord, 24:03): "****Gracias, doctora, siendo esta la etapa procesal correspondiente, me permito interponer recurso de apelación total contra la sentencia proferida por su despacho para que el honorable Tribunal Sala Laboral de Bogotá revoque el fallo proferido el día de hoy por la señora juez, teniendo en cuenta lo siguiente:*

Solicito respetuosamente el estudio teniendo en cuenta las realidades fácticas que se suscitaron en el presente proceso, teniendo en cuenta que no se causaron las causales que ha venido decantando nuestro órgano de cierre, la Corte Suprema de Justicia, toda vez que mi representada COLFONDOS en virtud de lo establecido, en el artículo 112 de la Ley 100 de 1993, recibió a la señora demandante, teniendo en cuenta que suscribió un formulario de vinculación de manera libre y voluntario, solicito también respetuosamente a los Honorables Magistrados tener en cuenta valorar lo manifestado en el interrogatorio de parte, que es la prueba donde se indica que fue por el empleador que la señora demandante, se trasladó hacia mi representada.

Por este motivo, le solicito respetuosamente a los señores Magistrados revocar todas las condenas. Solicito respetuosamente también a los Honorables Magistrados que si en gracia de discusión, consideran que se debe confirmar el fallo, no condenar o no confirmar la sentencia en el sentido de que COLFONDOS deberá retornar los conceptos utilizados para las comisiones y gastos de administración, y seguros provisionales en atención que estos emolumentos ya fueron acaecidos a favor de la señora demandante. Acaecidos, en el sentido señores magistrados que fueron utilizados para la administración de la cuenta de ahorro individual, es decir, se le realizará unas gestiones administrativas para que la señora demandante, tuviera unos dineros adicionales dentro de su cuenta de ahorro individual en el presente fallo, pues se desconoce dicho trabajo, si bien es cierto la jurisprudencia ha manifestado que cuando se declara la ineficacia de la afiliación, las cosas deben volver a su estado natural, es decir, que las cosas deben estar a su estado inicial, también le corresponde al juez hacer un estudio de ponderación objetivo en cuanto a la teoría de la distribución de fondos y la buena fe que ha ostentado mi representada, teniendo en cuenta que ha venido desempeñando una gestión de diligencia a la cuenta de ahorro individual.

De esta manera se tiene que el artículo 7 del Decreto 3995 nos habla sobre cuando se generen aquellos fallos de o cuando se genera la obligación de hacer traslado de recursos, el único que se debe trasladar en el régimen de prima media con prestación definida, son los contemplados en el decreto, es decir, se debe trasladar el saldo en unidades de los aportes efectuados a nombre del trabajador destinados a la respectiva cuenta y al fondo de garantía de pensión mínima del RAIS.

Desde este punto de vista, mi representada, cumplió con el deber legal de trasladar los aportes que tenía en su cuenta de ahorro individual hacia la AFP PORVENIR, quedando en saldo ceros.

De la misma manera, hubo un concepto establecido por la Superintendencia Financiera de Colombia el 15 de enero del año 2020, indicando que cuando se tratase de aquellos temas de ineficacia de afiliación, lo único que se debe trasladar son los aportes, los rendimientos y el porcentaje de pensión de garantía mínima, luego entonces se tiene en cuenta todos aquellos conceptos y normas aplicables al caso, no sería

suscribió un formulario de vinculación de manera libre y voluntario, debiéndose valorar el interrogatorio de parte a la demandante, donde manifestó, que fue por el empleador que se trasladó.

Igualmente, frente a la condena de retornar los conceptos de "*comisiones*", gastos de administración y seguros previsionales, los mismos no son procedentes, en atención a que estos emolumentos ya fueron reconocidos a favor de la demandante, toda vez que se utilizaron para la administración de la cuenta de ahorro individual, es decir, gestiones administrativas. Agregó, si bien es cierto la jurisprudencia ha manifestado que cuando se declara la ineficacia de la afiliación, las cosas deben volver a su estado natural, también le corresponde al juez hacer un estudio de ponderación objetivo en cuanto a la teoría de la distribución de fondos y la buena fe que ha ostentado mi representada, teniendo en cuenta que ha venido desempeñando una gestión de diligencia.

De esta manera se tiene que el artículo 7º del Decreto 3995 habla sobre cuando se generen aquellos fallos o la obligación de hacer traslado de esos recursos, recalcando, los únicos conceptos que se deben trasladar en el régimen de prima media con prestación definida, son los contemplados en el decreto, es decir, los aportes efectuados a nombre del trabajador destinado a la respectiva cuenta y al fondo de garantía de pensión mínima del RAIS.

---

dable que COLFONDOS retornara unos emolumentos como gastos de administración o comisiones, teniendo en cuenta que ya fueron utilizados a favor de la señora demandante, causando un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones y en cabeza la demandante, pues no solamente se están trasladando los aportes o los conceptos de los aportes que realizó al fondo de pensiones, sino también se está glorificando de un trabajo que realizaron los fondos de pensiones, especialmente mi representada COLFONDOS.

En lo que respecta a los seguros de invalidez y sobrevivencia, también se puede indicar a los Honorables Magistrados, que no es procedente, que mi representada debe asumirlo en tanto que la causa de aseguramiento, es decir, la invalidez y la sobrevivencia, fue permanente y la demandante gozó dicha cobertura durante la vinculación al fondo de pensiones que represento, de ahí qué parte del mencionado porcentaje que está establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 ya fue pagado a un tercero, que es una aseguradora para cubrir unos riesgos de invalidez y muerte de la señora demandante y por lo tanto no se encuentra en las arcas de mi representada ni mucho menos ha sido administrado dichos recursos por parte de COLFONDOS y se está causando un deterioro propio del patrimonio de mi representada COLFONDOS al desconocer que por mandato legal y después de 20 años, la señora demandante pretende que se le declare la ineficacia de la afiliación, pero sin gracia en discusión, considera que se tienen que retornar, le solicito también respetuosamente, que no sean de manera indexada, toda vez que estos porcentajes descontados hacen parte integrante de la tasa de cotización que se le realiza mes a mes por parte del empleador y luego entonces no estaríamos hablando frente a un emolumento pensional, sino sencillamente se estaría completando el porcentaje que le corresponde a cada periodo de cotización.

Por todo lo anterior dejó sentado mi recurso de apelación. Se le solicita respetuosamente a la señora Juez de instancia lo conceda y a los Honorables Magistrados revocar las condenas aquí apeladas. Muchas gracias, doctora.".

Desde este punto de vista, insistió, la AFP cumplió con el deber legal de trasladar los aportes que tenía en su cuenta de ahorro individual hacia la AFP PORVENIR, quedando el saldo ceros.

De la misma manera, se emitió un concepto establecido por la Superintendencia Financiera de Colombia el 15 de enero del 2020, indicando que cuando se trata de aquellos temas de ineficacia de la afiliación, lo único que se debe trasladar son los aportes, rendimientos y el porcentaje de pensión de garantía mínima, luego entonces, no es dable que COLFONDOS retorne unos emolumentos como gastos de administración o comisiones, teniendo en cuenta que ya fueron utilizados a favor de la demandante, causando un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones y en cabeza la demandante, pues no solamente se están trasladando los aportes o los conceptos de los aportes que realizó al fondo de pensiones, sino también se está glorificando de un trabajo que realizaron los fondos de pensiones, especialmente COLFONDOS.

En lo que respecta a los seguros de invalidez y sobrevivencia, no son procedentes, en tanto que la causa de aseguramiento, es decir, la invalidez y la sobrevivencia, fue permanente y la demandante gozó de dicha cobertura durante la vinculación al fondo de pensiones, de ahí que parte del mencionado porcentaje que está establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 ya fue pagado a un tercero, siendo la aseguradora para cubrir los riesgos de invalidez y muerte y por lo tanto no se encuentra en las arcas de la AFP ni mucho menos han sido administrados dichos recursos por parte de COLFONDOS y se está causando un deterioro propio del patrimonio al desconocer que por mandato legal y después de 20 años la demandante pretende que se le declare la ineficacia de la afiliación. De persistir la ineficacia, pidió, no se condene a la indexación, toda vez que estos porcentajes descontados hacen parte integrante de la tasa de cotización que se realiza mes a mes por parte del empleador, luego entonces, no se está hablando de un emolumento pensional, sino sencillamente se estaría completando el porcentaje que le corresponde a cada periodo de cotización.

Finalmente, COLPENSIONES en su apelación pidió se revoque la condena en costas por ser un tercero de buena fe que no intervino en el acto del traslado[3].

---

[3] ***Recurso Colpensiones (récord, 16:28): "****Gracias, Señoría, con el fin de que no se me condene en costas en segunda instancia a favor de la consulta en este aspecto sería, previo a la condena en costas en primera*

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda (páginas 10 a 11 *«Archivo 01 expediente digital»*), las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (páginas 12 y 13, ib.), aspirando:

> ***Primero***: Se declare la nulidad del traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad ocurrido el dia 10 de Noviembre de1994 entre el entonces Instituto de <Seguros Sociales a la AFP Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías.
>
> ***Segundo***: Se declare la nulidad del traslado de administradora pensional dentro del régimen de ahorro individual, ocurrido entre Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías a la demandada Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A el dia 01 de abril de 2010.
>
> ***Tercero***: Se declare que mi mandante, fue afiliada y trasladada por cada una de las demandadas sociedades administradoras de pensiones sin recibir información clara, cierta, compresible y oportuna.
>
> ***Cuarto:*** Se declare que cada una de las demandadas omitió el deber de información y actúo de mala fe, en el acto de afiliación y traslado de mi mandante al régimen de ahorro individual con solidaridad

---

instancia, las demás condenas si en consulta, dicha condena en costas es improcedente, de acuerdo a la naturaleza del proceso, pues Colpensiones fue demandado en este proceso, por ser la administradora del Régimen de Prima Media, que hace que por medio de esta ineficacia administre aportes de pensiones de la parte demandante, entonces señores Magistrados, Colpensiones ejerce el cumplimiento a la ley en su cotización, manifestando que el traslado se hace por medio de una decisión judicial de ineficacia, por lo tanto Señores Magistrados, solicitó que se revoque la condena en costas en primera instancia y no se condene en costas en segunda instancia,) gracias.".

Quinto: Se declare que la demandas no dieron efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.

Sexto: Se declare que las demandadas Colfondos S.A. Pensiones y Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A no le permitieron a mi mandante ejercer el derecho de retracto.

Séptimo: Se declare que mi mandante no suscribió el acta de consentimiento informado anexa al formulario de afiliación a régimen de ahorro individual con solidaridad con cada una de las sociedades administradoras de pensiones demandadas.

Octavo: Se declare que el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente ante la necesidad de suscripción de un consentimiento informado.

Noveno Se declare que en virtud del artículo 1604 del Código Civil: " la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo", las sociedades demandadas no realizaron todas las actuaciones necesarias a fin de que mi mandante conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.

Décimo Se conmine a la demandada Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A a la realización de una proyección de mesada pensional indexada a la fecha de la sentencia de primera instancia.

Décimo primero: Se conmine a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones a la realización de una proyección de mesada pensional indexada a la fecha de la sentencia de primera instancia.

Probados los hechos que soportan las pretensiones declaratorias, solicito a su Despacho profiera las siguientes:

C O N D E N A S

Primero: Se condene a la demandada Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A a trasladar los aportes cotizados durante las 1475 semanas de cotización a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones con todos los intereses y rendimientos obtenidos a la fecha efectiva de traslado.

Segundo: Se condene al pago de costas a cargo de las demandadas.

Fundamento la solicitud de pretensiones declaratorias y de condena en los siguientes:

Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado efectuado por SANDRA VANEGAS PEÑUELA, al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, acaecido el **10 de noviembre de 1994**. En consecuencia, se declaró que para todos los efectos legales nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, por lo tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida. Se ordenó a la demandada PORVENIR S.A., fondo en el que se encuentran los aportes de la demandante, a que los traslade a COLPENSIONES, el saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus correspondientes rendimientos, bonos pensionales, el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima. Así mismo, se condenó a la devolución de los gastos de administración y el valor de las primas del seguro previsional, dineros debidamente indexados a la fecha de entrega a COLPENSIONES. Se ordenó a la AFP COLFONDOS S.A. a remitir a COLPENSIONES, los dineros que recaudó por concepto de gastos y cuotas de administración, durante el tiempo que perduró la aparente afiliación a ese fondo debidamente indexadas, se declaró que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se llegaren a causar por asumir la obligación pensional de la demandante en los montos no previstos y sin las reservas dispuestas para tal efecto, originados en la omisión del fondo de pensiones, igualmente, se ordenó a COLPENSIONES a que reciba los dineros provenientes de PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. y a que efectúe los ajustes en la historia pensional de la actora, declarándose no probadas las excepciones propuestas por las codemandadas y se condenó en costas a COLFONDOS S.A. PORVENIR S.A y COLPENSIONES. **Lo anterior, tras considerar la a quo**, que la AFP demandada COLFONDOS, no cumplió con la carga probatoria de demostrar el suministro de la información suficiente a la actora al momento en que se realizó el traslado de régimen en el año 1994, destacando que dicha carga probatoria se impone a esta AFP demandada en aplicación del criterio sentado por el órgano de cierre de la jurisdicción, sin el que el formulario de afiliación fuera suficiente para el cumplimiento de tal fin.

Pues bien, para resolver la controversia, es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se

estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002[4].

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía de la demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 22 de agosto de 1970 (pág. 6, archivo 01 expediente digital), por lo que la edad de 57 años, los cumplirá el mismo día y mes del año 2027, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 10 de octubre de 2020 (Págs. 07, archivo 11), esto es, cuando se encontraba a menos de 10 años para adquirir el derecho pensional, y, otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1° de abril de 1994- por cuanto para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, apenas había cotizado **152,43** semanas (*pág. 58 Archivo 09 expediente digital)*[5], 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 **10 de noviembre de 1994 con fecha de efectividad a partir del 1° de diciembre de 1994** (pág. 59, archivo 9 y pág. 26,

---

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

[5]

EL NÚMERO DE SEMANAS REPORTADAS TANTO EN LA PANTALLA COMO EN EL SERVICIO SE CALCULA DE ACUERDO A LO INDICADO EN EL ARTÍCULO 4 DEL DECRETO 1748 DE 1995.

SUBTOTALES

HISTORIA HASTA 31/03/1994						HISTORIA TOTAL					
LABORADOS		LICENCIAS / MORAS		SIMULTANEOS		LABORADOS		LICENCIAS / MORAS		SIMULTANEOS	
Días	Semanas	Días	Semanas	Días	Semanas	Días	Semanas	Días	Semanas	Días	Semanas
1067	152.43	0	0.00	0	0.00	1252	178.86	0	0.00	0	0.00

TOTALES : LABORADOS-LICENCIAS-SIMULTANEOS				TOTALES : LABORADOS-LICENCIAS-SIMULTANEOS			
DIAS:	1067	SEMANAS:	152.43	DIAS:	1252	SEMANAS:	178.86

El número de semanas se calculó con días calendario

archivo 20 del expediente digital), por afiliación que hiciera a COLFONDOS S.A., específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP expedido por ASOFONDOS y el formulario de afiliación suscrito con esa AFP.

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

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

Frente al tema, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ SL12136, radicación No. 46.292 de 2014, enseñó:

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

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

En consecuencia, no solo es menester demostrar la existencia del traslado, sino que impone verificarse que este acto se produjo bajo el presupuesto de la libertad informada, pues de no cumplirse con dicho presupuesto, se incurriría en un vicio que invalidaría dicho acto jurídico, lo que trae como consecuencia o efecto, retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, con ineficacia *ex tunc*[6], en los términos del artículo 1746 del Código Civil, ante la inexistencia de una norma distinta que de manera explícita regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico.

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

las sentencias CSJ SL1421-2019, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1689-2019, destacando de la referida sentencia CSJ SL1452 de 3 de abril de 2019, los siguientes apartes:

> *«(…)* ***Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le***

"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».

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

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

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la demandante[8] no acreditan de manera alguna que conociera las

[8] ***Interrogatorio Demandante, récord 10:02, archivo 33****: "Soy comunicadora social, ejerzo como Ejecutiva de inversiones, en el año 1994 me encontraba vinculada con Citibank, entro en vigor al Ley 100 de 1993 y nos obligaron hacer la vinculación porque era eso o quedarme sin trabajo, eso fue a través de recurso humanos, el empleador dio esa opción, el área de recursos humanos dio el formulario, no tuve acceso con el agente, el área de talento humano hacia todo el trámite de contratación, yo estaba trabajando con Conavi y entré a Citibank y en ese momento era el fondo de pensiones que manejaba el grupo, Citibank era el dueño del Fondo así que era pasarnos, yo trabaje desde 1994 al 2008 y pasé a otra entidad, no me dieron la opción de traslado, fue una normativa que tocaba pasarnos, para las personas que ya teníamos unas semanas al Seguro Social, yo pase a Av Villas y estuve en el fondo por no tener tantos fondos de pensión pero una vez entré a Av Villas ingresé a Porvenir donde por ser parte del grupo hubo una inasistencia fuerte para el traslado al ser parte del grupo aval, me trasladé el 1º de abril de 2010*

implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que se trasladó a COLFONDOS S.A porque al ingresar a la entidad financiera simplemente le dieron el formulario por parte de Talento Humano para suscribirlo, sin que hubiese recibido alguna explicación sobre el beneficio del régimen de transición.

Nótese, de lo relatado por la demandante no es posible colegir de forma alguna que haya confesado la recepción de una información, clara, oportuna y certera y muchos menos que la AFP COLFONDOS haya cumplido con su obligación de buen consejo, pues lo único que advierte la Sala es una labor de publicidad y promoción de los fondos privados donde se enfatizó en las supuestas bondades del RAIS y la posibilidad de recibir beneficios económicos por la decisión de vinculación que tomaran los potenciales afiliados, sin que en esa labor se tomará en cuenta la responsabilidad social que tenían las AFP desde su creación, esto, sin importar que haya sido el área de talento humano quien hubiese suministrado el formulario, ya que las AFP tenían continuas compañas corporativas con los empleadores y debían igualmente brindar asesoría sin que se pueda atribuir culpa alguna a la empresa empleadora de aquél momento.

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 S.A. (página 26 archivo 20 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 esa demandada

---

y estoy vinculada a la fecha, el traslado con asesoría como tal indicando las ventajas o beneficios que se tiene no se hizo, fue por el tema de la insistencia que entraba a trabajar con el grupo Abal porque venía de Colfondos, de parte de recursos humanos nos hacia la sugerencia de poder vincularse con el fondo de pensiones del mismo grupo ya teniendo en cuenta que estaba con oteo empleador y era más facial estar en Porvenir, fue más fácil para poder trabajar con el fondo del grupo, no había ningún asesor, cuando uno hace el proceso de vinculación todo se hace a través del área de talento humano, los servicios y beneficios y una de las cosas que tenía en su momento era vincularnos al grupo, siempre ha sido así, he visto el tema de la historia pensional ya que se va acercando mi pensión y realmente no he hecho la solicitud con Porvenir hasta ahora en este proceso, he hecho la simulación de la pensión y hay una diferencia bastante grande teniendo en cuenta todo lo que he laborado y no se ve representado con Porvenir, tengo que sacar adelante el futuro de mi hijos, se hizo la proyección y hay una diferencia importante, hay personas en Colpensiones que han recibido una pensión más justa, no, en Colpensiones no he solicitado la proyección, a Porvenir tampoco, uno mira el simulador y lo que da el sistema porque digamos que la comunicación es compleja, el trabajo no me facilita muchas cosas y no he tenido tiempo para acercarme a Porvenir, la motivación para el traslado es tener una pensión más justa y se ve reflejado en Colpensiones, ese es el objetivo realmente, comunicación como tal no he tenido con Porvenir, si he recibido extractos, mi correo es sandravanegaspe@gmail,com, yo cambié le correo y lo notifiqué, de hecho está llegando la información".

(sentencias CSJ SL12136-2014 y CSJ SL1689-2019) y, en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus,* pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que se advierten ausentes en el plenario.

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

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

Así, por ejemplo, en sentencia CSJ SL1688-2019 reiterada en la CSJ SL3708-2021 y CSJ SL3199-2021, entre muchas otras, expuso lo siguiente:

> ***"1. El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones: Un deber exigible desde su creación***
>
> ***1.1 Primera etapa: Fundación de las AFP. Deber de suministrar información necesaria y transparente.***
> *El sistema general de seguridad social en pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del otorgamiento de diferentes tipos de prestaciones. Con este fin, la Ley 100 de 1993 diseñó un sistema complejo de protección pensional dual, en el cual, bajo las reglas de libre competencia, coexisten dos regímenes: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, y el*

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

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

Ahora bien, para la Sala la incursión en el sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS y, por tanto, de la prestación de un servicio público esencial, estuvo, desde un principio, sujeto a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba.
…
En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.° del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

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

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

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

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

Como se ve, ya para el año 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 COLFONDOS, omitió en el momento del traslado de régimen **(10 de noviembre de 1994,** efectivo el **1º de diciembre 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 CSJ SL12136-2021, 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 en este punto a PORVENIR si bien obra en el expediente el siguiente documento (pág. 53 y 54 Archivo 09 expediente digital), lo cierto es que con el mismo no se prueba el deber de información del que se ha venido señalando a lo largo de esta providencia, pues el hecho de que se le “informará” a la actora que estaba próxima a cumplir 47 años de edad, no implica *per se* que le se le hubiera suministrado la información pertinente y que ya se señaló en esta providencia cuando se trasladó.

Ver imagen comunicado.

2733

Bogotá D.C., 22 de julio de 2016

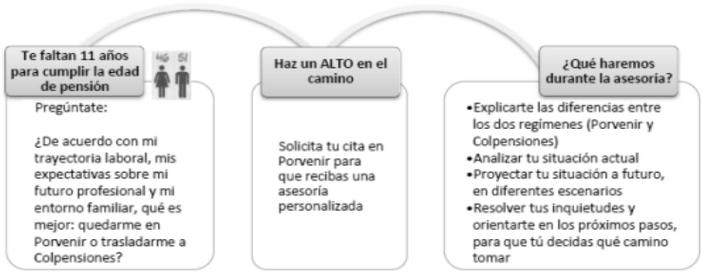
1159
4208014008843700

Señora
SANDRA VANEGAS PEÑUELA
sandravanegasp@gmail.com
1518 1/2

Ref. Rad. Porvenir. N.A.
CC: 52.583.446
T.N. N.A.

Recibe nuestro cordial saludo,

En esta oportunidad queremos recordarte que por estar próximo a cumplir 47 años de edad, te encuentras en un momento muy importante para tomar una decisión sobre tu futuro pensional.



La ley consagra que los afiliados pueden trasladarse entre regímenes pensionales cada 5 años; es decir, de Colpensiones a Porvenir o de Porvenir a Colpensiones. Sin embargo, es muy importante tener en cuenta que una vez cumplidos los 52 años de edad en el caso de los hombres y los 47 años en el caso de las mujeres, ***NO es posible el traslado de régimen pensional.***

Es por esto que queremos acompañarte en este momento, pues dentro de poco estarás a 10 años de la edad de pensión y es importante que recibas una asesoría personalizada a la cual debes asistir antes de cumplir los 47 años, para que tomes una decisión.

1518 2/2

Pasos que debes seguir para tomar nuestra asesoría:

Llama a nuestra Línea de Servicio al Cliente en Bogotá al 7447678, Cali 4857272, Medellín 6041555, Barranquilla 3855151 y a nivel nacional al 018000510800



¡Asesórate antes de tomar una decisión importante!

Gracias por elegirnos como tu Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías.

Cordialmente,

CLAUDIA CRISTINA ALZATE JARAMILLO
Gerencia de Clientes
FTC-H283

Tampoco incide el hecho que la demandante hubiese efectuado traslados entre AFP (*Historial vinculaciones SIAFF pág. 59 archivo 09 expediente digital*), en tanto ello no conlleva a que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en el RAIS, máxime si se tiene en cuenta que si bien se trató de traslados los mismos fueron dentro del mismo régimen de ahorro individual según se observa en reporte SIAFP.

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

> *«Precisamente en este punto la Corte advierte que la opositora Old Mutual S.A. sugiere que la afiliación entre regímenes privados es un acto de relacionamiento que implica su voluntad de permanecer al RAIS. Si bien el Tribunal no acudió expresamente a este argumento, lo cierto es que destacó que el afiliado tuvo la oportunidad de trasladarse en el periodo de gracia que estableció la Ley 797 de 2003 para retornar a Colpensiones y no lo hizo, lo que a su juicio ratificaba su voluntad de continuar en el RAIS.*
>
> *Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.*
>
> *De modo que no es dable siquiera sugerir que los posteriores traslados entre administradoras pueden configurar un acto de relacionamiento capaz de ratificar la voluntad de permanencia en ellas, como se infiere de las decisiones de la Sala de Descongestión de esta Corte CSJ SL249-2022 y SL259-2022. Nótese que, conforme la perspectiva explicada, esa voluntad de permanencia en el RAIS es inane dado que no desvirtúa el incumplimiento del deber de información y además ubica la discusión en actuaciones que estarían respaldadas en un acto jurídico ineficaz, esto es, el del traslado inicial.*
>
> *Justamente lo anterior explica que la acción para demandar estos asuntos no sea la de nulidad -como también lo sugieren de forma equivocada aquellas providencias- sino la de ineficacia, en la cual, se reitera, lo relevante es determinar, sin más agregados, si la persona al momento de suscribir el acto de traslado de régimen pensional ha sido debidamente informada sobre las ventajas, desventajas y consecuencias de su traslado y permanencia en el RAIS.*
> *Por tanto, nuevamente se enfatiza que este es el precedente vigente y en vigor de la Sala de Casación Laboral de esta Corte, y recoge cualquier otro que le sea contrario, en especial el condensado en aquellas providencias».*

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

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

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

En ese orden, la ineficacia del tránsito de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de PORVENIR S.A. como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliada la actora, de todos los conceptos que conforman su cuenta individual tales como rendimientos, bonos pensionales, el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, gastos de administración y el valor de las primas del seguro previsional, dineros debidamente indexados por el tiempo en que la demandante estuvo aparentemente afiliada a esa administradora, por virtud del restablecimiento de las cosas a su estado inicial, todo ello con cargo a sus propias utilidades, de tal manera que se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto.

Del mismo modo, se confirma la orden de devolución por parte de COLFONDOS S.A. respecto a los gastos y cuotas de administración, debidamente indexados.

En esta dirección debe precisar esta Sala de Decisión que en virtud de la consulta que se surte en favor de Colpensiones que se adicionará el fallo de primer grado, en cuanto a que PORVENIR S.A. deberá retornar las **comisiones** debidamente indexadas. Asimismo, COLFONDOS S.A. deberá retornar los **rendimientos, bonos pensionales, comisiones, el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima y el valor de las primas del seguro previsional, dineros debidamente indexados,** con cargo a sus propias utilidades[9], por el tiempo en que la demandante estuvo aparentemente afiliada por virtud del restablecimiento de las cosas a su estado inicial, pues al declararse la ineficacia del traslado, resulta claro estos conceptos quedan sin fundamento, pues lo que ocurre es que la situación de afiliación de la actora vuelve a su estado inicial es decir es como si los mismos no se hubiesen generado, razón por la cual es procedente la remisión de la totalidad de los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la demandante a Colpensiones (actual administradora del RPM), incluyendo las demás sumas indicadas. Así fue consignado en sentencia de la CSJ Sala Laboral SL 2914 del 22 de julio del 2020, en la que cita la del 8 septiembre 2008, radicado 31989, donde se dijo:

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

> *«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 No. 56174 del 10 de abril de 2019, se expuso:

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

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

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

> ***AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones**».*

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

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

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

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

En punto a la indexación de los gastos de administración, comisiones, rendimientos y seguros previsionales, atendiendo la apelación de las codemandadas PORVENIR y COLFONDOS, en un caso similar al de autos en el que se resolvió lo atinente a la ineficacia de traslado, el órgano de cierre de esta jurisdicción, en providencia SL 3207, Radicación No. 83586 del 18 de agosto de 2020, indicó:

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

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

Aquí resulta pertinente acotar, de cara a la alzada propuesta por COLFONDOS que el concepto emitido por la Superintendencia Financiera no resulta vinculante, y en todo caso, se aclara al apelante que justamente con la decisión que aquí se está tomando se está ordenando la devolución de los rendimientos y todos los rubros implícitos al declararse la ineficacia del traslado.

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES[10] (Pág. 239 a 46, *Archivo 10 expediente digital*), entidad ésta última a favor de quien se surte la consulta, basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia CSJ SL1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo,

[10] *Se tuvo por contestada la demanda en auto del 15 de septiembre del 2022, «Archivo 18 expediente digital».*

máxime teniendo en cuenta que además está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por la encartada, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

Finalmente, respecto de las costas procesales objeto de apelación por parte de COLPENSIONES y 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 éstas demandadas, lo atinente a derecho es que sean condenadas en costas, iterando, la única valoración a tener en cuenta en este aspecto, es las resultas del proceso, por lo que se confirma la sentencia de primer grado en cuanto a que se condena el pago de las mismas a cargo de PORVENIR y COLPENSIONES.

Agotada la competencia de la Sala en virtud del grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, conforme las motivaciones que preceden, se adicionará en los puntos anteriormente expuestos y se confirmará la decisión de primer grado en lo demás.

SIN COSTAS en esta instancia.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia de primera instancia en su numeral **SEGUNDO**, en el sentido de **CONDENAR** a PORVENIR S.A. a retornar las **comisiones** con cargo a sus propias utilidades, conforme a lo considerado.

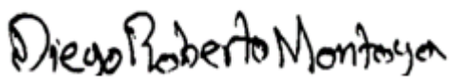
SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia de primera instancia en su numeral **TERCERO**, en el sentido de **CONDENAR** a COLFONDOS S.A. a retornar los **rendimientos, bonos pensionales, comisiones, el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima y el valor de las primas del seguro previsional, dineros debidamente indexados,** conforme a lo considerado.

TERCERO: **ADICIONAR** el fallo de primer grado, en cuanto a que se **DISPONE** que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los conceptos objeto de devolución por parte de las AFP accionadas (PORVENIR Y COLFONDOS), deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia.

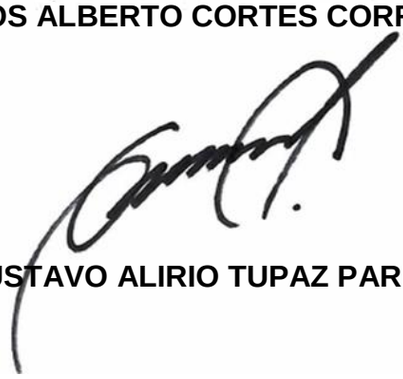
NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN



CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL

BOGOTA D.C.

SALA LABORAL.

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR RAFAEL ANTONIO BELTRAN BELTRAN CONTRA AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. (RAD. 24 2020 00031 01).

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

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

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada, contra la sentencia proferida por la Juez Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 14 de octubre del 2022 (Audiencia virtual archivo 16, récord: 39:00), en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO DECLARAR*** *que entre el demandante señor Rafael Antonio Beltrán Beltrán, en calidad de trabajador y la sociedad Aguas de Bogotá existió un contrato a término fijo vigente entre el 17 diciembre de 2012 al 11 de febrero de 2018, en virtud del cual desempeñó el cargo de conductor recolector devengando como salario la suma de $1'200.000, de conformidad con lo dispuesto en la parte motiva.*
>
> ***SEGUNDO CONDENAR*** *a la sociedad Aguas de Bogotá, empresa de servicios públicos, a reconocer y pagar de manera indexada al señor Rafael Antonio Beltrán Beltrán, la suma de $7'200.000 por concepto de la sanción que trata el artículo 26 de la ley 361 del 97, de conformidad con lo expuesto.*
>
> ***TERCERO ABSOLVER*** *a la sociedad Aguas de Bogotá de las demás pretensiones incoadas en su contra por el señor Rafael Antonio Beltrán Beltrán, de conformidad con lo dispuesto en la parte motiva.*
>
> ***CUARTO: DECLARAR NO PROBADADOS*** *los hechos sustentos de los medios exceptivos invocados por la pasiva, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.*

> ***QUINTO: CONDENAR*** *en costas en esta instancia a la demandada a favor del demandante liquídense por secretaría, incluyéndose en ella como agencias en derecho, la suma de $500.000.**”***

Inconforme con la decisión el apoderado de la demandada recurre la decisión en lo atinente a la declaratoria de un solo contrato de trabajo a término fijo, señalando que se desconoció frente al contrato a término fijo inferior a 1 año que en la segunda prorroga de fecha 17 de mayo del 2013 se le aviso al trabajador que su contrato no se prorrogaba más y que la fecha de terminación era el 16 de junio del 2013, así mismo manifiesta en el numeral noveno del contrato suscrito entre las partes del 17 de junio del año 2013, se declara que no reconocerán validez a estipulaciones anteriores a la fecha de ese presente contrato, por lo que en su sentir lo que sucedió fue un acuerdo de voluntades que desde ningún punto de vista puede tratar de argumentarse que viole ningún principio constitucional y mucho menos de carácter legal, porque las partes al suscribir la segunda prórroga del contrato a término fijo, establecieron desde el principio cuando terminaba y que no había mérito para hacer prórroga ninguna y que desde ese momento se le avisaba con 30 días de anticipación, por lo que no se puede hablar de un solo contrato, sino de 2 contratos, los cuales fueron terminados en su momento temporal.

Razones por las cuales aduce no hubo una apreciación correcta de los elementos fácticos y sobre la interpretación jurídica de la existencia de este contrato solicitando se reconozca que existieron estas 2 modalidades de contrato y que cada una terminó en el momento correspondiente, una porque se finiquitó el tiempo que corresponde a los contratos a término fijo, hasta su segunda prórroga, y el de obra o labor que nace el 17 de junio del año 2013 hasta el 11 de febrero del año 2018, en donde quedó demostrado que primero existió la obra o labor y que la terminación de la misma estaba supeditada a la vigencia del contrato Interadministrativo por lo que esta labor fue terminada.

Por otro lado, en cuanto al fuero de salud señala el mismo no está probado y en todo caso aduce se debe tener en cuenta que la terminación de la relación laboral fue de carácter objetivo de modo que no puede haber un grado de discriminación de la demandada al momento de la finalización pues no fue por el estado de salud del demandante, solicitando por ende no se condene al pago de la indemnización del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 por no encontrarse

elementos de discriminación situación que da lugar a que se le exonere de todo tipo de responsabilidad. (*Audiencia virtual archivo 16, récord: 48:20*[1])

[1] En el momento, en este momento procesal, pues es este extremo demandado interpone obviamente el recurso de reposición, perdón, el recurso de apelación, discúlpeme el recurso de apelación contra la decisión, es decir, contra la sentencia proferida por usted, señora juez, y para tal efecto me permito sustentar de la siguiente manera mi correspondiente apelación, solicitando obviamente, que se den los siguientes elementos para para que en el tribunal obviamente se modifique la correspondiente decisión teniendo en cuenta que no estamos de acuerdo con los siguientes términos:

Primero: Que el juzgado ha hecho un análisis sobre la existencia de los contratos estableciendo sobre ellos un contrato a término fijo y pues, podría esta parte decir que, de acuerdo al análisis al respecto, no sería un contrato a término fijo, lo que definió obviamente desde el año 2013 al 2018, sino tendría que ser entonces que la unidad completa de lo que es el estudio convertiría un contrato a término indefinido, el contrato en ese sentido, por lo cual, a mi modo de ver muy respetuosamente, hay una imprecisión en esa parte y por lo tal es decir, los ejes fundamentales de la sentencia se tendrían que caer en primera medida.

En segunda medida desconoce el despacho frente al contrato, a término fijo inferior a 1 año, en la segunda, prórroga, tratando de decir que no se liquidó porque no hubo una causal sobre la cual se diera se diera por terminado ese contrato, entonces, frente a eso, en ese contrato, prórroga número 2, en donde la señora jueza ha aceptado los documentales que se encuentran tanto aportados por el demandante como por el demandado, en esa prórroga número 2 entre 1 mes del 17 de mayo al 16 de junio del 2013 señora juez, está el hecho de que en el numeral 5º de ella, numeral quinto de esa prórroga establece que mediante el presente documento, se avisa al trabajador que su contrato no se prorroga más y que la fecha de terminación es la estipulada en el encabezado.

Lo anterior, dando cumplimiento a lo preceptuado a los numerales correspondientes, no alcanzo a ver aquí el Código sustantivo del trabajo que versa sobre el aviso al trabajador respecto a la terminación correspondiente Laboral del contrato a término fijo con 30 días de anticipación que se hace a la firma del contrato que fue , es decir, la prórroga, que es del 17 de mayo y que, por lo tanto, desde ese mismo momento, se está diciendo, que no se prorroga más el contrato. Por lo tanto, ahí hay a la observación de este apoderado, con todo el respeto al despacho, existe en este caso que sea, omitió. ese elemento del contrato, teniendo en cuenta que el juzgado ha aceptado esta situación, ha aceptado la existencia de estos documentales y por tal razón sobre ellos no ha dicho que exista un vicio del consentimiento por error, fuerza y dolo.

Si lo analizamos ahora, unido al propio contrato de trabajo por obra o labor contratada, señora juez. es claro que en el numeral noveno del contrato suscrito entre las partes del 17 de junio del año 2013, declara básicamente que las partes declaran que no reconocerán validez a estipulaciones anteriores a la fecha del presente contrato y obviamente, lo que aquí sucede señora Juez, es un acuerdo de voluntades que desde ningún punto de vista puede tratar de argumentarse que viole ningún principio constitucional y mucho menos de carácter legal, porque tratando de aplicar el tema de un contrato realidad, las partes al suscribirlo tanto la prórroga como la segunda prórroga del contrato a término fijo, estableció desde el principio en su última segunda prórroga, cuando terminaba y que no había mérito para hacer prórroga ninguna y que desde ese momento se le avisaba con 30 días de anticipación, pues es claro que, no estamos hablando de un solo contrato, sino de 2 contratos, los cuales fueron terminados en su momento temporal del mismo señora juez.
En ese orden de ideas también. es menester decir que es lo que existe en este caso, entonces son esos 2 contratos y el último, obviamente, como lo establece la misma cláusula novena al respecto, pues que si no se le establece validez entre las partes, ninguna condición anterior sobre lo que pudiese haber suscitado ese tema, nosotros presentamos una situación clara en la observancia de la extra petita y la ultra petita, que es la genérica, que sobre la liquidación correspondiente al contrato anterior, que dice que no aparece, pues obviamente nosotros solicitamos la genérica que cualquier hecho que genere una excepción correspondiente, sea reconocida en favor de esta parte, en este caso sería la de prescripción, si algún derecho hubiese podido surgir en ese momento de la terminación de contrato, teniendo en cuenta el hecho de que la fecha es del año 2013, señora juez, por lo tanto, fue solicitada si existe dentro de los hechos al respecto y este sería un hecho en ese caso, pero bueno.

continuando con lo mismo, señora juez frente al tema del contrato y que obviamente existe el disenso por esta parte al respecto, tenemos nosotros que llamarnos a lo que dice la Corte Suprema de Justicia, en donde ya ha establecido frente a estos casos, porque este no es el primero ni el único caso, ha habido más de 600 demandas sobre las personas vinculadas a Aguas de Bogotá dentro del proyecto aseo que se presentó. Es bueno entonces traer a colación aquí, señora juez, la sentencia SL-3282 del año 2019, Magistrado ponente clara Cecilia dueñas, con radicación 78696, en donde el señor Charles Erasmo vs Aguas de Bogotá,

demanda y declara dentro de esa sentencia de la Corte que para este tipo de trabajadores que estaban vinculados al proyecto Interadministrativo 0809 del año 2012, el contrato que se regula, obviamente es el contrato por obra o labor contratada, porque las partes así lo estipularon, por la cláusula novena de ese contrato laboral establecía que no se reconocía ninguna otra condición, es más, estas sentencias no es porque hayan sido favorecidos a Aguas Bogotá, sino muy por el contrario, fueron sentencias de la Corte Suprema de Justicia que fueron desfavorables a Aguas de Bogotá, pero también tenemos la sentencia SL 1494 del año 2022, Magistrado ponente, Giovanni Francisco Rodríguez, con radicación 8305234 del 03 de mayo de 2022 en donde vuelve y se ratifica que el trabajador que estuvo vinculado al contrato Interadministrativo 0809 el año 2002 de manera abreviada, lo que se suscribió con Aguas de Bogotá era un contrato por obra o labor contratada y que obviamente su vigencia determinada era tal y que si en un momento determinado se suspendió o se terminó con anticipación este contrato antes del 11 de febrero del año 2018 se le tenía que pagar a ese trabajador, lo que le faltase por la terminación del contrato, por obra o labor contratada, no importando las modificaciones, porque al fin de cuentas se había establecido cuál era el tiempo de vigencia del correspondiente contrato y que estableció que la cláusula segunda era a la terminación de la vigencia del contrato Interadministrativo, hecho, que solamente sucedió el 11 de febrero del año 2018, pero para recabar todavía está la sentencia SL 3376 del 2022, radicación 83868 Magistrada Ponente, Jimena Isabel Godoy Fajardo del 28 de septiembre del año 2022, es decir, muy reciente, en donde sentencias de primera instancia y segunda instancia, señora juez, declararon que ese contrato con ese trabajador era un contrato a término indefinido, por la misma circunstancia que usted estaba haciendo aquí, sobre los mismos hechos sobre las meditaciones de un contrato que existía en esas condiciones y resulta, señora juez, que no, que no había un contrato a término indefinido y por el contrario, la Corte Suprema de Justicia en su sala de casación laboral, ha determinado que se trata de un contrato por obra o labor contratada suscrito, porque es el mismo tipo de contrato prácticamente para las mismas fechas al respecto y obviamente, lo que nos condena a nosotros por no haberle pagado, por haberle terminado con anterioridad el contrato creyendo que iba hasta determinada prórroga el contrato y el contrato laboral de obra por obra o labor contratada terminó el 11 de febrero del año 2018 y así lo reconoce obviamente, la sala de casación laboral, es decir, hay 3 sentencias sobre la misma, estableciendo ya un precedente sobre esta condición, por tal efecto, es que nosotros, honorables magistrados del Tribunal, creemos que no hay una apreciación correcta del carácter sobre los hechos o elementos fácticos y sobre la interpretación jurídica de la existencia de este contrato y por lo tal razón nosotros sobre ese tema solicitamos muy comedidamente a ustedes, señores magistrados, se reconozca que existieron estas 2 modalidades de contrato y que obviamente cada una terminó en el momento correspondiente, una porque se finiquitó el tiempo completo, en lo que corresponde a los contratos a término fijo, hasta su segunda prórroga, teniendo en cuenta lo que ya nosotros o aquí este abogado ha expresado frente a la terminación de su segunda prórroga, en ese numeral correspondiente, y teniendo en cuenta que ha sido por parte del despacho tenido en cuenta esta documental y la obra o labor que obviamente nace el 17 de junio del año 2013 hasta el 11 de febrero del año 2018, en donde quedó demostrado que primero existe la obra o labor y quedó demostrado que la terminación de la obra o labor de acuerdo a su cláusula segunda del contrato Interadministrativo estaba supeditado a esa vigencia y obviamente que la labor había sido terminada.

En ese orden de ideas, pues decir se terminó por una causal, con una causal del artículo 61, literal D, del Código sustantivo del trabajo, pero además, está reconocido incluso en la liquidación, señora juez, que el demandante, incluso en su interrogatorio, el mantiene que durante todo el tiempo que estuve vinculado porque a él no se le desvinculó, señora juez, el siguió estando en nómina y se le siguió pagando, sus salarios al respecto hasta el último momento de la terminación por el tema de haber adquirido sus derechos pensionales, es decir, cuando le coloca la tutela, no es porque se hubiese desvinculado, sino porque existió y se le notificó que la obra o labor, para la cual había sido contratado, había fenecido, había terminado por la condición específica, pero que se mantenía obviamente por el hecho de que él tenía una incapacidad médica legal.

En ese orden de ideas, pues también, a gracia de discusión, nosotros creemos que no está debidamente probado totalmente el tema del fuero de salud del señor Demandante, pero digamos que a verbo y gracia teniendo en cuenta los otros elementos, pues el hecho no ha sido solamente de todos los elementos conocidos, teníamos conocimiento de algunas partes, porque así lo reconocemos en la contestación de la demanda y el principio de la buena fe sobre la información que se tenía y así se reconoce en la demanda por parte de este extremo procesal pasivo y señora juez, vemos entonces que si tenemos que el y honorables magistrados si tenemos, que para los efectos hay una terminación clara de carácter objetivo, pues está demostrado precisamente en el contrato, pero si eso fuese poco al respecto, pues es absolutamente más claro, cuando el propio interrogado, el señor Beltrán, a la pregunta de que si sabía cuántas personas han terminado o se les terminó el contrato el 11 de febrero del año 2018, el manifestó que era, como 3700 personas sobre los cuales ha habido, como casi 600 demandas al respecto y han sido muy, pero cuando le digo estamos hablando menos del 1% en donde se ha reconocido por casos realmente muy particulares. El hecho, de pronto el del fuero correspondiente de salud, al respecto.

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante, señor RAFAEL ANTONIO BELTRAN BELTRAN, las pretensiones visibles en las páginas 7 a 9 del Archivo 1 expediente digital, las cuales encontraron soporte en los fundamentos fácticos de páginas 9 a 16 del mismo archivo, encaminadas a que se declare la existencia de una relación laboral de carácter fijo a partir del 17 de diciembre del 2012, en el cargo de conductor, con un salario de $1.576.137, el cual terminó de manera unilateral el 11 de febrero del 2018, momento para el cual se encontraba con disminución laboral ocasionada por enfermedades de origen común con una incapacidad del 6 a 12 de febrero del 2018, en consecuencia se condene a la indemnización equivalente a 180 días de salario por haberlo despedido estando enfermo y en delicado estado de salud conforme al artículo 26 de la Ley 361 de 1997, junto con el pago de los intereses moratorios, condenas *ultra y extra petita,* costas y agencias en derecho. .

Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus aspiraciones, por cuanto en primer lugar se declaró la existencia de un único contrato de trabajo a término fijo vigente del 17 de diciembre de 2012 al 11 de febrero del 2018 ocupando el cargo de conductor y con un salario de $1.200.000, tras considerar que la accionada no aportó pruebas que determinaran una nueva suscripción de un contrato por duración de la obra o labor, no hubo solución de continuidad en la prestación de los servicios, por lo que en términos reales nunca se dio

---

Entonces, teniendo en cuenta que se terminaron los contratos de todos los trabajadores de ese momento de esa época, el 11 de febrero del año 2018 que estaban vinculados al proyecto de aseo en la parte operativa y que como tenían contratos todos en las mismas condiciones en igualdad de condiciones de lo que aquí aparecen, el demandante y obviamente las sentencias ya antes referidas, pues realmente no hay un grado de discriminación por parte de la empresa al momento de la terminación, sino simplemente la causal objetiva al respecto, ya que todos esos trabajadores se les dio por terminar el contrato en el mismo momento, no porque el señor Rafael Beltrán Beltrán tuviese una condición de salud y máxime que es que no se le desvinculó a él, se le mantuvo en nómina y ahí lo confiesa precisamente en el interrogatorio.

Por los elementos anteriores de reproche de este vuelvo y repito, extremo procesal pasivo, pues es que interponemos este correspondiente recurso y solicitamos a los honorables magistrados con el respeto del espacio de conocimiento, es decir, el a quo, para que se modifique sí o por una sentencia diferente en donde obviamente se reconozca lo que ya ha establecido en la condición contractual presentada en las excepciones y en los hechos de esta demanda de esta contestación de la demanda y obviamente no se condene al pago correspondiente de la indemnización del artículo 26 de la Ley 361 del año de 1997, por no encontrar por lo menos un elemento que en este caso es la discriminación, y por lo tanto, se exonere de todo tipo de responsabilidad a la parte demandada, en esos términos, señora juez, he presentado mis correspondientes, sustentación a la apelación presentada a su providencia, señora juez, con todo respeto, muchas gracias.

finalización al contrato a término fijo, señalando el demandante ejecutó la misma labor en las condiciones pactadas inicialmente esto es el de conductor desde el año 2012, lo que le permitió concluir a la juzgadora que la suscripción de un nuevo contrato de trabajo por obra o labor contratada constituye una simple formalidad con el propósito de aducir una causa legal de despido.

De igual modo condenó al pago de la indemnización de 180 días de salario establecida en la Ley 361 de 1997 en suma de $7.200.000, al encontrar que conforme a la historia clínica anexada al expediente el actor tenia una merma relevante en su estado de salud que no le permitía ejercer en condiciones normales su labor, precisando que la demandada conocía del estado de salud, pues la EPS le remitió comunicaciones donde le informan que estaban adelantando los tramites para calificar el origen de las enfermedades, por lo que en su sentir no podía dar por terminado el contrato de trabajo sin el permiso de la autoridad administrativa a un trabajador que le fue diagnosticada una enfermedad en vigencia del vinculo laboral que le impedía desempeñar las actividades para las cuales fue contratado, por lo que adujo operó la presunción de que el contrato terminó por medidas discriminatorias.

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

Así pues, la apelación de la pasiva en primer lugar se concreta a la inconformidad relacionada con el hecho de que se haya declarado la unidad contractual o la existencia de un único contrato de trabajo a término fijo del 17 de diciembre del 2012 hasta el 11 de febrero del 2018. Frente a lo cual, advierte la Sala obran los siguientes contratos (Archivo 01 expediente digital):

1. Contrato a término fijo inferior a un año con fecha de inició de labores 17 de diciembre del 2012 y fecha de terminación 16 de abril del 2013 (págs. 23 y 24).

-Prorroga No. 1 del contrato por un mes, esto es hasta el 16 de mayo del 2013 (pág. 25) con fecha de elaboración 12 de abril del 2013.

-Prorroga No. 2 de contrato por un mes hasta el 16 de junio del 2013 (pág. 26), con fecha de elaboración 10 de mayo del 2013 en cuyo numeral 5 se indica: "*Mediante el presente documento se avisa al trabajador que su contrato no se prorrogará más, y que la fecha de terminación es la estipulada en el encabezado"* -16 de junio del 2013-.

2. Contrato individual de trabajo por duración de la obra o por la naturaleza de la labor determinada (pág. 27) con fecha de inicio de labores el 17 de junio del 2013.

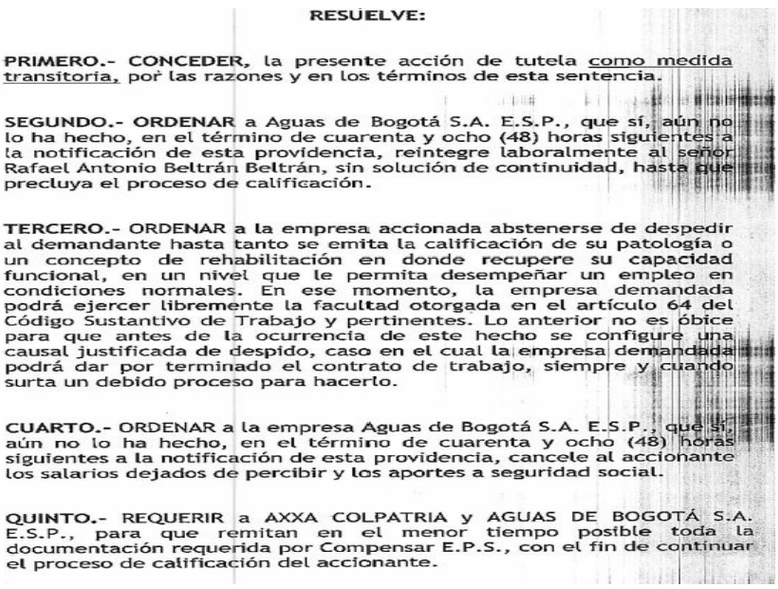
Conforme lo anterior y si bien formalmente se podría entender que hubo 2 contratos de trabajo diferentes al indicarse en la prórroga No. 2 que tal vinculo finalizaría el 16 de junio del 2023, suscribiéndose seguidamente otro contrato pero por obra o labor, lo cierto es que dicha estipulación no cumplió con su fin, en tanto no hubo liquidación de prestaciones sociales de ese vínculo, por el contrario y como ya se dijo la relación laboral se dio de manera ininterrumpida, esto es, no hubo solución de continuidad pues al día siguiente -17 de junio del 2013- se suscribió el contrato de obra para que el actor desempeñara el mismo cargo de conductor que estaba ejecutando desde el 17 de diciembre del 2012, aunado a que en la liquidación final obrante en el expediente se tomó como fecha inicial de contratación *17 de diciembre del 2012* y como fecha retiro *18 de febrero del 2020* por habérsele reconocido la pensión de vejez (pág. 261 Archivo 1 expediente digital).

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

por un contrato a término fijo, pues se itera dicha modalidad cambio al de obra o labor.

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

Así las cosas, se entra entonces analizar el segundo punto de apelación, esto es la condena de la indemnización de 180 días de salario por estabilidad laboral reforzada por salud, advirtiéndose el señor RAFAEL ANTONIO BELTRAN BELTRAN interpuso acción de tutela en contra de la aquí demandada, cuyo conocimiento correspondió en primera instancia al Juzgado 21 Civil Municipal de Bogotá. D.C., el cual mediante sentencia del 2 de marzo del 2018 (págs. 241 a 247 Archivo 01 expediente digital) dispuso ordenar su reintegro así:



RESUELVE:

PRIMERO.- CONCEDER, la presente acción de tutela como medida transitoria, por las razones y en los términos de esta sentencia.

SEGUNDO.- ORDENAR a Aguas de Bogotá S.A. E.S.P., que sí, aún no lo ha hecho, en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, reintegre laboralmente al señor Rafael Antonio Beltrán Beltrán, sin solución de continuidad, hasta que precluya el proceso de calificación.

TERCERO.- ORDENAR a la empresa accionada abstenerse de despedir al demandante hasta tanto se emita la calificación de su patología o un concepto de rehabilitación en donde recupere su capacidad funcional, en un nivel que le permita desempeñar un empleo en condiciones normales. En ese momento, la empresa demandada podrá ejercer libremente la facultad otorgada en el artículo 64 del Código Sustantivo de Trabajo y pertinentes. Lo anterior no es óbice para que antes de la ocurrencia de este hecho se configure una causal justificada de despido, caso en el cual la empresa demandada podrá dar por terminado el contrato de trabajo, siempre y cuando surta un debido proceso para hacerlo.

CUARTO.- ORDENAR a la empresa Aguas de Bogotá S.A. E.S.P., que sí, aún no lo ha hecho, en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, cancele al accionante los salarios dejados de percibir y los aportes a seguridad social.

QUINTO.- REQUERIR a AXXA COLPATRIA y AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P., para que remitan en el menor tiempo posible toda la documentación requerida por Compensar E.P.S., con el fin de continuar el proceso de calificación del accionante.

Decisión que fue confirmada por el Juzgado 8 Civil del Circuito de Bogotá D.C. en proveído del 1° de junio del 2018 (ver págs. 248 a 254), acudiendo el promotor de la Litis a la jurisdicción el 20 de agosto del 2019 (primer reparto) y 24 de enero del 2020 (nueva presentación) como se puede verificar en el acta de reparto de página 147.

De este modo se tiene que el accionante funda sus aspiraciones en la Ley 361 de 1997 *"Por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas con limitación y se dictan otras disposiciones",* disposición que en su artículo 26, señala: *"Ninguna* ***persona limitada*** *puede ser* ***despedida*** *o su contrato terminado* ***por razón de su limitación****, salvo que medie autorización del Ministerio del Trabajo",* conducta que conforme al inciso 2º de la citada norma, es sancionada con el pago de una indemnización equivalente a 180 días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren, esto conforme a lo señalado en la sentencia C-531 de 2000.

Ahora, bajo los criterios jurídicos que sobre el particular han elaborado las jurisdicciones ordinaria y constitucional, para lograr la condena al pago de la indemnización que es lo pretendido en el presente asunto, en el transcurso del debate procesal la parte demandante debe demostrar su limitación, mientras que a la parte demandada le corresponde eventualmente acreditar la autorización del Ministerio del Trabajo, o la justa causa del despido en el evento de invocarlo como motivo de terminación. Es importante precisar que para que opere esta garantía foral, no se trata de demostrar cualquier limitación o discapacidad, sino que aquella resulta *relevante,* esto es, que la misma reduce sustancialmente las posibilidades de obtener y conservar un empleo o progresar en este.

Así lo dejó sentando la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL2841 de 2020, en la cual determinó:

> *"La Sala tiene explicado pacíficamente que e****l artículo 26 de la Ley 361 de 1997 protege a las personas «en condición de discapacidad»****, es decir que «solo aplica a quienes tengan una [discapacidad] física, psíquica o sensorial en los términos previstos en dicha normativa», **pero no, respecto de cualquier limitación o discapacidad, sino ante aquella que se considera relevante por reducir sustancialmente las posibilidades de obtener y conservar un empleo adecuado y de progresar en este**, siguiendo el contenido del art. 1 del C159 de la OIT (ver sentencia CSJ SL17945-2017). Por esta razón, en un principio, el ordenamiento jurídico optó por fijar los niveles de limitación moderada, severa y profunda (artículo 5 reglamentado por el artículo 7 del D. 2463 de 2001 vigente para la época del despido del actor), a partir del 15% de la pérdida de la capacidad laboral, con el fin de justificar la acción afirmativa en cuestión, a quienes clasifiquen en dichos niveles.*
>
> *Aquí, **la Sala aclara que prefiere usar el término discapacidad relevante para identificar al sujeto de la protección a la estabilidad laboral del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 y no, el de invalidez que traen el C159 y las R. 99 y 168 de la***

> ***OIT, para diferenciarlo del sujeto beneficiario de la pensión de invalidez que regula la normatividad de la seguridad social de origen interno.***
>
> *(….)*
>
> *Lo anterior implica que la protección de la estabilidad en el trabajo del artículo 26 de la Ley 361 de 1997* ***está dirigida a la persona que tiene condiciones de salud reducidas para prestar el servicio personalmente, es decir, a aquella que tiene una discapacidad relevante y puede prestar el servicio en condiciones distintas del resto de la sociedad.*** *Dicho de otro modo, el precepto en cuestión busca proteger a las personas que, por la condición de discapacidad relevante, pueden encontrar barreras para acceder, permanecer o ascender en el empleo y que tales barreras pueden ser superadas por el empleador haciendo ajustes razonables. Según el art. 5 de la Ley 361 de 1997, reglamentado por el artículo 7 del D. 2463 de 2001, vigente para la época del despido del actor (se itera), esa discapacidad relevante se considera a partir del 15% de la pérdida de la capacidad laboral.*
>
> *(…)*
>
> *Conforme a lo anterior,* ***no le asiste razón al tribunal en cuanto sostiene que es suficiente la sola presencia de una debilidad manifiesta por motivos de salud****, para merecer la especial protección de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997. Con la interpretación del juez colegiado se rompe la justificación de tal medida excepcional, pues, con la ampliación indeterminada del grupo poblacional para el cual el legislador creó la acción afirmativa de la estabilidad laboral reforzada se afecta la proporcionalidad de la medida, con la vulneración de otros derechos fundamentales como el de libertad.*
>
> *En la sentencia CSJ SL 12998-2017, se recalcó en qué consiste la protección a la estabilidad y cuál es su justificación, para que no se desdibuje el propósito de la norma en comento al ser aplicada. El fin de la estabilidad laboral reforzada es asegurar la no discriminación en el empleo de quien puede prestar el servicio a pesar de su condición de discapacidad relevante y garantizar la adaptación y readaptación laboral de la persona. No se puede desviar su uso a fines distintos a los previstos en ella, como sucede cuando, a través de una interpretación sin rigor jurídico, se generaliza el campo de aplicación de la regla de estabilidad laboral reforzada como medio para satisfacer necesidades de protección propias de la seguridad social, cuya garantía ha de hacerse a través de otros mecanismos que sí sean idóneos, necesarios y proporcionados para ese fin, y que desarrollen los principios de la seguridad social como son la universalidad, la eficiencia, la progresividad, la solidaridad y sostenibilidad financiera, entre otros."*

Del mismo modo dicha Corporación en reciente sentencia SL1152 del 10 de mayo del 2023 Radicado No. 90116 señaló que la *Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad» y su «Protocolo Facultativo» de 2006* es vinculante no solo para el entendimiento del concepto de discapacidad, sino de la protección de estabilidad contenida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, indicando que "*constituye el parámetro para interpretar los derechos humanos de las personas con discapacidad contenidos en la Constitución, especialmente, en lo que concierne a las medidas de integración social en igualdad de oportunidades de las demás personas*" señalando cual es el alcance que se le debe dar al artículo 26 de la citada ley en los siguientes términos:

"... para la aplicación de la protección de estabilidad laboral reforzada establecida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, la Sala considera que, aquella se configura cuando concurren los siguientes elementos:

1. *La deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, a mediano y largo plazo.*
2. *La existencia de barreras que puedan impedir al trabajador que sufre la deficiencia el ejercicio efectivo de su labor, en igualdad de condiciones que los demás.*

En cuanto a las barreras, el artículo 2.5 de la Ley 1618 de 2013 señala que son «cualquier tipo de obstáculo que impida el ejercicio efectivo de los derechos de las personas con algún tipo de discapacidad». La Sala destaca que el término discapacidad empleado en este precepto debe entenderse como «algún tipo de deficiencia a mediano y largo plazo».

Dicha disposición, sin pretender realizar un listado exhaustivo, señala que las barreras pueden ser:

> *a) Actitudinales: Aquellas conductas, palabras, frases, sentimientos, preconcepciones, estigmas, que impiden u obstaculizan el acceso en condiciones de igualdad de las personas con y/o en situación de discapacidad a los espacios, objetos, servicios y en general a las posibilidades que ofrece la sociedad;*
>
> *b) Comunicativas: Aquellos obstáculos que impiden o dificultan el acceso a la información, a la consulta, al conocimiento y en general, el desarrollo en condiciones de igualdad del proceso comunicativo de las personas con discapacidad a través de cualquier medio o modo de comunicación, incluidas las dificultades en la interacción comunicativa de las personas.*
>
> *c) Físicas: Aquellos obstáculos materiales, tangibles o construidos que impiden o dificultan el acceso y el uso de espacios, objetos y servicios de carácter público y privado, en condiciones de igualdad por parte de las personas con discapacidad.*

Al respecto, debe destacarse que, en el ámbito laboral, el trabajador tiene el derecho a que esas barreras comunicadas o conocidas por el empleador, sean mitigadas mediante los ajustes razonables en el trabajo que, según los define la convención en el artículo 2, consisten en:

[…] las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales.

Por tanto, el empleador tiene la obligación de realizar los ajustes razonables para procurar la integración al trabajo regular y libre (artículo 27 de la convención), en iguales condiciones que las demás. Para tales efectos la Sala entiende por ajustes razonables, una lista no cerrada de medidas o adaptaciones que los empleadores pueden implementar para eliminar o mitigar esas barreras y permitir la plena participación de las personas con discapacidad en el trabajo.

Asimismo, los ajustes razonables deben fundarse en criterios objetivos y no suponer «una carga desproporcionada o indebida» para el empleador. La determinación de la razonabilidad o proporcionalidad de los ajustes requeridos podrían variar, según cada situación, lo que implica para los empleadores hacer un esfuerzo razonable para identificar y proporcionar aquellos que sean

imprescindibles para las personas con discapacidad. Y en caso de no poder hacerlos debe comunicarle tal situación al trabajador.

Los ajustes razonables cobran relevancia al momento de lograr la integración laboral de las personas con discapacidad, máxime si se tiene en cuenta que el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en las Observaciones finales sobre el informe inicial de Colombia del año 2016, recomendó al Estado que «adopte normas que regulen los ajustes razonables en la esfera del empleo».

En suma, la protección de estabilidad laboral reforzada que refiere el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, a la luz de la convención analizada, se determina conforme a los siguientes parámetros objetivos:

a) La existencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial a mediano y largo plazo. Entiéndase por deficiencia, conforme a la CIF, «los problemas en las funciones o estructurales corporales tales como una desviación significativa o una pérdida»;

b) La existencia de una barrera para el trabajador de tipo actitudinal, social, cultural o económico, entre otras, que, al interactuar con el entorno laboral, le impiden ejercer efectivamente su labor en condiciones de igualdad con los demás;

c) Que estos elementos sean conocidos por el empleador al momento del despido, a menos que sean notorios para el caso.

Lo anterior puede acreditarse mediante cualquier medio probatorio, atendiendo al principio de la necesidad de la prueba y sin perjuicio de que, para efectos de dar por probados los hechos constitutivos de la discapacidad y los ajustes razonables, de acuerdo con el artículo 51 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el juez en el ejercicio del deber de decretar pruebas de oficio ordene practique la prueba pericial.

En el anterior contexto, la determinación de una situación de discapacidad analizada al amparo de la convención no depende de un factor numérico, pues mirarlo así sería mantener una visión que se enfoca en la persona y sus limitaciones. El baremo establecido en el manual de calificación de pérdida de capacidad laboral tiene vocación de ser aplicado en los campos de la seguridad social, para fines principales de aseguramiento, rehabilitación y prestacionales.

Así, a juicio de la Sala, sin que esto implique un estándar probatorio, sí es conveniente anotar que al momento de evaluar la situación de discapacidad que conlleva a la protección de estabilidad laboral reforzada, es necesario establecer, por lo menos, tres aspectos:

(i) La existencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, una limitación o discapacidad de mediano o largo plazo -factor humano-;

(ii) El análisis del cargo, sus funciones, requerimientos, exigencias, el entorno laboral y actitudinal específico -factor contextual-; y

(iii) La contrastación e interacción entre estos dos factores -interacción de la deficiencia o limitación con el entorno laboral-.

Si del análisis referido se concluye que el trabajador está en situación de discapacidad y la terminación del vínculo laboral es por esta razón, el despido es discriminatorio y, es preciso declarar su ineficacia por lo que procede el reintegro con el pago de salarios y demás emolumentos respectivos, junto con la orden de

los ajustes razonables que se requieran y la indemnización contemplada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Es importante reiterar que para despedir a una persona con discapacidad es necesario solicitar previamente el permiso del Ministerio del Trabajo; de no ser así, se activa una presunción de despido discriminatorio, la cual puede ser desvirtuada en juicio por parte del empleador (CSJ SL1360-2018). En tal caso, en un proceso judicial a las partes les concierne lo siguiente:

- *Para solicitar el amparo del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, el trabajador debe demostrar que tenía una discapacidad (deficiencia más barrera laboral, en los términos previamente descritos) y que el empleador conocía tal situación al momento del retiro o que era notoria.*

- *Para desestimar la presunción de despido discriminatorio, al empleador le corresponde probar que realizó los ajustes razonables y, en caso de no poder hacerlos, demostrar que eran una carga desproporcionada o irrazonable y que se le comunicó al trabajador. Igualmente,* ***puede acreditar que se cumplió una causal objetiva****, justa causa, mutuo acuerdo o renuncia libre y voluntaria del trabajador.*

Por otra parte, ***la Corporación recuerda que el empleador puede terminar el vínculo contractual si se cumple una causal objetiva*** *o justa causa y teniendo en cuenta que a la luz de la Convención sobre derechos de las personas con discapacidad también debe demostrar la realización de los ajustes razonables, o que no los hizo por ser desproporcionados o irrazonables.*

Por último, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función de unificación de la jurisprudencia, se aparta de las interpretaciones que consideran que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 aplica para personas que sufren contingencias o alteraciones momentáneas de salud o que padecen patologías temporales, transitorias o de corta duración toda vez que, conforme se explicó, ***la Convención y la ley estatutaria previeron tal protección únicamente para aquellas deficiencias de mediano y largo plazo que al interactuar con barreras de tipo laboral impiden su participación plena y efectiva en igualdad de condiciones con los demás. Aquí, vale precisar que las diferentes afectaciones de salud per se no son una discapacidad, pues solo podrían valorarse para efectos de dicha garantía si se cumplen las mencionadas características.”*** (Negrillas y subrayas fuera de texto)

Por su parte, la Corte Constitucional en sentencia SU 380 de 2021, precisó que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 ordena su aplicación no solo a las personas con una pérdida de capacidad laboral calificada como *moderada, severa o profunda,* por una autoridad competente, sino que se extiende a toda persona en condición de salud que impide o dificulta el normal ejercicio de sus funciones, sin que sea necesario conforme lo agregado por la citada SL1152 del 2023 la identificación de los porcentajes señalados en el artículo 7 del Decreto 2463 del 2001, para aquellos eventos causados con posterioridad a la entrada en vigencia de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad que lo fue el 10 de junio del 2011 .

En tal escenario, dice esa Corte, para definir la manera en que la situación de salud impacta el desempeño de las actividades laborales de la persona afectada, deben tenerse en cuenta aspectos como *"i) el examen médico de retiro; ii) las incapacidades médicas vigentes o previas al momento de terminación de la relación laboral, iii) los diagnósticos y tratamientos médicos ordenaros a la persona afectada y iv) accidentes de trabajo como causa de incapacidades médicas o dictámenes de calificación de la pérdida de la capacidad laboral (PCL)".*

Asimismo, en esa misma providencia consideró posible que el desempeño se dificulte por afectaciones de carácter psicológico o psiquiátrico, entre otros, cuando: "(*i) se acredita la presencia de estrés laboral; (ii) la existencia de tratamiento médico, incapacidades o recomendaciones laborales, al momento de la terminación del vínculo; (ii) que el accionante haya informado al empleador que enfrenta un bajo rendimiento por razones de salud; (iv) que la enfermedad persiste después de la terminación del vínculo; o (v) que la persona cuenta con un grado de pérdida de la capacidad laboral (aunque no sea moderada, severa o profunda)".*

En esa orientación habrá de ser el empleador quien corra con la carga de demostrar que el despido estuvo fundado en razones distintas a la situación de salud del trabajador, y si este se produjo sin autorización de la oficina del trabajo, debe presumirse que la decisión se motivó en las condiciones de salud del trabajador, presunción que puede verse confirmada por la existencia de síntomas notorios de la enfermedad, el trámite de incapacidades médicas, permisos para asistir a citas o recomendaciones médicas por medicina laboral, o que el trabajador haya sido despedido durante un periodo de incapacidad laboral, entre muchos otros (SU380 de 2021).

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 6850 de 2016, discurrió:

> *"…En efecto, la censura parece diferenciar entre las causas justas y las razones que pueden acompañar a una decisión de despido. Por eso mismo, a pesar de que reconoce que en este caso no medio una justa causa, dice que la razón del despido fue la escisión de la entidad y no la condición de discapacidad del trabajador. Con fundamento en ello, en últimas, arguye que en el evento en que se propicie un despido unilateral y sin justa causa, en todo caso, el trabajador debe demostrar que la decisión se dio por razón de su*

> *discapacidad y no por otros motivos, para que opere la especial garantía de estabilidad.*
>
> *Una interpretación de esas características no puede ser avalada por la Corte, por las razones que pasan a exponerse:*
>
> ***La interpretación que propone la censura torna totalmente nugatoria la garantía de estabilidad y le resta todo efecto útil a la disposición, pues pone en manos del empleador la facultad de despedir al trabajador discapacitado, libremente, con la sola condición de no motivar su decisión en función de la especial condición de discapacidad.***
>
> *(…)*
>
> *Dicha interpretación también insta al trabajador a que, en el marco de un despido sin justa causa, demuestre que* ***la razón real de la decisión estuvo dada en su condición de discapacidad, lo que resulta del todo desproporcionado e inaceptable para la Corte****…"* (Resaltado por la Sala)

Adicionalmente, en sentir de ese Alto Tribunal, con lo previsto en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 no se prohíbe el despido del trabajador en situación de discapacidad, sino que lo que se sanciona es que dicho acto esté precedido de un acto discriminatorio. Bajo tal entendido, si el motivo no es su estado biológico, fisiológico o psíquico, el resguardo no opera, de allí que la invocación de una justa causa al momento de poner fin al vínculo laboral excluya de suyo que la ruptura estuvo basada en el prejuicio de la discapacidad del trabajador y, en este escenario, se hace innecesario acudir al inspector del trabajo para obtener la autorización, porque el finiquito se soporta en una causal objetiva (Sentencia SL1360 del 11 de abril de 2018)[2]. Esta misma conclusión es compartida por la Corte Constitucional quien, en la plurimencionada sentencia de unificación determinó que "*la parte accionada desvirtuaría la presunción si acredita en sede judicial la existencia de una causa justa para terminar la relación".*

---

[2] *(…) Lo que atrás se afirma deriva del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, pues, claramente,* ***en ese precepto no se prohíbe el despido del trabajador en situación de discapacidad, lo que se sanciona es que tal acto esté precedido de un criterio discriminatorio.*** *Nótese que allí se dispone que «ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado* ***por razón de su limitación****», lo que, contrario sensu,* ***quiere decir que si el motivo no es su estado biológico, fisiológico o psíquico, el resguardo no opera."***

Lo anterior significa que la invocación de una justa causa legal excluye, de suyo, que la ruptura del vínculo laboral esté basada en el prejuicio de la discapacidad del trabajador. Aquí, a criterio de la Sala no es obligatorio acudir al inspector del trabajo, pues, se repite, quien alega una justa causa de despido enerva la presunción discriminatoria; es decir, se soporta en una razón objetiva." *(negrilla fuera del texto).*

En esa dirección, a tono con la postura jurisprudencial sobre esta materia, mientras al demandante le corresponde probar el estado de debilidad manifiesta, a la demandada AGUAS DE BOGOTÁ le atañe probar que la terminación operó por una justa causa o una causa legal – como lo alega en su recurso de apelación, desvirtuando de esta forma la mentada presunción.

En ese orden, aborda la Sala el estudio correspondiente respecto de la finalización del vínculo laboral del actor con Aguas de Bogotá S.A. E.S.P., pues es el argumento central del recurso de apelación, advirtiendo obra en las páginas 29 y 229 el expediente (Archivo 01) la comunicación dirigida al demandante el 8 de febrero de 2018, donde se le informa la terminación de la relación contractual a partir del 11 de febrero del 2018 en razón a la culminación de la obra por la expiración del Convenio Interadministrativo número 1.7-10200-809-2012 en los siguientes términos:

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

En esa dirección y teniendo en cuenta los argumentos expuestos en la alzada, conviene traer a colación el contenido de la cláusula segunda del *"Contrato individual de trabajo por duración de la obra o por la naturaleza de la labor determinada"*, suscrito por las partes que es del siguiente tenor (pág. 27 archivo 01 expediente digital):

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

De igual forma, se allegó como prueba la prórroga No. 21 del plazo de ejecución del contrato interadministrativo 1-07-10200-0809-2012 del 15 de enero de 2018 (fls. 227 y 228) suscrito entre el Acueducto de Bogotá y Aguas de Bogotá donde se indicó:

> *"(…)* ***CLAUSULAS: PRIMERA: OBJETO****. - Prorrogar el plazo de ejecución del Contrato citado en VEINTIOCHO (28) DÍAS CALENDARIO, esto es hasta*

> *el **12 de febrero de 2018** y adicionar su valor en la suma de ($16.972.317.000) M/TE, para un valor total del contrato de SEISIENTOS TREINTA Y CINCO MIL SEIS MILLONES OCHENTA Y TRES MIL CUATROSCIENTOS CUARENTA PESOS ($635.006.083.440) M/TE. …(…)"*

Pues bien, de conformidad con el material probatorio vertido al plenario, en especial las documentales citadas, a juicio de esta Sala de decisión, resulta evidente que como al inicio de este proveído se estableció la contratación del demandante se enmarcó dentro de los contratos denominados por obra o labor, dado que desde el inicio de ésta modalidad de vinculación (17/06/2013), en el mismo contrato (pág. 27 Archivo 01), se definió, que la actividad para la cual fue contratado era la de conductor y se supeditó la duración de su vínculo a la vigencia del convenio interadministrativo 1-07-10200-0809-2012.

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

Igualmente, ha de tenerse en cuenta que en casos como en el de autos donde lo alegado no es una justa causa **sino un modo legal de terminación**, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en sentencia SL 711 del 24 de febrero del 2021 indicó:

> *"Es cierto que, acorde con el actual criterio de la Corte, plasmado en la sentencia SL2586-2020, se indicó que, si bien en los contratos de trabajo a término fijo la expiración del plazo es un modo legal de terminación del vínculo, **sólo se tendrá como causal objetiva, si se demuestra la extinción de las causas que le dieron origen al contrato u ocaso de la necesidad empresarial,** pues si ello no ocurre, se presume que la decisión de no renovar el contrato estuvo revestida de una conducta discriminatoria."* (Subrayas y negrillas fuera de texto).

De esta manera y atendiendo las consideraciones expuestas por la Máxima Corporación, en este especial asunto encuentra la Sala, frente a la terminación del vínculo que ató a las partes, que el mismo en efecto **feneció por una causa legal** contenida en el C.S.T., artículo 61 literal "d", esto es, por **terminación de la obra o labor contratada**, pues no a otra conclusión se puede arribar, teniendo en cuenta que como se ha venido señalando, en el contrato de trabajo que ató a las partes y que finalizó el 11 de febrero de 2018 se estableció que el vínculo se supeditaba a la vigencia del convenio interadministrativo 1-07-10200-0809-2012 *(obra para la cual fue contratado el demandante)*, el cual conforme la modificación, denominada prórroga del plazo de ejecución del 15 de enero de 2018, finalizó el 12 de febrero de 2018 (págs. 227 y 228) y en ese orden, al tenor de la disposición normativa citada en precedencia, la encartada no requería autorización administrativa para la terminación del contrato, habida cuenta, que no se trata de una decisión unilateral, sino que desde el inicio del vínculo se estableció su duración, esto es por la vigencia de la obra o labor para la cual fue contratada.

En suma, las razones expuestas permiten concluir dentro del presente asunto la finalización del vínculo laboral se produjo fue en razón de un modo legal de terminación conforme lo dispone el artículo 61 del C.S.T. literal D, esto es, la *"terminación de la obra o labor contratada"* y no en razón de los padecimientos de salud del señor BELTRAN BELTRAN pues si bien gozaba de una incapacidad médica del 29 de enero del 2018 al 5 de febrero del 2018, prorrogada del 6 al 12 de febrero y luego del 13 al 27 de febrero del 2018 por el diagnostico de SINDROME DE MANGUITO ROTATORIO (págs. 37 a 39 archivo 01 expediente digital) acreditándose por ende dicha condición médica, lo cierto es que sumado a que no se probó que su padecimiento de salud generó la existencia de una barrera que le impidió al trabajador *"el ejercicio efectivo de su labor, en igualdad de condiciones que los demás",* esto es, alguna de tipo actitudinal, comunicativa o física (en los términos de la sentencia SL1152 de 2023), se tiene que la protección de la referida Ley 361 de 1997, esto es, la presunción de que el despido o terminación de la relación laboral surge por el estado de la salud del ex trabajador, estaría desvanecida en el presente asunto por cuanto se itera la demandada AGUAS DE BOGOTÁ logró acreditar que el fenecimiento de la relación laboral **obedeció a la configuración de una causal objetiva,** recuérdese una de las sentencias aquí citadas SL 1360 del 11 de abril de 2018

cuando expresa: "…***si el motivo no es su estado biológico, fisiológico o psíquico, el resguardo no opera*** *(…)."* y también lo considerado en la SL 711 del 24 de febrero del 2021 cuando indica:

> *"En ese orden, le corresponde al actor acreditar la circunstancia de discapacidad en cualquiera de los grados ya mencionados, para que se active la presunción,* ***y al empleador le incumbe entonces, demostrar que no fue por tal razón sino por una causa objetiva, que decidió finalizar el vínculo.*** *Esto como quiera que la prohibición contenida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, es la de despedir al trabajador por razón de su discapacidad, por lo que, al contrario, las decisiones motivadas en una razón objetiva no requieren ser autorizadas por la autoridad administrativa laboral"*

Advirtiéndose en consonancia con lo considerado por la H. Corte Suprema de Justicia en la citada sentencia SL1153 del 2023 en el presente asunto a la demandada pese a los padecimiento de salud del promotor del litigio (SINDROME DE MANGUITO ROTATORIO) no le era posible efectuar ajustes razonables en el trabajo del accionante, entendidos estos como "*las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales*" (Art 2 Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad), en tanto como ya se ha señalado el vínculo contractual finalizó por una causal objetiva -finalización de la obra o labor para la cual fue contratado el demandante-.

Por lo anterior, no puede concluirse que la terminación del vínculo contractual correspondió a un acto discriminatorio del estado de salud del actor, razón por la cual se revocará la decisión de primer grado en cuanto dispuso el pago de la indemnización de 180 días de salario contenida en la Ley 361 de 1997, modificándose igualmente el numeral primero de la sentencia conforme a lo aquí considerado.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR parcialmente el numeral **PRIMERO** de la sentencia proferida por la Juez 24 Laboral del Circuito de Bogotá, en cuanto a que se DECLARA que el señor RAFAEL ANTONIO BELTRAN BELTRAN estuvo vinculado con AGUAS DE BOGOTA S.A. ESP mediante un solo contrato de trabajo bajo 2 modalidades diferentes: a término fijo del 17 de diciembre de 2012 al 16 de junio del 2013, y por duración de la obra o por la naturaleza de la labor determinada, con fecha de inicio el 17 de junio de 2013 y el cual finalizó el 11 de febrero de 2018, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: REVOCAR el numeral **SEGUNDO y CUARTO** del fallo de primera instancia para en su lugar DECLARAR PROBADA la excepción de inexistencia del derecho reclamado y **ABSOLVER** a la sociedad demandada AGUAS DE BOGOTA S.A. E.S.P de la pretensión de indemnización de 180 días de salario establecida en Ley 361 de 1997, de acuerdo a lo considerado.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera correrán a cargo del demandante.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL

BOGOTA D.C.

SALA LABORAL.

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR JOSÉ ROSENDO MORENO MÉNDEZ CONTRA J.E. JAIMES INGENIEROS S.A. y POSITIVA CIA DE SEGUROS S.A. (RAD. 25 2014 0009 02).

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

AUTO

Sea del caso indicar que la apoderada de la demandada POSITIVA CIA DE SEGUROS S.A. al interponer el recurso de apelación contra la sentencia emitida en este asunto, adujo que invocaba a su vez un incidente de nulidad, soportándolo en el artículo 132 del C.G.P.

En esa orientación, conviene recordar que el artículo 29 de la Constitución Nacional consagra el debido proceso en todas las actuaciones judiciales y administrativas para que nadie pueda ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante el Juez o Tribunal competente, con observancia de las formas propias de cada juicio.

Para garantizar dichos postulados, el legislador en su sabio entender erigió en nulidades determinados vicios que impiden que exista el debido proceso, para efectos de no dejar al albedrío del interprete el determinar cuándo se da la violación.

Fue así entonces como se taxaron las nulidades que pueden invalidar la actuación surtida dentro de un proceso, como desarrollo del art. 29 de la Constitución, **por lo que no puede existir causal de nulidad distinta de las señaladas en el artículo 133 del Código General del Proceso.** Cosa diferente es que se configuren otras irregularidades, por lo que fuera de las taxativamente contempladas en la norma procesal, no existen otras nulidades o si se generan

no producen la invalidez de la actuación, salvo que tal yerro lleve consigo una violación al debido proceso o a las prerrogativas fundamentales de las partes.

En ese orden de ideas, se observa claramente que el extremo demandado POSITIVA COMPAÑIA DE SEGUROS S.A., no invocó ninguna causal prevista en el artículo 133 del C.G.P., siendo de gran relevancia dar a conocer dicha situación para emitir un pronunciamiento de fondo y verificar si los hechos se ajustan a lo normado, pues esta parte expuso de manera general actuaciones que no se ajustan a ninguna causal del contenido normativo en cita. Sobre este punto el articulo ibidem, señala:

> *"El proceso es nulo, en todo o en parte, solamente en los siguientes casos:*
>
> *1. Cuando el juez actúe en el proceso después de declarar la falta de jurisdicción o de competencia.*
>
> *2. Cuando el juez procede contra providencia ejecutoriada del superior, revive un proceso legalmente concluido o pretermite íntegramente la respectiva instancia.*
> *3. Cuando se adelanta después de ocurrida cualquiera de las causales legales de interrupción o de suspensión, o si, en estos casos, se reanuda antes de la oportunidad debida.*
>
> *4. Cuando es indebida la representación de alguna de las partes, o cuando quien actúa como su apoderado judicial carece íntegramente de poder.*
>
> *5. Cuando se omiten las oportunidades para solicitar, decretar o practicar pruebas, o cuando se omite la práctica de una prueba que de acuerdo con la ley sea obligatoria.*
>
> *6. Cuando se omita la oportunidad para alegar de conclusión o para sustentar un recurso o descorrer su traslado.*
>
> *7. Cuando la sentencia se profiera por un juez distinto del que escuchó los alegatos de conclusión o la sustentación del recurso de apelación.*
>
> *8. Cuando no se practica en legal forma la notificación del auto admisorio de la demanda a personas determinadas, o el emplazamiento de las demás personas aunque sean indeterminadas, que deban ser citadas como partes, o de aquellas que deban suceder en el proceso a cualquiera de las partes, cuando la ley así lo ordena, o no se cita en debida forma al Ministerio Público o a cualquier otra persona o entidad que de acuerdo con la ley debió ser citado.*
>
> *Cuando en el curso del proceso se advierta que se ha dejado de notificar una providencia distinta del auto admisorio de la demanda o del mandamiento de pago, el defecto se corregirá practicando la notificación omitida, pero será nula la actuación posterior que dependa de dicha providencia, salvo que se haya saneado en la forma establecida en este código.*
>
> ***PARÁGRAFO.** Las demás irregularidades del proceso se tendrán por subsanadas si no se impugnan oportunamente por los mecanismos que este código establece".*

En acatamiento de la anterior normatividad, considera la Sala que no es plausible analizar ninguna causal al no mencionarse por la recurrente alguna de ellas. Además, nótese que los artículos 134 y 135 del C.G.P., disponen:

> ***Artículo 134. Oportunidad y trámite. "****Las nulidades podrán alegarse en cualquiera de las instancias antes de que se dicte sentencia o con posteridad a esta, si ocurrieren en ella.*
>
> *La nulidad por indebida representación o falta de notificación o emplazamiento en legal forma, o la originada en la sentencia contra la cual no proceda recurso, podrá también alegarse en la diligencia de entrega o como excepción en la ejecución de la sentencia, o mediante el recurso de revisión, si no se pudo alegar por la parte en las anteriores oportunidades.*
>
> *Dichas causales podrán alegarse en el proceso ejecutivo, incluso con posterioridad a la orden de seguir adelante con la ejecución, mientras no haya terminado por el pago total a los acreedores o por cualquier otra causa legal.*
>
> *El juez resolverá la solicitud de nulidad previo traslado, decreto y práctica de las pruebas que fueren necesarias.*
>
> *La nulidad por indebida representación, notificación o emplazamiento, solo beneficiará a quien la haya invocado. Cuando exista litisconsorcio necesario y se hubiere proferido sentencia, esta se anulará y se integrará el contradictorio.".*
>
> ***Artículo 135. Requisitos para alegar la nulidad "****La parte que alegue una nulidad deberá tener legitimación para proponerla, expresar la causal invocada y los hechos en que se fundamenta, y aportar o solicitar las pruebas que pretenda hacer valer.*
>
> *No podrá alegar la nulidad quien haya dado lugar al hecho que la origina, ni quien omitió alegarla como excepción previa si tuvo oportunidad para hacerlo, ni quien después de ocurrida la causal haya actuado en el proceso sin proponerla.*
>
> *La nulidad por indebida representación o por falta de notificación o emplazamiento solo podrá ser alegada por la persona afectada.*
>
> *El juez rechazará de plano la solicitud de nulidad que se funde en causal distinta de las determinadas en este capítulo o en hechos que pudieron alegarse como excepciones previas, o la que se proponga después de saneada o por quien carezca de legitimación.".*

En acatamiento de lo anterior, es claro que la normatividad de manera clara prevé que se podrá alegar la nulidad en cualquiera de las instancias **antes** de que se dicte sentencia o con posteridad a esta, si ocurrieren en ella, así mismo, se plasma que la parte que alegue una nulidad deberá tener legitimación para proponerla, **expresar la causal invocada** y los hechos en que se fundamenta, y aportar o solicitar las pruebas que pretenda hacer valer, supuestos que no satisfizo la demandada POSITIVA CIA DE SEGUROS S.A. al interponer el incidente de nulidad.

De igual forma, el artículo 132 del C.G.P. en efecto prevé que, "*agotada cada etapa del proceso el juez deberá realizar un control de legalidad para corregir o sanear los vicios que configuren nulidades u otras irregularidades del proceso, las cuales, salvo que se trate de hechos nuevos,* ***no se podrán alegar en las etapas siguientes…",*** debiéndose entonces acatar dicho postulado en esta alzada.

En síntesis, esta Sala de Decisión no encuentra mérito alguno para dar trámite a un incidente de nulidad aún más cuando los argumentos de la misma están subsumidos en el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia, aspectos que serán analizados con posterioridad.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

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

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión de los recursos de apelación interpuestos por la parte actora y la demandada POSITIVA CIA DE SEGUROS S.A., contra la sentencia proferida por el Juzgado 1º Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, creado por los Acuerdos PCSJA22-11918 y

CSJBTA22-15 del 2 de febrero y 1° de marzo de 2022, el 23 de mayo del 2022 (Audiencia virtual archivo 09, récord: 55:06), en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO: DECLARAR** que entre **JOSÉ ROSENDO MORENO MÉNDEZ** y la sociedad **J.M. JAIMES INGENIEROS S.A**., existió un contrato de obra o labor que inició el 17 de diciembre de 2007 y finalizó el 7 de noviembre de 2009 en el que el demandante se desempeñó como ayudante de obra y devengó un salario mínimo legal mensual vigente.*
>
> ***SEGUNDO: CONDENAR** a **POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.,** a reconocer y pagar a **JOSÉ ROSENDO MORENO MÉNDEZ** la pensión de invalidez a partir del 5 de enero de 2010 en cuantía de $515.000 y en razón a 13 mesadas anuales, valor que se deberá incrementarse a partir del 1º de enero de 2011 en la misma proporción del salario mínimo legal mensual vigente para cada anualidad.*
>
> ***TERCERO: CONDENAR** a **POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.** a reconocer y pagar a **JOSÉ ROSENDO MORENO MÉNDEZ** la suma de $106.796.117 por concepto de mesadas pensionales retroactivas causada desde el 19 de diciembre de 2010 hasta el 30 de mayo de 2022, suma que deberá indexarse desde el momento de su causación hasta el momento de su pago efectivo de conformidad con el IPC, certificado por el DANE, del cual se autoriza a realizar los descuentos de salud correspondientes.*
>
> ***CUARTO: DECLARAR** probadas las excepciones de prescripción e inexistencia de la obligación respecto de la sociedad **J.M. JAIMES INGENIEROS S.A**. y parcialmente probada la excepción de prescripción propuesta por **POSITIVA** en cuanto a las mesadas del 5 de enero de 2010 al 19 de diciembre de 2010 y el despacho se declara relevado de los demás medios exceptivos planteados por las pasivas en sus contestaciones.*
>
> ***QUINTO: ABSOLVER** a **J.M. JAIMES INGENIEROS S.A.** de todas y cada una de las pretensiones de la demanda conforme quedó explicado en la parte motiva de esta decisión*
>
> ***SEXTO: COSTAS** serán a cargo de POSITIVA, Tásense las agencias en derecho conforme lo establece el acuerdo PSA A1610554 del Consejo Superior de la judicatura en un salario mínimo legal mensual vigente.*
>
> ***SÉPTIMO:** En caso de no ser apelada la presente decisión remítase ante la honorable Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, a fin de que se surta el grado jurisdiccional de consulta contenido en el artículo 69 del código procesal laboral a favor de POSITIVA conforme su naturaleza jurídica establecida en el Decreto 1678 de 2016.".*

Inconforme con la decisión el apoderado del demandante interpuso recurso de apelación[1] argumentando, se absolvió de las pretensiones incoadas a la empresa

---

[1] ***Recurso Demandante, récord: 58:17: "**Su señoría yo interpongo recurso de apelación que pasaré a sustentar de la siguiente manera:*

*El despacho está absolviendo de las pretensiones incoadas contra **J.M. JAIMES INGENIEROS S.A**, de todas las pretensiones y incoadas y entonces el recurso va encaminado a que el superior revoque esa decisión respecto de las pretensiones de todas y cada una de las pretensiones y incoadas en contra de **J.M. JAIMES INGENIEROS S.A** y se acceda a dichas pretensiones, en segundo lugar su señoría el despacho está decretando una prescripción que no comparto teniendo en cuenta que si bien el artículo 488 del código Sustantivo del Trabajo y los artículos 155 y 151 del Código Procesal Laboral establecen un término de 3*

*años para presentar la reclamación debe entenderse que esta reclamación administrativa puede ser tanto administrativa como judicial y a folio 65 y 66 obra su señoría eh acta de demanda radicada bajo el radicado 200012826 que conociera el Juzgado 35 Laboral del Circuito de esta ciudad, en donde en dicha audiencia la audiencia primera de trámite fue rechazada la demanda por las excepciones que se que se propusieron por **J.M. JAIMES** y por **POSITIVA**, entonces su señoría en ese sentido a folio 65 y 66 está el auto por medio del cual se decretó el rechazo de esa demanda, al haberse notificado esta demanda constituye más que suficiente la reclamación que bien puede ser por vía administrativa o vía judicial en ese en ese entendido su señoría hay que interrumpir dicha prescripción.*

*Ahora bien su señoría obsérvese que **J.M. JAIMES** da por terminado la relación laboral del señor **JOSÉ ROSENDO MORENO MÉNDEZ** como lo indica el folio 48 dónde indica que la incapacidad del 24 de noviembre va hasta el 23 de diciembre, si bien es cierto que para esa fecha el señor **JOSE ROSENDO** debía haber acreditado para que se le garantizará la estabilidad laboral reforzada de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, debía haber acreditado una pérdida de capacidad laboral entre el 11 al 15% también es cierto que no se pretende alegar aquí un desconocimiento de o desconocimiento de la norma por parte de mi representado, pero se debe tener en cuenta que dentro de su capacidad es una persona que tiene una grave deformación que escasamente le permite firmar un documento, entonces no tenía la imaginación o el alcance de que, contra dicha decisión emitida en primera instancia por la ARL en la cual se determinó el porcentaje de pérdida de capacidad laboral, procederían los recursos y cómo se interpondrían y cómo los sustentaría ósea su capacidad, su ignorancia no le permitió comprender dicha situación por ello probablemente pudo haber guardado silencio, entonces su señoría de haber utilizado los medios que nos da nuestro ordenamiento de seguro que las cosas en ese momento hubieran cambiado para él porque porque se hubiera determinado como se indica en la en la calificación que se hizo en en la Junta Regional cuando ya se interpuso la demanda esa diferencia, si es una enfermedad progresiva pero obsérvese que durante todo ese tiempo está demostrado con la respectiva historia clínica su señoría durante todo ese tiempo después de la terminación de la relación laboral el señor ROSENDO siguió con en periodo de incapacidad y en proceso de tratamiento de sus patologías que padecía en ese momento y que hasta la fecha todavía está, entonces, cómo se puede ver su señoría esa situación pudo haber cambiado sustancialmente entonces de revaluarse esa esa decisión.*

*Ahora bien su señoría de otra parte téngase en cuenta que a folio 150 la relación laboral inicia el 17 de diciembre de 2007 y nosotros estamos hablando del contrato Chivor de repotenciación Chivor SLTE 230, para ese proyecto fue contratado el señor **JOSE ROSENDO MORENO** y él no tiene su señoría acceso a dicha información por la confidencialidad que aquí existe entre el contratante y contratista para el manejo de su información, pero sí sorprende su señoría que la empresa le dé por terminado a partir del 7 de noviembre cuando existía o se había suscrito otro contrato de la misma naturaleza, como lo es el contrato CT-EMT 235 de 2009, a folio 35 el cual dice: "fecha de iniciación 9 de octubre de 2009 y fechas de terminación abril 8 de 2010", entonces no es que su señoría no se haya probado o se haya demostrado que esa obra o labor se haya terminado, aquí lo que se da es que si bien no se indica que es una prórroga de ese contrato entonces su señoría igual, teniendo en cuenta que para la fecha de la terminación de ese contrato el señor aún se encontraba ahí en periodo de incapacidad entonces, cómo se explica o cómo se entiende que se está contraviniendo nuestro ordenamiento, se le da por terminado el contrato al señor **JOSÉ ROSENDO** por parte de **J.M. JAIMES**, entonces por eso solicitó muy respetuosamente que el superior, teniendo en cuenta esas premisas su señoría, se decrete se revoque la decisión que se está tomando por el Juzgado Primero Civil del Circuito Transitorio de la ciudad de Bogotá y en su efecto se accedan a cada una de las pretensiones incoadas respecto de la empresa **J.M. JAIMES INGENIEROS S.A.,** que tienen que ver su señoría con la declaración de ineficacia de la terminación del contrato de ineficacia terminación del contrato de trabajo, el reintegro del señor **JOSE ROSENDO MORENO MENDEZ** a las labores que desempeñaba y al pago de todos los emolumentos que se pudieron haber causado desde el 7 de noviembre de 2009 hasta la fecha, tales como salarios, primas, vacaciones, aportes al sistema aporte al Sistema de Seguridad Social tanto en salud como en pensión y la sanción contemplada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1996 y su señoría igualmente se tenga en cuenta que se revoque la decisión respecto de la decisión de declarar prescritos tanto para **JAIMES** como para POSITIVA, algunas de las pretensiones solicitadas en este proceso, teniendo en cuenta su señoría primero como usted lo acaba de indicar en el caso de positiva la fecha de estructuración se está generando a partir del 5 de enero de 2010 y su señoría teniendo en cuenta los folios 65 y 66 donde las vinculadas asistieron a dicha diligencia eh primera audiencia de trámite en ese proceso, ese hecho o acontecimiento interrumpe el término de prescripción tanto para las mesadas que usted se ha indicado como para los períodos alegados o conceptos respecto de **J.M. JAIMES INGENIEROS S.A**. entonces su señoría en ese sentido queda sustentado el presente recurso de apelación solicitando como se ha indicado que sea revocado el fallo en su integridad respecto de la empresa **J.M. JAIMES** para que se acceda a cada una de las pretensiones que se invocó en la demanda principal y respecto y a la **ARL POSITIVA** se revoque el período declarado prescrito teniendo en cuenta lo manifestado y que se encuentra soportado a folio 65 y 66".*

J.M. JAIMES INGENIEROS S.A, así como se declaró la prescripción, la cual no se comparte, teniendo en cuenta que si bien el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo y los artículos 155 y 151 del Código Procesal Laboral establecen un término de 3 años para presentar la reclamación debe entenderse que esta reclamación administrativa puede ser tanto administrativa como judicial, pues se aportó el acta de audiencia radicada bajo el radicado 200012826 que conociera el Juzgado 35 Laboral del Circuito de esta ciudad, en donde se celebró la primera audiencia de trámite y en la misma fue rechazada la demanda por las excepciones que se propusieron por parte de J.E. JAIMES, entonces, al haberse notificado esta demanda constituye más que suficiente la reclamación que bien puede ser por vía administrativa o vía judicial siendo viable que se dé por interrumpida la prescripción.

Agregó, J.E. JAIMES da por terminado la relación laboral del señor JOSÉ ROSENDO MORENO MÉNDEZ encontrándose incapacitado, pese a que debía garantizársele la estabilidad laboral reforzada de que trata la Ley 361 de 1997, pues si bien no acreditó una PCL superior al 15% en dicha época, también lo es que, no se pretende alegar un desconocimiento de la norma, pero se debe tener en cuenta que dentro de su capacidad el actor es una persona que tiene una grave deformación que escasamente le permite firmar un documento, entonces no tenía la imaginación o el alcance de que, contra la decisión emitida en primera instancia en la cual se determinó el porcentaje de pérdida de capacidad laboral equivalente al 0%, procederían los recursos y cómo se interpondrían y cómo los sustentaría, pues su ignorancia no le permitió comprender dicha situación, por ello probablemente pudo haber guardado silencio.

Insistió, de haber utilizado los medios que brinda el ordenamiento jurídico de seguro que las cosas en ese momento hubieran cambiado para el demandante porque se hubiera determinado una calificación superior, ya que se trata de una enfermedad progresiva, obsérvese, durante todo ese tiempo está demostrado con la respectiva historia clínica que después de la terminación de la relación laboral el señor JAIME ROSENDO siguió en periodo de incapacidad y en proceso de tratamiento de las patologías que padecía.

Téngase en cuenta que la relación laboral inició el 17 de diciembre de 2007 para laborar dentro del contrato de repotenciación Chivor SLTE 230, para ese proyecto fue contratado el señor JOSE ROSENDO MORENO y él no tiene acceso a la información de contratistas que por temas de confidencialidad existe entre el contratante y contratista, pero sí sorprende que la empresa le dé por terminado a partir del 7 de noviembre de 2009 cuando existía o se había suscrito otro contrato de la misma naturaleza, como lo es el contrato CT-EMT 235 de 2009, el cual tiene como fecha de iniciación 9 de octubre de 2009 y terminación abril 8 de 2010, entonces, no es que se haya demostrado que esa obra o labor se haya terminado, aquí lo que se da es una prórroga del contrato teniendo en cuenta que para la fecha de la terminación el actor se encontraba en periodo de incapacidad, siendo procedente acoger las pretensiones dirigidas a la declaración de ineficacia de la terminación del contrato de trabajo, y ordenar el reintegro del señor JOSÉ ROSENDO MORENO MÉNDEZ a las labores que desempeñaba y al pago de todos los emolumentos que se pudieron haberse causado desde el 7 de noviembre de 2009 hasta la fecha, tales como salarios, primas, vacaciones, aportes al sistema aporte al Sistema de Seguridad Social tanto en salud como en pensión y la sanción contemplada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1996.

En este orden solicitó, se tenga en cuenta que las aquí demandadas asistieron a la primera audiencia celebrada dentro del primer proceso que conoció el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá en su momento, lo que generó la interrupción de la prescripción.

Por su parte, la demandada POSITIVA CIA DE SEGUROS S.A., recurrió la decisión manifestando[2], la inconformidad principal sobre la cual recae el recurso

[2] ***Recurso Positiva, récord: 1:20:43: "****Gracias su señoría haciendo esto la oportunidad procesal me permito solicitar la Sala Laboral del Tribunal del Circuito que le preside interpongo el recurso de apelación contra la sentencia que acaba de proferir el despacho en su totalidad en el sentido que dispuso condenar a mi mandante al reconocimiento de una prestación económica a cargo a favor del señor* ***JOSÉ ROSENDO MORENO MÉNDEZ****, la inconformidad principal sobre la cual recae el recurso de alzada parte de la imposibilidad que se tuvo para efectos de contradecir el dictamen emitido por la Universidad Nacional y que cuestiona precisamente el dictamen de la Junta Regional de Calificación, sucede que mediante memorial del 20 de abril le solicitamos al despacho a través de correo electrónico se indicará el valor de las expensas del dictamen para efectos de poder controvertir la prueba situación jurídica pues que el despacho omitió no solamente al momento de transitar en el artículo 80 del Código Procesal cuando hace la práctica de las pruebas sino inclusive al momento de proferir la sentencia de esta manera habría una negación para la compañía que representó de una prueba que es de vital importancia o sustancia natural para la defensa jurídica de la compañía y a juicio de las suscrita no solo estaría interponiendo el recurso alzada diciendo que se el despacho se abstuvo de decirle a la defensa cuál era el valor de las expensas pese a que se solicitó y se describió pues la intención de pagar las estaríamos entonces en dos situaciones jurídicas.*

de alzada parte de la imposibilidad que se tuvo para efectos de contradecir el dictamen emitido por la Universidad Nacional (sic) y que cuestiona precisamente el dictamen de la Junta Regional de Calificación, esto atendiendo que mediante memorial del 20 de abril le fue solicitado al *a quo* a través de correo electrónico se indicará el valor de las expensas del dictamen para efectos de poder controvertir la prueba, situación jurídica que el despacho omitió no solamente al momento de transitar en el artículo 80 del Código Procesal cuando practicó las pruebas sino inclusive al momento de proferir la sentencia. Consideró, de esta manera habría una negación para la compañía de una prueba que es de vital importancia o para la defensa jurídica.

Narró, teniendo en cuenta los dictámenes de la Junta Regional y la Universidad Nacional (sic) que obran en el expediente, se debe verificar por qué existe un piso tan diferente o un salto tan brusco entre un dictamen y otro, destacándose el porcentaje o los criterios de definición del dictamen que se encuentran más que definidos y esa es la tarifa de la prueba que omitió validar el juez de primer grado y sobre lo cual se presenta la alzada

---

Primero poniéndonos al dictamen sobre lo cual se desarrolló la sentencia teniendo como prueba importante el reconocimiento de un porcentaje cero para el reconocimiento o el derecho prestacional que se debate y que fue definido por la Junta Regional al emitir el dictamen que obra en el expediente y sobre el cual se solicita a la sentencia de segunda instancia verificar o al juez de segunda instancia verificar, porque existe un piso tan diferente, un salto tan brusco entre un dictamen de la Junta Regional y uno expedido por un tercero que sería la Universidad Nacional, la acreditación además del porcentaje o los criterios de definición del dictamen pues se encuentran más que definidos en esta documental y esa es la tarifa de la prueba que omitió validar el despacho y sobre lo cual pues se presenta la alzada pero además encontramos una nulidad procesal, sobre lo cual también se abre ese incidente acudiendo al artículo 132 del Código General en virtud del principio de aplicación a la analogía que describe el Código Procesal del Trabajo pues en encontramos una diferencia abismal en el control de legalidad en este tema de la virtualidad, siendo claro que también nos hace un poco difícil la defensas jurídica porque pues ya no contamos con el expediente físico, pese a que pues solicitamos en su momento el valor de las expensas para cumplir el mandato el despacho omite verificar este correo electrónico y esa cadena de errores pues hace que se conozca una sentencia contraria a lo que se buscaba que no es otra cosa que se establezca la verdad procesal entonces en esa línea pues tratándose un tema médico y técnico el despacho no válida la prueba y toma una decisión fundada en un dictamen que controvierte de la línea de cierre que en este caso sería la Junta Regional de Calificación, teniendo en cuenta además los antecedentes de que no se impugnó en su oportunidad procesal por la parte demandante cuando podía hacerlo.

Sobre estos presupuestos pues estamos solicitándole a la Sala Laboral que no hay lugar entonces al reconocimiento de la prestación económica más cuando el dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez que se profirió el 4 de febrero del 2010 ya había determinado porcentaje de pérdida de capacidad laboral y es del 0% esa calificación a todas luces distante del criterio que adoptó el despacho con el dictamen de la Junta emitido por la Universidad Nacional, pues controvierte el reconocimiento de la prestación por invalidez que aquí se debate y ese porcentaje que es el que entraría a definir ese estado de invalidez de qué habla la Ley 776 del 2012 en su artículo 9º, que en criterio la suscrita pues sumado al artículo 3º que ya es el el porcentaje de calificación se entendería entonces que no hay lugar al reconocimiento de la prestación económica: por no cumplirse en las condiciones procesales para poder obtener de manera debida a la cadena de prueba y dos porque de pasar de 0% al 50 o más del 50% para el reconocimiento de la prestación es un punto que debió y debe atacarse a través precisamente no solo de un dictamen sino de una controversia real y en ese sentido interpongo recurso de apelación y además desató el incidente de nulidad que trata el artículo 132 para que se surta el trámite correspondiente, muchas gracias.

De otra parte, evidenció una nulidad procesal, acudiendo al artículo 132 del Código General en virtud del principio de aplicación analógica que describe el Código Procesal del Trabajo, ya que encontró una diferencia abismal en el control de legalidad en este tema de la virtualidad, siendo claro que es un poco difícil la defensa jurídica porque ya se cuenta con el expediente físico, pese a que se solicitó en su momento el valor de las expensas para cumplir el mandato, situación que omitió el juzgador al no verificar este correo electrónico y esa cadena de errores hace que se profiera una sentencia contraria a los intereses de la ARL, debiéndose buscar la verdad procesal al tratarse de un tema médico y técnico.

En su sentir, no hay lugar al reconocimiento de la prestación económica más cuando el dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez que se profirió el 4 de febrero del 2010 ya había determinado porcentaje de pérdida de capacidad laboral del 0%, criterio a todas luces distante del dictamen emitido por la Universidad Nacional (sic), pues se controvierte el reconocimiento de la prestación por invalidez ya que el porcentaje es el que entraría a definir ese estado de invalidez de qué habla la Ley 776 del 2012 en su artículo 9º. Acotó, sin ese porcentaje no hay lugar al reconocimiento de la prestación económica, por no cumplirse las condiciones procesales para poder obtener de manera debida la cadena de prueba y porque de pasar de 0% al 50% o más del 50% para el reconocimiento de la prestación es un punto que debe atacarse no solo a través de un dictamen sino de una controversia real.

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante, señor JOSÉ ROSENDO MORENO MÉNDEZ, las pretensiones visibles en las páginas 4 a 5 del Archivo 01 expediente digital, las cuales encontraron soporte en los fundamentos fácticos de páginas 2 a 3 del mismo archivo, encaminadas a declarar de manera principal, que entre la sociedad comercial J.M JAIMES INGENIEROS S.A, y el actor existió un contrato de trabajo de obra o labor

contratada, teniendo una vigencia de 22 meses y 20 días, comprendido entre el periodo del diecisiete (17) de diciembre de 2007 al 07 de noviembre de 2009, que para los efectos legales, y para el reconocimiento y pago de las indemnizaciones a que haya lugar, se declare que no ha habido solución de continuidad en la prestación del servicio, desde el 07 de noviembre de 2009 hasta la fecha. Como consecuencia de lo anterior, se ordene a J.M JAIMES INGENIEROS S.A, reintegrar al señor JOSÉ ROSENDO MORENO MÉNDEZ, a las labores que venía desempeñando y de ser necesario reubicar dentro de la planta de personal de la empresa en un cargo apto para lograr un desempeño laboral adecuado y compatible con su estado de salud, ordenando el pago de salarios, prestaciones sociales, vacaciones, el pago de aportes con destino al sistema de seguridad social (Pensiones, Salud y ARL), se ordene a la ARL el reconocimiento de la pensión de invalidez conforme al dictamen que se llegue a emitir dentro del proceso.

De manera subsidiaria, suplicó, la empresa demandada debe pagar la sanción contemplada en el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el articulo 28 de la ley 789 de 2002 junto con el pago de (180) días de salario, por dar por terminado el contrato de trabajo sin cumplir con los requisitos que prevé el articulo 26 de la Ley 361 de 1997, indexación o intereses a la fecha del pago y costas del proceso.

Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus aspiraciones, por cuanto en primer lugar, se declaró que entre el señor JOSÉ ROSENDO MORENO MÉNDEZ y la sociedad J.M. JAIMES INGENIEROS S.A., existió un contrato de obra o labor que inició el 17 de diciembre de 2007 y finalizó el 7 de noviembre de 2009, desempeñándose el demandante como ayudante de obra y devengando un 1 smmlv. Se condenó a POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. a reconocer y pagar al actor la pensión de invalidez a partir del 5 de enero de 2010 en cuantía de $515.000 y en razón a 13 mesadas anuales, valor que se deberá incrementar a partir del 1º de enero de 2011 en la misma proporción del salario mínimo legal mensual vigente para cada anualidad, condenándose al pago del retroactivo causado desde el 19 de diciembre de 2010 hasta el 30 de mayo de 2022 por valor de $106.796.117, suma que deberá indexarse al momento de su pago efectivo de conformidad con el IPC certificado por el DANE, del cual se autoriza a realizar los descuentos de salud

correspondientes, se declararon probadas las excepciones de prescripción e inexistencia de la obligación respecto de la sociedad J.M. JAIMES INGENIEROS S.A. y parcialmente probada la excepción de prescripción propuesta por POSITIVA en cuanto a las mesadas del 5 de enero de 2010 al 19 de diciembre de 2010 y se condenó en costas a cargo de la demandada POSITIVA. Así mismo, en el No. 7º de la sentencia se ordenó surtir el grado jurisdiccional de consulta contenido en el artículo 69 del Código Procesal Laboral a favor de POSITIVA. **Lo anterior tras considerar la *a quo*,** el demandante fue contratado por J.E. JAIMES conforme al contrato de obra o labor aportado al plenario, dando por acreditada la relación laboral entre el 17 de diciembre de 2007 al 7 de noviembre de 2009. Frente a la ineficacia de la terminación prevista en la Ley 361 de 1997 indicó, el actor sufrió un accidente de trabajo el 02 febrero de 2008, así como fue titular de incapacidades expedidas entre el 20 de abril de 2008 al 13 de marzo de 2010, además a la fecha de terminación el demandante había sido titular de una calificación por SaludCoop donde le otorgó una deficiencia del 0% de PCL, mediante dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez se otorgó una PCL del 0%, el Dictamen de Universidad de Antioquia de fecha 26 de septiembre de 2019, por medio del cual se le otorga al actor el 54,2% de PCL, de manera que no es suficiente que al momento del despido el trabajador estuviera con quebrantos de salud ya que debía tener una calificación, precisó, la norma protege al trabajador que se encuentre discapacitado y no incapacitado como lo era el caso del actor, por lo que al momento de la terminación del contrato, el demandante ya había sido calificado por el 25 de junio de 2009 por POSITIVA, quien emitió una calificación del 0%, no encontrando vulneración alguna al actor ya que no acreditó el grado de discapacidad que lo aquejaba, absolviendo de este pedimiento así como de la sanción prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Frente a la indemnización por despido sin justa causa del artículo 64 del C.S.T., observó que la empresa allegó acta de liquidación donde se constata que se liquidó el contrato, no obstante no se puede observar que el proyecto hubiera terminado de manera efectiva, siendo procedente en principio acceder a esta petición empero, dada la prosperidad de la prescripción no accedió a condenar, dado que la relación culminó el 7 de noviembre de 2009 sin que se presentara reclamación escrita por el trabajador, con lo cual se hubiera interrumpido este

fenómeno y la demanda se presentó el 19 de diciembre de 2013, por ello el derecho anhelado lo encontró encuentra prescrito.

Con relación a la pensión de invalidez, le dio valor probatorio al Dictamen de Universidad de Antioquia de fecha 26 de septiembre de 2019, por medio del cual se le otorga al actor el 52,2% de PCL, siendo de origen laboral, ya que se evaluaron todas las deficiencias y patologías al actor, siendo la experticia más reciente, pudiendo acceder el actor a la prestación a partir del 5 enero de 2010 al ser la fecha de estructuración establecida en el dictamen sobre 13 mesadas anuales, declarando al efecto que las mesadas prescriben y al efecto debe reconocerse el retroactivo desde el 19 de diciembre de 2010 al 30 de mayo de 2022, fecha esta última de la sentencia,

Establecido lo anterior se abordará el estudio del recurso de apelación interpuesto por el apoderado del demandante y la apoderada de la enjuciada POSITIVA CIA DE SEGUROS S.A., en los puntos objeto de censura, atendiendo el principio de consonancia (artículo 66A del C.P.T. y de la S.S.), pues recuérdese que es el apelante quien delimita el ámbito sobre el cual ha de recaer la decisión de segunda instancia (tantum devolutum quantum apellatum).

Previo a desatar los recursos, sea del caso indicar que el grado jurisdiccional de **CONSULTA** no se surtirá en este proceso, pese a lo ordenado en el numeral 7º de la sentencia recurrida, por cuanto la demandada POSITIVA CIA DE SEGUROS S.A., si bien está sometida al régimen de empresas industriales y comerciales del Estado de conformidad con el artículo 97 de la Ley 489 de 1998 no es **garante** de las condenas impuestas.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia en su Sala Laboral mediante sentencia SL7334-2020, se pronunció en un caso donde intervino la sociedad POSITIVA CIA DE SEGUROS S.A., discurriendo:

> "*Para resolver se hace necesario recordar que en virtud de lo dispuesto en el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social y la modificación introducida por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, «el grado jurisdiccional de consulta debe surtirse cuando las sentencias de primera instancia, fueren totalmente adversas a las pretensiones del trabajador, afiliado o beneficiario (...) si no fueren apeladas y cuando fueren adversas a la Nación, al Departamento o al Municipio o a aquellas entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante»*

> *Así mismo, es pertinente destacar que desde entonces se ha decantado sobre el rigor jurídico que los jueces deben ejercer al momento de decidir si en un determinado caso es procedente o no surtir el grado jurisdiccional, labor que implica auscultar las distintas prerrogativas que posicionen a la Nación como garante de las obligaciones de las entidades descentralizadas.*
>
> *De conformidad con el certificado de la Superintendencia Financiera que obra a folio 1 – 3 de los anexos del escrito de tutela, que dispone «Entidad aseguradora, organizada como sociedad anónima que como consecuencia de la participación mayoritaria del Estado, tiene el carácter de entidad descentralizada indirecta del nivel nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y capital independiente, sometida al Régimen de Empresas Industriales y Comerciales del Estado [...].», lo que se encuentra en concordancia con lo dispuesto en el Decreto 1234 de 2012.*
>
> *De lo anterior se desprende, que si bien de su naturaleza jurídica emana que es una entidad descentralizada, lo cierto es que no se avizora evento en el que la Nación actúe como garante de las obligaciones de la entidad aseguradora, máxime cuando no existe mandato expreso que así lo disponga; surge entonces indiscutible que no debía surtirse el grado jurisdiccional de consulta, en la medida que no se cumplen los presupuestos consignados en el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que modificó el 69 del C.P.T. y S.S., tal como lo decidió el Ad quem.*
>
> *En un caso de similar situación fáctica, como el que hoy se analiza, tuvo oportunidad de pronunciarse esta Corporación, mediante decisión CSJ STL4419-2017, 22 mar. 2017 (...)".*

Dejado claro lo anterior, la apelación de la pasiva en primer lugar, se concreta al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez a su cargo, declaración que soportó la *a quo* en el dictamen del 26 de septiembre de 2019.

Para resolver lo pertinente, se advierte, el Decreto 2463 de 2001, estableció en su artículo 6°, que la calificación del origen del accidente, enfermedad o muerte debe ser realizada por la institución prestadora de servicios de salud que atendió a la persona por motivo de la contingencia en primera instancia y por la entidad administradora de riesgos laborales en segunda y si se presentan discrepancias por el origen, éstas deben ser resueltas por la Junta Regional y, en caso de apelación por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez.
De igual forma, en el artículo 11 del citado decreto se establece que los dictámenes de las juntas de calificación de invalidez no son actos administrativos y las controversias que surjan con ocasión de éstos, pueden ser sometidas a un control ante la jurisdicción ordinaria laboral, que abarca tanto el origen de la enfermedad o accidente, como del grado de pérdida de la capacidad laboral.

Adicionalmente, es claro que la determinación de la pérdida de capacidad laboral debe realizarse con sujeción al Manual Único para la Calificación de Invalidez,

expedido por el Gobierno Nacional, de acuerdo con el cual, el dictamen debe contemplar los criterios técnicos de evaluación, para calificar la imposibilidad que tenga el afectado de desempeñar su trabajo por la pérdida de la capacidad laboral, además de contener detalladamente los fundamentos de derecho y de hecho que dan lugar al resultado.

Y es así, que el Decreto 2463 de 2001, especialmente en su artículo 9º, determina que las calificaciones del origen y **grado de pérdida de la capacidad laboral**, se deben fundamentar en las historias clínicas, reportes, valoraciones o exámenes médicos periódicos, fruto de una calificación integral, para establecer la deficiencia, discapacidad y minusvalía, de acuerdo con todas las afectaciones de la persona. Así mismo, los dictámenes que se emitan en tal sentido deberán contener los aspectos señalados en el Decreto 1072 de 2015[3] así como la calificación integral que dispone el artículo 2.2.5.1.50[4].

En el caso de marras se allegó como prueba documental la siguiente:

a) Páginas 10 a 12, archivo 01. Contrato de trabajo por obra o labor contratada suscrito por el demandante y la sociedad J. E. JAIMES INGENIEROS S.A., para ejercer el cargo de ayudante de obra en el proyecto Repotenciación Chivor S/E 230 KV, suscrito el 17 de diciembre de 2007.

---

[3] ***ARTÍCULO 2.2.5.1.49***. *Fundamentos tenidos en cuenta para la calificación. Toda calificación que llegue a las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez dada por las Empresas Promotoras de Salud, las Administradoras de Riesgos Laborales, las compañías de seguros que asuman el riesgo de invalidez y muerte, las Administradoras del Sistema General de Pensiones, y en primera y segunda instancia las Juntas Regionales y Nacional de Calificación de Invalidez, sin perjuicio de los documentos y soportes de la calificación, deberán contener:*

1. Los fundamentos de hecho que debe contener la calificación con el cual se declara el grado, el origen de pérdida de la capacidad laboral o de la invalidez y la fecha de estructuración, son todos aquellos que se relacionan con la ocurrencia de determinada contingencia y se encuentran relacionados en el presente capítulo en el artículo denominado requisitos mínimos que debe contener la calificación en primera oportunidad para ser solicitado el dictamen ante la Junta regional y nacional de Calificación de Invalidez.

2. Los fundamentos de derecho, son todas las normas que se aplican al caso concreto.

(Decreto 1352 de 2013, art. 51)

[4] ***ARTÍCULO 2.2.5.1.50***. *Procedimiento aplicado para la calificación integral de la invalidez. Las solicitudes que lleguen a las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez y la Nacional por parte de las Administradoras de Riesgos Laborales o las Administradoras de Fondos de Pensiones, las Entidades Promotoras de Salud o las compañías de seguros que asuman el riesgo de invalidez y muerte, las Administradoras del Sistema General de Pensiones, deben contener la calificación integral para la invalidez de conformidad la Sentencia C-425 de 2005 de la honorable Corte Constitucional y su precedente jurisprudencial, esto mismo aplicará para el correspondiente dictamen por parte de las Juntas de Calificación de Invalidez Regional o Nacional.*

b) Página 13, archivo 01, Carta de terminación del contrato de trabajo de fecha 7 de noviembre de 2009.

c) Página 17, archivo 01, Comunicación calificación de origen SaludCoop EPS de fecha 10 de octubre de 2009.

d) Páginas 18 y 19, ibidem, Notificación dictamen de la Junta Regional de Calificación de invalidez por medio del cual se otorga un porcentaje de PCL del 0% al actor frente al accidente de trabajo ocurrido el 02 de febrero de 2008.

e) Páginas 21 a 50, incapacidades emitidas al demandante en fechas 31 de mayo de 2008 al 29 de junio de 2008, 30 de junio de 2008 al 29 de julio, 29 de julio de 2008 al 28 de abril, 20 de abril de 2008 al 22 de abril, 28 de abril de 2008 al 30 de abril, 30 de junio de 2008 al 29 de julio de 2008, 30 de julio de 2008 al 29 de agosto de 2008, 30 de agosto de 2008 al 28 de septiembre de 2008, 30 de septiembre de 2008 al 29 de octubre de 2008, 28 de enero de 2009 al 26 de febrero de 2009, 27 de febrero de 2009 al 28 de marzo de 2009, 29 de marzo de 2009 al 27 de abril de 2009, 28 de abril de 2009 al 27 de mayo de 2009, 28 de mayo de 2009 al 26 de junio de 2009, 27 de junio de 2009 al 26 de julio de 2009, 27 de julio de 2009 al 25 de agosto de 2009, 26 de agosto de 2009 al 24 de septiembre de 2009, 25 de septiembre de 2009 al 24 de octubre de 2009, 25 de octubre de 2009 al23 de noviembre de 2009, 24 de noviembre de 2009 al 23 de diciembre de 2009, 24 de diciembre de 2009 al 22 de enero de 2010, 23 de enero de 2010 al 21 de febrero de 2010, 22 de febrero de 2010 al 23 de marzo de 2010.

f) Páginas 51 a 58, archivo 01. Historia Clínica del demandante

g) Páginas 107 a 112, archivo 01. Dictamen Junta Regional de Calificación de Invalidez de fecha 4 de febrero de 2010 (calificación PCL 0%) – remitido por POSITIVA S.A.

h) Página 116, archivo 01, certificado afiliación ARL POSITIVA.

i) Página 152, archivo 01, Formulario de dictamen para la calificación de la capacidad laboral y determinación de la invalidez de fecha 25 de junio de 2009 de POSITIVA S.A., indicado como porcentaje de PCL 0%.

j) Páginas 163 a 169, archivo 01. Dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de fecha 23 de diciembre de 2016 por medio del cual se otorga un porcentaje del 43.49% y fecha de estructuración el 14 de junio de 2016 (solicitado por el Juzgado 25 laboral Circuito de Bogotá).

k) Recurso de apelación en contra del dictamen (Páginas 171, archivo 01).

l) Página 199, archivo 01, Respuesta Junta Regional de Calificación de Invalidez de fecha 17 de mayo de 2017.

m) Páginas 174 a 198, archivo 01, historia clínica.

n) Página 199, archivo 01. Solicitud aclaración de fecha 17 de mayo de 2017 de la Junta Regional de Calificación de Invalidez.

o) Página 200, archivo 01. Respuesta Juzgado 25 Laboral del Circuito de Bogotá.

p) Páginas 201, archivo 01, Remisión expediente de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de fecha 15 de agosto de 2017 a la Junta Nacional.

q) Páginas 202 a 203, archivo 01, Respuesta otorgada por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez.

r) Página 204, archivo 01, devolución expediente al Juzgado 25 Laboral del Circuito de Bogotá.

s) Páginas 1 a 24, archivo 02, Dictamen de Universidad de Antioquia de fecha 26 de septiembre de 2019, por medio del cual se le otorga al actor el 54,2% de PCL junto con los soportes cínicos.

t) Página 26, archivo 02, solicitud contradicción dictamen por parte del ARL POSITIVA.

u) Páginas 31 a 39 dictamen REN CONSULTORES de fecha 07 de febrero de 2020, aportado por la demandada ARL POSITIVA., donde determina un porcentaje del 40,93%.

Observa esta Sala de Decisión de manera cronológica, la demandada POSITIVA CIA SEGUROS S.A. en primera oportunidad, calificó la capacidad laboral y determinación de la invalidez del actor en fecha 25 de junio de 2009, indicado como porcentaje de PCL 0%, recurrida esta decisión, el demandante fue remitido a la Junta Regional de Calificación de Invalidez y se determinó el día 4 de febrero de 2010 un porcentaje de PCL de 0%.

Ahora bien, en el escenario judicial, el día 27 de enero de 2015 se celebró la audiencia que trata el artículo 77 del C.P.T. y S.S., surtiéndose las etapas de conciliación, decisión de excepciones previas, saneamiento y fijación del litigio y decreto de pruebas. Posteriormente, el 09 de marzo de 2015 se recepcionaron

los interrogatorios de parte, se presentaron alegatos y se fijó fecha para dictar sentencia (Página 159, archivo 01).

El demandante a través de su apoderado elevó solicitud (página 160, archivo 01) el 16 de marzo de 2015, en los siguientes términos:

> **EUSTAQUIO HELADIO ASPRILLA**, identificado tal como aparece al pie de mi correspondiente firma, obrando en mi calidad de apoderado de la parte demandante señor **JOSÉ ROSENDO MORENO MÉNDEZ**, muy respetuosamente me dirijo a usted a solicitarle se oficie a la junta Regional Bogotá - Cundinamarca de Calificación de Invalidez, para que se determine el grado de perdida de la capacidad laboral que presenta el señor **JOSÉ ROSENDO MORENO MÉNDEZ**, tal como quedo consignado en audiencia celebrada en su digno Despacho el día 27 de enero del presente año.
>
> En la cual a minuto 12.45 dice pruebas a favor de la parte Demandante "remitir al demandante a la junta Regional de Calificación de Invalidez emitir concepto de perdida de la capacidad laboral".
>
> Por lo anterior, solicito del Honorable juez **OFICIAR** a la junta Regional Bogotá – Cundinamarca de calificación de invalidez, para que dicha entidad proceda a la práctica de la prueba decretada, y que la misma pueda ser allegada antes del 7 de mayo del presente, fecha en la que se realizara lectura de fallo.

En atención a lo anterior, el *a quo* en auto del 18 de marzo de 2015 (Página 161, archivo 01), dispuso:

> Teniendo en cuenta lo solicitado por el profesional del derecho de la parte demandante, observa el despacho que le asiste razón, en consecuencia se ordena Librar OFICIO, con destino a la Junta Regional de Bogotá - Cundinamarca de calificación de Invalidez, para que proceda a efectuar la valoración solicitada. Se le solicita a la parte interesada que debe cancelar las expensas necesarias para tomar copia de todo el expediente a fin de que las mismas permanezcan en el Juzgado ya que el original debè remitirse a la Junta de Calificación.-

En cumplimiento a lo ordenado, se aportó el dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de fecha 23 de diciembre de 2016 por medio del cual se otorgó un porcentaje del 43.49% con fecha de estructuración del 14 de junio de 2016 (solicitado por el Juzgado 25 laboral Circuito de Bogotá) - (páginas 163 a 169, archivo 01).

El 31 de enero de 2017 la parte actora interpuso recurso de apelación en contra del dictamen (Páginas 171, archivo 01), mismo que fue admitido en providencia de fecha 13 de febrero de 2017 (Página 170, archivo 01), disponiéndose remitir originales de las últimas actuaciones del proceso a fin de que se surta el recurso

de apelación contra el dictamen de calificación de pérdida de capacidad laboral, teniendo en cuenta que el expediente en mención fue remitido a dichas instalaciones mediante oficio J25L-520 de fecha 23 de abril de 2015, para que sirvieran emitir concepto de pérdida de capacidad laboral.

El 17 de mayo de 2017 la Junta Regional de Calificación de invalidez solicitó: "*En mi condición de secretario Principal de la Sala Uno de la Junta Regional de Calificación De Invalidez De Bogotá y Cundinamarca, por medio de la presente me permito solicitar aclaración frente a la solicitud realizada por este honorable Juzgado el día 03 de marzo de 2017.*

Lo referente teniendo en cuenta que no es claro para esta Junta Regional, si la solicitud elevada por el juzgado va encaminada a que se revise por parte de esta junta regional el Dictamen del señor JOSE ROSENDO MORENO MENDEZ o si la solicitud es encaminada a que la Junta Nacional de Calificación realice una nueva valoración médica.".

Para dar claridad a lo anterior, el *a quo* ofició a la referida junta indicando: "*Dando cumplimiento a lo ordenado mediante auto de fecha primero (01) de junio de 2017. y dando alcance a su oficio de fecha 17 de mayo de 2017, me permito informarles, que una vez revisado el plenario en copias con que cuenta del Despacho, no se visualiza solicitud alguna realizada del día 3 de marzo del año en curso, lo que observa el Despacho es que. mediante auto de fecha trece (13) de febrero del año en curso se ordenó remitir a esa Corporación recurso de apelación interpuesto contra el dictamen rendido el 23 de diciembre de 2016, el cual fue remitido mediante oficio J25L-0386, de fecha 27 de febrero del corriente / año.*

Aprovecho la oportunidad para solicitarle cordialmente procedan a realizar la devolución de
nuestro expediente, siempre y cuando el recurso de apelación en mención ya haya sido resuelto.".

La Junta Regional de Calificación de Invalidez en fecha 15 de agosto de 2017 remitió el expediente a la Junta Nacional el expediente para que se surtiera el recurso de apelación.

El día 26 de octubre de 2017 la Junta Nacional de Calificación de Invalidez indicó (página 246, archivo 01):

MARY PACHÓN PACHÓN, abogada de la Sala Segunda de Decisión de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez según resolución No. 03084 de 4 de diciembre de 2012 del Ministerio del Trabajo;

Me dirijo a la Junta Regional de Bogotá en atención al expediente radicado en esta entidad, respecto al cual es necesario realizar las siguientes precisiones:

El expediente del señor MORENO MENDEZ, fue radicado en la Junta Nacional el 15 de agosto de 2017, en esta entidad previo reparto interno le correspondió conocer del caso a la sala segunda de decisión donde se evidencio lo siguiente:

El dictamen N° 79253533-6351 de fecha 23 de diciembre de 2016, fue emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá, a solicitud del Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, como prueba pericial del proceso ordinario Laboral 2014 – 009 el cual cursa en dicho despacho.

En razón a que se trata de una prueba pericial, la Junta Regional procedió a notificar al despacho a fin de que este corriera traslado a las partes para que en caso de inconformismo **objetaran la calificación** de fecha 15 de agosto de 2017.

Teniendo en cuenta lo anterior el señor Moreno Méndez, por medio de su apoderado controvirtió la calificación, interponiendo recurso de apelación, figura esta que no era la indicada para este caso, pues en contra de las pruebas periciales no procede el recurso de apelación. De esta manera se encuentra establecido en el Articulo 1 del Decreto 1352 de 2013.

> *"(…) 3. De conformidad con las personas que requieran dictamen de pérdida de capacidad laboral para reclamar un derecho o para aportarlo como prueba en procesos judiciales o administrativos, deben demostrar el interés jurídico*
>
> *e indicar puntualmente la finalidad del dictamen, manifestando de igual forma cuáles son las demás partes interesadas, caso en el cual, las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez actuarán como peritos, y* ***contra dichos conceptos no procederán recursos (…)"***

Se recuerda que el Decreto 1352 de 2013, estableció de manera clara que son las Juntas Regionales de Calificación Invalidez, las encargadas de proceder como peritos, razón por la cual la Junta Nacional, no es competente para revisar y emitir una nueva calificación en este caso.

> ***"Artículo 14. Funciones exclusivas de las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez.*** *Además de las comunes, son funciones de las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez, las siguientes:*
>
> *(…) 2.* ***Actuar como peritos cuando le sea solicitado*** *de conformidad con las disposiciones pertinentes del Código de Procedimiento Civil, normas que lo modifiquen, sustituyan o adicionen."*

Por lo anterior, el expediente fue devuelto al juzgado de origen el 26 de abril de 2019 (páginas 204, archivo 01).

El apoderado de la parte demandante se pronunció indicando que no contaba con los medios necesarios para sufragar los honorarios para la calificación (páginas 249, archivo 01).

Acto seguido, el día 4 de abril de 2019 el apoderado solicitó:

EUSTAQUIO HELADIO ASPRILLA, identificado tal como aparece al pie de mi correspondiente firma, actuando en mi calidad de apoderado de la parte demandante en el proceso de la referencia, por medio de la presente me permito manifestarle que teniendo en cuenta que está pendiente la práctica de la valoración de pérdida de capacidad laboral, fecha de estructuración y origen de la misma en segunda instancia, y que en su oportunidad se remitió el expediente a la Junta Nacional de Calificación y dicha entidad exigió el pago por anticipado del costo de dicho dictamen, y a la fecha no se ha podido realizar dicho dictamen, me permito manifestar que se ha contactado a la **Universidad de Antioquia,** para que realice el peritaje y que es el deseo de mi representado que esta institución realice la valoración.

Por lo anterior, muy respetuoso de las decisiones de su Despacho y en aras de dar un impulso procesal, solicito que se autorice a la **Universidad de Antioquia,** para que practique dicha valoración, y que mi representado aceptará y cumplirá con los requisitos que dicha institución requiere para la práctica del dictamen.

Así mismo, solicito de su Despacho requerir a la Junta Nacional de Calificación remitir al Despacho el expediente que obra en las dependencias de dicha entidad.

Una vez, el Despacho autorice dicho procedimiento, se procederá a realizar la consignación exigida a favor de la **Universidad de Antioquia.**

La anterior solicitud fue acogida por el juez de primer grado (Página 251, archivo 01), ordenando:

> Atendiendo lo solicitado por el profesional del derecho de la parte demandante doctor EUSTAQUIO HELADIO ASPRILLA, en su memorial visible a folio 257 del plenario, es por lo que este operador accede a ello con el fin de no vulnerar el derecho al debido proceso el acceso a la Justicia, es por lo que, se ordena enviar el presente proceso a la Universidad de Antioquia para que se sirva emitir el concepto de pérdida de capacidad laboral que padece el aquí demandante.- Líbrese el correspondiente oficio .-

Finalmente, el día **26 de septiembre de 2019 la Universidad de Antioquia por medio de la Facultad Nacional de Salud Pública**, profirió el dictamen de determinación de calificación y pérdida de capacidad laboral relacionando como fecha de **PCL 54,2% y F.E. el 5 de enero de 2010**, dicho dictamen fue suscrito por el Médico Magister en Salud Ocupacional Hernando Restrepo Osorio.

Expuestas las anteriores actuaciones, en punto al recurso de apelación, valga señalar que el dictamen fue remitido directamente al Juzgado 25 Laboral del Circuito de Bogotá, recibido el 2 de diciembre de 2019 (página1, archivo 02), siendo incorporado el mismo a través del auto de fecha 05 de diciembre de 2019 (página 25, archivo 02), a través del cual se dispuso:

> *"El Despacho tiene por recibido nuestro proceso correspondiente al radicado No.2014 de JOSE ROSENDO MORENO MENDEZ contra SOCIEDAD COMERCIAL J.M. JAIME INGENIEROS YOTRO, en cual fue enviado a la Universidad De Antioquia, para que se le practicara al demandante el dictamen de pérdida de capacidad laboral, dictamen este que se encuentra dentro del proceso, y del cual se pone en conocimiento a las partes y se corre traslado del mismo por el termino de Ley".*

Descorrido el traslado por la demandada POSITIVA CIA DE SEGUROS S.A., a través de memorial de fecha 12 de diciembre de 2019, ésta solicitó (páginas 26, archivo 01):

Señor
JUEZ 25 LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTA
E. S. D.

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE:JOSE ROSENDO MORENO MENDEZ
DEMANDADO: POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.
RADICADO: 2014-00009

Respetado Doctor:

DIANA PATRICIA SANTOS RUIZ, abogada, identificada como aparece al pie de mi correspondiente firma, en mi calidad de apoderado judicial de **POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS SA**, encontrándome dentro del término legal para ello, en ejercicio del derecho constitucional y legal de defensa y contradicción, consagrado en el artículo 228 del CGP, respetuosamente solicito al señor Juez citar a la perito médico ponente de la Universidad de Antioquia, del dictamen que fue puesto en conocimiento por el Despacho mediante auto notificado el 9 de diciembre de 2019, para que responda, bajo la gravedad de juramento, el interrogatorio que verbalmente formularé, acerca del contenido del dictamen.

De igual forma, de conformidad con lo estipulado en el mencionado artículo 228 del CGP, en concordancia con el artículo 227 de la misma codificación, por medio de la presente manifiesto que anuncio que aportaremos otro dictamen pericial, sin embargo, en atención a que el término establecido en la norma es insuficiente, respetuosamente solicito al señor Juez otorgar un término prudencial para aportar el dictamen aquí enunciado.

En respuesta a lo anterior, el a quo de su momento, mediante providencia del 27 de enero de 2020 (página 28, archivo 02), dispuso:

> Atendiendo lo solicitado por la profesional del derecho de la parte demandada POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., el despacho accede a ello, en consecuencia se fija como fecha el próximo veinte (20) de marzo de dos mil vente (2020) a la hora de las diez (10) de la mañana, para que absuelva interrogatorio sobre la experticia realizada. Así mismo se le indica a la profesional del derecho, que los gastos de desplazamiento y de ser necesario alojamiento para el perito o los peritos estarán a cargo de la entidad que representa.-
>
> Se ordena librar Telegrama a la Universidad de Antioquia, comunicándole la fecha y hora que debe concurrir el profesional que emitió el dictamen a fin de que absuelva el Interrogatorio aquí solicitado.
>
> Ahora bien frente a la solicitud de ampliar el término para aportar el dictamen anunciado, este operador judicial no accede a ello, por cuando los términos son los señalados en la norma en comento art 227 y 228 del CGP.-

Frente al anterior pronunciamiento, la parte demandada interpuso recurso de apelación aduciendo (páginas 28, ibidem):

> **DIANA PATRICIA SANTOS RUIZ,** abogada, identificada como aparece al pie de mi correspondiente firma, en mi calidad de apoderado judicial de **POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS SA**, encontrándome dentro del término legal para ello, interpongo RECURSO DE APELACIÓN, contra el auto notificado en estado del 28 de enero de 2020, con fundamento en los siguientes:
>
> Mediante el auto atacado, el señor Juez accedió a la contradicción del dictamen, sin embargo, contrario a lo establecido en la norma, ordenó que los gastos de desplazamiento y alojamiento del perito estarían a cargo de mi representada.
>
> El auto en comento no tiene en cuenta varias situaciones de hecho y de derecho. En primer lugar, que fue la parte demandante la que, luego de muchas dilaciones injustificadas, decidió cambiar el perito a la Universidad de Antioquia, razón de hecho que impone a la demandante garantizar la comparecencia del perito por esta elegida.
>
> Además, el artículo 228 del CGP impone que la NO comparecencia del perito implica que el dictamen se tenga por NO rendido, situación de derecho que impone a la parte que solicitó la prueba, garantizar la comparecencia del perito, pues de lo contrario de nada valdría la experticia por él soliciticada.
>
> Debe recordarse que el dictamen en comento no fue decretado de oficio, caso en el cual sí sería procedente que el Juez determinara las cargas de los honorarios y gastos del perito; sin embargo, en el caso concreto, la prueba fue solicitada por la parte demandante, por lo que, en aplicación de las cargas probatorias, es la parte solicitante la que debe correr con los gastos de su peritaje.

El recurso fue concedido por el juez de primer grado el 6 de febrero de 2020, siendo el mismo inadmitido por esta Corporación en auto del 12 de mayo de 2020[5]. A la par, la demandada aportó al juzgado un dictamen de fecha 07 de

[5] *Así las cosas, analizadas las diligencias, se advierte, el auto por medio del cual se indica quien debe asumir los gastos de traslado y alojamiento del perito que rindió el dictamen objeto de contradicción, no se encuentra enlistado de manera taxativa dentro de los relacionados en el artículo 29 de la Ley 712 de 2001 que modificó el artículo 65 del C.P.T. y la S.S., así como tampoco, se prevé la procedencia de este medio de impugnación frente a la providencia reseñada en los artículos 228 del C.G.P. que habla sobre la contradicción del dictamen como tampoco en el artículo 229 ibidem, ni en el artículo 321 del mismo*

febrero de 2020, elaborado por la sociedad REN CONSULTORES por medio del cual se determinó como fecha de estructuración el 15 de junio de 2018 y porcentaje de PCL 40,93%.

De ahí en adelante, valga indicar, no fue posible llevar a cabo las audiencias programadas debido a la emergencia sanitaria originada por el COVID-19, hasta que, en virtud del Acuerdo PCSJA22-11918 y CSJBTA22-15 del 2 de febrero y 1° de marzo de 2022 se remitieron las diligencias al Juzgado 1º Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, quien a través de providencia de fecha 30 de marzo de 2022, decidió en el No. 3º: "*REQUERIR a la demandada POSITIVA COMPAÑIA DE SEGUROS S.A. proceder con el pago de las expensas para llevar a cabo el interrogatorio del perito de la Universidad de Antioquia, en un término no mayor a treinta 30 días siguientes a la notificación de esta providencia, advirtiendo la aplicación del desistimiento tácito ante un eventual incumplimiento de lo ordenado conforme al artículo 317 del C.G.P.".*

Al no existir pronunciamiento alguno, el juzgado transitorio, mediante auto del 5 de mayo de 2022, resolvió: "***Debe precisarse que como no existen disposiciones propias del procedimiento laboral que regulen el desistimiento tácito, debe acudirse a las que lo hacen en el Código General del Proceso Artículo 317, aplicable en virtud de la remisión perito de la Universidad de Antioquia promovido por POSITIVA COMPAÑIA DE SEGUROS S.A., y continuar con el trámite del proceso."***. (*páginas 123,* archivo 02), decisión que no fue atacada por parte de la enjuiciada POSITIVA CIA DE SEGUROS S.A., incluso, asistió a la audiencia que se programó en esta providencia y no manifestó inconformidad alguna (ver audiencia archivo 09). aunado a ello, en la audiencia en comento se cerró el debate probatorio y tampoco se atacó dicha decisión.

Así las cosas, en atención al anterior recuento, esta Sala de Decisión no encuentra ninguna vulneración a la demandada frente a la contradicción del dictamen del 26 de septiembre de 2019, emitido por la Universidad de Antioquia, pues pese a solicitar la contradicción del mismo y a las admoniciones o requerimientos del juez (No. 1º del articulo 229 del C.G.P.), nada dijo frente al desistimiento, relacionado con sufragar los gastos de desplazamiento, actuando

---

estatuto procesal, que enumera las providencias apelables, respecto de la providencia reseñada. Entonces, bajo la postura asumida, se sigue de manera obligada la inadmisión del recurso.".

la encartada a través de diferentes profesionales del derecho e incluso participó en la audiencia del 23 de mayo de 2022[6] de manera virtual y no solicitó que se dispusiera la comparecencia del perito que emitió el dictamen en esta oportunidad.

Nótese frente a dicha situación, si bien es cierto, el artículo 228 del C.G.P. indica en su aparte pertinente que: "*Si el perito citado no asiste a la audiencia, el dictamen no tendrá valor*", en este caso no se puede hacer dicha inferencia, ya que, no se desconoce que la enjuiciada POSITIVA CIA SEGUROS S.A. pidió la contradicción del dictamen emitido por la Universidad de Antioquia, conforme al anterior recuento, empero, debe resaltarse, el Juez *a quo*, exhortó a la sociedad para que sufragara los gastos de desplazamiento del perito, siendo incluso requerida la sociedad a través del auto de fecha 30 de marzo de 2022 por el Juzgado 1º Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá y al no darse cumplimiento a lo ordenado, el 05 de mayo de 2022 se dispuso el desistimiento tácito ante el incumplimiento de lo ordenado, es decir, ahora para los efectos pertinentes podrá apreciarse el dictamen en los términos del articulo 232 del C.G.P., excluyéndose desde luego su apreciación en audiencia por lo ya dicho, pudiendo ser valorado por el juzgador junto con los demás medios de pruebas aportados, pues no podría beneficiarse la demandada de su inacción frente al pago señalado y no tenerse en cuenta el aludido dictamen en atención a que nadie puede aprovecharse de su propia culpa o incumplimiento a las obligaciones impuestas por el Juez.

Entonces, dejado claro que la parte recurrente incumplió con la carga procesal de sufragar los gastos, se insiste, resulta contrario a la sindéresis y a la lógica que la demandada pudiera beneficiarse de su propia culpa para desestimar la experticia a través de este recurso, quedando solucionada la disquisición con el pronunciamiento del juez a quo, como ya se mencionó.

De tal forma, se insiste, no es admisible que como único argumento de apelación, la demandada POSITIVA CIA SEGUROS S.A. dirija su inconformidad a la falta de oportunidad para contradecir el dictamen cuando tuvo la oportunidad procesal para surtir dicha actuación, ya que el juzgado *a quo* le puso en conocimiento el mismo, corriéndole traslado, es más, como ya se dijo, le indicó a través de un

---

[6] *Se continuó con la audiencia prevista en el artículo 80 del C.P.T y S.S., esto es, se cerró el debate probatorio, se presentaron alegatos y se profirió sentencia.*

auto debidamente notificado por anotación en estado que debía sufragar los gastos y esta carga no se acreditó dentro del plenario. Aunado a ello, se echa de menos el memorial de fecha 20 de abril (no se indicó año), el cual fue "radicado" por la parte recurrente (POSITIVA) según lo informa en el recurso de apelación y no fue tenido en cuenta por el *a quo* en su momento, debiendo, este extremo soportar su dicho en los términos del artículo 167 del C.G.P.

Por otra parte, **adviértase**, por medio del dictamen de fecha 26 de septiembre de 2019 de la Universidad de Antioquia, evaluó el origen de las patologías, teniendo en cuenta las siguientes deficiencias (páginas 2 a 6, archivo 02):

Página 1.

UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA 1803	**DICTAMEN DE MERMA DE CAPACIDAD LABORAL** FACULTAD NACIONAL DE SALUD PÚBLICA LABORATORIO DE SALUD PÚBLICA ÁREA DE SALUD OCUPACIONAL	F-03-0022 VERSIÓN 02
	Calle 62 No.52-59, bloque 33, oficina.111-122 Teléfono 2196880 • Apartado: 1226 • Nit: 890.980.040-8 Correo electrónico: laboratoriosaludpublica@udea.edu.co Medellín, Colombia	PÁGINA 1 DE 9

1.INFORMACIÓN GENERAL DEL DICTAMEN					
Fecha de Evaluación	**Remitente**			**Radicado**	
26/09/2019	JUZGADO VEINTICINCO LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTA D.C			J25L-946	
Nombre Médico Evaluador	Hernando Restrepo Osorio		**Ciudad/País de Calificación**	Medellín/ Colombia	
MOTIVO DE CALIFICACIÓN					
Determinación PCL y Ocupacional	X	Determinacion Origen	X	Fecha de Estructuración	X

2.DATOS DEL CALIFICADO											
Apellidos	MORENO MENDEZ					**Nombres**	JOSE ROSENDO				
Documento de identidad:		No. Cédula		79253533		No. Tarjeta de identidad					
No. Cédula Extranjería				Otro: (¿Cuál?)							
Fecha de Nacimiento:			**Lugar de Nacimiento:**					**EDAD**	**Género**		
DÍA	MES	AÑO	Mambita (Cundinamarca)					61 años	Femenino	Masculino	
04	09	1958								X	
Estado Civil:	Casado(a)		Soltero(a)		Viudo(a)		Separado(a)		Unión Libre		X
Escolaridad											
Analfabeta	Primaria		Secundaria		Técnico/ Tecnólogo		Universitario		Posgrado		
	4										

Hijos				**EPS**	**AFP**	**ARL**
Femenino	**Edad**	**Masculino**	**Edad**			
1	22	2	26-24	COMPARTA		NA
Dirección Residencia					**Municipio**	**Estrato**
Barrio la libertad					Santa Maria (Boyaca)	1
Teléfonos:	**Celular:**	3113467167		**Fijos:**		
Ocupación Habitual				**Ocupación Actual**		
Oficial Obras Civiles				Cesante		

3.HISTORIAL LABORAL		
Empresa	**Oficio**	**Tiempo Laborado**
----------	----------	----------

4.HISTORIA DEL ACCIDENTE O ENFERMEDAD RELATADA POR EL AFECTADO
MOTIVO DE LA CONSULTA: "no estoy de acuerdo con la calificación de la junta". Refiere presento accidente de trabajo el día 07 de Noviembre de 2009 mientras laboraba como oficial de obras civiles en el municipio de Santa María en Boyacá, ese día específicamente cavando unas cepas para columnas, sufre caída de su altura presentando trauma a nivel lumbar. Desde entonces con síntomas de dolor lumbar y en miembros inferiores así como limitación funcional. Realizó seguimiento por especialista de ortopedia, requirió manejo quirúrgico cirugía de columna en 2010 por hernia lumbar L5-S1. Refiere continúa con síntomas de dolor persistente

Página 2.

		Refiere que el 02/feb/2008 presenta caída a nivel con trauma sobre cadera izquierda, presentando posteriormente lumbalgia severa, se documenta discopatía, es intervenido quirúrgicamente y posterior hace fibrosis residual. Revisada la historia clínica se encuentra: Concepto de EPS que deriva la historia natural de la enfermedad a accidente de trabajo ocurrido en 2002 de la siguiente manera "se encuentra reportes de accidente de trabajo de 18/03/2002 y 02/02/2008 relacionados con patología lumbar, aunque el mecanismo e intensidad del accidente de trabajo reciente podría no justificar la sintomatología el antecedente de manejo quirúrgico posterior a AT inicial (del cual al parecer nunca se determinó Pérdida de Capacidad Laboral) podría soportar el origen de AT" Concepto de aptitud laboral de 19/11/2005. Examen egreso: NO SATISFACTORIO por motivo de: patología secundaria a accidente de trabajo. Presenta nuevo accidente de trabajo en 2008 con trauma sobre región lumbar. Según VCN el 21/09/2009 hay radiculopatía L5 bilateral. El 20/09/2009 es reintervenido quirúrgicamente el 29/10/2009 neurocirugía plantea como diagnóstico fibrosis postquirúrgica. En conclusión, considera la sala 1, el paciente presenta varios episodios documentados como accidente laboral, que incluso motivaron declaratorias de no aptitud en 2005 por patología secundaria a accidente de trabajo. En 2008 el nuevo trauma, esta vez caída de nivel se agrega a su cuadro inicial y complica la evolución de su sintomatología dolorosa. Las secuelas actuales son consecuencia de accidente de trabajo iterativos. Analizando el estudio electrodiagnóstico de miembros inferiores (fecha: 17/07/1998, se establece radiculopatía L5-S1, por tanto el evento traumático de 2008 no puede generar un desenlace ya existente y documentado 10 años atrás. Nota: la discopatía es secuela del accidente de trabajo sufrido en el año 2002. Por el evento del accidente de trabajo sufrido en el año 2008 la deficiencia es de 0%"
23/dic/2016	Junta Regional De Calificación De Invalidez de Bogotá y Cundinamarca-Sala 1	Calificación Dec 1507/2014 Deficiencia por enfermedad cardiovascular 14% Deficiencia por Diabetes Mellitus 5% Deficiencia Lesión de segmentos móviles de la columna lumbar 28% Total, deficiencia 20,59% Restricción rol laboral 15%, autosuficiencia económica 2%, función de la edad cronológica 2% Otras áreas 3,9% TOTAL 43,49%. Fecha de estructuración 14/06/2016 Determinación de origen: no aplica

Página 3.

		espera de calificación de origen por parte de JRC, manejo por fisiatría y clínica del dolor.
09/02/2010	Clínica del dolor agudo control.	Paciente con dolor crónico de más o menos 2 años en la columna lumbar, dolor tipo picada y calambres, se irradia a miembros inferior izquierdo EVA actual 5/10, MÁXIMO de 9/10, paraclínicos Radiografía de caderas 03/jul/2009 normal, Electromiografía: de 21/sep/2009 radiculopatía l5 bilateral lado izquierdo especialmente, gammagrafía ósea de 28/jul/2009 espondilo artropatía facetaria L5- S1 izquierda, RMN lumbar 02/mar/2009 espondiloartrosis L3- L4 , cambios degenerativos L5- S1.
20/I/11	Hospital regional segundo nivel de atención. Valle de Tenza E.S.E. Ortopedia.	Cirugía hace 16 meses, hernia discal L5 -S1, sigue con dolor irradiación hacia MI izquierdo (glúteo/muslo) importante, incluso desde el POP inmediato, ha sido infiltrado 4 veces por clínica del dolor (incluso bloqueo peridural) pero el dolor continúa siendo incapacitante. Trauma feb/2008. Nuevo trauma abr/2008, Cirugía #2 2 sep/08, desde la 2da intervención quedó con la secuela dolorosa.
23/02/11	Hospital regional segundo nivel de atención. Valle de Tenza E.S.E. Ortopedia.	Siente alivio con gabapentin, Gammagrafía jul/08 artropatía facetaria Electromiografía: sep/8 radiculopatía L5 bilateral predominio izquierdo
13/abr/2012	Mediagnostica.	Cambios post quirúrgicos de laminectomía parcial bilateral en el nivel L5-S1 asociado a engrosamiento parcial de los ligamentos amarillos en dicho nivel, alterando la morfología habitual del saco tecal por aparente incipiente protrusión de su contorno posterolateral izquierdo pero sin abandonar el canal medular... Cambios degenerativos de los 3 discos intervertebrales lumbares inferiores y leve protrusión de la región central del contorno posterior del disco intervertebral l5- S1
nov/11	Hospital regional segundo nivel de atención. Valle de Tenza E.S.E. Ortopedia.	Revisión RNM 13/nov/2011 cambios posquirúrgicos laminectomía, cambios degenerativos cita control en 2 meses
4/x/2012	Hospital regional segundo nivel de atención. Valle de Tenza E.S.E. Ortopedia	Dolor lumbar con parestesias y disminución de la fuerza del mi izquierdo, cicatriz lumbar, Lasegue positivo, Reflejos Patelar ++, Aquiliano ++, conclusión estudio compatible aisladamente con un mononeuropatía periférica distal axonal del nervio peroneo izquierdo. Remite a módulo de columna o neurocirugía.

Página 4.

UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA 1803	DICTAMEN DE MERMA DE CAPACIDAD LABORAL FACULTAD NACIONAL DE SALUD PÚBLICA LABORATORIO DE SALUD PÙBLICA ÁREA DE SALUD OCUPACIONAL	F-03-0022
		VERSIÓN 02
	Calle 62 No.52-59, bloque 33, oficina.111-122 Teléfono 2196880 • Apartado: 1226 • Nit: 890.980.040-8 Correo electrónico: laboratoriosaludpublica@udea.edu.co Medellín, Colombia	PÁGINA 5 DE 9

		espera de calificación de origen por parte de JRC, manejo por fisiatría y clínica del dolor.
09/02/2010	Clínica del dolor agudo control.	Paciente con dolor crónico de más o menos 2 años en la columna lumbar, dolor tipo picada y calambres, se irradia a miembros inferior izquierdo EVA actual 5/10, MÁXIMO de 9/10, paraclínicos Radiografía de caderas 03/jul/2009 normal, Electromiografía: de 21/sep/2009 radiculopatía l5 bilateral lado izquierdo especialmente, gammagrafía ósea de 28/jul/2009 espondilo artropatía facetaria L5- S1 izquierda, RMN lumbar 02/mar/2009 espondiloartrosis L3- L4 , cambios degenerativos L5- S1.
20/I/11	Hospital regional segundo nivel de atención. Valle de Tenza E.S.E. Ortopedia.	Cirugía hace 16 meses, hernia discal L5 -S1, sigue con dolor irradiación hacia MI izquierdo (glúteo/muslo) importante, incluso desde el POP inmediato, ha sido infiltrado 4 veces por clínica del dolor (incluso bloqueo peridural) pero el dolor continúa siendo incapacitante. Trauma feb/2008. Nuevo trauma abr/2008, Cirugía #2 2 sep/08, desde la 2da intervención quedó con la secuela dolorosa.
23/02/11	Hospital regional segundo nivel de atención. Valle de Tenza E.S.E. Ortopedia.	Siente alivio con gabapentin, Gammagrafía jul/08 artropatía facetaria Electromiografía: sep/8 radiculopatía L5 bilateral predominio izquierdo
13/abr/2012	Mediagnostica.	Cambios post quirúrgicos de laminectomía parcial bilateral en el nivel L5-S1 asociado a engrosamiento parcial de los ligamentos amarillos en dicho nivel, alterando la morfología habitual del saco tecal por aparente incipiente protrusión de su contorno posterolateral izquierdo pero sin abandonar el canal medular... Cambios degenerativos de los 3 discos intervertebrales lumbares inferiores y leve protrusión de la región central del contorno posterior del disco intervertebral l5- S1
nov/11	Hospital regional segundo nivel de atención. Valle de Tenza E.S.E. Ortopedia.	Revisión RNM 13/nov/2011 cambios posquirúrgicos laminectomía, cambios degenerativos cita control en 2 meses
4/x/2012	Hospital regional segundo nivel de atención. Valle de Tenza E.S.E. Ortopedia	Dolor lumbar con parestesias y disminución de la fuerza del mi izquierdo, cicatriz lumbar, Lasegue positivo, Reflejos Patelar ++, Aquiliano ++, conclusión estudio compatible aisladamente con un mononeuropatía periférica distal axonal del nervio peroneo izquierdo. Remite a módulo de columna o neurocirugía.

Página 5.

UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA 1803	DICTAMEN DE MERMA DE CAPACIDAD LABORAL FACULTAD NACIONAL DE SALUD PÚBLICA LABORATORIO DE SALUD PÙBLICA ÁREA DE SALUD OCUPACIONAL	F-03-0022
		VERSIÓN 02
	Calle 62 No.52-59, bloque 33, oficina.111-122 Teléfono 2196880 • Apartado: 1226 • Nit: 890.980.040-8 Correo electrónico: laboratoriosaludpublica@udea.edu.co Medellín, Colombia	PÁGINA 7 DE 9

8.DIAGNÓSTICOS MOTIVO DE LA CALIFICACIÓN

No.	CÓDIGO CIE-10	Descripción
1	M511	TRASTORNO DE DISCO LUMBAR Y OTROS, CON RADICULOPATIA
2	I10X	HIPERTENSIÓN ESENCIAL
3	E139	DIABETES MELLITUS NO INSULINODEPENDIENTE, SIN MENCIÓN DE COMPLICACIÓN.

TÍTULO PRIMERO, VALORACIÓN DEFICIENCIAS

DEFICIENCIAS

Clase funcional / valor porcentual

No.	Nombre de la deficiencia	No. Tabla	Clase	CFP	CFM 1	CFM2	CFM3	Valor Ajuste	Clase Final y Literal	CAT	Domin ancia	*Ajuste total de deficiencia (sin ponderar)
1	DEFICIENCIA DE LA COLUMNA LUMBAR	15.3	4	4	2	1	NA	-2	A	-	-	31%
2	DEFICIENCIA POR ENFERMEDAD CARDIOVASCULAR HIPERTENSIVA	2.6	1	1	2	3	NA	+3	E	-	-	14%
3	DEFICIENCIA POR DIABETES MELLITUS	8.10	2	2	1	1	NA	-2	A	4	-	10%

***Fórmula ajuste total de deficiencia: (CM1-CFP) + (CM2-CFP) + (CM3-CFP)**

CFP: Clase factor principal **CFM1:** Clase factor modulador 1 **CFM2:** Clase factor modulador 2 **CFM3:** Clase factor modulador 3

DEFICIENCIA COMBINADA = A + (100-A)*B / 100	46
VALOR TOTAL DE DEFICIENCIA = Valor deficiencia combinada * 0.5	23%

TÍTULO SEGUNDO, VALORACIÓN DEL ROL LABORAL, ROL OCUPACIONAL Y OTRAS ÁREAS OCUPACIONALES

CAPITULO II: ROL LABORAL

No. TABLA		CATEGORÍA						% MAXIMO ASIGNADO
TABLA 1.	Clasificación restricción rol laboral	1	2	3	4	5 X	6	20%
TABLA 2.	Clasificación de las restricciones en función de la autosuficiencia económica	1	2	3	4 X	5		2%
TABLA 3.	Clasificación de las restricciones en función de la edad cronológica	1	2	3	4	5	6 X	2.5%
							(%) PORCENTAJE TOTAL ROL LABORAL	24.5%

Página 6.

UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA 1803	DICTAMEN DE MERMA DE CAPACIDAD LABORAL FACULTAD NACIONAL DE SALUD PÚBLICA LABORATORIO DE SALUD PÚBLICA ÁREA DE SALUD OCUPACIONAL	F-03-0022 VERSIÓN 02
	Calle 62 No.52-59, bloque 33, oficina.111-122 Teléfono 2196880 • Apartado: 1226 • Nit: 890.980.040-8 Correo electrónico: laboratoriosaludpublica@udea.edu.co Medellín, Colombia	PÁGINA 9 DE 9

11.ELEMENTOS DE HECHO			
8.1 Informe de accidente de trabajo	---	**8.7** Exámenes paraclínicos ¿Cuáles?	X
8.2 Historia Clínica	X	**8.8** Exámenes ocupacionales	---
8.3 Examen Físico	X	**8.9** Concepto de salud ocupacional	---
8.4 Acta de levantamiento del cadáver	---	**8.10** Otros, ¿Cuáles?	
8.5 Certificado de difusión	---		
8.6 Análisis de puesto de trabajo	---		

12.ELEMENTOS DE DERECHO
De acuerdo con el Decreto 1507 del 12 de agosto de 2014 (Manual Único de Calificación de Invalidez en Colombia)

CONCEPTO: Se realiza una evaluación según la historia clínica y el examen físico del señor José Rosendo. Se genera evaluación integral y se genera una pérdida de la capacidad general del 54.2% (INVALIDEZ). En nuestra opinión se trata de un estado de invalidez con patología de diferente origen pero que la **causa fundamental es unas secuelas de accidente de trabajo**

Se entiende como ***fecha de estructuración*** en la que una persona pierde un grado o porcentaje de pérdida laboral u ocupacional de cualquier origen como consecuencia de una enfermedad o accidente y que se determina con base en la evaluación de las secuelas que estos han dejado.

Para el estado de invalidez, ***esta fecha debe ser determinada en el momento en el que la persona evaluada alcanza el 50%pérdida de capacidad laboral.*** Esta debe soportarse en la historia clínica, los exámenes clínicos y de ayuda diagnóstica y ***puede ser anterior o corresponder a la fecha de declaratoria de la pérdida de capacidad laboral.*** *Para los casos en los cuales* ***no exista historia clínica, se debe apoyar en la historia natural de la enfermedad.***

La fecha de estructuración se fundamenta como ***la fecha en la que ocurrió el hecho más relevante o el más incapacitante para generar ninguna actividad remunerada por causa de cualquier impedimento físico o mental medicamente determinable.***

La patología determinante de su invalidez es una enfermedad lumbar y radiculopatía l que se instauró **el 05/enero/2010.**

FECHA DE ENTREGA DEL DICTAMEN	25 de noviembre de 2019

Responsable de la calificación:

Firma:

Médico Magister en Salud Ocupacional
Licencia de salud ocupacional: 9324/SSSA/2010
Registro profesional: RETHUS 07/09/2017

A su vez, se tuvo en cuenta la historia médica y antecedentes del demandante junto con los dictámenes anteriormente emitidos, pues se arrimó junto con la experticia a páginas 7 a 24 del archivo 02 la historia clínica del demandante, observando, la Universidad procedió a hacer un análisis de las actividades realizadas por el demandante, valorando el rol laboral, ocupacional y las secuelas del accidente de trabajo.

Así las cosas, a juicio de esta Sala de decisión, el dictamen pericial rendido por la Universidad de Antioquia y no Universidad Nacional como lo sostiene la parte recurrente Positiva, ofrece total credibilidad y elementos de juicio que permiten corroborar las decisiones primigenias del dictamen que se pretende atacar en esta oportunidad, por cuanto, el dictamen pericial contiene conclusiones y afirmaciones de carácter objetivo, que confirman la finalidad científica de la prueba, puntualmente, nótese, que ofrece claridad y precisión siendo exhaustivo y detallado ya que se narró la historia o antecedentes del demandante. Luego, se relacionaron las conclusiones obtenidas por la Junta Regional de Calificación de Invalidez en dictamen del 13 de diciembre de 2016, asimismo, se hace un recuento de los antecedentes de la Clínica del Dolor del 9 de febrero de 2010,

Epicrisis del Hospital Regional II Nivel de atención, Vallé de Tenza E.S.E. ortopedia del 20 de enero de 2011, 23 de febrero de 2011, noviembre y 04 diciembre de 2011 y el examen de Mediagnostica del 13 de abril de 2012.

Seguidamente se puede observar de la experticia que se enlistaron los diagnósticos a calificar de manera integral, siendo estos, M511- TRASTORNO DE DISCO LUMBAR y OTROS, CON RADICULOPATIA, 10X HIPERTENSIÓN ESENCIAL y E139 DIABETES MELLITUS NO INSULINODEPENDIENTE, SIN MENCIÓN DE COMPLICACIÓN, valorando cada uno junto con el rol laboral, ocupacional y otras áreas, soportándose en historia clínica, examen físico y exámenes paraclínicos.

En síntesis, el referido dictamen cumple los aspectos relevantes que prevé el articulo 226 del C.G.P., ya que se indica los datos del profesional Magister en Salud Ocupacional con nombre e identificación, adjuntando los soportes médicos que sustentan el porcentaje de PCL y la fecha de estructuración, conclusiones que se puede apreciar en la hoja 6, **advirtiéndose**, esta pericia es procedente y plasma las conclusiones de manera técnica y objetiva, pues se insiste, se abordaron los 3 diagnósticos que aquejan al actor y se contrastaron en el ámbito laboral para verificar el nivel de disminución o pérdida.

Establecido lo anterior, resulta acertado el análisis que efectuó la juzgadora *a quo* ya que para fulminar condena por concepto de pensión de invalidez soportó la decisión en la calificación de PCL y la fecha de estructuración determinada por la institución en comento, dictamen que se itera, fue puesto en conocimiento de las partes a través de un auto debidamente notificado.

En estos términos se confirmará la decisión de primer grado, aclarándose, no fue atacado el valor del retroactivo causado ni ningún otro aspecto relativo al reconocimiento de la pensión de invalidez.

En oro giro, en punto al recurso de apelación del demandante referente al término prescriptivo, previo a decidir, debe advertirse que en materia laboral, las disposiciones que regulan la prescripción y su configuración, corresponden a los artículos 488 y 489 del CST y 151 del CPTSS; en cuanto, la interrupción, esta ocurre a través de dos mecanismos diferentes y no excluyentes: i) la extrajudicial,

mediante la presentación al empleador del simple reclamo escrito por el trabajador respecto de un derecho determinado; y, ii) con la presentación de la demanda, en los términos y condiciones señaladas por el artículo 90 del CPC, hoy artículo 94 del CGP (CSJ SL 5159-2020).

Conforme a lo anterior, los derechos laborales, al tenor de las disposiciones traídas a colación, prescriben en tres años que se cuentan a partir del momento en que cada uno de ellos se hizo exigible (CSJ SL13155-2016, CSJ SL 1785-2018 y CSJ SL2885-2019).

De manera que quien exija una prestación social deberá alegarla en el plazo referido, que puede ser interrumpido, más no suspendido, por una sola vez, a través de la presentación de un *«simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el empleador, acerca de un derecho debidamente determinado»* momento a partir del cual comienza a correr de nuevo el término por un lapso igual al inicialmente señalado.

Sobre este asunto, la Alta Corporación ha adoctrinado que con ese *«reclamo escrito»,* lo que el legislador pretendió fue que el empleador, ante el eventual inicio de un proceso judicial, hubiese conocido previamente sobre las acreencias que el trabajador pretendía que le fueran canceladas. **Ahora bien, como reclamo puede entenderse cualquier requerimiento o solicitud, que el asalariado realice acerca del derecho, debidamente determinado y del que el empleador tenga conocimiento, incluso, en peticiones realizadas ante autoridades judiciales o administrativas que hubiesen quedado plasmadas de forma escritural** (CSJ SL4554-2020).

Es imperioso mencionar, que en la sentencia CSJ SL12900-2014, la CSL en su Sala Laboral reiteró que, si bien lo pretendido en ese *«simple reclamo»* debe estar individualizado, es decir, que lo solicitado debe ser claro y determinable, ello no significa que el escrito deba contener exigencias formales o un lenguaje técnico o jurídico para salir avante. Bajo este horizonte adoctrinó:

> *"Debe esta Sala recordar que la interrupción de la prescripción tiene como finalidad impedir que el transcurso del tiempo conlleve a la liberación de la obligación emanada del contrato laboral o de la seguridad social.*
>
> *Naturalmente, quien aspira a que dicho fenómeno no se consolide, en los términos del artículo 489 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, debe realizar un «simple reclamo escrito… recibido por el patrono acerca de un derecho debidamente*

> *determinado», cuya consecuencia jurídica es la de que «interrumpe la prescripción por una sola vez, la cual principia a contarse de nuevo a partir del reclamo y por un lapso igual al señalado para la prescripción correspondiente».*
>
> *Las connotaciones de «simple reclamo» y de derecho «debidamente determinado» son inequívocas de la informalidad en la petición, máxime cuando quien la dirige es el trabajador, por lo que la exigencia de un lenguaje o conocimiento jurídico en punto a su aspiración no se corresponde con el interés normativo.*
>
> *Lo anterior no se contrapone a que se individualice lo reclamado; por ejemplo, indicar que se deben «todas la (sic) indemnizaciones a las que haya lugar» resulta abstracto y no le permite conocer al empleador la real pretensión del trabajador; sin embargo, ello no puedo implicar la exigencia de un reclamo tan pormenorizado y técnico que consiga anular en la práctica la incidencia del escrito de interrupción.".*

En el presente caso, el demandante pretende se tenga por interrumpida la prescripción en virtud de la demanda que instauró y correspondió inicialmente al Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá, siendo rechazada la misma dado que no se subsanó en debida forma por el demandante. Puntualmente se allega el acta de la audiencia celebrada el día 15 de julio de 2013 (páginas 63 y 64, archivo 01), de la cual se desprende que las partes del proceso eran las siguientes:

> ***INTERVINIENTES:***
>
> *JUEZ:* RAFAEL MORA ROJAS
> *SECRETARIA:* EDNA YOHANA GARZÓN SÁNCHEZ
> *DTE:* JOSÉ ROSENDO MORENO MÉNDEZ, C.c. N° 79.253.533 de Tunjuelito-Usme, Notificaciones: Santa Maria, Boyacá.
> *APODERADO DTE:* EUSTAQUIO HELADIO ASPRILLA ASPRILLA, C.c. N° 11.797.142 de Quibdó; T.P. N° 175.315 del C. S. de la Judicatura, Notificaciones: Cr. 7 N° 17-51, Ofc 703, Bogotá.
> *REPRESENTANTE LEGAL DDO J.E. JAIMES INGENIEROS S.A.:* OSCAR RICARDO GONZÁLEZ RUIZ, C.C. N° 79.146.702, Notificaciones: Cll 63A N° 21-36, Bogotá.
> *APODERADA DDA J.E. JAIMES:* MELISSA CRISTINA RUSSO COBA, C.c. N° 1.082.878.594 de Santa Marta; T.P. N° 204.621 del C. S. de la Judicatura, Notificaciones: Cr. 7 N° 73-47, Piso 3, Bogotá.
> *REPRESENTANTE LEGAL DDO ARL POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS:* DIANA MARITZA SANDOVAL NAVAS, C.C. N° 51.659.584, Notificaciones: Cr 7 N° 26-20, piso 7, Bogotá.
> *APODERADA DDO ARL POSITIVA:* ANGELICA MARIA VERGARA FONTALVO, C.c. N° 1.065.600.074 de Valledupar; T.P. N° 214.388 del C. S. de la Judicatura, Notificaciones: Cll. 96 N° 10-51, Ofc 301, Bogotá.

En esta diligencia se declaró probada la excepción previa propuesta por la demandada J.E. JAIMES INGENIEROS S.A. denominada inepta demanda por falta de los requisitos formales y por indebida acumulación de pretensiones, según se narra en el acta, y en consecuencia se rechazó la demanda de aquel entonces.

Ahora bien, el recurrente aspira a que se tenga en cuenta como fecha de interrupción de la prescripción la presentación de la demanda primigenia, anhelo

al cual no se puede acceder ya que lo único que obra en el plenario para verificar la fecha de interposición de la demanda y las posibles pretensiones que en su. momento se elevaron es el acta de la audiencia en comento, sin que sea posible extraer de dicha información cuáles eran las pretensiones anheladas en aquel entonces.

Concretamente, debió aportarse el acta de reparto, la demanda y la constancia de notificación con destino a los demandados para que surtiera efectos la interrupción del medio exceptivo, pues no es atendible que el extremo activo pretenda que se tenga en cuenta la primera fecha de presentación de la demanda cuando no se encuentra probado dentro del proceso qué tipo de reclamación elevó en su momento (demanda), conforme a lo reseñado.
Tal deficiencia probatoria, impide acceder a lo pretendido e impone la confirmación de la decisión de primer grado en lo que a esto atañe, resaltando, como la relación laboral culminó el 07 de noviembre de 2009 y la presente demanda se interpuso el 19 de diciembre de 2013, según acta de reparto que obra a página 65 del archivo 01, no es posible analizar la ineficacia del despido en virtud de lo previsto en la Ley 361 de 1997 ya que operó el fenómeno prescriptivo, pues se itera no se interrumpió la prescripción y transcurrieron más de 3 años.

Agotada como se encuentra la competencia de esta instancia por el estudio de los puntos objeto de apelación, lo que sigue es confirmación del fallo 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 el fallo proferido por el Juzgado 1º Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, de fecha 23 de mayo del 2022, conforme a las razones expuestas en la parte considerativa de este proveído.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL.

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN.

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR ABELARDO LONDOÑO MORENO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- (RAD. 25 2019 00512 01).

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

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante de la sentencia proferida por el Juez 25 Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 23 de junio del 2023 *(Exp. Digital: audio archivo 24, Récord: 14:21),* en la que se resolvió:

> *"**PRIMERO: ABSOLVER** a la demandada administradora colombiana de pensiones Colpensiones de todas y cada una de las pretensiones de la demanda por lo motivado*
>
> ***SEGUNDO: SIN COSTAS** en esta instancia, conforme lo considerado*
>
> ***TERCERO: DE NO SER APELADA**, la presente decisión envíese a la sala laboral del Honorable Tribunal Superior de Bogotá para que se surta el grado judicial de consulta."*

La ausencia de apelación contra la providencia anterior justifica la presencia de las diligencias en esta Corporación, a efectos de que se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte DEMANDANTE, a lo cual procede previa la constatación de inexistencia de causal de nulidad que invalide lo actuado y conforme a las siguientes:

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante ABELARDO LONDOÑO MORENO en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el respectivo acápite (pág. 4 Archivo 02), las cuales encuentran sustento en los hechos relatados en el libelo demandatorio a págs. 4 y 5 (ibidem), aspirando se condene a COLPENSIONES a reconocer y pagar a su favor la mesada 14 a partir del mes de junio de 2016 fecha en que Colpensiones le suspendió dicha mesada pensional, junto con los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, la indexación y las costas. **Obteniendo sentencia totalmente adversa a sus aspiraciones,** por cuanto se absolvió de todas las pretensiones

incoadas tras considerar el *a quo* que, como el demandante causó su derecho pensional con posterioridad a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, no adquirió el derecho a percibir la mesada 14, advirtiendo, contrario a lo asentado en la demanda, la prestación que reconoció el ISS a favor del actor no corresponde a la prestación conmutada por su ex empleador BANCO CENTRAL HIPOTECARIO, sino a la pensión de vejez con cargo al régimen de prima media con prestación definida por el cumplimiento de los requisitos previstos en la Ley, precisando el Juzgador Colpensiones cumplió con las obligaciones asumidas por el ISS con el Banco Central Hipotecario en Liquidación, cuando aceptó la conmutación de su pasivo pensional es decir, que ese rubro accesorio, lo canceló el ISS hoy Colpensiones teniendo como fundamento la pensión voluntaria, temporal y anticipada que en un comienzo la entidad financiera le había otorgado al demandante, aduciendo la misma conmutación pensional de carácter temporal, solo era aplicable hasta la fecha en que el actor cumpliera los requisitos para acceder a la pensión de vejez legal.

En esa orientación, en primer término, debe indicarse, no existe discrepancia en torno a los siguientes supuestos fácticos:

i. El demandante nació el 8 de junio de 1954 (pág. 13 archivo 02 expediente digital)
ii. Mediante conciliación celebrada el 25 de febrero del 2000, el demandante y el Banco Central Hipotecario dieron por terminada la relación laboral y, dicha entidad le reconoció una pensión de vejez temporal, anticipada y voluntaria, la cual sería pagada por el Banco "*única y exclusivamente hasta el momento en que el (la) ex trabajador (a) cumpla el requisito de la edad de la pensión de vejez del Régimen de Prima Media con Prestacion Definida (ISS) del Sistema General de Pensiones del Sistema de Seguridad Social Integral, …"* en suma de $916.306,32 (fls. 14 a 17)

iii. En el numeral 5 de esa acta se consignó que el Banco "*no se obliga de ninguna manera a asumir diferencia alguna entre la pensión que venía reconociendo y la que reconozca al (la) ex trabajador (a) el Sistema General de Pensiones del Sistema de Seguridad Social Integral."*
iv. El ISS aceptó la conmutación pensional para respaldar el pasivo de los pensionados del extinto Banco Central Hipotecario (Resolución No. 324 del 26 de febrero del 2004 Archivo 20 págs. 283 a 298).

v. A través de la Resolución GNR 172862 del 15 de junio del 2016, COLPENSIONES le reconoció al actor la pensión de vejez de conformidad con lo establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el Acuerdo 049 de 1990, a partir del 1° de junio del 2016 en cuantía inicial de $2.093.170 (archivo 2 págs. 23 a 30).

Pues bien, para resolver si el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la mesada adicional de junio reclamada, debe memorarse, por virtud de lo consagrado en el inciso 8º del artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2005, *"Las personas cuyo derecho a la pensión se causa a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año."*[1]

Sin embargo, en la misma disposición normativa, se encuentra la excepción a la aplicación del inciso en cita, esto es el parágrafo 6° transitorio en el que se establece:

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

De tal manera, se tiene que en el acto administrativo de reconocimiento pensional se estableció como data de causación de la prestación por vejez a favor del actor el 8 de junio del 2014, fecha en la que concurrieron a su favor la edad -60 años- (nació el 8 de junio de 1954) y las semanas de cotización previstas en el artículo 15 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de ese mismo año.

Así, como quiera que la pensión se causó con posterioridad a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 -29 de julio de 2005- y, particularmente, después del 31 de julio de 2011, resulta evidente que el demandante está excluido de la procedencia de la mesada adicional que reclama -14-

Ahora bien, es importante anotar, aunque el convocante refiere en la demanda que el Banco Central Hipotecario en el año 2003 procedió a conmutar las pensiones que tenía a su cargo con el Instituto de Seguros Sociales, la cual le fue cancelada en 14 mesadas anuales, lo cierto es que verificada las probanzas incorporadas al plenario es posible concluir que ello no es así.

---

[1] *"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, aún cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento".*

Al punto, se advierte, mediante acta de conciliación celebrada el 25 de febrero del año 2000 entre el aquí demandante y el Banco Central Hipotecario (Archivo 02 págs. 15 a 18), esta última se obligó a reconocer a favor de ABELARDO LONDOÑO MORENO una pensión de vejez "*temporal, anticipada y voluntaria",* la cual sería cancelada "*única y exclusivamente hasta el momento en que el (la) extrabajador (a) cumpla el requisito de la edad de la pensión de vejez del Régimen de Prima Media con Prestación Definida (ISS) del Sistema General de Pensiones del Sistema de Seguridad Social Integral, …"* advirtiendo que

> 5. Por tratarse de una pensión absolutamente temporal y voluntaria, producido alguno de los eventos que dan lugar a la terminación de la pensión especial y temporal, no subsistirá ninguna obligación en materia pensional a cargo del Banco y en especial, la entidad no se obliga de ninguna manera a asumir diferencia alguna entre la pensión que venía reconociendo y la que reconozca al (la) ex trabajador (a) el Sistema General de Pensiones del Sistema de Seguridad Social Integral.

Así, pese a que, en efecto, el ISS asumió las obligaciones pensionales que estaban a cargo del Banco Central Hipotecario en Liquidación en virtud de la conmutación, la cual fue aceptada mediante Resolución 324 de 2004 con fecha de ingreso a nómina en junio de 2004, ello lo fue respecto de pensiones que tenían el carácter de temporales, como la reconocida al demandante.

De este modo, fue en virtud de la citada conmutación, que la entidad de seguridad social ISS pagó las mesadas que restaban de la pensión anticipada con inclusión de la respectiva mesada 14, advirtiendo la Sala el propósito de dicho pago no fue más allá que dar cumplimiento al acuerdo bilateral que puso fin a la relación de trabajo y, por ende, garantizar el pago de la pensión acordada, hasta la causación de la prestación a la que por ley tenía derecho.

Nótese, en el caso de marras, según puede leerse de la mentada resolución, el demandante solicitó el reconocimiento de su pensión de vejez el 10 de julio del 2014 la cual fue reconocida, como se advirtió en apartados anteriores, por encontrar satisfechos los presupuestos previstos en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado mediante Decreto 758 de ese mismo año, aplicable en virtud del régimen de transición que previó el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 del cual se encontró beneficiario, razones por las cuales no puede decirse se desconocieron sus derechos adquiridos, insistiendo, la pensión reconocida por su ex empleador tenía un carácter voluntario y temporal, y feneció una vez fue reconocida la prestación por vejez con cargo al Sistema General de Seguridad Social en pensiones.

Téngase en cuenta la prestación jubilatoria tuvo carácter temporal y se extinguía con el cumplimiento de la edad para acceder a la pensión legal de vejez, independiente a la otorgada por la entidad de seguridad social, en tanto el actor ya contaba con las semanas legalmente exigidas pues según se desprende de la Resolución GNR 172865 del 15 de junio del 2016 para el 30 de junio del 2004 tenía 1490 semanas de aportes (ver pág. 24 Archivo 02); por ende, aunque el demandante venía recibiendo 14 mesadas al año, el derecho se extinguió cuando cumplió los 60 años de edad, el 8 de junio del 2016, pues como se indicó el requisito de semanas había sigo superado con anterioridad, y si bien el Banco Central Hipotecario continúo cotizando para los riesgos IVM hasta el ciclo de junio del año 2004 (ver pág. 24 Archivo 02), no se configuró una compartibilidad pensional, pues el objetivo de la entidad bancaria era consolidar la pensión legal, para que el ex trabajador solicitara su prestación, una vez cumpliera la edad, sin que pueda asumirse como una extensión de la pensión temporal otorgada en el año 2000 a través de la conciliación efectuada.

Sobre este aspecto la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral se ha pronunciado entre otras, en sentencia SL464 de 2022 Rad. No. 83513 del 9 de febrero del 2022 en donde se estudió el mismo asunto frente a una pensión temporal concedida por el Banco Central Hipotecario, considerando:

> *"… no es dable confundir la pensión voluntaria conferida en su momento por el empleador, con la otorgada posteriormente por el entonces Instituto de Seguros Sociales de orden legal, concedida en atención al cumplimiento de los requisitos de edad y semanas de cotización establecidos en el Acuerdo 049 de 1990, en concordancia con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. En ese entendido, al causarse el derecho en el mes de enero de 2006, la pensión de vejez debió ser objeto de las restricciones previstas en la reforma constitucional de 2005, como lo concluyó el colegiado.*
>
> *Sirva memorar, que en sentencia CSJ SL2822-2019, dando cierre a un caso de similares contornos, esta Corporación concluyó:*
>
> > *[…] De esta manera, desacierta la censura al estimar que los derechos accesorios con que se reconoció el derecho pensional por parte del Banco tuviesen que mantenerse en la pensión legal de vejez del ISS, pues, se itera, esta última prestación se causó de manera posterior, independiente y bajo presupuestos normativos distintos a los derivados del acuerdo conciliatorio y a la conmutación pensional y, por tanto, aspectos como el relacionado con la mesada catorce debían regirse por lo dispuesto para la época en que la demandante reunió los requisitos (octubre de 2008). En ese orden, tampoco erró el juez de apelaciones al referir que a la fecha en que la actora causó la pensión legal de vejez, el goce de la mesada catorce se había limitado, en razón a la reforma introducida por el A.L 01 de 2005, y solo las pensiones que no superaban los 3.s.m.l.m.v tenían derecho a percibirla, caso que no era el suyo.*

Razones por las cuales se itera, como la administradora del régimen de prima media, reconoció al señor LONDOÑO MORENO la prestación por vejez a través de Resolución GNR 172865 del 15 de junio del 2016 a partir del 1° de junio del 2016, esto es, en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, el número de mesadas anuales se afectó con el límite establecido de 13 al año; en tanto dentro del presente asunto no era posible aplicar la excepción contenida en el artículo 1°, parágrafo transitorio 6 del citado ordenamiento, pues la pensión se causó con posterioridad al 31 de julio del 2011.

Agotada la competencia en esta instancia por el estudio del grado jurisdiccional de consulta a favor de la convocante del juicio y habiéndose arribado las mismas conclusiones del a quo lo que se sigue es la confirmación de la sentencia.

SIN COSTAS en el grado jurisdiccional de consulta.

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

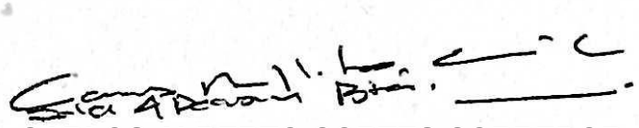
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 25 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las razones expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

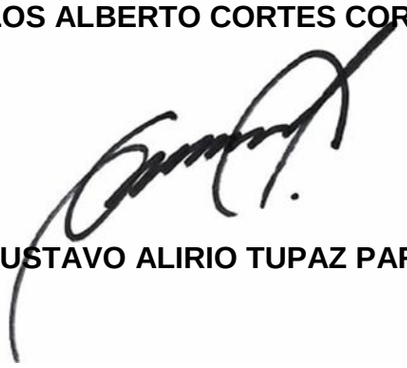
NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN



CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL

BOGOTA D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR ANDREA VIDAL CONTRA LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. (RAD. 26 2018 00148 01).

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

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

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con el fin de resolver el recurso de apelación propuesto por el apoderado de la demandante, respecto de la sentencia proferida por el Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 1° de febrero del 2023 (Exp. Digital: Audio Archivo 17, récord 30:49), en la que se resolvió:

> «***PRIMERO. DECLARAR*** *que la señora* ***ANDREA VIDAL,*** *identificada con cédula de ciudadanía 52.767.814, cumplió con los requisitos para acceder a la pensión de invalidez, de conformidad con la Ley 860 de 2003, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*
>
> ***SEGUNDO. CONDENAR*** *a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías* ***PORVENIR****, al reconocimiento y pago a favor de la señora* ***ANDREA VIDAL,*** *identificada con cédula de ciudadanía número 52.767.814, al reconocimiento y pago del retroactivo de la pensión de invalidez, calculado desde el 03 de marzo de 2018 hasta el 30 de enero de 2023, en un valor de* ***SETENTA Y SIETE MILLONES NOVENTA Y NUEVE MIL DOSCIENTOS CUARENTA Y UN PESOS ($77'099.241)****, autorizándose a* ***PORVENIR*** *a efectuar los descuentos en salud correspondiente al 12.52%, equivalente a la suma de* ***NUEVE MILLONES SEISCIENTOS TREINTA Y SIETE MIL CUATROCIENTOS CINCO PESOS ($9'637.405)****, arrojando un retroactivo pensional equivalente a la suma de* ***SESENTA Y SIETE MILLONES CUATROCIENTOS SESENTA Y UN MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y SEIS PESOS ($67'461.836)****, sumas que deberán ser debidamente indexadas al momento de su pago. Así mismo,* ***PORVENIR*** *deberá seguir pagando la mesada pensional de la demandante en cuantía equivalente, para el año 2023, de* ***UN MILLÓN CUATROCIENTOS OCHENTA MIL CIENTO CINCUENTA Y SEIS PESOS ($1'840.156)*** *por trece (13) mesadas al año.*

> ***TERCERO. ABSOLVER** a la demandada Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías **PORVENIR** de las demás pretensiones incoadas en su contra.*
> ***CUARTO. ABSOLVER** a la vinculada **SEGUROS DE VIDA ALFA S.A. – VIDA ALFA S.A.** de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.*
>
> ***QUINTO. CONDENAR** en costas de esta instancia a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías **PORVENIR**, fijándose como agencias en Derecho la suma de **DOS MILLONES DE PESOS ($2'000.000).**».*

Inconforme con la decisión, el apoderado de la demandante interpuso recurso de apelación, expresando los intereses moratorios fueron debidamente solicitados con la interposición de la demandada, esto es, en la pretensión No. 3, por lo que en su sentir Porvenir debía realizar el reconocimiento y pago de los mismos desde el 2 de marzo del 2018, al no haber reconocido la prestación desde el momento que le correspondía, aduciendo en mas favorable la condena por intereses moratorios que por indexación, solicitando por ende se revoque parcialmente el fallo de primer grado y se acceda al pago de los intereses (Exp. Digital: Audio Archivo 17, récord 32:28[1])

[1] Muchas gracias su Señoría de manera atenta y respetuosa, ehmm manifiesto de que de conformidad al artículo 66 del Código procesal del trabajo y la Seguridad Social que interpongo recurso de apelación ante el fallo dictado por su Señoría, solicitando al honorable Tribunal Superior de Bogotá se sirva revocar parcialmente el fallo proferido por su digno despacho, en razón a los siguientes argumentos.

Solicitó al honorable Tribunal Superior de Bogotá se sirva revocar parcialmente el fallo dictado por su Señoría en razón a que no estamos de acuerdo con que no se haya condenado a la demandada PORVENIR S.A. a reconocer los intereses moratorios de la pensión de invalidez a la que tiene derecho tal y como se indicó en el presente fallo, la señora Andrea Vidal.

Funda su digno despacho, el negar los intereses moratorios de la presente pensión, en razón a que supuestamente el suscrito y eventualmente el apoderado principal, el que era apoderado principal de la de la demandante, no solicitó el reconocimiento y pago de los intereses moratorios frente a la pensión de invalidez de la señora Andrea Vidal, desconociendo explícitamente la pretensión número 3 del libelo introductorio que estableció específicamente lo siguiente "Pretensión número 3, reconocimiento y pago de los intereses moratorios sobre cada una de las mesadas adeudadas"

Quiere decir esto que el argumento de su digno despacho, a nuestro parecer, está totalmente errado en razón a que pues efectivamente, sí hubo una solicitud explícita frente al reconocimiento de los intereses moratorios y se debe tener en cuenta honorables magistrados que el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 es clara en establecer, el caso en el que procede precisamente el pago de estos intereses moratorios y es claro en el presente caso que Porvenir debía realizar el reconocimiento y pago de las mesadas pensionales por invalidez de la señora Andrea Vidal desde el 2 de marzo del año 2018. También es cierto señores magistrados, que en el presente caso no se presenta de ninguna manera el fenómeno de la prescripción frente a esas mesadas debidas por parte de Porvenir S.A. por lo que es claro que también la consecuencia natural de la obligación de haber realizado el pago y no haberlo reconocido en el momento en que correspondía era precisamente los intereses moratorios y no la indexación y en este punto es claro que se debe aplicar precisamente el principio de favorabilidad frente a mi defendida Andrea Vidal, pues es claro que es más favorable para los intereses de la señora Andrea Vidal precisamente el reconocimiento de esos intereses moratorios más allá de la indexación.

Entonces en ese sentido solicito al honorable reitero Tribunal Superior de Bogotá a los honorables magistrados del Tribunal Superior de Bogotá se sirvan revocar parcialmente la presente sentencia y en su lugar se reconozca el pago de los intereses moratorios a los que tiene derecho mi defendida, la señora Andrea vida, muchas gracias su Señoría.

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante las pretensiones elevadas en el escrito de la demanda (Archivo 1 expediente digital páginas 5 y 6), las cuales encuentran apoyo en los hechos relacionados en las página 6 ibidem, dirigidas a que se reconozca y pague la pensión de invalidez a partir de la fecha de estructuración de su PC, junto con el retroactivo pensional, intereses moratorios sobre cada una de las mesadas pensional, indexación de las sumas adeudadas siempre y cuando no sea contraria y/o incompatible con los intereses moratorios, condenas ultra y extra petita y costas. **Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus aspiraciones,** por cuanto se condenó a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR, al reconocimiento y pago del retroactivo de la pensión de invalidez, calculado desde el 03 de marzo de 2018 hasta el 30 de enero de 2023, en un valor de $77’099.241, autorizándose a PORVENIR a efectuar los descuentos en salud correspondiente al 12.52%, equivalente a la suma de $9’637.405, arrojando un retroactivo pensional equivalente a la suma de $67’461.836, sumas que deberán ser debidamente indexadas al momento de su pago, absolviendo de los intereses moratorios y accediendo a la indexación de las sumas adeudadas.

Lo anterior tras estimar, que la demandante acredito los requisitos establecidos en la Ley 860 del 2003 para ser acreedora de la pensión de invalidez pues según el dictamen de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez la demandante tiene un porcentaje de PCL del 53,25 con fecha de estructuración 2 de marzo del 2018, contando para esa data con más de 50 semanas cotizadas. Respecto de los intereses moratorios adujo que la parte actora nunca los solicitó ante la demandada pues solo lo hizo con la presentación de la demanda, fecha para la cual no tendría derecho al reconocimiento y pago de la prestación pensional pues tenía determinado un porcentaje inferior al 50% de PCL, pues el dictamen de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez se dio en el transcurso de la demanda, esto es, con posterioridad a la contestación de Porvenir, señalando que no encontraba razón alguna para imponer condena por concepto de intereses moratorios.

Pues bien, lo primero que debe advertirse es que no es motivo de controversia en esta instancia, que la demandante acreditó los requisitos contemplados en la Ley 100 de 1993[2] modificada por la Ley 860 del 2003 para ser acreedora de la pensión de invalidez, esto es, tener más de 50 semanas de cotización en los últimos tres años inmediatamente anteriores a la estructuración de su invalidez y una PCL superior al 50%, pues conforme al dictamen No. 52767814-3844 del 27 de febrero del 2019 tiene un PCL del 53.25% con fecha de estructuración 2 de marzo del 2018 (págs. 38 a 60 Archivo 01 expediente digital) y cumplía con suficiencia las 50 semanas del 2 de marzo del 2015 al 2 de marzo del 2018 (historia laboral Porvenir S.A. págs. 15 a 20 Archivo 01 expediente digital)

Establecido lo anterior, y conforme los motivos de la alzada, es menester precisar en relación con la procedencia del reconocimiento de los intereses moratorios, los mismos se encuentran contemplados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 previstos para los eventos de mora en el pago de mesadas pensionales. La finalidad de estos intereses, a voces de la Corte Suprema, no es otro que la de resarcir los perjuicios ocasionados a los pensionados por la cancelación tardía de sus mesadas pensionales y, con ello, hacer efectiva la garantía prevista en el artículo 53 de la Constitución Política, con apego al cual uno de los principios mínimos fundamentales aplicables al trabajo es el de asegurar «*(…) el pago oportuno y el reajuste periódico de las pensiones (…)*[3]».

Del mismo modo, el órgano de cierre de esta jurisdicción ha sostenido que los intereses moratorios son simplemente resarcitorios y no sancionatorios[4] de manera que no es pertinente efectuar algún análisis sobre la conducta de la

---

[2] ***Artículo 39. Requisitos para obtener la pensión de invalidez.*** *Tendrá derecho a la pensión de invalidez el afiliado al sistema que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sea declarado inválido y acredite las siguientes condiciones:*

1. Invalidez causada por enfermedad: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración.

2. Invalidez causada por accidente: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores al hecho causante de la misma.

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 invalidez o su declaratoria[2].*

Parágrafo 2º. *Cuando el afiliado haya cotizado por lo menos el 75% de las semanas mínimas requeridas para acceder a la pensión de vejez, solo se requerirá que haya cotizado 25 semanas en los últimos tres (3) años.*

[3] *Sentencia SL1681 de 2020.*
[4] *CSJ SL, 23 sep. 2002, rad. 18512; CSJ SL, 29 nov. 2011, rad. 42839; y CSJ SL10728-2016, entre muchas otras, reiteradas en sentencia SL3130 de 2020.*

respectiva entidad de seguridad social y a su posible apego a los postulados de la buena fe, salvo que la negativa se funde en el ordenamiento legal vigente o que la definición del derecho obedezca a las reglas jurisprudenciales fijadas, entre otras condiciones analizadas en concreto, pudiéndose colegir en consecuencia, el pago tardío de mesadas pensionales debe ser sancionado en los términos del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, siempre y cuando no se evidencie una razón que justifique el actuar de la entidad en el desconocimiento del derecho que le asistía a la demandante[5], criterio reiterado recientemente por la Alta Corporación en sentencia SL3130-2020[6], en la que precisó:

> *«(…)*
> *En primer lugar, que permanece vigente la jurisprudencia de la Corte en torno al carácter meramente resarcitorio de los intereses, mas no sancionatorio, de* ***manera que no es necesario realizar algún examen de la conducta de la entidad obligada tendiente a descubrir algún apego a los postulados de la buena fe****. Ello con la salvedad de algunos casos en los que, según la jurisprudencia, las entidades niegan administrativamente un determinado derecho pensional o definen su cuantía con amparo en el ordenamiento legal vigente y teniendo en cuenta que, finalmente, la obligación se produce por la aplicación de reglas jurisprudenciales relativas a la validez de algunas normas»*. (Negrilla de la Sala).

Así las cosas, verificadas las actuaciones desplegadas para conceder la prestación por parte de PORVENIR, se tiene que en el caso de marras la demandada en su contestación señala que no puede proceder al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez reclamada por la parte actora, por cuanto conforme al dictamen de SEGUROS DE VIDA ALFA S.A. del 18 de noviembre del 2017 tenia un PCL del 43.21% inferior al exigido legalmente (págs. 118 a 124 archivo 01 expediente digital), sumado a que la actora previo a la interposición de la demanda no había presentado solicitud formal de pensión de invalidez (págs. 69 a 77 ibidem).

En ese orden se tiene que en efecto para la fecha de interposición de la presente demandada - Acta reparto del 21 de marzo del 2018 (pág. 32 archivo 01) - tan solo obraba un (1) dictamen, el de seguros de vida Alfa con una PCL del 43.21% y fecha de estructuración 31 de agosto del 2017 del 11 de noviembre del 2017 (págs. 118 a 123 archivo 01 expediente digital), en tanto el de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca fue proferido el 10 de mayo del 2018 con un PCL del 42.85% y fecha de estructuración 3 de mayo del 2018 (págs. 130 a 141 ibidem) y el de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez fue

[5] *Sentencia CSJ SL787-2013 Radicación No. 43602 del 6 de noviembre de 2013.*
[6] *En la cual, además, hace extensivos los intereses moratorios cuando lo pretendido es la reliquidación o reajuste.*

del 27 de febrero del 2019, en el cual se le otorgó el 53.25% de PCL estructurada el 2 de marzo del 2018 (págs. 38 a 60 Archivo 01 expediente digital)

En esa medida, al haberse expedido el dictamen definitivo del PCL de la demandante solo hasta el 27 de febrero del 2019 que le otorgó el 53.25%, es claro que PORVENIR no podía acceder al reconocimiento pensional cuando se interpuso la demanda -21 de marzo del 2018-, circunstancia que en efecto hace improcedente el pago de los referidos intereses pues la demandada fundo su defensa apegada a los requisitos legalmente establecidos, de suerte que resulta posible dar aplicación en este caso concreto a la citada jurisprudencia que permite su exoneración, pues se reitera su defensa se basó en los requisitos dispuestos legalmente para el reconocimiento de la pensión de invalidez, de ahí que no haya sido caprichoso tal actuar, lo hace que no sea procedente el pago de intereses moratorios, con lo cual se resuelve la apelación propuesta por la parte actora, debiendo confirmarse la sentencia de primer grado en este punto.

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado de primer grado, conforme a las consideraciones expuestas.

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

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,

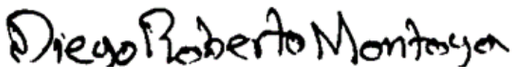
Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

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



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR GILBERTO EFRAÍN CÓRDOBA MELO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- y PORVENIR S.A. (RAD. 26 2021 00403 01).

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

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

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por las demandadas PORVENIR S.A y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, contra la sentencia proferida por la Juez 26 Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 22 de junio del 2023 *(Audiencia virtual, archivo 23, récord: 35:32),* en la que se resolvió:

> *"**PRIMERO. DECLARAR** ineficaz el traslado efectuado por el demandante GILBERTO EFRAÍN CÓRDOBA MELO al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*
>
> ***SEGUNDO. CONDENAR** al fondo de pensiones PORVENIR a transferir a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES la totalidad de los aportes realizados por el demandante, junto con sus rendimientos financieros causados, así como el porcentaje correspondiente a gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y de sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, lo anterior debidamente indexado, con cargo a sus propios recursos, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*
>
> ***TERCERO. CONDENAR** a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES para que acepte dicha transferencia y contabilice, para todos los efectos legales, las semanas cotizadas por el demandante.*

CUARTO. DECLARAR *no probadas las excepciones propuestas.*

QUINTO. CONDENAR *en costas de esta instancia al fondo de pensiones PORVENIR, fijándose como agencias en Derecho la suma de UN MILLÓN DE PESOS ($1'000.000).".*

Inconforme con la decisión, PORVENIR interpuso recurso de apelación[1] contra los numerales 1, 2 y 5, por cuanto no se ha configurado una ineficacia del traslado, ni una nulidad del traslado al cumplir la AFP con las obligaciones que ha tenido a su cargo.

[1] ***Recurso Porvenir (récord, 36:52): "****Sí, señora juez, me permito interponer recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en medio del presente proceso, específicamente los numerales 1, 2 y 5, en cuanto a que no se ha configurado una ineficacia del traslado, ni una nulidad del traslado realizado por el actor a mi representada, pues la misma ha cumplido con las obligaciones que ha tenido a su cargo. En cuanto a la indexación para la fecha de que el accionante, se afilió a mi representada, se actuó bajo el cumplimiento de la normatividad que le era exigible, por lo que resulta improcedente el reconocimiento de integración de rubros que en primer lugar no deberían trasladarse, puesto que el reconocimiento de esta figura genera a favor del demandante un enriquecimiento sin justa causa, carente de aplicación del principio de buena fe, equidad y justicia, y en segundo lugar, teniendo en cuenta que la indexación consiste en traer al valor presente el dinero para que no se pierda su poder adquisitivo, reitero que las sumas correspondientes a los gastos de administración no han perdido su poder adquisitivo, contrario a ello, tales gastos lograron incrementar su saldo en la cuenta de ahorro individual de la parte actora mediante los rendimientos generados, adicionalmente los gastos de administración, como se mencionó en el acápite anterior, no hubieran generado estos rendimientos en el régimen de prima media por ningún tipo en favor de la parte actora, por lo que la aplicación de la ineficacia que determina la sentencia, no hay lugar, sino al traslado del capital ahorrado más los rendimientos, so pena, reitero de un enriquecimiento sin justa causa a favor de la parte actora.*

En cuanto a los gastos de administración, son un valor que son de origen legal y que su destinación ha sido en favor del accionante por los servicios ofrecidos durante el tiempo que estuvo vinculado al RAIS. En cuanto a los rubros destinados al fondo de pensión mínima, es un porcentaje cuya destinación también es de origen legal, por lo que no se encuentra sustento en que se solicite su traslado, pues estos rubros ya fueron destinados y causados.

En cuanto al seguro previsional, tampoco hay lugar a realizar dicho traslado, toda vez que este valor ni siquiera se encuentra en poder de mi representada, sino que por el contrario ya fue trasladado a la aseguradora, la cual durante todo el tiempo en que el accionante estuvo vinculado a mi representada, lo ha asegurado en riesgos de invalidez y en todos los demás riesgos que se ha podido generar al respecto, aclaro que el contrato de seguro por definición en el Código de Comercio es oneroso, sin embargo, se ordena el traslado de primas de seguro previsional y se propicia que el aseguramiento a los riesgos de invalidez o muerte que ya fueron cobijados en virtud de una prima que ya fue pagada y fue causada.

En cuanto a las costas mi representada, ha pretendido por la eficacia del presente proceso y resultaría muy justo someterla a costas a una parte procesal que se ha visto involucrada o sometida a un proceso que no puede evitar en virtud del artículo 2, literal e de la Ley 797 de 2003, la cual no autoriza el traslado a aquellos afiliados que se encuentren a menos de 10 años de adquirir su pensión. En segundo lugar, no se puede acceder materialmente al mecanismo de solución de conflictos, aun teniendo mi representada la voluntad de conciliar con el accionante por la posición en la que se encuentra Colpensiones, ya que no resulta procedente para estos casos una conciliación parcial, por lo que dicho mecanismo ha sido fallido, pero no por intención de mi representada, quien ha estado presente en este proceso y en toda la vinculación que ha tenido la accionante a ella con buena fe, en cumplimiento de la normatividad vigente y de la de su obligación de debida asesoría y de información a la accionante. En este sentido, señora juez, dejó interpuesto mi recurso de apelación, muchas gracias.".

En cuanto a la indexación, expuso, para la fecha en que el accionante se afilió, se actuó bajo el cumplimiento de la normatividad que le era exigible, por lo que resulta improcedente el reconocimiento de integración de rubros que en primer lugar no deberían trasladarse, puesto que el reconocimiento de esta figura genera a favor del demandante un enriquecimiento sin justa causa, carente de aplicación del principio de buena fe, equidad y justicia, y en segundo lugar, teniendo en cuenta que la indexación consiste en traer al valor presente el dinero para que no se pierda su poder adquisitivo, las sumas correspondientes a los gastos de administración no han perdido el mismo, contrario a ello, tales gastos lograron incrementar el saldo en la cuenta de ahorro individual del actor mediante los rendimientos generados, adicionalmente, los gastos de administración, como se mencionó en el acápite anterior, no hubieran generado estos rendimientos en el régimen de prima media por ningún tipo en favor de la parte actora, por lo que, con la ineficacia ordenada, no hay lugar, sino al traslado del capital ahorrado más los rendimientos, so pena, de un enriquecimiento sin justa causa.

Frente a los gastos de administración, mencionó, son un valor de origen legal y su destinación ha sido en favor del accionante por los servicios ofrecidos durante el tiempo que estuvo vinculado al RAIS. En cuanto a los rubros destinados al fondo de pensión mínima, es un porcentaje cuya destinación también es de origen legal, por lo que no se encuentra sustento para solicitar su traslado, pues estos rubros ya fueron destinados y causados.

En lo que atañe al seguro previsional, tampoco hay lugar a realizar dicho traslado, toda vez que este valor ni siquiera se encuentra en poder de la AFP, sino que por el contrario, ya fue trasladado a la aseguradora, la cual durante todo el tiempo en que el accionante estuvo vinculado al fondo, lo ha asegurado en riesgos de invalidez y en todos los demás riesgos que se ha podido generar al respecto, aclaró, el contrato de seguro por definición del Código de Comercio es oneroso, sin embargo, se ordena el traslado de primas de seguros previsionales y se propicia el aseguramiento a los riesgos de invalidez o muerte que ya fueron cobijados en virtud de una prima que ya fue pagada y causada.

Finalmente, en cuanto a las costas resulta injusto someter a una parte procesal que se ha visto involucrada a un proceso en virtud del artículo 2º, literal e) de la Ley 797 de 2003, la cual no autoriza el traslado a aquellos afiliados que se

encuentren a menos de 10 años de adquirir su pensión. En segundo lugar, no se puede acceder materialmente al mecanismo de solución de conflictos, aun teniendo la AFP la voluntad de conciliar con el accionante por la posición en la que se encuentra Colpensiones, ya que no resulta procedente para estos casos una conciliación parcial, por lo que dicho mecanismo ha sido fallido, pero no por intención del fondo, quien ha estado presente en este proceso y en toda la vinculación ha actuado de buena fe y en cumplimiento de la normatividad vigente, otorgando una debida asesoría e información al accionante.

Por su parte, Colpensiones manifestó[2], considerando esa falta del deber de información que tenía la AFP al momento de la suscripción del formulario de afiliación, se pasó por alto que para la fecha del traslado la normatividad aplicable, esta es, la Ley 100 del artículo 13, literal B y E, Decreto 692 del 94, Decreto 663 del 93 regulaba la aceptación espontánea, libre y expresada de un afiliado para trasladarse de régimen a través de la firma del formulario de afiliación, lo cual en ese asunto se dio a plenitud, según consta en todo lo que se deriva de los documentos suscritos por el demandante.

---

[2]***Recurso Colpensiones (récord, 40:36):*** *"Sí, su Señoría, estando dentro de la oportunidad procesal, respetuosamente me permito interponer y sustentar recurso de apelación en los siguientes términos, en primer lugar he de manifestar que la señora juez, al momento de su decisión de declarar la ineficacia del traslado de régimen del demandante, considerando esa falta del deber de información que tenía la AFP, en el momento de la suscripción del formulario de afiliación pasó por alto que para esa fecha del traslado de la realidad del momento, según la normatividad aplicable para la Ley 100 del artículo 13, literal B y E, Decreto 692 del 94, Decreto 663 del 93 era que la aceptación espontánea, libre y expresaba un afiliado para trasladarse de régimen, se manifestaba a través de la firma del formulario de afiliación, lo cual en ese asunto se dio a plenitud, según consta en todo lo que se deriva de los documentos suscritos y registrado por el demandante.*

No es razonable ni jurídicamente, valido interponer a la administradora obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente en el momento del traslado de Régimen, pues son exigencias desvirtúa el principio de confianza legítima, teniendo en cuenta que el principio de legalidad y el debido proceso no consiste en solamente en la posibilidad de defensa o en la oportunidad para interponer recursos, sino que exige además, como lo expresa el artículo 29 de la Constitución Política el ajuste de las normas preexistentes al acto que se juzga.
Ahora, al respecto, debe entenderse que el principal propósito que se ha tenido los legisladores de establecer la prohibición de proteger el fondo común por medio del cual Colpensiones usa para pagar las respectivas pensiones de las personas que efectivamente cumple con los requisitos estipulados en la norma pensional y así no generar un desequilibrio patrimonial. Es decir que, el demandante al pretender, estando cerca ya de su pensión, querer hacer su traslado a Colpensiones, pues resulta jurídicamente contradictorio a las leyes ya establecidas.

Con lo anterior, dejó sustentado el recurso reiterando que se revoque la decisión que se acaba de proferir y en consecuencia se absuelva a mi representada de cada una de las pretensiones en su contra.
Así mismo le solicito a los señores magistrados que se adiciona a la sentencia, confirmar la decisión por parte de Porvenir, de que se entienda, de que debe de reintegrar la totalidad de las cotizaciones que se recibió por parte del demandante. Muchas gracias, su Señoría.".

Consideró, no es razonable ni jurídicamente válido interponer a la administradora obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado de régimen, pues son exigencias que desvirtúa el principio de confianza legítima, teniendo en cuenta que el principio de legalidad y el debido proceso no consiste solamente en la posibilidad de defensa o en la oportunidad para interponer recursos, sino que exige además, como lo expresa el artículo 29 de la Constitución Política el ajuste de las normas preexistentes al acto que se juzga.

Ahora, al respecto, debe entenderse que el principal propósito que ha tenido los legisladores de establecer la prohibición está dirigido a proteger el fondo común por medio del cual Colpensiones paga las respectivas pensiones de las personas que efectivamente cumplen con los requisitos estipulados en la norma pensional y así no generar un desequilibrio patrimonial, es decir, el actuar del demandante al pretender su traslado a Colpensiones estando próximo a pensionarse, resulta jurídicamente contradictorio a las leyes establecidas.

De no revocarse el fallo, solicitó se confirme la decisión por parte de Porvenir, en el sentido de reintegrar la totalidad de las cotizaciones que se recibió por parte del 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 (*Página 1, archivo 01 Expediente Digitalizado),* las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (*Páginas 1 y 2, ibidem),* aspirando de manera principal se declare:

1. Que se declare que el traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado por el señor GILBERTO EFRAÍN CÓRDOBA MELO es ineficaz.
2. Que se condene a PORVENIR S.A. a trasladar los aportes y sus rendimientos a Colpensiones.
3. Que se ordene a Colpensiones a registrar las cotizaciones recibidas en la historia laboral del señor GILBERTO EFRAÍN CÓRDOBA MELO.
4. Que se condena a PORVENIR al pago de costas y agencias en derecho.
5. Que se condene a la ultra y extra petita.

Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró ineficaz el traslado efectuado por el demandante GILBERTO EFRAÍN CÓRDOBA MELO al régimen de ahorro individual con solidaridad, se condenó a PORVENIR a transferir a COLPENSIONES la totalidad de los aportes realizados junto con los rendimientos financieros, el porcentaje correspondiente a gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y de sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, lo debidamente indexado, con cargo a sus propios recursos, se condenó a COLPENSIONES para que acepte dicha transferencia y contabilice, para todos los efectos legales, las semanas cotizadas por el demandante, se declaró no probadas las excepciones propuestas y se condenó en costas a PORVENIR. Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada PORVENIR no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía para con el demandante al momento del traslado.

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

[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*

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 04 de febrero de 1966 *(Página 86, Archivo 19 Expediente Digitalizado),* por lo que la edad de 62 años, los cumplirá el mismo día y mes del año 2028, procediendo a solicitar su traslado mediante las peticiones elevadas ante COLPENSIONES el 13 de febrero de 2020 y PORVENIR el 28 de enero de 2020 (páginas 26 y 29, archivo 01), esto es, cuando se encontraba a menos de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1º de abril de 1994 -, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, el demandante no había realizado cotización alguna al Régimen de Prima Media con Prestación Definida -RPM-, toda vez que se afilió al extinto Instituto de Seguros Sociales el **02 de septiembre de 2002** (archivo 15.1 Historia Laboral), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.[4]

---

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]

COLPENSIONES Nit 900.336.004-7
REPORTE DE SEMANAS COTIZADAS EN PENSIONES
PERIODO DE INFORME: Enero 1967 noviembre/2020
ACTUALIZADO A: 23 noviembre 2020

INFORMACIÓN DEL AFILIADO

Tipo de Documento:	**Cédula de Ciudadanía**	Fecha de Nacimiento:	**04/02/1966**
Número de Documento:	**12990501**	Fecha Afiliación:	**02/09/2002**
Nombre:	**GILBERTO EFRAIN CORDOBA MELO**	Correo Electrónico:	
Dirección:	**CRA 32A NO 25 10**	Ubicación:	
Estado Afiliación:	**Trasladado**		

RESUMEN DE SEMANAS COTIZADAS POR EMPLEADOR

En el siguiente reporte encontrará el total de semanas cotizadas a través de cada uno de sus empleadores o de sus propias cotizaciones como trabajador independiente, es decir, las que han sido cotizadas desde enero de 1967 a la fecha. Recuerde que la Historia Laboral representa su vida como trabajador, la que usted ha construido mes a mes y año a año.

[1]Identificación Aportante	[2]Nombre o Razón Social	[3]Desde	[4]Hasta	[5]Último Salario	[6]Semanas	[7]Lic	[8]Sim	[9]Total
12990501	CORDOBA MELO GILBERT	01/10/2002	31/10/2002	$309.000	4,29	0,00	0,00	4,29
814006905	PROUNICOL	01/11/2005	30/11/2005	$381.500	4,29	0,00	0,00	4,29
814006905	PROUNICOL	01/01/2006	31/01/2006	$408.000	0,14	0,00	0,00	0,14
814006905	PROUNICOL	01/03/2006	31/07/2006	$408.000	21,43	0,00	0,00	21,43
814003676	PROSPEREMOS CTA	01/08/2006	31/08/2006	$136.000	0,71	0,00	0,71	0,00
814006905	PROUNICOL	01/08/2006	31/08/2006	$408.000	4,29	0,00	0,00	4,29
814003676	PROSPEREMOS CTA	01/09/2006	30/09/2006	$136.000	0,71	0,00	0,00	0,71
805028623	ANAEL CTA	01/10/2006	31/10/2006	$272.000	2,86	0,00	0,00	2,86
805028623	ANAEL CTA	01/11/2006	30/06/2007	$434.000	33,86	0,00	0,00	33,86
805028623	ANAEL CTA	01/07/2007	31/12/2007	$867.000	25,71	0,00	0,00	25,71
805028623	COOPERATIVA DE TRABA	01/01/2008	31/10/2008	$461.500	42,71	0,00	0,00	42,71
805028623	COOPERATIVA DE TRABA	01/11/2008	31/07/2009	$0	0,00	0,00	0,00	0,00

[10] TOTAL SEMANAS COTIZADAS: 140,29

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

En este orden de ideas, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende el actor a efectos de continuar válidamente vinculado al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el **1º de septiembre de 2008** con fecha de efectividad a partir del **1° de noviembre de 2008** *(página 94 y 105 del archivo 19 del expediente digital)* por afiliación que hiciera a PORVENIR, específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP, certificación 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 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***

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

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

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

> *"**1. La consecuencia de la inobservancia del deber de información: ineficacia del acto jurídico de cambio de régimen***
>
> *Al contestar la demanda, Colpensiones sostuvo que en este asunto no hay lugar a declarar la nulidad del traslado de la actora del régimen público de pensiones al privado, en la medida que no se demostró un vicio del consentimiento en la modalidad de error, fuerza o dolo.*
>
> *Ahora bien, el a quo declaró la nulidad de la afiliación de la demandante, pues, en su sentir, el «acto no existió y no puede causar ningún tipo de consecuencia, incluso desfavorable». En esa línea, condenó a Colfondos S.A. a devolver «todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de (…) LILIANA ANGULO RUIZ como comisiones, costos cobrados por administración, sumas adicionales, bonos pensionales de ser el caso, de conformidad con el art. 1746 que se hubieren generado junto con sus rendimientos», e impuso a Colpensiones la obligación de recibirlos y hacer los ajustes pertinentes en la historia laboral de la actora, sin solución de continuidad; esto es, «como si esa afiliación nunca hubiese existido».*
>
> *De ahí que le corresponda a la Sala precisar si la vía correcta es la nulidad o la ineficacia en sentido estricto.*
>
> *Pues bien, esta Corporación es del criterio que la reacción del ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por consiguiente, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC).*
>
> *[2: La ineficacia del acto posee las mismas consecuencias prácticas de la nulidad. Al respecto, la Sala Civil de esta Corporación ha sostenido que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, de suerte que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (SC3201-2018).]*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

"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

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

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

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

---

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.

manera alguna se evidencia en el plenario que se le informó sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por el accionante[7] contrario a lo afirmado por PORVENIR en su apelación no acreditan de manera a alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que comenzó a trabajar y suscribió el formulario, sin que le fuera suministrada información alguna o por lo menos relevante frente a las implicaciones que conlleva el cambio de régimen pensional.

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

A efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR (*Página 94, Archivo 19 expediente digital),* este no constituye en manera alguna medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la AFP demandada (sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019) y, en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus,* pues la afiliación y el deber de

[7] ***Interrogatorio demandante, récord 09:19, archivo 23:*** *"El traslado fe en el año 2008 a la fecha creo, en Tuluá Valle, yo trabajaba en la Clínica del Oriente, no leí el formulario, no fui coaccionado, fue voluntaria, no sé los requisitos para la pensión, a partir del 2008 me pasaron de Colpensiones a Porvenir, hablé con un amigo y me dijo que ya no me podía pasar a Colpensiones, es mejor pasarme a Colpensiones, en el momento de firmar el formulario no me explicaron nada, yo no sabía las ventaja so desventajas, eso fue lo que me pasó en ese tiempo, en Colpensiones no recibió ninguna información., ni un oficio ni el correo ni nada, no había ventajas al momento del traslado, yo soy ignorante en el tema de pensiones, en el fondo privado sale el mínimo, en el caso de que yo fallezca eso queda a mi cónyuge., creo, no me informaron nada en el momento yo supe por internet, no me dijeron que me podía pasar antes de los 52, yo tenía cónyuge".*

información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que se advierten ausentes en el plenario.

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

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

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

> ***"1. El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones: Un deber exigible desde su creación***
>
> ***1.1 Primera etapa: Fundación de las AFP. Deber de suministrar información necesaria y transparente.***
> *El sistema general de seguridad social en pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del otorgamiento de diferentes tipos de prestaciones. Con este fin, la Ley 100 de 1993 diseñó un sistema complejo de protección pensional dual, en el cual, bajo las reglas de libre competencia, coexisten dos regímenes: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (AFP).*

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

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

...

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

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

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

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

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

Como se ve, ya para el año **2008**, cuando se produjo el traslado del aquí demandante, la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR estaba en la obligación de informar a su futuro afiliado sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, pero ello en el asunto no ocurrió o, por lo menos, no se acreditó.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR, omitió en el momento del traslado de régimen (**1º de septiembre de 2008** con fecha de efectividad a partir del **1° de noviembre de 2008),** el deber de información para con el promotor del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

En la misma dirección se debe señalar, no tiene incidencia alguna que el demandante no sea beneficiario del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación con la información que se le debía suministrar cuando se trasladó de régimen, al respecto se puede consultar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia STL11385 del 18 de julio de 2017, radicado 47646.

En ese orden, la ineficacia del traslado de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de PORVENIR S.A., fondo al que se encuentra afiliado el actor (*Página 105 Archivo 19 expediente digital*) del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados así como la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, de tal manera se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto.

Debe precisarse, atendiendo el grado jurisdiccional de consulta en que se conoce el presente proceso en favor de Colpensiones, se adicionará el ordinal segundo y del fallo de primer grado, en cuanto a que además de lo ordenado, PORVENIR S.A. debe devolver a COLPENSIONES, las **comisiones**, por el tiempo en que el

demandante estuvo aparentemente afiliado a esa administradora, por virtud del restablecimiento de las cosas a su estado inicial.

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

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

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

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

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

> *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 No. 56174 del 10 de abril de 2019, se expuso:

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

A la par, con relación a la orden de disponer el pago debidamente indexado de los anteriores conceptos en esta alzada, incluidos los gastos de administración, comisiones, rendimientos, seguros provisionales y porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, siendo punto de apelación de PORVENIR S.A., es importante señalar que para la calenda en la que se trasladen esos recursos, habrá transcurrido un tiempo considerable durante el cual dicho valor habrá perdido poder adquisitivo, de allí que sea procedente su indexación, ya que su función consiste únicamente en evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción del patrimonio de quien accede a la administración de justicia, causada por el transcurso del tiempo, y su imposición procede de forma oficiosa, sin que ello represente una condena adicional ni vulnere la congruencia entre la demanda y la sentencia judicial, pues lo que se

busca garantizar es el pago completo e íntegro de la prestación cuando el transcurso del tiempo la devalúa.

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

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

En punto a la indexación de los gastos de administración, en un caso similar al de autos en el que se resolvió lo atinente a la ineficacia de traslado, el órgano de cierre de esta jurisdicción, en providencia SL 3207, Radicación No. 83586 del 18 de agosto de 2020, indicó:

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

En lo que atañe a la excepción de prescripción interpuesta por COLPENSIONES[8], a favor de quien se surte la consulta (página 5 y 6, archivo 15 expediente digital), basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada

[8]*Se estudia la excepción solo a favor de COLPENSIONES en virtud de la consulta, por haber sido oportunamente propuesta al contestar la demanda, la cual se tuvo por contestada mediante auto del 23 de enero de 2023 (Archivo 17 del expediente digital).*

sentencia CSJ SL1689-2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que, además, está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por las encartadas, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

Finalmente, respecto de las costas procesales objeto de apelación por 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 que contiene el principio general según el cual *"se condenará en costas a la parte vencida en el proceso (…)"*, sin consideración a su intención, razonabilidad de su discusión en el conflicto jurídico en litigio o su conducta en el trámite procesal, sino el hecho de haber sido vencido en juicio, por manera que al haber sido desfavorable la sentencia de primer grado a esta demandada, lo atinente a derecho es que sea condenada en costas, iterando, la única valoración a tener en cuenta en este aspecto, es las resultas del proceso, por lo que se confirma la decisión.

Agotada la competencia de la Sala por el estudio de los puntos de apelación y habiéndose surtido el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, conforme las motivaciones que preceden, se adicionará el numeral 2º y se confirmará la decisión de primer grado en lo demás.

SIN COSTAS en esta instancia.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: ADICIONAR el numeral **SEGUNDO** del fallo de primer grado, para ordenar a la AFP PORVENIR S.A. devolver a COLPENSIONES, además de los rendimientos, gastos de administración, primas de seguros previsionales de

invalidez y sobrevivencia y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, las **comisiones**, debidamente **indexadas** con cargo a sus propias utilidades, por el tiempo en que el demandante estuvo aparentemente afiliado a esa administradora, conforme lo considerado.

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

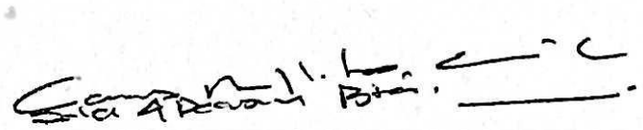
TERCERO: CONFIRMAR en lo demás, la sentencia de primera instancia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

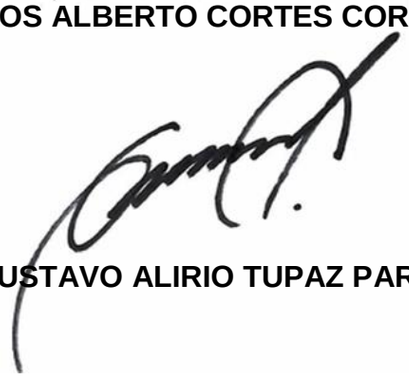
NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN



CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL

BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO BREYSI ACOSTA NIEVES CONTRA CARBONES DEL CERREJÓN LIMITED (RAD. 27 2021 00053 01).

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

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

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la demandante y la sociedad demandada, contra la sentencia proferida por la Juez Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 15 de septiembre de 2022 (16AudienciaArt80, récord 40:26) en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO: CONDENAR** a la empresa **CARBONES DEL CERREJON LIMITED** a pagar a la señora **BREYSI ACOSTA NIEVES** la suma de $837.265 pesos que corresponde al saldo insoluto de los dominicales y festivos laborados desde febrero de 2018 hasta enero de 2019 conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia*
>
> ***SEGUNDO: DECLARAR** parcialmente probada la excepción de prescripción respecto de los saldos insolutos causados entre agosto 2017 y diciembre de 2017 conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia*
>
> ***TERCERO: NEGAR** las demás pretensiones de la demanda formulada por la señora **BREYSI ACOSTA NIEVES** contra la empresa **CARBONES DEL CERREJON LIMITED** conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia*
>
> ***CUARTO: DECLARAR** probada la excepción de buena fe, parcialmente probadas las de pago, cobro de lo no debido, inexistencia de las obligaciones reclamadas, ausencia de causa y título y no probada la de compensación formuladas por la demandada por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia*

> ***QUINTO: CONDENAR*** *en costas a la demandada en la suma de $100.000 pesos, como agencias en derecho a favor de la demanda, la anterior decisión queda notificada en estrados".*

Inconforme con la decisión el apoderado de la demandante la recurrió[1], argumentando, el artículo 132 del C.S.T. en su numeral 2º permite claramente que dichas estipulaciones contractuales sean de manera escrita frente al salario por porcentajes incluyendo toda la parte del valor de las prestaciones, recargos y beneficios tales como trabajo nocturno, extraordinario, dominical, festivo, primas legales y extralegales, cesantías e intereses, subsidios, suministros en especie y en general las que se incluyan en dicha estipulación, excepto vacaciones,

---

[1] ***Recurso Demandante (récord, 53:46):*** *"Muchas gracias su señoría, voy a presentar recurso de apelación conforme a la decisión emitida por el despacho, en los siguientes temas, con respecto al tema de lo plasmado en la sentencia con respecto a la forma de estipulación contractual es muy claro que el artículo 132 en su numeral 2º permite claramente que dichas estipulaciones contractuales para pactar de manera escrita un salario por porcentajes que incluya toda la parte del valor de las prestaciones, recargos y beneficios tales como el trabajo nocturno extraordinario dominical festivo y primas legales y extralegales las cesantías y sus intereses subsidios suministros en especie y en general las que incluyan en dicha estipulación, excepto vacaciones solo aplica ese tipo de pactos para salarios integrales.*

Ahora bien, la norma no prevé lo que señala el despacho al decir que es para cualquier tipo de salario y como la norma no lo prevé al intérprete no le está autorizado agregarle a la norma algo que no tiene y la norma no dice ninguna en ninguno de sus acápites del artículo 132 del Código Laboral ni bajo ningún tipo de jurisprudencia ni de doctrina se establece que eso aplique para cualquier tipo de salario sino exclusivamente para salarios integrales desde ese punto de vista no aceptamos lo denunciado en la sentencia en cuanto a la forma de estipulación contractual y a lo manifestado de que existe un error en la interpretación del artículo 132. En cuanto al tema de la prescripción que se tuvo por probaba parcialmente no estamos de acuerdo en el entendido de que la prescripción se interrumpió como consta en el expediente desde el 1º de diciembre del 2020 con un derecho de petición que se presentó en esa época entonces hubo una interrupción que el despacho no tuvo en cuenta y por el cual está declarando probada una excepción de prescripción y está limitando los valores a liquidar solamente a los periodos 2018 y 2019 entonces en cuanto a esa parte de la sentencia se presentan esos reparos frente al tema de la buena fe que es otra excepción que se declaró probada parcialmente, también la de pago esa también no estamos de acuerdo porque realmente no se cancelaron los valores debidos y adicionalmente con la buena fe desde el principio a menos casi de un año de haberse retirado la señora BREYSI NIEVES al empleador se le informó sobre las inconsistencias que habían en la parte de la liquidación de los recargos festivos dominicales y el empleador desatendió todo este tema de liquidación y no se puede decir ahora que tiene buena fe que porque hubo una parte contractual y entonces basado en eso el empleador pensó que todo estaba bien cuando su deber era revisar esa parte de la liquidación que posiblemente si hubieran liquidado esa parte y revisado y confrontado con esos liquidaciones hubieran encontrado las situaciones que hoy el despacho encontró y los errores en liquidación pero teniendo en cuenta que hubiera atendido los requerimientos que en su momento se le hicieron que fueron varios tanto documentales como de que pagará dichas cifras, entonces no se puede decir que aquí hay una buena fe porque pensó o entendió que estaba cubierto con el tema contractual porque el deber ser no es entender sino garantizar frente a ese tema una reliquidación. Frente a la re liquidación de las cesantías es claro que se presentaron situaciones que afectan la liquidación; ahora bien los desprendibles de nómina que hacen parte del material probatorio que tiene el despacho donde se puede extraer de manera fácil y clara qué cosas eran salario y qué cosas no sin hablar además que el Código Laboral tiene establecido un marco normativo claro de qué cosas constituyen salario y qué cosas no constituyen salario entonces no puede decir el despacho ahora haciendo un desconocimiento del marco normativo y haciendo un descubrimiento de un material probatorio que conoció de primera mano y que lo llevó a ser reliquidaciones de otro tipo que por esa situación no accede a hacer la re liquidación de cesantías que porque no sabe qué salario o que no es salario cuando realmente hay esta especificado en las nóminas que correspondían a primas legales que correspondían a cada 1 de esos valores, adicionalmente, el Código Laboral es muy claro en establecer qué cosas constituyen salario y que no y conforme a eso proceder a la respectiva reliquidación. De igual forma, ampliaremos en nuestra sustentación ante el respectivo Tribunal Superior de Bogotá, el respectivo recurso de apelación frente a los reparos realizados en esta sentencia muchas gracias.".

aplicando este tipo de pactos solo para salarios integrales. En su sentir, la norma en comento no prevé que estos pactos apliquen para cualquier tipo de salario y por tanto al intérprete no le está autorizado darle una interpretación que no tiene en ninguno de sus acápites, pues bajo ningún tipo de jurisprudencia ni de doctrina establece que aplica para cualquier tipo de salario sino exclusivamente para salarios integrales. Desde ese punto de vista, indicó, no existe un error en la interpretación del artículo 132.

En cuanto a la prescripción, expuso, no se debió tener por probaba parcialmente ya que se interrumpió desde el 1º de diciembre del 2020 con el derecho de petición que se presentó, situación que no tuvo en cuenta la *a quo* al limitar los valores a liquidar para los periodos 2018 y 2019.

Frente a la buena fe y excepción de pago parcial, agregó, no se cancelaron los valores por la demandada y adicionalmente desde el principio y a menos de un año de haberse retirado la señora BREYSI NIEVES se le informó a la empresa sobre las inconsistencias que había en la liquidación de los recargos festivos y dominicales y la empresa desatendió el tema de liquidación, no pudiendo entender un actuar de buena fe, siendo su deber revisar la liquidación y reconocer los valores faltantes.

Con relación a la reliquidación de las cesantías, el recurrente esgrimió, de los desprendibles de nómina que hacen parte del material probatorio que tiene el despacho se puede extraer de manera fácil y clara qué conceptos eran salario y cuáles no sin hablar además que el Código Laboral tiene establecido un marco normativo claro de qué cosas constituyen salario y qué cosas no constituyen salario, no siendo acertado concluir por la a quo que no se podía hacer la reliquidación de cesantías porque desconoce qué salario o qué no es salario cuando realmente está especificado en las nóminas que correspondían a primas legales.

Por su parte, el apoderado de la demandada atacó las condenas impuestas[2], en especial en los numerales primero y quinto de la sentencia relacionados con las

[2]***Recurso Demandada (récord, 1:00:58):****"Gracias su señoría si señora voy a interponer recurso de apelación y me permito sustentarlo de la siguiente forma, interpongo recurso apelación contra todo lo que ha sido contrario y condenado a mi representada en especial en los numerales primero y quinto de la sentencia relacionados con las condenas por la suma de $837.265 como saldo que se fijó en la sentencia por los valores que se denominaron no cancelados por dominical y festivos de los años 2018- 2019. Así mismo, como*

condenas por la suma de $837.265 por concepto de recargos dominicales y festivos correspondiente a los años 2018 - 2019. Así mismo, atacó las costas impuestas, exponiendo en general, estos valores nunca fueron reclamados por la parte actora durante la vigencia del contrato y es muy posible que al hacer las cuentas no se hubiese tenido exactamente por el despacho los porcentajes que se estipularon en el contrato en relación con el salario fijado en cuanto a dominicales y festivos que pertenece al 9%.

En este orden, solicitó se tenga por probada la excepción de compensación propuesta en la contestación, toda vez que es totalmente legal realizar este tipo de estipulaciones dentro del contrato y en el plan de beneficios otorgado a la demandante el cual se denomina “Beneflex”, beneficio del cual se percibieron sumas que superan el monto de las condenas impuestas ascendiendo dichos valores a $2’044.780 pesos, de tal manera, se supera las sumas líquidas como condenas para el caso de la señora BREYSI ACOSTA. Para tal fin, hizo una lectura de la cláusula de imputabilidad pactada mediante otrosí, así: *“La totalidad de los beneficios no salariales y en general todos los reconocimientos contenidos en este otrosí serán imputables o compensables con cualquier valor o suma*

---

por las costas impuestas me permito argumentar la apelación en el sentido que en primer término estos valores nunca fueron reclamados por la parte actora durante todo el término de la vigencia del contrato y segundo pues es muy posible que al hacer las cuentas no se hubiese tenido exactamente por el despacho los porcentajes que se estipularon en el contrato en relación con el salario fijado en cuanto a dominicales y festivos de ese 9%, a su vez no encuentro en este escaso tiempo pues cómo realizar una liquidación del Excel enviado. No obstante, lo anterior en mi respetuoso sentido jurídico pienso que la excepción de compensación si es posible tenerla en cuenta toda vez que es totalmente legal realizar este tipo de estipulaciones dentro del contrato y el beneficio “Beneflex” que recibió mensualmente supera el monto de la condena y de acuerdo con lo que se ha encontrado en el expediente se dice que estos Beneflex tiene una suma equivalente a $2’044.780 pesos, de tal manera que superarían las sumas líquidas como condenas para el caso de la señora ***BREYSI ACOSTA****, como consecuencia me permito reiterar la cláusula que reitero me parece válida y legal sobre la imputabilidad la cual dice así: “la totalidad de los beneficios no salariales y en general todos los reconocimientos contenidos en este otrosí serán imputables o compensables con cualquier valor o suma adicional que deba reconocer la compañía de origen convencional judicial administrativo o por cualquier causa tal imputabilidad se aplicará igualmente en los casos de aplicación del principio de igualdad contenido en la ley de la misma manera se entiende que todo lo recibido por el empleado durante la vigencia de este otrosí es imputable a lo que pudiera corresponder en la eventualidad de una decisión judicial por cualquier causa que pudiera afectar total o parcialmente el presente otrosí”, esta cláusula parece con todo respeto clara y es posible aplicarla ya que prevé una decisión judicial, insisto, ese monto de ese Beneflex supera ampliamente el monto de la condena y es posible en consecuencia aplicar la compensación que se ha interpuesto en su momento procesal oportuno con estos dos argumentos que están dirigidos exactamente a las condenas impuestas a mí representada, así dejo presentado el recurso de apelación agradeciendo el tiempo a su señoría”.*

adicional que deba reconocer la compañía de origen convencional judicial administrativo o por cualquier causa, tal imputabilidad se aplicará igualmente en los casos de aplicación del principio de igualdad contenido en la ley, de la misma manera, se entiende que todo lo recibido por el empleado durante la vigencia de este otrosí es imputable a lo que pudiera corresponder en la eventualidad de una decisión judicial por cualquier causa que pudiera afectar total o parcialmente el presente otrosí". Señalado esto, adujo, esta cláusula es posible aplicarla ya que prevé una decisión judicial, y el monto del beneficio Beneflex supera ampliamente el monto de la condena y es posible aplicar la compensación que se ha interpuesto en su momento procesal oportuno.

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 BREYSI ACOSTA NIEVES en este proceso ordinario, las pretensiones incoadas en las páginas 6 a 7 del archivo 01 del expediente digital, las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos narrados a páginas 1 a 5, ibidem, aspirando se declare el incumplimiento por parte de la compañía CARBONES DEL CERREJON LIMITED, en el pago correcto de la jornada laboral ejecutada por BREYSI ACOSTA NIEBLES, durante la vigencia de la relación laboral, se declare que BREYSI ACOSTA NIEBLES, tiene derecho a reconocimiento y pago del recargo del 75% del salario ordinario, sobre las horas laboradas en días domingos y festivos, causadas entre el 29 de mayo de 2017 al 22 de marzo del 2019, se declare que tiene derecho al reajuste del auxilio de cesantías y sus intereses, con lo realmente devengado en función de su labor. Consecuente con lo anterior, pidió, se condene a la demandada a reconocer y pagar a favor de BREYSI ACOSTA NIEBLES, el recargo del 75% de la hora ordinaria, sobre las horas laboradas en días domingos y festivos, causadas entre el 29 de mayo de 2017 al 22 de marzo de 2019 más el reajuste del auxilio de cesantías, con lo realmente devengado en función de su labor, reconocidos durante las vigencias 2017, 2018 y el auxilio de cesantías e intereses causados entre el 1° de enero y el 22 de marzo del 2019, se condene a la demandada al pago de la indemnización consagrada en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, la sanción consagrada en el artículo 99 de la 50

de 1990, indemnización consagrada en el Decreto 116 de 1976, indexación, reajuste de los aportes a la seguridad social, costas y agencias en derecho y todo lo que resulte probado ultra o extra petita. **Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus aspiraciones**, por cuanto se condenó a la empresa CARBONES DEL CERREJÓN LIMITED a pagar a la señora BREYSI ACOSTA NIEVES la suma de $837.265 que corresponde al saldo insoluto de los dominicales y festivos laborados entre el mes de febrero de 2018 hasta enero de 2019, se declaró parcialmente probada la excepción de prescripción respecto de los saldos insolutos causados entre agosto 2017 y diciembre de 2017, negó las demás pretensiones de la demanda y condenó en costas a la demandada.

Lo anterior tras considerar que en virtud de la libertad de estipulación del salario prevista en el artículo 132 del C.S.T. las partes pactaron el pago del 9% como retribución de los conceptos dominicales y festivos en el contrato de trabajo, siendo eficaz y válido este pacto, no acogiendo entonces el argumento del demandante dirigido a que la norma en comento solo aplica para salarios integrales. Igualmente, la *a quo* entró a verificar si el 9% pactado sobre la remuneración mensual retribuía en su totalidad el tiempo laborado por la ex trabajadora de acuerdo a los turnos aportados y laborados que no fueron objeto de reparo de las partes, fulminando condena en aquellos periodos que existe un excedente y que no fueron objeto de prescripción.

En cuanto a las súplicas dirigidas a la reliquidación de cesantías e intereses y aportes al Sistema de Seguridad Social Integral expuso que en el expediente obra certificación de SKANDIA donde no son claras las sumas que le fueron canceladas a la demandante, así como obran desprendibles de pago y liquidación que advierten que la actora devengó adicional al salario ordinario factores como prima de navidad, vacaciones y bonificación por trabajo nocturno, conceptos respecto de los cuales no se tiene certeza si fueron parte para liquidar la cesantías, pues la parte actora no mencionó este hecho en la demanda no pudiéndose hacer suposiciones y emplear valores acomodaticios. Frente a la sanción por no consignación de cesantías e indemnización moratoria adujo que le asiste buena fe a la empresa en la medida que creía que el porcentaje pactado cubría desde el comienzo los recargos laborados y no quedó evidenciado que pretendiera menoscabar los derechos laborales de la demandante.

Finalmente, advirtió en cuanto a la excepción de compensación, ésta no tiene vocación de prosperidad dado que la condena que se fulminó no se puede compensar con los conceptos debidos al tener una naturaleza distinta y características y exigencias distintas.

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

De tal manera, se advierte que en el asunto no existe controversia en cuanto a la declaración de la existencia del contrato de trabajo que unió a las partes, ni frente a los extremos inicial y final, pues tales aspectos fueron declarados por la Juez *a quo*, sin que fueran objeto de apelación por las partes en esta instancia y se pueden constatar con la certificación laboral que indica que la señora **BREYSI ACOSTA NIEVES** se desempeñó para la demandada en el cargo de ANALISTA al momento del retiro, laborando desde el 28 de junio de 2000 al 22 de marzo de 2019 y devengando como salarios para los años 2016 a 2019 los siguientes, respectivamente: $6.160.000, $6.576.000, $6.845.000 y $6.845.000. En igual sentido, obra contrato de cesión (figura que no es objeto de discusión), en el que intervino CARBONES DEL CERREJON S.A. -CDC-, INTERNATIONAL COLOMBIA RESOURCES CORPORATION LLC -INTERCOR- y la demandante en calidad de empleada de dirección confianza y manejo con salario básico suscrito el día 28 de agosto de 2002 y otrosíes celebrados el 1º de marzo de 2009, 07 de septiembre de 2011, 11 de junio de 2013, 09 de junio de 2014 y 17 de junio de 2015. *(página 91 del archivo 03 y páginas 43 a 100 del expediente digital).*

Pues bien, bajo las premisas señaladas, la Sala entrará a determinar i) si es procedente la reliquidación de lo pagado a la actora por concepto de recargo dominical o festivo entre el 29 de mayo de 2017 y el 22 de marzo de 2019 con la consecuente reliquidación de cesantías, indemnización moratoria y sanción por no consignación de cesantía, aclarándose en este punto, pese a que la parte actora no relacionó de manera expresa estos dos últimos conceptos si atacó la buena fe declarada por la *a quo.* En este mismo giro, se verificará si procede la excepción

de compensación propuesta por la demandada y se analizará la interrupción de la excepción de prescripción, según el reparo efectuado por el extremo activo.

En primer lugar, para solventar tal cuestión, debe recordarse que los recargos dominicales y festivos se remuneran conforme lo previsto en el artículo 179 del C.S.T., modificado por el artículo 26 de la Ley 789 de 2002, el cual dispone el pago de un 75% adicional sobre el salario ordinario, en proporción a las horas laboradas[3].

Para liquidar este concepto, debe tenerse en cuenta, además, lo previsto en los artículos 180 y 181 del estatuto adjetivo laboral, esto es, si se trata de trabajo ocasional o habitual en día domingo. Así el trabajador que labora de manera excepcional el día de descanso obligatorio, tiene derecho a un descanso compensatorio remunerado dentro del salario ordinario o, en su lugar, a una retribución en dinero por trabajo en domingo o festivo, consistente ésta última en el recargo adicional del 75% sobre el salario ordinario; mientras que la labor habitual, a las luces del artículo 181 en mención, da derecho al descanso compensatorio remunerado dentro del salario, más la mencionada suma adicional del 75%.

Las disposiciones a las que se hizo referencia, son claras en estipular que el recargo se liquidará sobre el "*salario ordinario*", entendido aquel como la remuneración, fija o variable, que recibe el trabajador como contraprestación directa del servicio, cualquiera que sea la forma o denominación que se adopte, lo que de contera, excluye la remuneración extraordinaria que corresponde a las

---

[3] *ARTICULO 179. TRABAJO DOMINICAL Y FESTIVO. 1. El trabajo en domingo y festivos se remunerará con un recargo del setenta y cinco por ciento (75%) sobre el salario ordinario en proporción a las horas laboradas.*
2. Si con el domingo coincide otro día de descanso remunerado solo tendrá derecho el trabajador, si trabaja, al recargo establecido en el numeral anterior.
3. Se exceptúa el caso de la jornada de treinta y seis (36) horas semanales previstas en el artículo 20 literal c) de la Ley 50 de 1990.

PARÁGRAFO 1o. El trabajador podrá convenir con el empleador su día de descanso obligatorio el día sábado o domingo, que será reconocido en todos sus aspectos como descanso dominical obligatorio institucionalizado.
Interprétese la expresión dominical contenida en el régimen laboral en este sentido exclusivamente para el efecto del descanso obligatorio.
Las disposiciones contenidas en los artículos 25 y 26 se aplazarán en su aplicación frente a los contratos celebrados antes de la vigencia de la presente ley hasta el 1o. de abril del año 2003.

PARÁGRAFO 2o. Se entiende que el trabajo dominical es ocasional cuando el trabajador labora hasta dos domingos durante el mes calendario. Se entiende que el trabajo dominical es habitual cuando el trabajador labore tres o más domingos durante el mes calendario.

sumas que recibe el trabajador de forma adicional al salario ordinario, como los recargos nocturnos, horas extras, dominicales y festivos.

Sobre el particular, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, desde vieja data, en sentencia de 10 de septiembre de 1959, reiterada en sentencia del 1º de marzo de 1991, radicado 4032, tesis que sigue acogiéndose por la Alta Corte, por ejemplo, entre otras, en sentencias SL3126-2022 y SL1051-2023, discurrió:

> *"Ahora bien: cuando el Código habla de "salario" solamente, es claro que deben entenderse comprendidos todos los elementos que lo constituyen conforme al artículo 127, tal como ocurre en los casos indicados por los artículos 64, 249, 230, 278, 292, 306, entre otros, en cambio, cuando se refiere o emplea la expresión "salario ordinario", es lógico que de ese concepto sean excluidos los demás elementos que concurren a constituir la "remuneración fija u ordinaria" a que se refiere la ley, como ocurre en los eventos contemplados por los artículos 173, 174, 192 y 204 del mismo Código".*

Establecido lo anterior, para resolver la primera cuestión, se advierte, el argumento expuesto en la apelación del extremo activo consistente en que el articulo 132 del C.S.T. solo aplica para salarios integrales y no podía ser aplicado a la modalidad salarial de la señora BREYSI ACOSTA, no es acogido por esta Corporación, en tanto, esta normatividad de manera expresa prevé:

> *"**Formas y libertad de estipulación***
>
> ***1. El empleador y el trabajador pueden convenir libremente el salario en sus diversas modalidades como por unidad de tiempo, por obra, o a destajo y por tarea, etc., pero siempre respetando el salario mínimo legal o el fijado en los pactos, convenciones colectivas y fallos arbitrales.***
>
> *2. No obstante lo dispuesto en los artículos 13, 14, 16, 21 y 340 del Código Sustantivo del Trabajo y las normas concordantes con éstas, cuando el trabajador devengue un salario ordinario superior a diez (10) salarios mínimos legales mensuales, valdrá la estipulación escrita de un salario que además de retribuir el trabajo ordinario, compense de antemano el valor de prestaciones, recargos y beneficios tales como el correspondiente al trabajo nocturno, extraordinario o al dominical y festivo, el de primas legales, extralegales, las cesantías y sus intereses, subsidios y suministros en especie; y, en general, las que se incluyan en dicha estipulación, excepto las vacaciones.*
>
> *En ningún caso el salario integral podrá ser inferior al monto de diez (10) salarios mínimos legales mensuales, más el factor prestacional correspondiente a la empresa que no podrá ser inferior al treinta por ciento (30%) de dicha cuantía. El monto del factor prestacional quedará exento del pago de retención en la fuente y de impuestos.*

> *3. Este salario no estará exento de las cotizaciones a la seguridad social, ni de los aportes al SENA, ICBF y cajas de compensación familiar, pero en el caso de estas tres últimas entidades, los aportes se disminuirán en un treinta por ciento (30%).*
>
> *4. El trabajador que desee acogerse a esta estipulación, recibirá la liquidación definitiva de su auxilio de cesantía y demás prestaciones sociales causadas hasta esa fecha, sin que por ello se entienda terminado su contrato de trabajo." (Negrilla y subrayado fuera del texto).*

Tal como concluyó la juzgadora de primer grado, el contenido del artículo 132 del C.S.T., permite que el empleador y trabajador convengan libremente el salario en sus diversas modalidades, pero con las limitaciones referentes al salario mínimo legal o el fijado en los pactos, convenciones colectivas y fallos arbitrales, pudiéndose entonces pactar que una parte de la remuneración fija se divida en porcentajes que corresponda a una remuneración por concepto de dominicales y festivos, en este orden, no es acertada la interpretación de la parte demandante ya que el numeral 1º es claro en facultar a las partes en tal sentido. Ahora, el numeral 2º de dicha normatividad si prevé que para los salarios integrales exista una retribución anticipada de las prestaciones, recargos y beneficios tales como el correspondiente al trabajo nocturno, extraordinario o al dominical y festivo, el de primas legales, extralegales, las cesantías y sus intereses, subsidios y suministros en especie; y, en general, las que se incluyan en dicha estipulación, excepto las vacaciones, pero ello no implica que en un salario ordinario no se pueda convenirse libremente la forma de pago, pues se itera, el numeral 1º faculta a las partes para realizar dichos acuerdos.

Así las cosas, a fin de verificar el pacto realizado por las partes, la Sala se remite al contenido del contrato de cesión suscrito el día 28 de agosto de 2002, aportado a página 44 del archivo 09, donde se plasma en el literal g) lo siguiente:

> **G.-** EL TRABAJADOR devengará una remuneración compensada de **Dos millones ochenta y ocho mil pesos ($2,088,000)** mensuales, la cual se pagará por mensualidades vencidas en el propio lugar de trabajo y en la cual se considera incluido el pago de los descansos legales remunerados, en días domingos y feriados. El salario que devengue EL TRABAJADOR se considera discriminado porcentualmente en la forma siguiente: 1) un setenta y nueve punto seis por ciento (79,6%) como remuneración por la labor ordinaria, 2) Un nueve por ciento (9.0%) para cancelar el valor del recargo legal por trabajo en días domingos y feriados, y 3) El once punto cuatro por ciento 11.4%) restantes para cubrir el valor del recargo legal por trabajo en jornadas nocturnas.

De lo anterior, se extrae que las partes en contienda pactaron en el numeral 2º que el 9% de la remuneración por la labor ordinaria cancelaria el valor del recargo legal por trabajo en días domingos y festivos, cláusula que estima la Sala no es violatoria del ordenamiento laboral, mientras no se disminuya el mínimo legal, no pudiéndose

desconocer esta situación por la demandante cuando el ordenamiento legal lo permite.

Se insiste, en lo relativo a la remuneración de dominicales y festivos pactada en porcentajes, lo estipulado por las partes, no contraría lo dispuesto en el artículo 132 del C.S.T. en el numeral 1º, en la medida en que, **el empleador y trabajador pueden convenir libremente el salario en diversas modalidades y en tratándose de remuneración variable, esta comprende los dominicales y festivos.**

En línea con lo anterior, es menester traer a colación lo adoctrinado por la Corte Suprema de Justicia en su Sala Laboral en sentencia del 13 jun. 2001, rad. 16874, criterio reiterado con radicado rad. 27325-2006. Así discurrió la alta corporación:

> *[…] no es cierto que la empresa demandada hubiese violado el artículo, los artículos 141 y 136, 176 del Código Sustantivo del Trabajo cuando acordó con el demandante que su remuneración fue pactada en la modalidad de salario variable es decir por comisión, de conformidad con su rendimiento en las ventas equivaldría al 82.5%* ***y el 17.5 restante correspondía a la remuneración de los dominicales y descansos obligatorios, se trata en realidad de un convenio libre y voluntario*** sobre ***la modalidad de salario que desde antiguo ha sido aceptado por la jurisprudencia sin que por ello se atente contra los derechos del trabajador*** *(subrayas fuera del texto original).".*

De la misma forma, y contrario a lo expuesto por la recurrente demandante, la Corte Suprema de Justicia en la Sala Laboral ha avalado estos pactos sin que se entienda limitada la libertad contractual a los trabajadores que devenguen únicamente un salario integral como erradamente se interpreta. Puntualmente, la sentencia CSJ SL441 de 2018, explicó:

> *"En el contexto anterior, para la Sala no cabe duda que las partes en conflicto sí pactaron en la cláusula tercera del contrato inicial celebrado el 13 de enero de 1987 que el pago del salario fijo incluía el reconocimiento y liquidación de los dominicales y festivos, la que conforme a texto dice: «En compensación del trabajo realizado en beneficio de la empresa, el patrono se obliga a pagar al trabajador la cantidad de $27.000 mensuales; en esta suma está incluido el recargo nocturno y los días festivos y de descanso obligatorio, señalados por la ley. Los pagos se fraccionarán por quincenas».*
>
> ***De lo expuesto se tiene que el Tribunal no distorsionó el contenido del contrato de trabajo, pues se atuvo exactamente a lo que muestra su texto, frente a lo pactado inicialmente.*** *(negrilla fuera del texto).*

Decantado el razonamiento de la libertad de la estipulación salarial y dejando claro que sí viable pactar un porcentaje de la remuneración por concepto de recargos dominicales y festivos desde el inicio de la relación laboral, debe la Sala, en

primera medida, verificar si la *a quo* erró al declarar probada parcialmente la prescripción para efectos del reconocimiento y pago de las sumas liquidadas, pues al efecto, fulminó condena entre el **mes de febrero de 2018 y el 30 de enero de 2019** ya que, en su sentir, este medio exceptivo se interrumpió solo con la presentación de la demanda.

Así pues, en lo que toca a la excepción de prescripción, sea del caso indicar, al tenor de lo previsto en los artículos 488 del C.S.T y 151 del C.P.T., las acciones emanadas de las leyes sociales prescribirán en tres (3) años, que se contabilizaran desde que la obligación se haya hecho exigible. De esta manera y teniendo en cuenta que la parte actora no se encuentra de acuerdo con la declaratoria de la excepción parcial de prescripción del contrato de trabajo que tuvo como extremos del **28 de junio de 2000 al 22 de marzo de 2019**, ha de precisarse, en los términos analizados, como bien lo concluyo la Juez de primer grado no había lugar a imponer condena a cargo al demandado llamado a juicio desde el 29 de mayo de 2017 a enero de 2018, **teniendo en cuenta que la única reclamación frente al reconocimiento y pago de los recargos dominicales y festivos que existe dentro de este proceso es la interposición de la demanda** que se dio solo hasta el **08 de febrero del 2021,** notificada en los términos previstos en el artículo 94 del C.G.P.[4] (*Acta reparto pág. 1 Archivo 04 y 08 del expediente digital).*

---

[4] *"Artículo 94. Interrupción de la prescripción, inoperancia de la caducidad y constitución en mora.*

La presentación de la demanda interrumpe el término para la prescripción e impide que se produzca la caducidad siempre que el auto admisorio de aquella o el mandamiento ejecutivo se notifique al demandado dentro del término de un (1) año contado a partir del día siguiente a la notificación de tales providencias al demandante. Pasado este término, los mencionados efectos solo se producirán con la notificación al demandado.

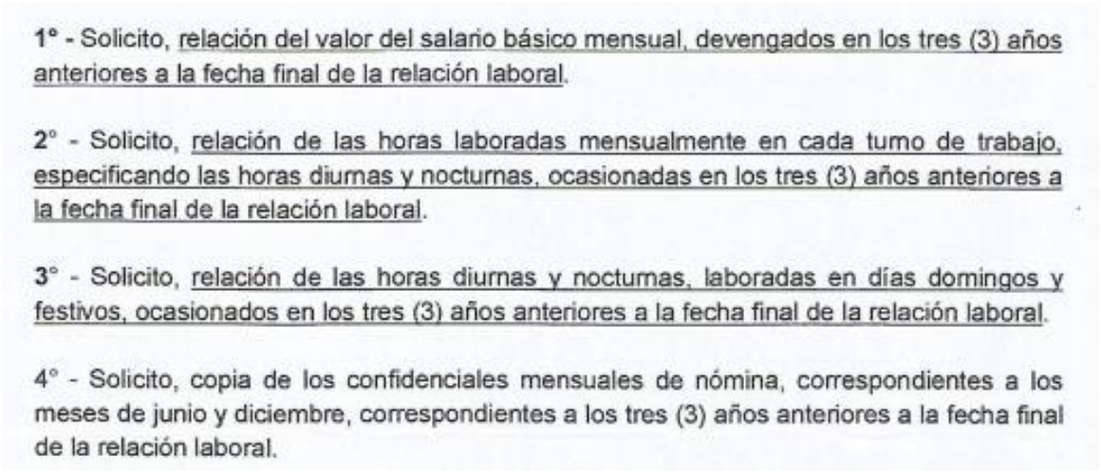
La notificación del auto admisorio de la demanda o del mandamiento ejecutivo produce el efecto del requerimiento judicial para constituir en mora al deudor, cuando la ley lo exija para tal fin, y la notificación de la cesión del crédito, si no se hubiere efectuado antes. Los efectos de la mora solo se producirán a partir de la notificación.

La notificación del auto que declara abierto el proceso de sucesión a los asignatarios, también constituye requerimiento judicial para constituir en mora de declarar si aceptan o repudian la asignación que se les hubiere deferido.

Si fueren varios los demandados y existiere entre ellos litisconsorcio facultativo, los efectos de la notificación a los que se refiere este artículo se surtirán para cada uno separadamente, salvo norma sustancial o procesal en contrario. Si el litisconsorcio fuere necesario será indispensable la notificación a todos ellos para que se surtan dichos efectos.

El término de prescripción también se interrumpe por el requerimiento escrito realizado al deudor directamente por el acreedor. Este requerimiento solo podrá hacerse por una vez.".

Téngase en cuenta, si bien obra un derecho de petición de fecha 1º de diciembre de 2020 (*pág. 19 Archivo 03 expediente digital*) y el mismo fue respondido por la demandada el 24 del mismo mes y año (*página 36, ibidem*), lo cierto es que no contenía las súplicas de esta demanda no pudiéndose dar por interrumpida la prescripción en los términos del artículo 151 del C.P.L. y S.S. Puntualmente, la parte demandante solicitó en dicha oportunidad:



1° - Solicito, relación del valor del salario básico mensual, devengados en los tres (3) años anteriores a la fecha final de la relación laboral.

2° - Solicito, relación de las horas laboradas mensualmente en cada turno de trabajo, especificando las horas diurnas y nocturnas, ocasionadas en los tres (3) años anteriores a la fecha final de la relación laboral.

3° - Solicito, relación de las horas diurnas y nocturnas, laboradas en días domingos y festivos, ocasionados en los tres (3) años anteriores a la fecha final de la relación laboral.

4° - Solicito, copia de los confidenciales mensuales de nómina, correspondientes a los meses de junio y diciembre, correspondientes a los tres (3) años anteriores a la fecha final de la relación laboral.

Nótese, en esta demanda se solicita el reconocimiento y pago de los recargos dominicales y festivos y consecuente con ello la reliquidación de las prestaciones sociales y aportes al sistema de seguridad social integral, entre otros rubros; anhelos que no fueron objeto de reclamo en los términos del artículo 489 del C.S.T.[5]. Sobre este tema, señala la Sala, para que opere la interrupción de la prescripción el escrito debe contener las mismas pretensiones ventiladas judicialmente, situación que no aconteció. Esta situación fue analizada en sentencia CSJ 498-2023, expresando:

"En la providencia CSJ SL5159-2020, discurrió:

> *Sin desconocer el espacio fáctico de la acusación y como esta conmina a la Sala a determinar el momento a partir del cual comienza a contar el término de prescripción de las acreencias laborales reclamadas, es pertinente reiterar que acorde a lo estatuido en los artículos 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, 488 y 489 del Código Sustantivo del Trabajo, las acciones correspondientes a los derechos laborales prescriben en tres años que se cuentan a partir del momento en que cada uno se hizo exigible (CSJ SL13155-2016, CSJ SL 1785-2018 y CSJ SL2885-2019), de modo que quien exija una prestación social deberá alegarla en el término establecido, en cuyo caso, basta «el simple reclamo escrito del trabajador recibido por el empleador», para que por una sola vez se entienda interrumpida y comience a correr de nuevo el término por un lapso igual al inicialmente señalado.*

[5] *"ARTICULO 489: El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el patrono, acerca de un derecho debidamente determinado, interrumpe la prescripción por una sola vez, lo cual principia a contarse de nuevo a partir del reclamo y por un lapso igual al señalado para la prescripción correspondiente".*

> *En ese orden, la tesis que expone la censura no se adecúa a la línea de pensamiento de esta Corte, como quiera que en materia laboral y de seguridad social, las normas que rigen la prescripción extintiva son los artículos 488 y 489 del Código Sustantivo del Trabajo y el 151 del Código Procesal del Trabajo. De esta suerte, el término para incoar las acciones correspondientes prescribe en tres años que se cuentan a partir del momento en que cada uno se hizo exigible, y se interrumpe con «el simple reclamo escrito del trabajador recibido por el empleador».".*

En síntesis, como la demanda se radicó solo hasta el 08 de febrero de 2021, operó el fenómeno prescriptivo respecto de los derechos que se hicieron exigibles con anterioridad al **08 de febrero de 2018,** acogiéndose la decisión de la Juez de primer grado en el sentido de condenar al pago de las diferencias causadas por concepto de recargos dominicales y festivos causados entre **enero de 2019 a febrero de 2018.**

En tal sentido y con el fin de verificar si procede la suma de **$837.265**, monto liquidado desde **febrero de 2018 a enero de 2019**, se adentra la Sala en esta instancia a las sumas liquidadas en primera instancia, toda vez que la enjuiciada argumentó en el recurso de apelación: "*segundo pues es muy posible que al hacer las cuentas no se hubiese tenido exactamente por el despacho los porcentajes que se estipularon en el contrato en relación con el salario fijado en cuanto a dominicales y festivos de ese 9%, a su vez no encuentro en este escaso tiempo pues cómo realizar una liquidación del Excel enviado".*

Concordante con lo anterior, en el escrito de alegatos (archivo 08, carpeta segunda instancia), este extremo mencionó: "*En relación con la liquidación realizada por el Despacho, presentada en cuadro de Excel el día de la audiencia de juzgamiento, concerniente con el pago de dominicales y festivos, de la demandante, me permito señalar que la misma se hizo teniendo en cuenta el Art.179 del Código Sustantivo del Trabajo original, es decir, teniendo en cuenta el pago del recargo con el ciento por ciento (100%) sobre el salario ordinario devengado por la actora, lo cual es contrario con la modificación que trae dicha norma, mediante la ley 789/2002, en su Art.26, la cual prevé que el pago del descanso dominical y festivo se remunera con un recargo del setenta y cinco por ciento (75%), en consecuencia, la cuenta ates mencionada, no es acertada legalmente, debido al porcentaje liquidado por el a-quo".*

En respuesta a dicha inconformad, encuentra la Sala que la juzgadora aplicó el 75% sobre el valor diario devengado por la demandante acorde a las horas laboradas como lo estipula la norma sobre el salario básico, siendo viable tener como diferencias surgidas entre lo pagado entre el 9% del salario fijo que devengaba la señora BREYSI ACOSTA y los turnos ejecutados en vigencia de la relación laboral la suma aludida ($837.265), **precisándose**, para mayor ilustración, los valores y conceptos tenidos en cuenta son:

Año	Salario total mensual	Salario básico 79,6%	Valor pactado recrago nocturno 11,4%	Valor pactado dominicales 9,0%	Salario diario	Hora diaria
2019	$ 6.845.000,00	$ 5.448.620,00	$ 780.330,00	$ 616.050,00	$ 181.620,00	$ 22.702,00
2018	$ 6.845.000,00	$ 5.448.620,00	$ 780.330,00	$ 616.050,00	$ 181.620,00	$ 22.702,00

Como se puede apreciar, se empleó el salario mensual devengado por la demandante, a esa suma de le extrajo el porcentaje del 79.6% (salario básico) y el 9% reconocido por concepto de dominicales y festivos. Luego, el salario básico diario se dividió en 30 y posteriormente en 8 horas para obtener el valor de la hora diaria en las anualidades 2018 y 2019.

Ahora, las diferencias condenadas en primer grado, se soportan en las siguientes operaciones, a las cuales se les aplicó el 75% por concepto de recargo dominical y festivo y no el 100%, como lo argumentó la demandada, veamos:

Año 2019, Diferencia de $155.835.

DESDE	HASTA	Hora laboradas recargo dominical/festivo	Valor del dominical o festivo	Valor de los dominicales y festivos laborados en el mes	Total valor pactado y recibido mes a mes	Valor a reliquidar
Mar/17/2019 06:30:00 AM	Mar/17/2019 06:30:00 PM	8horas	$ 181.620			
Mar/10/2019 06:30:00 PM	Mar/11/2019 06:30:00 AM	6 horas	$ 136.215			
Mar/02/2019 06:30:00 PM	Mar/03/2019 06:30:00 AM	6 horas	$ 136.215			
		Total mes marzo de 2019:	**$ 454.050**	**$ 454.050**	**$ 616.050**	**$ 0**
Feb/10/2019 06:30:00 AM	Feb/10/2019 06:30:00 PM	8 horas	$ 181.620			
Feb/03/2019 06:30:00 PM	Feb/04/2019 06:30:00 AM	6:30pm a 12:00am 6 horas	$ 136.215			
		Total mes febrero de 2019:	**$ 317.835**	**$ 312.835**	**$ 616.050**	**$ 0**
Jan/26/2019 06:30:00 PM	Jan/27/2019 06:30:00 AM	6 horas	$ 136.215			
Jan/20/2019 06:30:00 AM	Jan/20/2019 06:30:00 PM	8 horas	$ 181.620			
Jan/13/2019 06:30:00 PM	Jan/14/2019 06:30:00 AM	6 horas	$ 136.215			
Jan/05/2019 06:30:00 PM	Jan/06/2019 06:30:00 AM	6 horas	$ 136.215			
Jan/01/2019 06:30:00 AM	Jan/01/2019 06:30:00 PM	8 horas	$ 181.620			
		Total mes enero de 2019:	**$ 771.885**	**$ 771.885**	**$ 616.050**	**$ 155.835**

Año 2018 diferencia de $681.430.

DESDE	HASTA	Hora laboradas recargo dominical/festivo	Valor del dominical o festivo	Valor de los dominicales y festivos laborados en el mes	Total valor pactado y recibido mes a mes	Valor a reliquidar
Dec/25/2018 06:30:00 PM	Dec/26/2018 06:30:00 AM	6 horas	$ 136.215			
Dec/16/2018 06:30:00 AM	Dec/16/2018 06:30:00 PM	8 horas	$ 181.620			
Dec/09/2018 06:30:00 PM	Dec/10/2018 06:30:00 AM	6 horas	$ 136.215			
Dec/08/2018 06:30:00 AM	Dec/08/2018 06:30:00 PM	8 horas	$ 181.620			
Dec/01/2018 06:30:00 PM	Dec/02/2018 06:30:00 AM	6 horas	$ 136.215			
		Total diciembre 2018:	**$ 771.885**	**$ 771.885**	**$ 616.050**	**$ 155.835**
Nov/25/2018 06:30:00 AM	Nov/25/2018 06:30:00 PM	8 horas	$ 181.620			
Nov/18/2018 06:30:00 PM	Nov/19/2018 06:30:00 AM	8 horas	$ 181.620			
		Total noviembre 2018:	**$ 363.240**	**$ 363.240**	**$ 616.050**	**$ 0**
Oct/21/2018 06:30:00 AM	Oct/21/2018 06:30:00 PM	8 horas	$ 181.620			
Oct/14/2018 06:30:00 PM	Oct/15/2018 06:30:00 AM	8 horas	$ 181.620			
Oct/06/2018 06:30:00 PM	Oct/07/2018 06:30:00 AM	6 horas	$ 136.215			
		Total octubre de 2018:	**$ 499.455**	**$ 499.455**	**$ 616.050**	**$ 0**
DESDE	**HASTA**	**Hora laboradas recargo dominical/festivo**	**Valor del dominical o festivo**	**Valor de los dominicales y festivos laborados en el mes**	**Total valor pactado y recibido mes a mes**	**Valor a reliquidar**
Sep/30/2018 06:30:00 AM	Sep/30/2018 06:30:00 PM	8 horas	$ 181.620			
Sep/23/2018 06:30:00 PM	Sep/24/2018 06:30:00 AM	8 horas	$ 181.620			
Sep/15/2018 06:30:00 PM	Sep/16/2018 06:30:00 AM	6 horas	$ 136.215			
		Total septiembre 2018:	**$ 317.835**	**$ 317.835**	**$ 616.050**	**$ 0**
Aug/26/2018 06:30:00 AM	Aug/26/2018 06:30:00 PM	8 horas	$ 181.620			
		Total agosto 2018:	**$ 181.620**	**$ 181.620**	**$ 616.050**	**$ 0**
Jul/29/2018 06:30:00 PM	Jul/30/2018 06:30:00 AM	8 horas	$ 181.620			
Jul/21/2018 06:30:00 PM	Jul/22/2018 06:30:00 AM	8 horas	$ 181.620			
Jul/20/2018 06:30:00 AM	Jul/20/2018 06:30:00 PM	8 horas	$ 181.620			
Jul/15/2018 06:30:00 PM	Jul/16/2018 06:30:00 AM	8 horas	$ 181.620			
		Total julio 2018:	**$ 726.480**	**$ 726.480**	**$ 616.050**	**$ 110.430**
Jun/17/2018 06:30:00 AM	Jun/17/2018 06:30:00 PM	8 horas	$ 181.620			

DESDE	HASTA	Hora laboradas recargo dominical/festivo	Valor del dominical o festivo	Valor de los dominicales y festivos laborados en el mes	Total valor pactado y recibido mes a mes	Valor a reliquidar
Jun/10/2018 06:30:00 PM	Jun/11/2018 06:30:00 AM	6 horas	$ 136.215			
Jun/04/2018 06:30:00 AM	Jun/04/2018 06:30:00 PM	8 horas	$ 181.620			
Jun/02/2018 06:30:00 PM	Jun/03/2018 06:30:00 AM	8 horas	$ 181.620			
		Total junio 2018:	**$ 681.075**	**$ 681.075**	**$ 616.050**	**$ 65.025**
May/27/2018 06:30:00 AM	May/27/2018 06:30:00 PM	8 horas	$ 181.620			
May/20/2018 06:30:00 PM	May/21/2018 06:30:00 AM	6 horas	$ 136.215			
May/12/2018 06:30:00 PM	May/13/2018 06:30:00 AM	6 horas	$ 136.215			
May/01/2018 06:30:00 PM	May/02/2018 06:30:00 AM	6 horas	$ 136.215			
		Total mayo de 2018:	**$ 726.480**	**$ 726.480**	**$ 616.050**	**$ 110.430**
Apr/22/2018 06:30:00 AM	Apr/22/2018 06:30:00 PM	8 horas	$ 181.620			
Apr/15/2018 06:30:00 PM	Apr/16/2018 06:30:00 AM	6 horas	$ 136.215			
Apr/07/2018 06:30:00 PM	Apr/08/2018 06:30:00 AM	6 horas	$ 136.215			
Apr/01/2018 06:30:00 AM	Apr/01/2018 06:30:00 PM	8 horas	$ 181.620			
		Total abril 2018:	**$ 635.670**	**$ 635.670**	**$ 616.050**	**$ 19.620**
Mar/30/2018 06:30:00 PM	Mar/31/2018 06:30:00 AM	6 horas	$ 136.215			
Mar/29/2018 06:30:00 AM	Mar/29/2018 06:30:00 PM	8 horas	$ 181.620			
Mar/25/2018 06:30:00 PM	Mar/26/2018 06:30:00 AM	6 horas	$ 136.215			
Mar/21/2018 06:30:00 AM	Mar/21/2018 06:30:00 PM	8 horas	$ 181.620			

DESDE	HASTA	Hora laboradas recargo dominical/festivo	Valor del dominical o festivo	Valor de los dominicales y festivos laborados en el mes	Total valor pactado y recibido mes a mes	Valor a reliquidar
Mar/17/2018 06:30:00 PM	Mar/18/2018 06:30:00 AM	8 horas	$ 181.620			
		Total marzo 2018:	**$ 817.290**	**$ 817.290**	**$ 616.050**	**$ 201.240**
Feb/25/2018 06:30:00 AM	Feb/25/2018 06:30:00 PM	8 horas	$ 174.483			
Feb/18/2018 06:30:00 PM	Feb/19/2018 06:30:00 AM	6 horas	$ 130.862			
Feb/10/2018 06:30:00 PM	Feb/11/2018 06:30:00 AM	6 horas	$ 130.862			
Feb/04/2018 06:30:00 AM	Feb/04/2018 06:30:00 PM	8 horas	$ 174.483			
		Total febrero 2018:	**$ 610.690**	**$ 610.690**	**$ 591.840**	**$ 18.850**

Entonces, revisado lo anterior resulta procedente concluir que las diferencias liquidadas en primer grado concuerdan con la normatividad laboral ya que al tomarse cada periodo (mes) se liquidó sobre las horas laboradas (siendo habituales), extrayendo el valor a reconocer en aplicación al 75% y restando el monto reconocido en el salario mensual sobre lo **realmente causado** (ver casilla valor a reliquidar).

Adviértase, estas sumas se extraen de la liquidación efectuada por la juzgadora de primer grado teniendo como soporte los turnos laborados; horarios que no fueron objeto de controversia ya que la demandada los aportó en virtud de un derecho de petición que radicó la demandante el 1º de diciembre de 2020, siendo entonces claro que la actora sí causó los mismos, adicionalmente, en los hechos 10, 12 y 13 de la demanda (archivo 01, página 2), se hizo referencia a un reporte

de horas laboradas en cada turno de trabajo, entre el 29 de mayo al 31 de diciembre de 2017, enero a diciembre de 2018 y enero de 2019, siendo aceptada esta situación por la encartada en su contestación (archivo 09).

Además, pese a que el 9% de la remuneración fija pactada pretendía remunerar los conceptos de recargos dominicales y festivos, lo cierto es que el empleador debe garantizar que mensualmente se remunere lo realmente trabajado, encontrándose en este caso unas diferencias en las anualidades 2018 y 2019 por valor de $ $837.265, siendo procedente, el pago a la ex trabajadora en aplicación a lo dispuesto en el artículo 13 del C.S.T.[6].

En orden, siguiendo con las inconformidades presentadas por la parte actora en cuanto a la procedencia de la **reliquidación de las cesantías**, encuentra la Sala que contrario a lo afirmado por la Juez de primer grado sí es factible entrar a **reliquidar** las sumas adeudadas por las diferencias causadas a pesar que en la demanda no se relacionaron los valores pagados por este concepto, empero, esta situación no es óbice para fulminar condena, pues como salarios se tendrán las diferencias encontradas para cada anualidad, siendo estas: 2019 el valor de $155.835 y 2018 la suma de $681.430.

De este modo, efectuada la liquidación se extraen los siguientes valores:

AÑO	DIFERENCIA CESANTIAS (SALARIO BASE)	DIAS CAUSADOS	OPERACIÓN
2019	$ 155.835,00	30	$ 12.986,25[7]
2018	$ 681.430,00	330	$ 624.644,17[8]
		TOTAL	**$ 637.630,42**

Así las cosas, se revocará el numeral **tercero** de la sentencia apelada para en su lugar condenar a la demandada al pago de la **reliquidación de cesantías** causadas entre **febrero de 2018 a enero de 2019,** debidamente indexada sin que ello represente una condena adicional, toda vez que, si bien no fue objeto de recurso de apelación por la parte actora, dicho concepto si fue solicitado en el petitum de la demanda, al tema puede consultarse la sentencia CSJ SL 440-2021.

[6] *ARTICULO 13. MINIMO DE DERECHOS Y GARANTIAS. Las disposiciones de este Código contienen el mínimo de derechos y garantías consagradas en favor de los trabajadores. No produce efecto alguno cualquiera estipulación que afecte o desconozca este mínimo.*
[7] *$155.835*30/360: $12.986,25 (30 días de 2019).*
[8] *$681.430*330/360: $624.644 (330 días de 2018).*

En otro giro, en cuanto a la indemnización y sanción moratoria, previstas en los artículos 65 del C.S.T. y 99 de la Ley 50 de 1990, advierte esta Corporación que no proceden habida cuenta que no se observa un comportamiento inequívocamente dirigido a perjudicar los intereses de la ex trabajadora por parte de CARBONES DEL CERREJÓN LIMITED, pues con convicción propia del actuar de buena fe, consideró pagar lo que en su entender adeudaba, bajo la convicción de que remuneraba con el 9% del salario fijo los *conceptos de recargos dominicales y festivos*, lo cual si bien resultó equivocado al existir unas diferencias, sí acredita su firme creencia de no adeudar lo ahora reclamado mediante esta acción judicial; además, su proceder no fue con la intención de evadir el pago ajustado a la ley, y como es sabido para que se acredite esta condena, se requiere que se pruebe el comportamiento desleal propio de una conducta malintencionada, que no es la que se expuso en el trámite procesal, por tanto, se confirma la sentencia en este aspecto.

En gracia de la discusión, adviértase, como se anunció en precedencia, se ordenará la indexación de las sumas adeudadas por concepto de "*diferencias causadas por recargos dominicales y festivos".*

Finalmente, en punto al recurso de apelación de la demandada relacionada con la declaratoria de la excepción de compensación, debe advertirse que, de conformidad con el artículo 1625 del C.C., dicha excepción requiere *«la existencia simultánea de obligaciones recíprocas entre las partes».*

Igualmente, a fin de resolver tal inconformidad, se impone precisar la regla, para acentuar, que es posible compensar lo pagado en favor del trabajador, **siempre y cuando se trate de acreencias que conlleven *«reciprocidad obligacional»*.**

Desde ese punto, la demandada insiste en la procedencia de este medio exceptivo, arguyendo que la empresa concede beneficios extraordinarios y estableció una serie de acuerdos mediante los cuales concede prerrogativas denominadas "*BENEFICIOS A LA CARTA",* en el que hay una serie de rubros por mera liberalidad que el trabajador puede escoger, sin que constituyan salario y pueden compensarse con algún factor que no se hubiese reconocido, aportando al efecto los otrosíes suscritos con la demandante, resaltando la cláusula de *Imputabilidad* pactada en los siguientes términos:

> *"La totalidad de los beneficios no salariales y en general todos los reconocimientos contenidos en este Otrosí serán imputables o compensables con cualquier valor o suma adicional que deba reconocer LA COMPAÑIA de origen convencional, judicial, administrativo por cualquier causa. Tal imputabilidad se aplicará igualmente en los casos de aplicación del principio de igualdad contenido en la Ley. De la misma manera se entiende que todo lo recibido por EL EMPLEADO durante la vigencia de este Otrosí es imputable a lo que pudiera corresponderle en la eventualidad de una decisión judicial por cualquier causa que pudiera afectar total o parcialmente el presente Otrosí. Modificaciones legales: La composición, cuantía, características y en general condiciones de los beneficios no salariales y en general reconocimientos contenidos en este Otrosí podrán ser modificados por LA COMPAÑÍA en cualquier momento y por cualquier razón toda vez que han sido establecidos por mera liberalidad por LA COMPANIA".*

Así las cosas, es pertinente el análisis de los otrosíes celebrados entre las partes, por medio de los cuales la demandada reconocía a la demandante los beneficios no salariales; sumas frente a las cuales pretende se compensen con las condenas impuestas, incluidas las costas.

Pues bien, en vigencia de la relación laboral, la demandada implementó un esquema de beneficios a la carta conocido como beneficios flexibles "***BENEFLEX***", consistente en que el trabajador elegía según sus necesidades y conveniencias entre una serie de beneficios no constitutivos de carácter no salarial destinándose un cupo para cada anualidad, pudiéndose modificar, eliminar o adicionar en cualquier momento. Por ende, haciendo uso de este beneficio, la demandante a través de sendos otrosíes escogió los siguientes beneficios:

- El 17 de junio de 2015 esparcimiento por valor de $3.235.774.
- El 09 de junio de 2014 esparcimiento y aportes pensión voluntaria por valor de $3.173.306.
- El 11 de junio de 2013 esparcimiento y medicina complementaria SIS por valor de $3.042.830.
- El 7 de septiembre de 2011 medicina complementaria y beneficio para esparcimiento por valor de $2.044.780 (Páginas 53 a 66, archivo 09 expediente digital).

Como se aprecia, la actora percibió unos valores por concepto ajenos y diferentes a los que fueron objeto de condena en esta litis, no pudiendo salir avante la apelación de la demandada como quiera que, tal como lo dedujo la *a quo*, estas sumas no se puede compensar cuando tienen connotaciones y naturaleza diferente, pues en este caso la trabajadora no tiene obligación alguna con la empresa, por el contrario, los beneficios entregados a titulo no salarial dentro del

plan “Beneflex” lo fue con ocasión a unos incentivos que brindó el empleador de acuerdo a los conceptos que fueran escogidos en cada anualidad, sin que se hubiese probado para las anualidades 2018 y 2018 qué pagos se hicieron y su destinación, no existiendo razón jurídica alguna para que la demandante estuviera en la obligación de realizar restituciones al ex empleador, colocándola en posición de deudor respecto de éste, pues se insiste, no existe ***reciprocidad obligacional*** por el simple hecho de haber aceptado beneficios no salariales, no resultando por ello eficaz ese pacto, de tal suerte se confirma lo concluido por la juez en este aspecto.

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

En los términos anteriores, agotada como se encuentra la competencia de la Sala, por el estudio de los motivos de apelación, conforme a las motivaciones precedentes, se modificará parcialmente la sentencia de primera instancia en su numeral **tercero** en lo atinente a condenar al pago de la reliquidación de cesantías del 2018 y 2019, confirmándose en lo demás.

COSTAS en esta instancia a cargo de la demandada.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: **MODIFICAR** el numeral **TERCERO** de la sentencia, conforme lo expuesto en la parte motiva, para en su lugar, **CONDENAR** a la demandada al pago de reliquidación de cesantías de los periodos 2019 y 2018 en cuantía de $12.986 y $624.644 debidamente indexados, conforme a la parte considerativa.

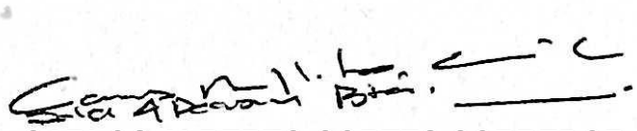
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de la sociedad demandada.

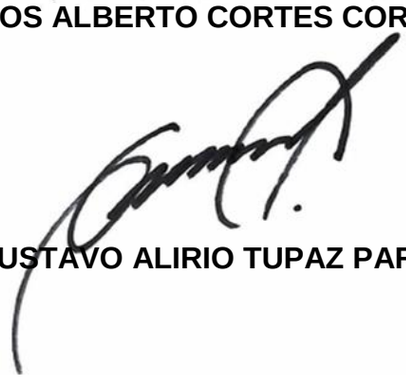
NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN



CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

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



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR SONIA AMANDA GONZALEZ NIÑO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- Y PORVENIR S.A. (RAD. 27 2021 00290 01)

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

AUTO

se reconoce personería adjetiva a la abogada **SHARIK ALEJANDRA MATEUS DIAZ**, como apoderada sustituta de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.** en los términos y para los efectos del poder conferido por **ANDRÉS FELIPE CHÁVEZ ALVARADO,** como abogado adscrito a la sociedad **GODOY CORDOBA ABOGADOS S.A.S.**



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

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

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en su favor, de la sentencia proferida por la Juez 27 Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 18 de julio del 2023 (Exp. Digital: *«Audio Archivo 21»,* récord: 38:37), en la que se resolvió:

> *«**PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia del traslado de la señora Sonia Amanda González Niño del régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- al de ahorro individual con solidaridad administrado por la sociedad administradora de fondos de pensiones y cesantías PORVENIR S.A, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia,*
>
> ***SEGUNDO: CONDENAR** a la demandada sociedad administradora de fondos de pensiones y cesantías PORVENIR S.A. a devolver a la administradora colombiana de pensiones COLPENSIONES, todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación de la señora Sonia Amanda González Niño como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses generados en su cuenta de ahorro individual, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, aportes al Fondo de Garantía de la pensión mínima, ni primas de seguros previsionales, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*
>
> ***TERCERO: ORDENAR** a Colpensiones afiliar nuevamente a la señora Sonia Amanda González niño al régimen de prima media con prestación definida, recibir las cotizaciones provenientes de la sociedad administradora de fondos de pensiones y cesantías Porvenir S.A. y actualizar la historia laboral de la demandante para incluir las semanas cotizadas al régimen de ahorro individual conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*
>
> ***CUARTO: DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas por Colpensiones y Porvenir S.A. conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*
>
> ***QUINTO: CONDENAR** a la sociedad administradora de fondos de pensiones y cesantías Porvenir S.A. al pago de las costas del proceso en la suma de $2.000.000 como agencias en derecho».*

Inconforme con la decisión, COLPENSIONES solicita se revoque la sentencia de primera instancia toda vez que en el transcurso del proceso no se logra demostrar el supuesto engaño sufrido por la accionante y recibido por la AFP, así como también la falta de información al momento de la asesoría, al ser este un asunto probatorio donde COLPENSIONES no tiene documentos o conoció en su momento de la referida asesoría recibida por la demandante, la cual queda sujeta aquello que la AFP del RAIS logre demostrar en relación con su gestión, esto acorde al Estatuto del Consumidor, leyes y Decretos que regulen la afiliación de los particulares al Sistema Régimen De Ahorro Individual con Solidaridad.

Indica que, al revisar el formulario de afiliación y traslado firmado por la demandante, suscrito bajo la gravedad del juramento, en el mismo se encuentra la manifestación expresa que lo hizo libre de apremios y por su propia voluntad. Por tanto, en su sentir la afiliación de la parte actora al RAIS se realizó con el lleno de los requisitos legales y en dichas oportunidades no manifestó su deseo retractarse de la misma, razón por la cual no puede tener un regreso automático del régimen

de prima media con prestación definida, advirtiendo no obra prueba alguna de que efectivamente a la accionante se le hubiere hecho incurrir en error, falta al deber de la información por parte de la AFP o que se está en presencia de algún vicio del consentimiento como el error, fuerza o dolo.

Finalmente señala que la parte actora nunca comunicó su deseo de retractarse de la afiliación al RAIS, por lo debe asumir las consecuencias legales de tales decisiones, de modo que no es procedente alegar después de tanto tiempo -más de 23 años-, que fue engañada. (récord: 40:42, ibidem[1]).

---

[1] **APODERADO PARTE DEMANDADA (COLPENSIONES RECORD: 40:42):** Muchas gracias, señora juez, teniendo en cuenta la sentencia condenatoria que acaba de dictar el despacho, me permitió interponer y sustentar el recurso de apelación contra de la misma.

Al respecto, tenemos que el honorable Juzgado 27 laboral de circuito ordenó declarar la ineficacia, la afiliación al RAIS de la parte actora y en su lugar tener a la accionante como afiliada el régimen de prima media con prestación definida, junto con el traslado por parte de la AFP de todos los aportes de cotizaciones, frutos, rendimientos, entre otros conceptos causados en la cuenta de ahorro individual de la parte actora. Al respecto me permito señalar que Colpensiones no comparte tal decisión, toda vez que como se indicó tanto en la contestación de la demanda como en los alegatos de conclusión fue con el transcurso del proceso que se logró demostrar el supuesto engaño sufrido por la accionante y recibido por la AFP, así como la falta de información en el momento de la asesoría, Colpensiones no tiene documentos conocidos o conoció en su momento de la referida asesoría recibida por la demandante y que quedó sujeta aquello que la AFP del RAIS logre demostrar en relación con su gestión, esto acorde al estatuto del consumidor, leyes y decretos que regulan la afiliación de los particulares al sistema, régimen de ahorro individual con solidaridad.

No obstante, lo anterior al revisar el formulario de afiliación y traslado firmado por el demandante suscrito bajo la gravedad de juramento, en el mismo se encuentra la manifestación expresa que lo hizo libre de apremio y por su propia voluntad. Por tanto, la afiliación de la parte actora al RAIS se realizó con el lleno de requisitos legales y en estas oportunidades no manifestó nunca su deseo de retractarse de las mismas, por lo cual no puede ordenarse un regreso automático o no podría ordenarse su regreso automático al régimen de prima media con prestación definida.

Dentro del expediente también tenemos que no obra prueba alguna de que efectivamente se lo hubiese hecho incurrir en error, falta al deber de la información por parte de la AFP o que se está en presencia de algún vicio del consentimiento, como el error, fuerza o dolo, así mismo no se evidencia dentro del formulario de afiliación, nota de protesta o anotación alguna que permita inferir, con probabilidad de certeza que una inconformidad por parte de la demandante, al contrario, se observa que las documentales se encuentran sujetas a derecho y se realizó o se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar reservaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas, y solo en los hechos de la demanda.

Es fácil concluir entonces que en el presente asunto no se da el vicio de consentimiento alegado por error, toda vez que el mismo no tiene la fuerza legal para repercutir sobre la eficacia jurídica del acto celebrado entre la demandante y la AFP PORVENIR S.A por no tratarse de un error de nulidad que es aquel que por esencia afecta la validez del acto y lo condena a su anulación o rescisión judicial.

De lo anterior se deduce que en esta decisión libre y voluntaria y sin presiones en esa oportunidad legal, la parte actora nunca manifestó su deseo de retractarse de la afiliación al RAIS, esto trae a la postre que debe asumir las consecuencias legales de decisiones que no fueron otras, que regirse por las normas, procedimientos y requisitos establecidos para el régimen de ahorro individual por más de 23 años, de modo que no es procedente alegar después de tanto tiempo que fue engañada solo por el hecho de observar sus expectativas fallidas, lo que significa que la vinculación a la administradora del RAIS se ajustó a la ley, luego entonces, al haber fundado la parte actora, su pretensión en el hecho de ser engañada por los asesores de la AFP a la cual está afiliada y ha estado afiliada de conformidad con lo expuesto en

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda (Exp. Digital*: Archivo 01* páginas 2 y 3), las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (páginas 3 a 5, ibidem), aspirando se declare la ineficacia de traslado efectuada del RPM al RAIS en consecuencia se ordene a Porvenir retornar todos los valores que hubiera recibido como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, rendimientos y gastos de administración al RPM administrado por COLPENSIONES, igualmente se ordene a COLPENSIONES a recibirla y mantenerla afiliada sin solución de continuidad, se condene en costas y agencias en derecho, 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 la actora y se condenó a PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación de la demandante como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses, generados en su cuenta de ahorro individual, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, ni primas de seguros previsionales. Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada PORVENIR S.A. no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía con la demandante, al

---

el artículo 1516 del Código Civil y 167 del Código General del Proceso, le correspondía la carga de probar su afirmación, lo que brilla por su ausencia en el presente caso, esto centrándonos en los hechos y las pretensiones del accionante se tienen que no están llamadas a prosperar por cuanto carecían de la reunión total de las exigencias y rigurosidad que establece la ley para retornar del RAIS al RPM.

Finalmente, se resalta que el actuar de COLPENSIONES siempre ha estado sujeto a los lineamientos jurisprudenciales, plasmados en sentencias como las C-789 de 2002, SU 062 de 2010,1024 de 2004, SU 130 del 2011, SL 17595 de octubre 2017, entre otras que han tratado a fondo este asunto de la ineficacia y/o nulidad del traslado y por ende se puede afirmar que el accionante no tiene derecho a regresar al régimen de prima MEDIA administrado por Colpensiones.

Teniendo en cuenta lo anterior, se solicita muy respetuosamente a los honorables magistrados del Tribunal Superior de Bogotá, Sala laboral que revoquen la sentencia proferida en primera instancia y en su lugar se absuelva a Colpensiones de todas y cada una de las condenas.

momento del traslado, precisando no le explicó las consecuencias de su traslado, aunado a que el formulario no constituye prueba de la información proporcionada.

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

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía de la demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 23 de septiembre de 1967 (Archivo 2 expediente digital página 1), por lo que la edad de 57 años, la cumpliría el mismo día y mes del año 2024, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante PORVENIR el 11 de noviembre del 2020 y ante COLPENSIONES el 13 de noviembre del 2020 (páginas 25 a 29 y 86 a 89 ibidem), esto es, cuando se encontraba a menos de 10 años para adquirir el derecho pensional; de otra parte, se tiene, la actora no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -01 de abril de 1994[3], pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con 188 semanas de servicios prestados a la CAJA DE CREDITO INDUSTRIAL Y MINERO

---

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

[3]



Semanas cotizadas en las Entidades Públicas
Estas semanas no se han verificado

Tipo	N° Identificación	Razón Social del Empleador	Historia Laboral reportada en el sistema de bonos pensionales del Ministerio de Hacienda (OBP)		
			Periodo Inicial Día/Mes/Año	Periodo Final Día/Mes/Año	Días Cotizados
NIT	899999047	CAJA DE CREDITO AGRARIO INDUSTRIAL Y MINERO EN LIQUIDACION	10/08/1990	31/05/1992	661
NIT	899999047	CAJA DE CREDITO AGRARIO INDUSTRIAL Y MINERO EN LIQUIDACION	01/06/1992	28/02/1995	1,003

(Página 37, *«Archivo 7 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, precisando su afiliación al ISS se dio el 1° de marzo de 1995 (*Archivo 08 expediente digital, pág. 70*)

COLPENSIONES Nit 900.336.004-7
REPORTE DE SEMANAS COTIZADAS EN PENSIONES
PERIODO DE INFORME: Enero 1967 noviembre/2020
ACTUALIZADO A: 27 noviembre 2020

INFORMACIÓN DEL AFILIADO

Tipo de Documento:	**Cédula de Ciudadanía**	Fecha de Nacimiento:	**23/09/1967**
Número de Documento:	**20369274**	Fecha Afiliación:	**02/03/1995**
Nombre:	**SONIA AMANDA GONZALEZ NIÑO**	Correo Electrónico:	**sonyero58@yahoo.com**
Dirección:	**CALLE 2 CRA 10 APTO 201**	Ubicación:	
Estado Afiliación:	**Trasladado**		

RESUMEN DE SEMANAS COTIZADAS POR EMPLEADOR

En el siguiente reporte encontrará el total de semanas cotizadas a través de cada uno de sus empleadores o de sus propias cotizaciones como trabajador independiente, es decir, las que han sido cotizadas desde enero de 1967 a la fecha. Recuerde que la Historia Laboral representa su vida como trabajador, la que usted ha construido mes a mes y año a año.

[1]Identificación Aportante	[2]Nombre o Razón Social	[3]Desde	[4]Hasta	[5]Último Salario	[6]Semanas	[7]Lic	[8]Sim	[9]Total
899999047	CAJA DE CREDITO AGRA	01/03/1995	30/04/1995	$241.000	8,57	0,00	0,00	8,57
899999047	CAJA DE CREDITO INDU	01/05/1995	30/06/1995	$240.943	8,57	0,00	0,00	8,57
899999047	CAJA DE CREDRITO AGR	01/07/1995	31/07/1996	$241.000	55,71	0,00	0,00	55,71
899999047	CAJA DE CREDITO AGRA	01/08/1996	31/08/1996	$240.000	4,29	0,00	0,00	4,29
899999047	CAJA DE CREDITO AGRA	01/09/1996	30/09/1996	$241.000	4,29	0,00	0,00	4,29
899999047	CAJA DE CREDITO AGRA	01/10/1996	31/12/1996	$240.943	12,86	0,00	0,00	12,86
899999047	CAJA DE CREDITO AGRA	01/01/1997	28/02/1997	$384.466	8,57	0,00	0,00	8,57
899999047	CAJA DE CREDITO AGRA	01/03/1997	30/04/1997	$384.644	8,57	0,00	0,00	8,57
899999047	CAJA DE CREDITO AGRA	01/05/1997	28/02/1998	$384.466	42,86	0,00	0,00	42,86
899999047	CAJA DE CREDITO AGRA	01/03/1998	31/03/1998	$457.615	4,29	0,00	0,00	4,29
899999047	CAJA DE CREDITO AGRA	01/04/1998	30/04/1998	$458.000	4,29	0,00	0,00	4,29
899999047	CAJA DE CREDITO AGRA	01/05/1998	30/06/1998	$457.615	8,57	0,00	0,00	8,57
899999047	CAJA DE CREDITO AGRA	01/07/1998	31/07/1998	$458.000	4,29	0,00	0,00	4,29
899999047	CAJA DE CREDTO AGRAR	01/08/1998	31/12/1998	$457.615	21,43	0,00	0,00	21,43
899999047	CAJA DE CREDITO AGRA	01/01/1999	31/01/1999	$552.555	4,29	0,00	0,00	4,29
899999047	CAJA DE CREDITO AGRA	01/02/1999	28/02/1999	$553.000	4,29	0,00	0,00	4,29
899999047	CAJA DE CREDITO AGRA	01/03/1999	31/05/1999	$552.555	8,29	0,00	0,00	8,29
899999047	CAJA DE CREDITO AGRA	01/06/1999	30/06/1999	$553.000	0,00	0,00	0,00	0,00
860030811	TEMPORAL LTDA	01/07/1999	30/09/1999	$580.000	12,86	0,00	0,00	12,86
860030811	TEMPORAL LTDA	01/10/1999	31/01/2000	$0	0,00	0,00	0,00	0,00
860030811	TEMPORAL LTDA	01/05/2000	31/05/2000	$0	0,00	0,00	0,00	0,00
								[10] TOTAL SEMANAS COTIZADAS: 226,86

No obstante lo anterior, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende la actora a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el **17 de septiembre de 1999** con fecha de efectividad a partir del **1° de noviembre de 1999** (págs. 30 y 87, Archivo

6 expediente digital), por afiliación que hiciera a la AFP PORVENIR S.A., específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP y en el formulario de afiliación suscrito con esa AFP.

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

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

Frente al tema, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ SL12136, radicación No. 46.292 de 2014, enseñó:

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

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

En consecuencia, no solo es menester demostrar la existencia del traslado, sino que impone verificarse que este acto se produjo bajo el presupuesto de la libertad informada, pues de no cumplirse con dicho presupuesto, se incurriría en un vicio que invalidaría dicho acto jurídico, lo que trae como consecuencia o efecto, retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, con ineficacia *ex tunc*[4], en los términos del artículo 1746 del Código Civil, ante la inexistencia de una norma distinta que de manera explícita regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico.

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

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

Frente a este respecto, además, esa alta Corporación en sentencia CSJ SL1948-2021 tuvo la oportunidad de precisar que la consecuencia de la inobservancia del deber de información debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo

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

relativo a sus consecuencias prácticas (*vuelta al status quo ante*, art. 1746 CC). Así, discurrió

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

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

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

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

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

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

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011[5], Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y en las sentencias SL

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la accionante (Audio archivo 21 récord: 9:54) no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que estando trabajando en el BANCO AGRARIO DE COLOMBIA como

cajera llegaron funcionarios de PORVENIR les llevaron unos vasos y les dijeron que como el seguro social se iba acabar lo mejor era que hicieran el cambio de fondo por lo que accedió a firmar el formulario sin mayor información. La actora indica que no le explicaron características del régimen, ni mucho menos los requisitos para pensionarse.

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

Ahora en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR (página 87 Archivo 6 expediente digital) señalado por Colpensiones en su apelación, este no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada (Sentencias CSJ SL12136-2014 y CSJ SL1689-2019) y en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus,* pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que brillan por su ausencia en el plenario.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el fondo de pensiones demandado proporcionara a la afiliada una suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna información sobre las reales implicaciones de abandonar el régimen de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras. No obstante, esa administradora no logró demostrar, como era su deber, que suministró a la convocante una información de tales características.

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

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

> ***«1. El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones: Un deber exigible desde su creación***
>
> ***1.1 Primera etapa: Fundación de las AFP. Deber de suministrar información necesaria y transparente.***
>
> *El sistema general de seguridad social en pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del otorgamiento de diferentes tipos de prestaciones. Con este fin, la Ley 100 de 1993 diseñó un sistema complejo de protección pensional dual, en el cual, bajo las reglas de libre competencia, coexisten dos regímenes: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (AFP).*
>
> *De acuerdo con el literal b) del artículo 13 de la citada ley, los trabajadores tienen la opción de elegir «libre y voluntariamente» aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, previniendo que si esa libertad es obstruida por el empleador, este puede ser objeto de sanciones. Es así como paralelamente el artículo 271 precisa que las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, son susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.*
>
> *Ahora bien, para la Sala la incursión en el sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS y, por tanto, de la prestación de un servicio público esencial, estuvo, desde un principio, sujeto a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba.*
> *…*
> *En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.° del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».*
>
> *De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. No se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin*

importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

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

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

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

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

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR, omitió en el momento del traslado de régimen **(17 de septiembre de 1999, efectivo el 1° de noviembre de ese año),** el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia CSJ SL12136-2014, ello deriva en la

INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

Por otro lado, con relación al hecho de permanecer la demandante en el RAIS por mucho tiempo -23 años-, a la que se ha hecho referencia por COLPENSIONES en su apelación, esta Sala de decisión se permite señalar al impugnante, que como ya se refirió a lo largo de ésta providencia la información que se le debía suministrar al demandante al momento de su traslado no fue acreditada por la AFP PORVENIR, razón por la cual no se puede entender como una ratificación de la voluntad de permanecer en el RAIS, como lo sugiere en la alzada.
Por otro lado, es menester precisar, no tiene incidencia alguna que la actora no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicios antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación con la información que se le debía suministrar cuando se trasladó de régimen. Al respecto se puede consultar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia STL 11385 del 18 de julio de 2017, radicado 47646.

En ese orden, la ineficacia del traslado de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de PORVENIR del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, gastos de administración, comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia[6], los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, por el tiempo en que la demandante estuvo aparentemente afiliada a esa administradora, por virtud del restablecimiento de las cosas a su estado inicial, todo ello con cargo a sus propias utilidades[7], como también la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, de tal manera se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto.

Lo anterior, teniendo en cuenta que así lo ha considerado el órgano de cierre de esta jurisdicción en sentencia SL-2877 de 2020 en la cual sostuvo:

> *"(…)*
>
> *De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional* ***deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor,*** *sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en*

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

> *cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil.* ***En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones."***

Debe precisarse, atendiendo el grado jurisdiccional de consulta en que se conoce el presente proceso en favor de Colpensiones, que se adicionará el ordinal segundo de la decisión, ordenándose disponer el pago debidamente **indexado**, como quiera que, para la calenda en la que se trasladen esos recursos, habrá transcurrido un tiempo considerable durante el cual dicho valor habrá perdido poder adquisitivo, de allí que sea procedente su indexación, ya que su función consiste únicamente en evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción del patrimonio de quien accede a la administración de justicia, causada por el transcurso del tiempo, y su imposición procede de forma oficiosa, sin que ello represente una condena adicional ni vulnere la congruencia entre la demanda y la sentencia judicial, pues lo que se busca garantizar es el pago completo e íntegro de la prestación cuando el transcurso del tiempo la devalúa.

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

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

En punto a la indexación de los gastos de administración, en un caso similar al de autos en el que se resolvió lo atinente a la ineficacia de traslado, el órgano de cierre

de esta jurisdicción, en providencia CSJ SL3207-2020, Radicación N° 83586 del 18 de agosto de 2020, indicó:

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

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

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

En lo que atañe a la excepción de prescripción interpuesta por COLPENSIONES[8], a favor de quien se surte la consulta (páginas 39 a 31, *«Archivo 8 expediente digital»*), basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia CSJ SL1689-2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que, además, está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por las encartadas, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

Agotada la competencia de la Sala por el estudio de los puntos de apelación y habiéndose surtido el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones,

[8] Se estudia la excepción solo a favor de COLPENSIONES en virtud de la consulta, por haber sido oportunamente propuesta al contestar la demanda, la cual se tuvo por contestada mediante auto del 10 de marzo del 2023 (*«archivo 11 expediente digital»*).

conforme las motivaciones que preceden, se adicionará conforme a lo expuesto y se confirmará la decisión de primer grado en lo demás.

SIN COSTAS en esta instancia.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: ADICIONAR el numeral **SEGUNDO** del fallo de primer grado, en el sentido disponer el pago debidamente **indexado**, de los valores objeto de devolución allí indicados, conforme lo considerado.

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

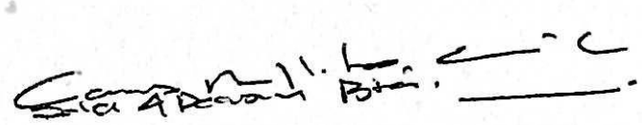
TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado de primer grado, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

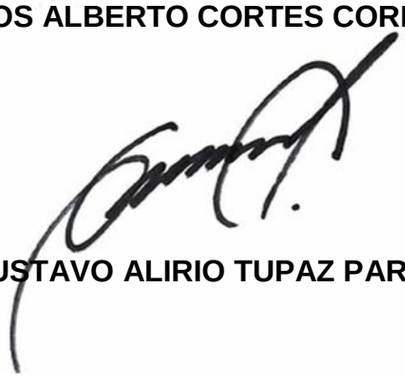
NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN



CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR ANTONIO JOSE AVELLANEDA GOMEZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- Y COLFONDOS S.A. (RAD. 27 2022 00194 01)

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

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

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en su favor, de la sentencia proferida por la Juez 27 Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 18 de julio del 2023 (Exp. Digital: *«Audio Archivo 13»,* récord: 40:28), en la que se resolvió:

> *«**PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia del traslado del señor ANTONIO JOSE AVELLANEDA GOMEZ del régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*
>
> ***SEGUNDO: CONDENAR** a la demandada COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del señor ANTONIO JOSE AVELLANEDA GOMEZ como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses generados en su cuenta de ahorro individual, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, ni primas de seguros previsionales, conforme lo explicado en la parte motiva de esta providencia.*
>
> ***TERCERO: ORDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES afiliar nuevamente al señor ANTONIO JOSE AVELLANEDA GOMEZ al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, recibir las cotizaciones provenientes de COLFONDOS S.A. PENSIONES Y*

> *CESANTIAS y actualizar la historia laboral del demandante para incluir las semanas cotizadas al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*
>
> ***CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS** las excepciones propuestas por las demandadas COLPENSIONES y COLFONDOS, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*
>
> ***QUINTO: CONDENAR** a la demandada COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS al pago de las costas del proceso en la suma de $2'000.000, como agencias en derecho.».*

Inconforme con la decisión, COLFONDOS señala no estar de acuerdo con la devolución de los gastos de administración y primas de seguros previsionales pues al declararse la ineficacia del traslado realizado por un afiliado ante el RAIS, se deja sin efecto la afiliación ante la administradora y automáticamente también el contrato entre la administradora y la aseguradora por la ausencia de interés asegurable dado que si desaparece de la vida jurídica el acto de vinculación a trasladar régimen desaparece naturalmente, la motivación y el interés por cubrir unos siniestros que afecten la vida y la seguridad física de sus afiliados, expresando la misma norma indica que en estos casos donde no existe el elemento de interés asegurado, pues no se produce efecto alguno, aduciendo que en caso de confirmarse la decisión no sería COLFONDOS la entidad llamada a realizar la devolución, sino la aseguradora con la cual se ha tenido contratada la póliza previsional.

Respecto de los gastos de administración, indica los mismos están direccionados a retribuir la gestión que deben desarrollar las administradoras de pensiones, luego entonces dicho porcentaje no corresponde a la actividad como quiera que, tanto en el RAIS como en el Régimen de Prima Media, la ley dispuso que esos porcentajes se crearan y destinaran en favor de las administradoras de pensiones.

Solicitando igualmente se revoque la condena impuesta por concepto de costas y agencias en derecho, teniendo en cuenta que COLFONDOS siempre ha actuado con la buena fe que se presume de toda persona natural y jurídica por mandato constitucional. (*«Audio Archivo 13»,* récord: 42:34[1])

[1] **APODERADO COLFONDOS:** Presento recurso de apelación de manera parcial, en contra del fallo de primera instancia ante el Honorable Tribunal Superior de Bogotá, Sala laboral, solicitando muy respetuosamente a los honorables magistrados se absuelva a mi representada respecto a la condena impuestas en el numeral segundo (inaudible) que refiere a la devolución de gastos de administración, primas de seguros previsionales y (inaudible), con lo cual me permito señalar que respecto a las primas de seguros previsionales, al declararse la ineficacia del traslado realizado por un afiliado ante el RAIS, se deja sin efecto la afiliación

COLPENSIONES solicita se revoque la sentencia de primera instancia toda vez que en el transcurso del proceso no se logra demostrar el supuesto engaño sufrido por el accionante y recibido por la AFP, así como también la falta de información al momento de la asesoría, al ser este un asunto probatorio donde COLPENSIONES no tiene documentos o conoció en su momento de la referida asesoría recibida por el demandante, la cual queda sujeta aquello que la AFP del RAIS logre demostrar en relación con su gestión, esto acorde al Estatuto del Consumidor, leyes y Decretos que regulen la afiliación de los particulares al Sistema Régimen De Ahorro Individual con Solidaridad.

Indica que, al revisar el formulario de afiliación y traslado firmado por el demandante, suscrito bajo la gravedad del juramento, en el mismo se encuentra la manifestación expresa que lo hizo libre de apremios y por su propia voluntad. Por tanto, en su sentir la afiliación de la parte actora al RAIS se realizó con el lleno de los requisitos legales y en dichas oportunidades no manifestó su deseo retractarse de la misma, razón por la cual no puede tener un regreso automático del régimen de prima media con prestación definida, advirtiendo no obra prueba alguna de que efectivamente al accionante se le hubiere hecho incurrir en error, falta al deber de la información por parte de la AFP o que se está en presencia de algún vicio del consentimiento como el error, fuerza o dolo.

---

ante la administradora y automáticamente también el contrato entre la administradora y la aseguradora por la ausencia de interés asegurable dado que si desaparece de la vida jurídica el acto de vinculación a trasladar régimen desaparece naturalmente, la motivación y el interés por cubrir unos siniestros que afecten la vida y la seguridad física de sus afiliados y la misma norma, indica que en estos casos donde no existe el elemento de interés asegurado, asegurar el contrato previsional, pues no produce efecto alguno e indica que le corresponde es a la aseguradora a restituir las primas percibidas, además de lo ya dispuesto en la ley pues no se puede pasar por alto que las administradoras de fondos de pensiones sólo están obligadas a responder con su propio patrimonio, con (inaudible) en el reconocimiento de pensiones o pago de primas, circunstancias que no se materializan en el presente caso y así las cosas, en caso de una sentencia que ponga fin al presente proceso y se condene a devolver la prima pagada como contraprestación legal y contractual con el seguro previsional no sería por COLFONDOS la entidad llamada a realizar la devolución, sino la aseguradora con la cual se ha tenido contratada la póliza previsional y respecto de los gastos de administración, los mismos están direccionados a retribuir la gestión que deben desarrollar las administradoras de pensiones, luego entonces dicho porcentaje no corresponde a la actividad como quiera que tanto en el RAIS como en el Régimen de Prima Media, la ley dispuso que esos porcentajes se crearan y destinaran en favor de las administradoras de pensiones y teniendo en cuenta el fallo de primera instancia se está generando un enriquecimiento sin justa causa y un pago de lo no debido en favor de COLPENSIONES, en primer lugar, porque Colpensiones no realizó gestión alguna respecto a la cuenta individual del afiliado en segundo lugar, como quiera que se está ordenando devolver los rendimientos financieros y a su vez los gastos de administración, dineros con los cuales COLFONDOS cumplió con generar una rentabilidad acorde a las directrices legales y a la superintendencia financiera.

Asimismo, solicito muy respetuosamente a los Honorables Magistrados, se revoque la condena impuesta a mi representada por concepto de costas y agencias en derecho, teniendo en cuenta que COLFONDOS siempre ha actuado con la buena fe que se presume de toda persona natural y jurídica por mandato constitucional en la relación de (inaudible) que lo vinculó con el hoy demandante. De esta manera, dejó expuesto mi recurso de apelación. Muchas gracias.

Finalmente señala que la parte actora nunca comunicó su deseo de retractarse de la afiliación al RAIS, por lo debe asumir las consecuencias legales de tales decisiones, de modo que no es procedente alegar después de tanto tiempo -más de 24 años-, que fue engañada. (*«Audio Archivo 13»,* récord: 45:38[2])

---

[2] **APODERADO COLPENSIONES:** Muchas gracias, señora juez, teniendo en cuenta la sentencia condenatoria que acaba de dictar el despacho me permito interponer y sustentar recurso de apelación contra la misma. Al respecto, tenemos que el Juzgado 27 laboral ordeno declarar la ineficacia de la afiliación al RAIS de la parte actora y en su lugar tener al accionante como afiliado al régimen de prima media con prestación definida, junto con el traslado por parte de la AFP COLFONDOS de todos los aportes, cotizaciones, frutos, rendimientos, entre otros conceptos causados en la cuenta de ahorro individual.

Al respecto, me permito manifestar que Colpensiones no comparte tal decisión toda vez que como se indicó tanto en la contestación de la demanda como en los alegatos de conclusión, nunca en el transcurso del proceso se logró demostrar el supuesto engaño sufrido por el accionante y recibido por la AFP, así como la falta de información al momento de la asesoría, al ser éste un asunto, probatorio en donde Colpensiones, no tiene documentos conocidos al momento de la referida asesoría recibida por el demandante, queda sujeto a aquello que la AFP del RAIS logre demostrar en relación con su gestión, esto acorde al estatuto del consumidor, leyes y decretos que regulen la afiliación de los particulares al sistema Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

No obstante, lo anterior, si se realizó formulario de afiliación y (inaudible) firmado por el accionante suscrito bajo la gravedad del juramento, en el mismo se encuentra la manifestación expresa y que los obliga (inaudible) y por su propia voluntad. Por tanto, pues tenemos que la afiliación del actual RIAS se realizó con el lleno de requisitos legales y en dichas oportunidades, no manifestó nunca su deseo de retractarse de las mismas. Razón por la cual no podía ordenar su regreso automático al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Asimismo, tenemos que, dentro del expediente, no obra prueba alguna de que efectivamente se le hubiese hecho incurrir en error en el deber de información por parte de la AFP, porque se está en presencia de un vicio de consentimiento, como el error, fuerza o dolo. Asimismo, no se evidencia dentro del formulario de afiliación, nota de protesto o anotación alguna que permite inferir, con probabilidad de certeza, una inconformidad por parte del demandante, al contrario, se observa que las documentales, se encuentran sujetas a derecho y que se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas.

Visto los hechos de la demanda, es fácil concluir que en el presente asunto no se da un vicio del consentimiento alegado por error, toda vez que el mismo no tiene la fuerza legal, para repercutir sobre la eficacia del acto celebrado entre el demandante y la AFP Colfondos por no tratarse de un error dirimente o error de nulidad, que es aquel que, por esencia, en efecto, la validez del acto y lo que le da su relación o decisión judicial.

De lo anterior se deduce que, sin esta decisión, libre y voluntaria, sin presiones y en las oportunidades legales, la parte actora nunca manifestó su deseo de retractarse de la afiliación al RAIS, esto pues, trae como consecuencia de que deba regirse por las normas, procedimientos y requisitos establecidos para el Régimen de Ahorro Individual por más de 24 años. De modo que, no es procedente legal después de tanto tiempo que fue engañado solo por el hecho de ser observar sus expectativas fallidas, lo que significa que la vinculación a dicha administradora del RAIS goza de plena y total validez. Luego entonces, pues la parte actora, al haber fundada la pretensión en el hecho de haber sido engañado por los asesores del fondo privado al cual se encuentra afiliado, de conformidad con lo establecido en el artículo 1516 del Código civil y 167 del Código General del Proceso, le correspondía la carga de probar dicha afirmación, lo que brillo por su ausencia en el presente caso, esto centrándonos en los hechos y pretensiones del accionante, tenemos que no estaban llamadas a prosperar por cuanto carecían de la reunión total de las exigencias y rigurosidades que establece la ley para retornar del RAIS al RPM.

Finalmente, se resalta que el actuar de COLPENSIONES, siempre ha estado sujeto al lineamiento jurisprudencial, basado en sentencias como la C-189 de 2002, SU- 064 de 2010, C-1024 de 2004, SU-130 de 2011, T-060 en 2011 y SL-175-95 de octubre de 2017, entre otras sentencias que han tratado a fondo este asunto de la ineficacia y nulidad del traslado y por ende, se puede afirmar que el accionante no tenía derecho a regresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. Teniendo en cuenta lo anterior, se solicita muy respetuosamente al Honorable Tribunal Superior de Bogotá, Sala laboral

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda (Exp. Digital*: Archivo 01* página 4), las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (páginas 4 a 7, ibidem), aspirando se declare la ineficacia de traslado efectuada del RPM al RAIS en consecuencia se ordene a Colfondos retornar todos los valores que hubiera recibido como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses y rendimientos al RPM administrado por COLPENSIONES, igualmente se ordene a COLPENSIONES a recibirlo y mantenerlo afiliado sin solución de continuidad, se condene en costas y agencias en derecho, 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 la actora y se condenó a COLFONDO S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación del demandante como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses, generados en su cuenta de ahorro individual, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, ni primas de seguros previsionales. Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada COLFONDOS S.A. no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía con el demandante, al momento del traslado, precisando no le explicó las consecuencias de su traslado, aunado a que el formulario no constituye prueba de la información proporcionada.

Pues bien, para resolver la controversia, es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció

---

que revoquen la sentencia proferida en primera instancia, absolviendo a Colpensiones de todas y cada una de las condenas.

la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002[3].

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía del demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 1° de octubre de 1958 (Archivo 1 expediente digital página 24), por lo que la edad de 62 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2020, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES y COLFONDOS el 15 de y 25 marzo del 2022 respectivamente (páginas 28 a 31 y 39 a 42 ibidem), esto es, cuando ya había cumplido la edad para adquirir el derecho pensional; de otra parte, se tiene, el actor no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -01 de abril de 1994[4], pues para esa data, según las

[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".*

COLPENSIONES Nit 900.336.004-7
REPORTE DE SEMANAS COTIZADAS EN PENSIONES
PERIODO DE INFORME: Enero 1967 abril/2022
ACTUALIZADO A: 06 abril 2022

INFORMACIÓN DEL AFILIADO

Tipo de Documento:	**Cédula de Ciudadanía**	Fecha de Nacimiento:	**01/10/1958**
Número de Documento:	**19248162**	Fecha Afiliación:	**06/04/1978**
Nombre:	**ANTONIO JOSE AVELLANEDA GOMEZ**	Correo Electrónico:	
Dirección:		Ubicación:	
Estado Afiliación:	**Trasladado**		

RESUMEN DE SEMANAS COTIZADAS POR EMPLEADOR

En el siguiente reporte encontrará el total de semanas cotizadas a través de cada uno de sus empleadores o de sus propias cotizaciones como trabajador independiente, es decir, las que han sido cotizadas desde enero de 1967 a la fecha. Recuerde que la Historia Laboral representa su vida como trabajador, la que usted ha construido mes a mes y año a año.

[1]Identificación Aportante	[2]Nombre o Razón Social	[3]Desde	[4]Hasta	[5]Último Salario	[6]Semanas	[7]Lic	[8]Sim	[9]Total
1006300231	MUNDIAL DE SEGUROS V	06/04/1978	22/08/1979	$3.300	72,00	0,00	0,00	72,00
1006115516	ALMACENES MAXIMO LTD	16/09/1980	01/02/1981	$5.790	19,86	0,00	0,00	19,86
1006115736	QUIMICA COMERCIAL AN	14/06/1982	18/07/1982	$7.470	5,00	0,00	0,00	5,00
11016102222	DELGADO GOMEZ ENRIQU	01/05/1983	01/12/1984	$11.850	83,00	0,00	0,00	83,00
								[10] TOTAL SEMANAS COTIZADAS: 179,86

4

PERIODOS CERTIFICADOS

Desde (DD-MM-AAAA)	Hasta (DD-MM-AAAA)	Tipo de Vinculación	Tipo de Empleado	Cargo	Realizó Descuentos Para Seguridad Social	Fondo Aporte
27-05-1985	31-12-1998	LABORAL	PÚBLICO	Técnico Administrativo	SI	CAJA NACIONAL DE PREVISION CAJANAL

probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con **634.86** semanas de servicios prestados tanto a empleadores privados con el ISS -179.86 semanas- como a la CAJA NACIONAL DE PREVISION CAJANAL -455 semanas- (*Página 167 Archivo 2 expediente digital y página 35 Archivo 06*), 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, precisando su afiliación al ISS se dio el 1° de marzo de 1995 (*Archivo 08 expediente digital, pág. 70*)

No obstante lo anterior, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende el actor a efectos de continuar válidamente vinculado al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el **20 de diciembre de 1998** (pág. 47 Archivo 1 expediente digital), por afiliación que hiciera a la AFP COLFONDOS S.A., específicamente conforme a 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 conocer los riesgos del traslado, pero a su vez, los beneficios que aquel le reportaría, de otro modo no puede explicarse el cambio de un régimen al otro.

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

Frente al tema, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ SL12136, radicación No. 46.292 de 2014, enseñó:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Lo anterior, debido a que en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el legislador consagró de manera expresa en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que la violación del derecho a la

> *afiliación libre del trabajador es la ineficacia. En efecto, el citado precepto refiere que cuando «el empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral […] la afiliación respectiva quedará sin efecto».*
>
> *Si esto es claro, resulta equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues el legislador expresamente consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL3464-2019, y especialmente la CSJ SL4360-2019)».*

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

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

En ese orden de ideas, la obligación de la AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva no solamente de la carga dinámica de la prueba, sino de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, la cual aunado a ello, tiene a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, *incluso al punto de desanimar*

al interesado, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

"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

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*

---

de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

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

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

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

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

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

> *legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (…)».*

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

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por el accionante (Audio archivo 13 récord: 8:35) no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que estando trabajando llegaron funcionarios de COLFONDOS y les dijeron que como CAJANAL se iba acabar lo mejor era que hicieran el cambio de fondo por lo que accedió a firmar el formulario sin mayor información. El actor indica que no le explicaron características del régimen, ni mucho menos los requisitos para pensionarse.

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

Ahora en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a COLFONDOS (página 47 Archivo 1 expediente digital) señalado por Colpensiones en su apelación, este no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada (Sentencias

CSJ SL12136-2014 y CSJ SL1689-2019) y en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus,* pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que brillan por su ausencia en el plenario.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el fondo de pensiones demandado proporcionara al afiliado una suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna información sobre las reales implicaciones de abandonar el régimen de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras. No obstante, esa administradora no logró demostrar, como era su deber, que suministró al convocante una información de tales características.

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

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

> ***«1. El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones: Un deber exigible desde su creación***
>
> ***1.1 Primera etapa: Fundación de las AFP. Deber de suministrar información necesaria y transparente.***
>
> *El sistema general de seguridad social en pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del otorgamiento de diferentes tipos de prestaciones. Con este fin, la Ley 100 de 1993 diseñó un sistema complejo de protección pensional dual, en el cual, bajo las reglas de libre competencia, coexisten dos regímenes: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (AFP).*
>
> *De acuerdo con el literal b) del artículo 13 de la citada ley, los trabajadores tienen la opción de elegir «libre y voluntariamente» aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus*

intereses, previniendo que si esa libertad es obstruida por el empleador, este puede ser objeto de sanciones. Es así como paralelamente el artículo 271 precisa que las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, son susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

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

…

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

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

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

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

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

Como se ve, ya para el año 1998, cuando se produjo el traslado de la aquí demandante, la AFP estaba en la obligación de informar a su futuro afiliado sobre

las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, pero ello en el asunto no ocurrió o, por lo menos, no se acreditó.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada COLFONDOS S.A., omitió en el momento del traslado de régimen **(20 de diciembre de 1998),** el deber de información para con el promotor del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia CSJ SL12136-2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

Por otro lado, con relación al hecho de permanecer la demandante en el RAIS por mucho tiempo -24 años-, a la que se ha hecho referencia por COLPENSIONES en su apelación, esta Sala de decisión se permite señalar al impugnante, que como ya se refirió a lo largo de ésta providencia la información que se le debía suministrar al demandante al momento de su traslado no fue acreditada por la AFP COLFONDOS, razón por la cual no se puede entender como una ratificación de la voluntad de permanecer en el RAIS, como lo sugiere en la alzada.

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 traslado de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de COLFONDOS del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, gastos de administración, comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia[7], los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, por

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

el tiempo en que el demandante estuvo aparentemente afiliado a esa administradora, por virtud del restablecimiento de las cosas a su estado inicial, todo ello con cargo a sus propias utilidades[8], como también la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, de tal manera se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto.

Lo anterior, teniendo en cuenta que así lo ha considerado el órgano de cierre de esta jurisdicción en sentencia SL-2877 de 2020 en la cual sostuvo:

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

Debe precisarse, atendiendo el grado jurisdiccional de consulta en que se conoce el presente proceso en favor de Colpensiones, que se adicionará el ordinal segundo de la decisión, ordenándose disponer el pago debidamente **indexado**, como quiera que, para la calenda en la que se trasladen esos recursos, habrá transcurrido un tiempo considerable durante el cual dicho valor habrá perdido poder adquisitivo, de allí que sea procedente su indexación, ya que su función consiste únicamente en evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción del patrimonio de quien accede a la administración de justicia, causada por el transcurso del tiempo, y su imposición procede de forma oficiosa, sin que ello represente una condena adicional ni vulnere la congruencia entre la demanda y la sentencia judicial, pues lo que se busca garantizar es el pago completo e íntegro de la prestación cuando el transcurso del tiempo la devalúa.

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

> *«****Es cierto que dicho ajuste no hizo parte de las pretensiones de la demanda, pero también lo es que, pese a ello, su imposición oficiosa es perfectamente viable porque la indexación no comporta una condena adicional a la solicitada.***

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

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

En punto a la indexación de los gastos de administración, en un caso similar al de autos en el que se resolvió lo atinente a la ineficacia de traslado, el órgano de cierre de esta jurisdicción, en providencia CSJ SL3207-2020, Radicación N° 83586 del 18 de agosto de 2020, indicó:

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

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

Frente a la orden de la devolución de los gastos de administración, objeto de apelación por COLFONDOS S.A., así como los seguros previsionales, se ha de indicar estos surgen como consecuencia de la afiliación, y en ese orden, al declararse la ineficacia del traslado, resulta claro que dichos conceptos quedan sin fundamento, pues lo que ocurre es que la situación de afiliación del actor vuelve a su estado inicial, es decir, es como si dichos gastos no se hubiesen generado, razón por la cual es procedente la remisión de la totalidad de los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la demandante a Colpensiones

(actual administradora del RPM), incluyendo las sumas de gastos de administración y seguros previsionales. Así fue consignado en sentencia de la CSJ Sala Laboral SL 2914 del 22 de julio del 2020, en la que cita la del 8 septiembre 2008, radicado 31989, donde se dijo:

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

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

> *«Conforme a lo establecido en sede de casación, fuerza concluir entonces, que debe declararse la ineficacia de la afiliación de la demandante al sistema pensional de ahorro individual, debiendo retrotraerse las cosas al estado en que se encontraban, es decir, como si ello no hubiera ocurrido, lo cual trae como consecuencia, (…) que el Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.* ***deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración*** *al Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, como en oportunidades anteriores lo ha*

dispuesto la Sala, pudiéndose traer a colación las sentencias CSJ SL17595-2017 y CSJSL4989-2018, donde se rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989 (…)».

Ahora, frente al hecho de que el actora antes del traslado estuviese afiliado en pensiones a CAJANAL (conforme se señaló en el formulario de vinculación a COLFONDOS), basta con indicar, con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, se entiende, siendo la accionante afiliada a dicha Caja de Previsión Social, que continuo después de la vigencia del sistema general de pensiones (artículo 151 ley 100 de 1993), afiliada al régimen de prima media con prestación definida, destacando, incluso con posterioridad en el Decreto 2196 de 2009, mediante el cual se dispuso la liquidación de Cajanal, se estableció de forma expresa en su artículo 4[9] que los afiliados cotizantes, debían ser trasladados al régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS, es decir, siendo Colpensiones la única administradora del régimen de prima media, resulta clara la procedencia de la condena en punto a realizar la vinculación de la demandante desde la fecha en que se efectuó el traslado de régimen, máxime teniendo en cuenta, la UGPP conforme el artículo 3[10] de la misma disposición normativa, al liquidarse Cajanal, únicamente asumió la administración de la nómina de pensionados, mas no la afiliación de los cotizantes.

Por otro lado conviene anotar, en autos no tiene relevancia lo atinente a la financiación del sistema, o que el demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues es suficiente indicar en este punto, 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

[9] *"ARTÍCULO 4o. DEL TRASLADO DE AFILIADOS. La Caja Nacional de Previsión Social, Cajanal, EICE, en Liquidación, deberá adelantar todas las acciones necesarias para el traslado de sus afiliados cotizantes, a más tardar dentro del mes siguiente a la vigencia del presente decreto, a la Administradora del Régimen de Prima Media del Instituto de Seguro Social - ISS. Igualmente, deberá trasladar a dicha entidad los conocimientos sobre la forma de adelantar el proceso de sustanciación de los actos administrativos de reconocimiento de pensión de estos afiliados cotizantes, en la medida en que se trata de servidores públicos, para lo cual, estas entidades fijarán las condiciones en la que se realizará dicho traslado."*

[10] *"(…) de acuerdo con las normas que rigen la materia. Igualmente, Cajanal, EICE, en liquidación continuará con la administración de la nómina de pensionados, hasta cuando estas funciones sean asumidas por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP, creada por la Ley 1151 de 2007 (…)".*

saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual del demandante.

En lo que atañe a la excepción de prescripción interpuesta por COLPENSIONES[11], a favor de quien se surte la consulta (páginas 34 y 35, *«Archivo 6 expediente digital»*), basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia CSJ SL1689-2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que, además, está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por las encartadas, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

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

SIN COSTAS en esta instancia.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: ADICIONAR el numeral **SEGUNDO** del fallo de primer grado, en el sentido disponer el pago debidamente **indexado**, de los valores objeto de devolución allí indicados, conforme lo considerado.

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

[11] Se estudia la excepción solo a favor de COLPENSIONES en virtud de la consulta, por haber sido oportunamente propuesta al contestar la demanda, la cual se tuvo por contestada mediante auto del 5 de junio del 2023 (*«archivo 8 expediente digital»*).

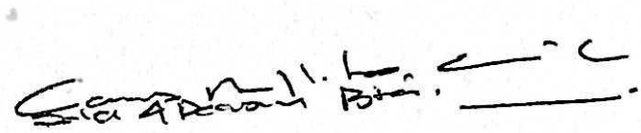
TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado de primer grado, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

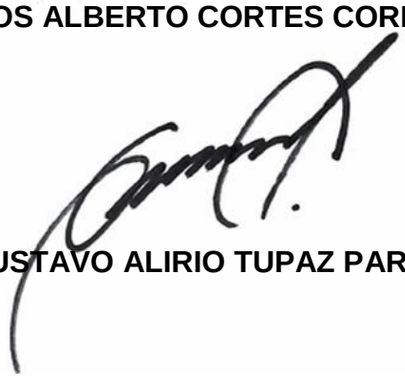
NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN



CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR NUBIA DOLORES SANCHEZ MARIÑO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- y PORVENIR S.A. (RAD. 29 2022 00350 01).

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

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

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en su favor, contra la sentencia proferida por la Juez Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, el 6 de julio del 2023 (*Audio archivo 14 récord: 1:23:24),* en la que se resolvió:

> *"**PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA** del traslado que hiciere la señora NUBIA DOLORES SANCHEZ MARIÑO identificada con C.C. N. 46.661.861, ante la AFP INVERTIR hoy la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., con fecha de solicitud 28 de febrero de 1995, inicio de efectividad 01 de marzo de 1995, por los motivos expuestos.*
>
> *En consecuencia, **DECLARAR** que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.*
>
> ***SEGUNDO: ORDENAR** a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante NUBIA DOLORES SANCHEZ MARIÑO, estos son, cotizaciones rendimientos y sumas de dinero destinada para garantía de la pensión mínima para lo cual se*

le concede el término de 30 días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

***TERCERO: ORDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a recibir de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, cotizaciones, rendimientos y sumas de dinero destinadas para garantía de la pensión mínima que se hubieren causado y actualizar la historia laboral.*

***CUARTO: SIN CONDENA** en costas.*

***QUINTO:** En el caso de no ser apelada la presente sentencia por Colpensiones, se enviará en consulta al Honorable Tribunal Superior de Bogotá.".*

Inconforme con la decisión COLPENSIONES señaló no estar de acuerdo con la decisión únicamente frente a la orden de reintegro de los recursos, solicitando se modifique o adicione el fallo de primer grado en cuanto a que se disponga la devolución no solo de los valores referenciados en la providencia sino también lo correspondiente al porcentaje destinado al pago de seguros previsionales, gastos de administración, garantía de pensión mínima, rendimientos y anulación de bonos pensionales si los hubiere[1].

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda *(página 2, archivo 01 expediente digital)* las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo *(páginas 1 y 2, ibidem)*, aspirando se declare la nulidad de la afiliación al RAIS, se ordene a PORVENIR a trasladar a

[1] **APODERADO DE COLPENSIONES (1:26:04)** Su Señoría, de manera respetuosa estando dentro de la oportunidad procesal correspondiente interpongo recurso de apelación a la sentencia proferida únicamente en el apartado correspondiente a la orden de reintegro de recursos al régimen de prima media para que el Honorable Tribunal Superior Sala laboral modifique o adicione dicha decisión, en el sentido que, frente a la declaratoria de ineficacia de traslado, cuando se tienen lugar y conforme a la jurisprudencia que fue base de la sentencia, del Honorable Juez 29 Laboral está el incluir no solo los valores referenciados en dicha providencia, sino también lo correspondiente al porcentaje destinado al pago de seguros previsionales y gastos de administración.

Por esta razón Honorables Magistrados, les solicito adicionar la decisión y efectivamente ordenar retornar al régimen de prima media, los recursos de la cuenta individual de ahorro, las cuotas abonadas con garantía de pensión mínima, los rendimientos, anulación de bonos pensionales si los hubiere y concretamente el porcentaje destinado al pago de seguro previsionales y gastos de administración. Muchas gracias.

COLPENSIONES la totalidad de lo ahorrado en su cuenta de ahorro individual, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos los rendimientos y demás valores causados con motivo de sus afiliaciones, de conformidad con el art. 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que hubieren causado, se ordene a COLPENSIONES recibirla sin dilación alguna en el régimen de prima media junto con la totalidad de los ahorros y se actualice su historia laboral, condenas *ultra y extra petita*. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante al RAIS. En consecuencia, se ordenó a PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los valores recibidos con motivo de la afiliación, por concepto de cotizaciones, rendimientos y sumas destinadas a la garantía de pensión mínima en el término de 30 días hábiles y a COLPENSIONES le ordenó recibir lo anterior y actualizar la historia laboral. 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 la demandante al momento del traslado.

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

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

Así las cosas, se tiene como fecha de nacimiento de la demandante el 5 de septiembre de 1966 *(Conforme se registra en la copia de la cédula de ciudadanía Archivo 8 expediente digital, pág. 149),* por lo que la edad de 57 años, la cumpliría el mismo día y mes del año 2023, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 19 de septiembre del 2022 (pág. 11 a 13, archivo 01), esto es, cuando se encontraba a menos de 10 años para cumplir la edad requerida para adquirir el derecho pensional, y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1º de abril de 1994 -, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con **287.86** semanas cotizadas al sistema *(Historia Laboral valida para bono pensional Archivo 07 expediente digital página 85)*[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 **28 de febrero de 1995**, efectivo el **01 de marzo de 1995** (*Páginas 76 y 80, Archivo 07 del expediente digital),* por afiliación que hiciera a INVERTIR hoy PORVENIR S.A., específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP expedido por ASOFONDOS y el formulario de afiliación suscrito con esa AFP.

Así las cosas, parte la Sala por indicar, las entidades encargadas de la administración y dirección de los diferentes regímenes pensionales tienen el deber de garantizar que existió una decisión informada y que ésta fue verdaderamente autónoma, libre, voluntaria y consciente por parte del afiliado; además, tal información debe ser objetivamente verificable, en el entendido de

---

3

SUBTOTALES

HISTORIA HASTA 31/03/1994						HISTORIA TOTAL					
LABORADOS		LICENCIAS / MORAS		SIMULTANEOS		LABORADOS		LICENCIAS / MORAS		SIMULTANEOS	
Días	Semanas	Días	Semanas	Días	Semanas	Días	Semanas	Días	Semanas	Días	Semanas
2015	287.86	0	0.00	0	0.00	2266	323.71	0	0.00	0	0.00

TOTALES : LABORADOS-LICENCIAS-SIMULTANEOS				TOTALES : LABORADOS-LICENCIAS-SIMULTANEOS			
DIAS:	2015	SEMANAS:	287.86	DIAS:	2266	SEMANAS:	323.71

El número de semanas se calculó con días calendario

que aquél debe conocer los riesgos del traslado, pero a su vez, los beneficios que aquel le reportaría, de otro modo no puede explicarse el cambio de un régimen al otro.

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

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

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

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

En consecuencia, no solo es menester demostrar la existencia del traslado, sino que impone verificarse que este acto se produjo bajo el presupuesto de la libertad informada, pues de no cumplirse con dicho presupuesto, se incurriría en un vicio que invalidaría dicho acto jurídico, lo que trae como consecuencia o efecto, retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, con ineficacia ex tunc[4], en los términos del artículo 1746 del Código Civil, ante la inexistencia de una norma distinta que de manera explícita regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico.

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

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

---

[4] *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 S.A. antes INVERTIR.

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011[5], Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y en

---

[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 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***

"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.

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

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

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la demandante[6], no acreditan de manera a alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que los asesores de PORVENIR en una reunión con 50 trabajadores tan solo explico de que se trataba el fondo y lo único que recuerda es que firmaron los

[6] Audiencia del 6 de julio del 2023, récord (24:40)

formularios de manera masiva, enfatizando en que no le dieron suficiente información ni precisa sobre el traslado de régimen.

Nótese, de lo relatado por la demandante no es posible colegir de forma alguna que haya confesado la recepción de una información, clara, oportuna y certera y muchos menos que el FONDO DE PENSIONES INVERTIR hoy PORVENIR haya cumplido con su obligación de buen consejo, pues lo único que advierte la Sala es una labor de publicidad y promoción de los fondos privados sin que en esa labor se tomará en cuenta la responsabilidad social que tenían las AFP desde su creación.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el fondo de pensiones demandado proporcionara a la afiliada una suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna información sobre las reales implicaciones de abandonar el régimen de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras. No obstante, esa administradora no logró demostrar, como era su deber, que suministró a la convocante una información de tales características.

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 INVERTIR hoy PORVENIR (*página 80, Archivo 07 del expediente digital),* éste no constituye en manera alguna medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, en especial, con lo relacionado dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada (sentencias SL12136 de 2014 y SL 1689 de 2019) y, en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus,* pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que se advierten ausentes en el plenario.

Aquí también debe resaltar esta Sala, el deber de información existe desde la misma creación de las administradoras de fondos de pensiones. Al respecto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y tal como se dejó sentado de

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

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

> ***"1. El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones: Un deber exigible desde su creación***
>
> ***1.1 Primera etapa: Fundación de las AFP. Deber de suministrar información necesaria y transparente.***
> *El sistema general de seguridad social en pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del otorgamiento de diferentes tipos de prestaciones. Con este fin, la Ley 100 de 1993 diseñó un sistema complejo de protección pensional dual, en el cual, bajo las reglas de libre competencia, coexisten dos regímenes: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (AFP).*
>
> *De acuerdo con el literal b) del artículo 13 de la citada ley, los trabajadores tienen la opción de elegir «libre y voluntariamente» aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, previniendo que si esa libertad es obstruida por el empleador, este puede ser objeto de sanciones. Es así como paralelamente el artículo 271 precisa que las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, son susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.*
>
> *Ahora bien, para la Sala la incursión en el sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS y, por tanto, de la prestación de un servicio público esencial, estuvo, desde un principio, sujeto a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba.*
> *…*
> *En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.° del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».*
>
> *De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. No se*

> *trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.*
>
> *Por tanto, la incursión en el mercado de las AFP no fue totalmente libre, pues aunque la ley les permitía lucrarse de su actividad, correlativamente les imponía un deber de servicio público, acorde a la inmensa responsabilidad social y empresarial que les asistía de dar a conocer a sus potenciales usuarios «la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».*

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

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

Como se ve, ya para el año 1995, cuando se produjo el traslado de la aquí demandante, la AFP INVERTIR hoy PORVENIR estaba en la obligación de informar a su futura afiliada sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, pero ello en el asunto no ocurrió o, por lo menos, no se acreditó.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR antes INVERTIR omitió en el momento del traslado de régimen **(28 de febrero de 1995,** efectivo el **1 de marzo de 1995)** 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 realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

En la misma dirección se debe señalar, no tiene incidencia alguna que la demandante no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación con la información que se le debía suministrar cuando se trasladó de régimen, al respecto se puede consultar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia CSJ STL11385 del 18 de julio de 2017, radicado 47646.

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

Debe precisarse en este punto, en virtud de la apelación por parte de COLPENSIONES y como quiera que se conoce el presente proceso en el grado jurisdiccional de Consulta en su favor, se adicionará el numeral tercero del fallo de primer grado, en cuanto a que además de lo anterior, PORVENIR deberá devolver a COLPENSIONES los **gastos de administración, las comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia[7] y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades**[8], por el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esa administradora, por virtud del restablecimiento de las cosas a su estado inicial.

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

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

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

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

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

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

> *"****Es cierto que dicho ajuste no hizo parte de las pretensiones de la demanda, pero también lo es que, pese a ello, su imposición oficiosa es perfectamente viable porque la indexación no comporta una condena adicional a la solicitada.***
>
> *En efecto, la indexación se erige como una garantía constitucional (art. 53 CP), que se materializa en el mantenimiento del poder adquisitivo constante de las pensiones, en relación con el índice de precios al consumidor certificado por el DANE. A su vez, el artículo 1626 del Código Civil preceptúa que «el pago*

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

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

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

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

Advirtiéndose en cuanto al principio de la sostenibilidad financiera la Máxima Corporación ha expresado que las decisiones de declaratoria de ineficacia no lesionan "*el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones,*

puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas." (Sentencia SL2877, rad. 78667 del 29 de julio del 2020).

En lo que atañe a la excepción de prescripción interpuesta por COLPENSIONES[9], a favor de quien se surte la consulta (*páginas 17 a 19, archivo 08, 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.

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

SIN COSTAS en esta instancia.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: ADICIONAR el ordinal al **TERCERO** del fallo de primer grado, para ordenar a PORVENIR S.A., devolver a COLPENSIONES los gastos de administración y además las comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los porcentajes destinados a conformar el Fondo

---

[9] Se estudia la excepción solo a favor de COLPENSIONES en virtud de la consulta, por haber sido oportunamente propuesta al contestar la demanda, la cual se tuvo por contestada mediante auto del 13 de diciembre del 2022 (archivo 10, expediente digital).

de Garantía de Pensión, debidamente **indexados** con cargo a sus propias utilidades, por el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esa administradora, conforme lo considerado.

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

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás, la sentencia proferida por el Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

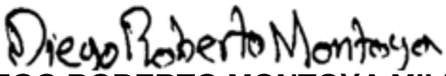
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MARTHA EMILSEN LÓPEZ MENDEZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A. (RAD. 30 2021 00558 01)

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

AUTO

Se reconoce personería adjetiva a la abogada **JHOANNA LEAL RODRIGUEZ** como apoderada sustituta de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por **MARIA CAMILA RIOS OLIVEROS**, en su calidad de representante legal suplente de la sociedad **TABOR ASESORES LEGALES S.A.S.**



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

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

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada COLFONDOS y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, contra la sentencia proferida por el Juez 30 Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 24 de julio de 2023 *(Audiencia virtual, archivo 15 expediente digital récord: 1:50:00),* en la que se resolvió:

*"**PRIMERO: DECLARAR INEFICAZ** el traslado de régimen pensional que hizo la demandante **MARTHA EMILSEN LÓPEZ MÉNDEZ,** identificada con cédula de ciudadanía No. 41.779.509, efectuado el **11 de marzo de 1995**, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida – RPM-, antes administrado por el extinto Instituto de los Seguros Sociales - ISS hoy sustituido por la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**-, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad - RAIS, a través de **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.,** con efectividad a partir del **01 de abril de 1995,** conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.*

***SEGUNDO: DECLARAR** válidamente vinculada a **MARTHA EMILSEN LÓPEZ MÉNDEZ** al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, sin solución de continuidad, de acuerdo con la argumentación expuesta.*

***TERCERO: CONDENAR** a **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** a devolver a COLPENSIONES todos los valores que reposan en la cuenta de ahorro individual de **MARTHA EMILSEN LÓPEZ MÉNDEZ,** incluidos sus rendimientos y, con cargo a sus propios recursos, las comisiones o gastos cobrados por administración, primas de los seguros previsionales de sobrevivencia e invalidez y aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, debidamente indexados, por el lapso en que permaneció afiliada a esa AFP, esto es, del 01 de abril de 1995 a 31 de octubre de 1997 y, de 01 de julio de 2000 y hasta que se haga efectivo el traslado, de conformidad con las consideraciones de esta sentencia.*

***CUARTO: CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** a devolver, con cargo a sus propios recursos, a COLPENSIONES, las comisiones o gastos cobrados por administración, primas de los seguros previsionales de sobrevivencia e invalidez y aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, debidamente indexados, por el lapso en que **MARTHA EMILSEN LÓPEZ MÉNDEZ** permaneció en dicha administradora, esto es, del 01 de noviembre de 1997 a 30 de junio de 2000, de acuerdo con los argumentos expuestos.*

***QUINTO: ORDENAR** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** a que una vez ingresen los valores de la cuenta de ahorro individual de **MARTHA EMILSEN LÓPEZ MÉNDEZ,** reactive su afiliación al Régimen de Prima Media con Prestación Definida – RPM- y, actualice la información en su historia laboral para garantizar el derecho pensional bajo las normas que regulan tal Régimen, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.*

***SEXTO: DECLARAR NO PROBADAS** las excepciones planteadas por las accionadas, de acuerdo con lo antes indicado.*

***SÉPTIMO: CONDENAR** en costas de esta instancia a **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** y **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.,** a favor de la DEMANDANTE. Por secretaría liquídense e inclúyanse como agencias en derecho la suma de **TRES MILLONES SEISCIENTOS MIL PESOS ($3'600.000.00),** a cargo de cada una**.** Sin costas ni a favor ni en contra de COLPENSIONES.*

OCTAVO: CONCEDER** el Grado Jurisdiccional de CONSULTA a favor de **COLPENSIONES.".

Inconforme con la decisión COLPENSIONES solicitó se revoque la sentencia de primera instancia[1], teniendo en cuenta que la parte demandante guardó silencio

[1] ***Recurso Colpensiones, récord 2:02:51, archivo 15:** "Muchas gracias su Señoría, con el acostumbrado respeto, me permite interponer recurso de apelación en contra de providencia que acaba de proferirse por parte de este despacho para que el honorable Tribunal Superior de Bogotá revoque esta sentencia en su integridad y además de ello, solicito a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, estudié el grado jurisdiccional de consulta en favor de cual Colpensiones respecto de las condenas que la afectan.*

En principio debe tener en cuenta que la parte demandante guardó silencio por más de 21 años hasta la primera reclamación administrativa que realizó respecto de la información que le fue proporcionada en

1995, lo que permite denotar, por parte de ella misma, un abandono respecto de su asunto funcional, tal y como puede verificarse del interrogatorio de parte absuelto y que también lo ha corroborado en el escrito de demanda. Asimismo, lo manifestado por la parte demandante evidencia que tenía la vocación de permanencia en el régimen de ahorro individual, con solidaridad, contando con que, pues desde el año 1995 se afilia por primera vez a la sociedad Protección y desde aquella época hasta hoy realizó varios traslados horizontales, entre la AFP Protección a Colfondos, de acuerdo con ello y pues como lo ha establecido la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 413 2018, con ponencia de la magistrada Clara Cecilia Dueñas, esta alta corporación ha manifestado que por esta misma razón, en casos como el presente donde se discute la materialización del acto jurídico de la afiliación o traslado es relevante tener en cuenta los aportes al sistema, no como un requisito ad substantiam actus de la afiliación, como lo sostuvo el Tribunal, sino como una señal nítida de la voluntad del trabajador cuando existen dudas razonables sobre su genuino deseo de cambiarse de régimen. Desde luego que para la tesis que ahora sostiene la sala, la presencia o no de cotizaciones consistente con el formato de vinculación, no es la única expresión de esa voluntad. Pueden existir otras tales como las solicitudes de información de saldos, actualización de datos, asignación y cambios de claves, por mencionar algunos actos de relacionamiento con la entidad que pueden denotar el compromiso serio de permanecer, pues en este tipo de fondos lo importante es que exista correspondencia entre voluntad y acción, es decir, que la realidad sea un reflejo de lo que aparece firmado de modo tal que no quede duda del deseo del trabajador, que permanecerá en un régimen pensional determinado, por lo que es de tener en cuenta su Señoría que la parte demandante con los múltiples traslados horizontales que realizó dentro del régimen de ahorro individual con solidaridad, realizó comportamientos propios de actos de relacionamiento, por lo que es claro que la parte demandante desea continuar en el régimen al que pertenece, conoce su funcionamiento y se encuentra en disposición de percibir y recibir su asesoría y servicios, aun cuando tuvo la oportunidad de regresar al régimen de prima media administrado hoy por Colpensiones.

De igual manera, se insiste por parte de esta defensa judicial que la parte demandante faltó a su deber de diligencia y cuidado como consumidor financiero, dada la naturaleza del fondo privado en el que se encuentra afiliada, tal y como lo precisa el Decreto 2241 de 2010 en su artículo 4º, por lo que es claro que en la actualidad no debieron recaer responsabilidades únicamente a las aquí demandadas.

De otro lado, debe tenerse en cuenta que, lo que ha indicado la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia en lo que se refiere al cumplimiento del principio de sostenibilidad financiera del régimen del sistema pensional, en donde se precisó que justamente el periodo de carencia planteado por el legislador se hizo con el objeto de evitar la descapitalización que le provocaría al fondo común del régimen de prima media e incluso afectaría las garantías de los afiliados que sí cotizaron a lo largo de su vida laboral para adquirir un beneficio pensional, esto último, en virtud del concepto del principio de equidad consagrado en el artículo 95 de la carta política y eficiencia pensional. Al unísono no puede desconocerse el gran problema que puede generar el traslado indiscriminado de afiliados que, excusándose en presuntas faltas al deber de información de las administradoras de pensiones, pretenden acceder a una prestación en el régimen de prima media con prestación cuando no han guardado fidelidad al sistema, pues se insiste, se debe tener en cuenta el principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional, del cual la Corte Constitucional en sentencia C. 242 de 2009 el magistrado ponente, el magistrado Mauricio González Cuervo indicó: "Las reformas a los regímenes pensionales, en particular, garantizan la sostenibilidad financiera del sistema pensional y la finanza, habilidad de otros potenciales Pensionados, estas finalidades constitucionalmente relevantes obligan a la ponderación entre sacrificios individuales y beneficios al sistema contenido en el artículo 48 de la Constitución Política, adicionado por el acto legislativo 01 de 2005". Ello explica que esta Corte haya puesto de presente que el legislador no ha estado ligado a sostener en el tiempo las expectativas que tienen las personas conforme a las leyes vigentes en un momento determinado, su potestad de configuración legislativa le habilita a modificar los regímenes jurídicos en función de nuevas variables, razones de oportunidad o convivencia y a otros intereses y circunstancias contingentes que deba priorizar para lograr los fines del Estado social de Derecho, desde luego consultando parámetros de Justicia y equidad y con sujeción a criterios de razonabilidad y proporcionalidad. De igual manera, es evidente que se han pasado muchos años en los cuales la parte demandante no contribuyó con el fondo común que financie las pensiones de las personas que han guardado fidelidad al régimen de prima media con prestación definida.

Ello conlleva al detrimento patrimonial que pretende evitar el principio de sostenibilidad financiera, pues basta con rememorar el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 7º de la Ley 797 de 2003, que a su vez incrementó el valor del aporte mediante Decreto 4981 de 2007 al 16% para aporte a pensiones, conforme a lo anterior, se hace evidente que el traslado de régimen pensional del demandante condenado en sentencia de primera instancia, afecta significativamente el sistema financiero del régimen de Prima Media, teniendo en cuenta la variación porcentual de la destinación del aporte en ambos regímenes pensionales y la falta de contribución de la parte demandante al fondo común que financie las pensiones en el régimen de prima media y la carga que generaría en los demás afiliados que soporten un eventual reconocimiento pensional a favor del demandante, quien no ha construido un derecho pensional en el régimen de prima media.

por más de 21 años hasta la primera reclamación administrativa que realizó respecto de la información que le fue proporcionada en 1995, lo que permite denotar, un abandono en este asunto, asimismo, se puede constatar esta situación en el interrogatorio de parte y en el escrito de demanda. Agregó, la demandante manifestó que tenía la vocación de permanencia en el régimen de ahorro individual con solidaridad, pues desde el año 1995 se afilió por primera vez a la sociedad Protección y desde aquella época hasta la fecha realizó varios traslados horizontales entre las AFP, de acuerdo con ello y como lo ha establecido la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL413-2018, con ponencia de la Magistrada Clara Cecilia Dueñas, esta alta corporación ha manifestado que en los casos donde se discute la materialización del acto jurídico de la afiliación o traslado es relevante tener en cuenta los aportes al sistema, no como un requisito *ad substantiam actus* de la afiliación, sino como una señal de la voluntad del trabajador cuando existen dudas razonables sobre su genuino deseo de cambiarse de régimen.

Desde luego, la presencia o no de cotizaciones consistente con el formato de vinculación, no es la única expresión de esa voluntad. pueden existir otras solicitudes de información de saldos, actualización de datos, asignación y cambios de claves, por mencionar algunos actos de relacionamiento con la entidad que pueden denotar el compromiso serio de permanecer, pues en este tipo de fondos lo importante es que exista correspondencia entre voluntad y acción, es decir, que la realidad sea un reflejo de lo que aparece firmado, de modo que, no quede duda del deseo del trabajador de permanecer en un régimen pensional determinado, debiéndose tener en cuenta que la demandante con los múltiples traslados horizontales realizó comportamientos propios de actos de relacionamiento, por lo que es claro que desea continuar en el régimen al que pertenece, al conocer su funcionamiento y se encuentra en disposición de percibir y recibir la asesoría y servicios, aun cuando tuvo la oportunidad de regresar al régimen de prima media administrado por Colpensiones.

Finalmente se reitera a la sala de decisión que, con el traslado de régimen pensional efectuado por la parte demandante, no se ve afectado ningún derecho adquirido, expectativa legítima o beneficio pensional de la parte demandante, pues se tiene que la promotora de la litis, ni siquiera era beneficiaria del régimen de transición, toda vez que al 1º de abril de 1994 ostentaba alrededor de 36 años y no tenía 750 semanas o equivalente a tiempo de servicios, por lo que claramente se ratifica que el traslado de régimen pensional no afectó de ninguna manera y se solicita de manera comedida, se tenga en cuenta igualmente esta particularidad del caso".

De igual manera mencionó, la actora faltó a su deber de diligencia y cuidado como consumidor financiero, dada la naturaleza del fondo privado en el que se encuentra afiliada, tal y como lo precisa el Decreto 2241 de 2010 en su artículo 4º, por lo que es claro que en la actualidad no debieron recaer responsabilidades únicamente sobre las aquí demandadas.

De otro lado, indicó que la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia en lo que se refiere al cumplimiento del principio de sostenibilidad financiera del régimen del sistema pensional, precisó que justamente el periodo de carencia planteado por el legislador se hizo con el objeto de evitar la descapitalización que le provocaría al fondo común del régimen de prima media e incluso afectaría las garantías de los afiliados que sí cotizaron a lo largo de su vida laboral para adquirir un beneficio pensional, esto último, en virtud del concepto del principio de equidad consagrado en el artículo 95 de la carta política y eficiencia pensional. Acorde con ello, expuso, no puede desconocerse el gran problema que genera el traslado indiscriminado de afiliados que, excusándose en presuntas faltas al deber de información de las administradoras de pensiones, pretenden acceder a una prestación en el régimen de prima media con prestación cuando no han guardado fidelidad al sistema, insistió, se debe tener en cuenta el principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional, citado por la Corte Constitucional en sentencia C. 242 de 2009, por medio de la cual expone que el legislador no ha estado ligado a sostener en el tiempo las expectativas que tienen las personas conforme a las leyes vigentes en un momento determinado, su potestad de configuración legislativa le habilita a modificar los regímenes jurídicos en función de nuevas variables, razones de oportunidad o convivencia y a otros intereses y circunstancias contingentes que deba priorizar para lograr los fines del Estado Social de Derecho, desde luego consultando parámetros de justicia y equidad y con sujeción a criterios de razonabilidad y proporcionalidad. De igual manera, la demandante no contribuyó con el fondo común que financie las pensiones de las personas que han guardado fidelidad al régimen de prima media con prestación definida.

En su sentir, ello conlleva al detrimento patrimonial que pretende evitar el principio de sostenibilidad financiera, pues basta con rememorar el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 7º de la Ley 797 de 2003, que a su vez incrementó el valor del aporte mediante Decreto 4981 de 2007 al 16% para aporte a pensiones, conforme a lo anterior, se hace evidente que el traslado de régimen

pensional del demandante condenado en sentencia de primera instancia, afecta significativamente el sistema financiero del régimen de Prima Media, teniendo en cuenta la variación porcentual de la destinación del aporte en ambos regímenes pensionales y la falta de contribución de la demandante al fondo común que financie las pensiones en el régimen de prima media y la carga que generaría en los demás afiliados al soportar un eventual reconocimiento pensional de una perdona que no ha construido un derecho pensional en el régimen de prima media.

Finalmente exteriorizó, con el traslado de régimen pensional efectuado por la parte demandante, no se ve afectado ningún derecho adquirido, expectativa legítima o beneficio pensional, ya que la promotora de la litis, ni siquiera era beneficiaria del régimen de transición, toda vez que al 1º de abril de 1994 ostentaba alrededor de 36 años y no tenía 750 semanas o equivalente a tiempo de servicios, por lo que el traslado de régimen pensional no afectó de ninguna manera a la señora MARTHA LÓPEZ.

Por su parte, COLFONDOS argumentó[2], las administradoras del RAIS para la fecha de afiliación tenían el deber de proporcionar el formulario conforme al

---

[2] ***Recurso Colfondos, récord 1:55:04, archivo 15****: "Señoría, muy respetuosamente en los términos del artículo 65 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, me permito presentar recurso de apelación con el fin de que el Honorable Tribunal revoque la decisión que acaba de proferir conforme a los siguientes argumentos.*

Las administradoras del RAIS para, la fecha de afiliación tenía el deber de proporcionar formulario conforme el artículo 11 del Decreto 692 de 1994. Solo hasta el año 2014, con la Ley 1748 y Decreto del consumidor financiero, se configuraron la obligación de detener de información directa. Para la fecha de afiliación, las administradoras acataban lo estipulado en la Ley 6 y el Decreto 692 de 1994., en consonancia con lo anterior, se entiende que se suministró la información debida por parte de mi representada, como muestra de la voluntad de afiliación que fue convalidada con la rúbrica de la demandante. Ahora bien, en lo relacionado con la condena principal, se solicita que no se ordene a mi representada a retornar al régimen de Prima media con prestación definida los gastos de administración porque se causan y descuentan, no por capricho de las administradoras del RAIS y por ende son exigibles. Ahora haciendo lectura al Decreto 2555 del 2010, estos tienen una destinación específica en exactamente 11 gastos, de los cuales 1 es para garantizar la defensa judicial del fondo, otro es para la compra de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia en virtud de los cuales la actora ha estado amparada por los riesgos de invalidez y muerte hasta la ejecutoria del fallo, es decir, que la contratación y pago de las pólizas previsionales cumplieron y siguen cumpliendo su específica destinación. Los otros 9 son destinados únicamente para realizar las inversiones que hacen los fondos privados y generan los rendimientos que son depositados diariamente en las cuentas de ahorro individual de los afiliados. De modo que, también dichos gastos nunca hacen parte de los fondos de elecciones. En lo relacionado con la orden tendiente a devolver gastos de administración y cuotas de seguro previsional, se solicita de manera comedida al Honorable Tribunal que en lo relacionado con los gastos se tenga en cuenta, en primer lugar, que los mismos corresponden a descuentos originados de manera legal en el artículo 20 de la Ley 100, modificado por el artículo 7 de la Ley 797 del 2003. Igual que los mismos, corresponden al ejercicio acucioso que deben ejercer las administradoras respecto a los aportes que se depositan mensualmente por parte de los afiliados. En ese sentido, se considera pertinente también traer a colación el artículo 100 y 101 de la Ley 100, en donde se conmina a las administradoras privadas a ejercer sus funciones, estableciendo un mínimo de rentabilidad que deben garantizar para cada año según los topes que el Gobierno fije, porque al no generar los rendimientos indicados, es directamente responsable la administradora, completando con su mismo peculio los montos a garantizar. Es por ello que se considera un

artículo 11 del Decreto 692 de 1994, solo hasta el año 2014 con la Ley 1748 y Decreto del Consumidor Financiero, se configuró la obligación de tener información directa para la fecha de afiliación, debiendo las administradoras acatar lo estipulado en la Ley 6 y el Decreto 692 de 1994. En consonancia con lo anterior, se entiende que se suministró la información debida por la AFP, como se muestra de la voluntad de afiliación que fue convalidada con la rúbrica de la demandante.

En lo relacionado con la condena principal, solicitó no se ordene retornar al Régimen de Prima media con Prestación Definida los gastos de administración porque se causan y descuentan, no por capricho de las administradoras del RAIS, pues haciendo lectura del Decreto 2555 del 2010, estos tienen una destinación específica discriminada en 11 conceptos, de los cuales 1 es para garantizar la defensa judicial del fondo, otro es para la compra de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia en virtud de los cuales la actora ha estado amparada por los riesgos de invalidez y muerte hasta la ejecutoria del fallo, es decir, que la contratación y pago de las pólizas previsionales cumplieron y siguen cumpliendo

---

injusto que se ordene la devolución en general de estos emolumentos, pues dentro del término se ejercieron las labores de manera correcta. En este aspecto también se pone en tela de juicio la aplicación de las restituciones mutuas de la manera que se ha venido haciendo, pues la misma debe aprender a generar las consecuencias o efectos del contrato que se devuelve al mismo estado anterior al que se encontró de no haberse celebrado. Sin embargo, esto no se realiza en debida forma, pues se ordena devolver a las administradoras, además de los aportes, los rendimientos financieros, porcentajes destinados a la garantía de pensión mínima y la totalidad de los conceptos que se descuentan dentro de los gastos de administración. No obstante lo anterior, de haber estado cotizando la parte demandante al régimen, primeramente, los rendimientos financieros que hoy se están solicitando su devolución no existiría. En suma, de lo anterior, los artículos 70 y 77 de la Ley 100 de 1993 establece la forma de financiar las pensiones de invalidez y sobrevivientes, para la cual la las AFP debemos contratar un tercero asegurador de buena fe y a través de un contrato autónomo, un acto jurídico independiente para el pago de primas de seguros previsionales. En este sentido, la parte demandante hoy en día está siendo protegida, por lo que precisamente esas primas están cumpliendo su objetivo, el cual es amparar los riesgos de siniestros en caso de invalidez o muerte y en favor de sus beneficiarios, por lo que se considera injusto que se ordene la devolución por este concepto que se está pagando de buena fe bajo un contrato, un acto jurídico válido y que están protegiendo a los afiliados aun hasta el momento anterior en que se encuentre ejecutoriada una sentencia condenatoria. Es necesario indicar que dicha devolución no modifica de manera alguna o perjudica las semanas que se trasladen a Colpensiones, pues estas solo tienen en cuenta el salario y periodo cotizado. Igualmente, se trata de conceptos de tracto sucesivo que se han causado con la periodicidad que impone la ley y por tanto, aquellos que nos reclamaron dentro de los 3 años siguientes a su causación se encuentran prescritos, aplicación indebida de las restituciones mutuas según la sentencia SL 2877 del 2020: "En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte tiene efectos reactivos y en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra, lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que transgredió las prescripciones legales, toda vez que éste no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había lo rompió tal providencia. Ahora, el restablecimiento debe ser pleno o completo si el tipo de obligación contraída, si lo permite y, por tanto, dependiendo de las circunstancias específicas de cada una deben definirse tales restituciones mutuas, ejercicio que en su labor de dispensar justicia debe ser analizada detalladamente por el juez en cada caso particular". Por último, no será posible que, se ordene, señor juez, entonces en el entendido de la sentencia las restituciones en los términos aplicados, esto, porque si no se tiene solución de continuidad en la afiliación al régimen de prima media, deberá existir por parte del Juez de Primera Instancia una medida compensatoria que haga realidad esa afiliación al régimen de Prima media sin solución de continuidad. Es por las razones anteriores, que solicito se modifique la sentencia en lo relacionado con la devolución de gastos de administración, seguros provisionales y la devolución de montos ordenados".

su específica destinación. Las otras 9 destinaciones van dirigidas a realizar las inversiones que hacen los fondos privados y generan los rendimientos que son depositados diariamente en las cuentas de ahorro individual de los afiliados. De modo que, también dichos gastos nunca hacen parte de los fondos.

En lo relacionado con la orden tendiente a devolver gastos de administración y cuotas de seguro previsionales, pidió, se tenga en cuenta, en primer lugar, que los mismos corresponden a descuentos originados de manera legal en el artículo 20 de la Ley 100, modificado por el artículo 7º de la Ley 797 del 2003. Correspondiendo los mismos al ejercicio acucioso que deben ejercer las administradoras respecto a los aportes que se depositan mensualmente por parte de los afiliados. En ese sentido, el artículo 100 y 101 de la Ley 100 de 1993, se conmina a las administradoras privadas a ejercer sus funciones, estableciendo un mínimo de rentabilidad debiendo garantizar para cada año los topes que el Gobierno fije, porque al no generarse los rendimientos indicados, es directamente responsable la administradora, completando con su mismo peculio los montos a garantizar, es por ello que se considera injusto que se ordene la devolución en general de estos emolumentos, pues dentro del término se ejercieron las labores de manera correcta.

En este aspecto también puso en tela de juicio la aplicación de las restituciones mutuas, pues la misma debe aprender a generar las consecuencias o efectos del contrato que se devuelve al estado anterior al que se encontró de no haberse celebrado. Explicó, esta figura no se aplica en debida forma, pues se ordena devolver a las administradoras, además de los aportes, los rendimientos financieros, porcentajes destinados a la garantía de pensión mínima y la totalidad de los conceptos que se descuentan dentro de los gastos de administración, no obstante, de haber cotizado la demandante al régimen, los rendimientos financieros que hoy se está solicitando no existirían. En suma, los artículos 70 y 77 de la Ley 100 de 1993 establece la forma de financiar las pensiones de invalidez y sobrevivientes, para la cual las AFP deben contratar un tercero asegurador de buena fe y a través de un contrato autónomo, un acto jurídico independiente para el pago de primas de seguros previsionales.

En este sentido, la demandante está siendo protegida, por lo que precisamente esas primas están cumpliendo su objetivo, el cual es amparar los riesgos de siniestros en caso de invalidez o muerte y en favor de sus beneficiarios, por lo que

se considera injusto que se ordene la devolución por este concepto que se está pagando de buena fe bajo un contrato, un acto jurídico válido y que están protegiendo a los afiliados aun hasta el momento anterior en que se encuentre ejecutoriada una sentencia condenatoria. Es necesario indicar que dicha devolución no modifica de manera alguna o perjudica las semanas que se trasladen a Colpensiones, pues estas solo tienen en cuenta el salario y periodo cotizado. Igualmente, se trata de conceptos de tracto sucesivo que se han causado con la periodicidad que impone la ley y, por tanto, aquellos que nos reclamaron dentro de los 3 años siguientes a su causación se encuentran prescritos, aplicación indebida de las restituciones mutuas según la sentencia SL 2877 del 2020.

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda (*Páginas 1 y 2, archivo 01 Expediente Digitalizado),* las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (*Páginas 2 a 4, ibidem),* aspirando:

1. Que se declare la ineficacia del traslado y de la afiliación en pensiones de **MARTHA EMILSEN LÓPEZ MÉNDEZ** con la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A**, por cuanto no existió una decisión informada, verdaderamente autónoma y consciente, al no conocer los riesgos del traslado, y las consecuencias negativas que aquel le reportaría.

2. Que se declare que la afiliación de régimen pensional de **MARTHA EMILSEN LÓPEZ MÉNDEZ,** no se dio de manera libre y voluntaria tal como lo exige el literal b del artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

3. Que se declare que la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A** y **PROTECCIÓN PENSIONES Y CESANTÍAS S.A** no informaron a mi mandante sobre los términos del traslado entre regímenes, ventajas, desventajas y riesgos del mismo. De acuerdo a lo contemplado en el literal d) del artículo 60 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 48 de la Ley 1328 de 2009 y lo establecido en el artículo 12 del Decreto 720 de 1994.

4. Que se declare que como consecuencia de la declaratoria de ineficacia del traslado y de afiliación con **COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A**, dicha entidad por ser el actual fondo de pensiones de mi mandante, debe trasladar todos los aportes, junto con sus rendimientos a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES,** actual administradora de pensiones del régimen de prima media con prestación definida.

5. Que se declare que la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, administradora del régimen de prima media con prestación definida, como consecuencia de la declaratoria de ineficacia de traslado y de afiliación al régimen de ahorro individual, debe activar la afiliación de mi mandante

MARTHA EMILSEN LÓPEZ MÉNDEZ, en el régimen de prima media con prestación definida.

6. Se declare que la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES-COLPENSIONES** como consecuencia de la declaratoria de ineficacia de traslado y de afiliación al régimen de ahorro individual, debe aceptar y recibir el traslado de todos los aportes de **MARTHA EMILSEN LÓPEZ MÉNDEZ.**

Consecuente con lo anterior, solicitó:

1. Que como consecuencia de la declaratoria de ineficacia del traslado y de la afiliación de **MARTHA EMILSEN LÓPEZ MÉNDEZ**, con **COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A,** se condene a dicha entidad, por ser el fondo en el que se encuentra afiliado la demandante, a trasladar todos los aportes, junto con sus rendimientos a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, por cuanto la afiliación del régimen de prima media queda nuevamente vigente.

2. Que se condene a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A**, a enviar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, el detalle de traslado de aportes, como consecuencia de la declaratoria de ineficacia traslado y de la afiliación de **MARTHA EMILSEN LÓPEZ MÉNDEZ.**

3. Que se condene a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A**, a enviar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, el traslado de los remanentes de la cuenta de ahorro individual de mi mandante, que aún estén en su poder.

4. Que se condene a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES,** como consecuencia de la declaratoria de ineficacia del traslado y de afiliación al régimen de ahorro individual, a activar la afiliación de mi poderdante, **MARTHA EMILSEN LÓPEZ MÉNDEZ** en el régimen de prima media con prestación definida.

5. Se condene a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, como consecuencia de la declaratoria de ineficacia del traslado y de la afiliación al régimen de ahorro individual, a aceptar y recibir el traslado de todos los aportes de **MARTHA EMILSEN LÓPEZ MÉNDEZ.**

6. Se condene a las demandadas al reconocimiento, liquidación y pago de los demás derechos laborales a que haya lugar, y que resulten probados dentro del proceso, atendiendo los principios ULTRA Y EXTRA PETITA.

7. Condenar a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A, Y A PROTECCIÓN PENSIONES Y CESANTÍAS S.A** a pagar las costas del presente proceso y las agencias en derecho.

Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional que hizo la demandante MARTHA EMILSEN LÓPEZ MÉNDEZ el 11 de marzo de 1995 a través de COLFONDOS S.A. con efectividad a partir del 01 de abril de 1995, se declaró válidamente vinculada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por – COLPENSIONES-, sin solución de continuidad, se condenó a COLFONDOS y PROTECCIÓN a COLFONDOS S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los valores que reposan en la cuenta de ahorro individual de la actora, incluidos sus rendimientos y, con cargo a sus propios recursos, las

comisiones o gastos cobrados por administración, primas de los seguros previsionales de sobrevivencia e invalidez y aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, debidamente indexados, por el lapso en que permaneció afiliada, se ordenó a COLPENSIONES a reactivar la afiliación al Régimen de Prima Media con Prestación Definida – RPM- y, actualizar la información en la historia laboral para garantizar el derecho pensional y se condenó en costas a **COLFONDOS** y **PROTECCIÓN. Lo anterior tras considerar el *a quo*,** 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, precisando no le explicó las consecuencias de su traslado, aunado a que ni tan siquiera aportó el formulario de afiliación como prueba de la información proporcionada.

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

Así las cosas, se tiene como fecha de nacimiento de la demandante el 09 de noviembre de 1958 *(Conforme se registra en la cedula de ciudadanía Página 26, Archivo 01 Expediente Digitalizado),* por lo que la edad de 57 años, los cumplió el mismo día y mes del año 2015, por lo que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es, al 1° de abril de 1994, contaba con 35 años de edad, quedando claro que, **en principio, es beneficiaria del régimen de transición** y, de otra parte, la actora no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 –1º de abril de 1994-, por cuanto para esa data, según las

[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".*

probanzas incorporadas a los autos, apenas había prestado sus servicios para un total de **303,14** (154,14 cotizados al extinto ISS + 148,28 cotizados a CAJANAL según certificado de tiempos laborados -CETIL-) semanas cotizadas[4], 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 marzo de 1995, efectiva el 1º de abril de 1995** (*página 36, archivo 08*), por afiliación que hiciera a COLFONDOS, específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP, **precisándose**, aun cuando no obra el formulario de afiliación a esta AFP se debe indicar, para el tema objeto de debate la presencia del formulario escrito no constituye un requisito *sine qua non* o prueba solemne, pues lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto 694 de 1994 es que se debe informar por escrito al empleador del trabajador la selección

---

4

Página 174, archivo 01 (154,86 semanas):

INFORMACIÓN DEL AFILIADO

Tipo de Documento:	**Cédula de Ciudadanía**	Fecha de Nacimiento:	**09/11/1958**
Número de Documento:	**41779509**	Fecha Afiliación:	**16/10/1980**
Nombre:	**MARTHA EMILSEN LOPEZ MENDEZ**	Correo Electrónico:	**alluvi58@hotmail.com**
Dirección:	**CALLE 23 A # 58-40 INT3 201**	Ubicación:	
Estado Afiliación:	**Trasladado**		

RESUMEN DE SEMANAS COTIZADAS POR EMPLEADOR

En el siguiente reporte encontrará el total de semanas cotizadas a través de cada uno de sus empleadores o de sus propias cotizaciones como trabajador independiente, es decir, las que han sido cotizadas desde enero de 1967 a la fecha. Recuerde que la Historia Laboral representa su vida como trabajador, la que usted ha construido mes a mes y año a año.

[1]Identificación Aportante	[2]Nombre o Razón Social	[3]Desde	[4]Hasta	[5]Último Salario	[6]Semanas	[7]Lic	[8]Sim	[9]Total
1006104899	BRISTOL MYERS SQUIBB	24/02/1984	21/08/1984	$21.420	25,71	0,00	0,00	25,71
1002407984	ALBERTO CUERVO LTDA	20/02/1986	29/04/1988	$25.530	114,29	0,00	0,00	114,29
1008212464	FUNDACION SANTA FE B	21/06/1988	19/08/1988	$39.310	8,57	0,00	0,00	8,57
1008214247	AYUDA TEMPORAL Y ASE	30/12/1993	03/01/1994	$165.180	0,71	0,00	0,00	0,71
1008300812	CAJA DE COMPENS FAMI	18/01/1994	15/02/1994	$211.900	4,14	0,00	0,00	4,14
1008300812	CAJA DE COMPENS FAMI	09/03/1994	18/03/1994	$211.900	1,43	0,00	0,00	1,43
					[10] TOTAL SEMANAS COTIZADAS: 154,86			
					[11] SEMANAS COTIZADAS CON TARIFA DE ALTO RIESGO(INCLUIDAS EN EL CAMPO 10 " "TOTAL SEMANAS COTIZADAS"): 0,00			

Página 169, archivo 01 (148,28 semanas):

PERIODOS CERTIFICADOS

Desde (DD-MM-AAAA)	Hasta (DD-MM-AAAA)	Tipo de Vinculación	Tipo de Empleado	Cargo	Aportes Pensión	Aportes Salud	Aportes Riesgos	Fondo Aporte	Entidad Responsable	Total No. Días Interrupción	Cargo de Alto Riesgo	Tiempo Completo	Horas Semanales Laboradas
27-07-1989	31-05-1992	LABORAL	PÚBLICO	Oficial Mayor	SI	SI	SI	CAJA NACIONAL DE PREVISION CAJANAL	NACION	0	NO	SI	

realizada, en aras de que aquel efectúe las cotizaciones al fondo correspondiente. Lo anterior impone entonces a la AFP COLFONDOS, acreditar el consentimiento informado y en esa medida, resulta procedente el estudio de la viabilidad o no de la declaración de ineficacia.

Así las cosas, parte la Sala por indicar, las entidades encargadas de la administración y dirección de los diferentes regímenes pensionales tienen el deber de garantizar que existió una decisión informada y que ésta fue verdaderamente autónoma, libre, voluntaria y consciente por parte del afiliado; además, tal información debe ser objetivamente verificable, en el entendido de que aquél debe 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 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».*

[5] *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 demandante al fondo demandado COLFONDOS S.A.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

"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

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

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

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen la demandante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la accionante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional y al respecto, para la Sala en manera alguna se encontró acreditado, siquiera de manera sumaria, que se le

---

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.

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

Al punto sea del caso precisar, al absolver el interrogatorio de parte[7] la demandante refirió que en el año 1995 se afilió a Colfondos porque en dicho momento habían asesores de diferentes AFP entregando información sobre la afiliación que tenían que hacer porque el extinto ISS se acabaría, sin que algunos de ellos, le hubiese advertido sobre la transición que la protegía al tener casi 36 años al 1º de abril de 1994, periodos en los que cotizó al extinto ISS y CAJANAL, así mismo, informó que le indicaron de manera general que en caso de fallecimiento la plata no se perdía sino que podía reclamarla un familiar, que se pensionaria con menos edad y tendría mejores ganancias y que los aportes o rendimientos serian mayores en el fondo y no en el ISS, pero de manera alguna le indicaron sobre las modalidades pensionales en el RAIS, requisitos para pensionarse anticipadamente, entre otros aspectos, situación que en manera alguna da a entender que el actora conocía dicho régimen pensional y menos aún, las implicaciones de su traslado.

Conforme tales medios de prueba, y como ya se advirtió, la demandante no contaba con una ilustración suficiente, clara y comprensible que le permitiera conocer las implicaciones de su traslado, olvidando COLFONDOS, ponerle de presente aspectos tan importantes como el requisito para acceder al derecho pensional en ese régimen, las modalidades de pensión y los factores a tener en cuenta para calcular el monto de la mesada pensional, los que de conocerlos, pudieron haber incidido en la decisión tomada por la actora, punto este, que además, es objeto de apelación de Colpensiones.

---

[7] ***Interrogatorio Demandante. récord 24:11, archivo:*** "*En el año 1995 yo me afilié a Colfondos cuando fuimos un grupo que salimos nombrados en una resolución y estaban los fondos dando información que debíamos afiliarnos con ellos, en el año 1995 ya tenía 37 años y estaba afiliada en el ISS y CAJANAL, ellos debieron haberme dicho que no me convenía pero me dieron información que el fondo iba a tener mayor incremento, que me iba a pensionar con menos edad, que en caso de fallecimiento mi plata no se perdía sino que podía reclamarla un familiar, por eso me afilié a Colfondos, estaba el ISS, Porvenir, maso menos recuerdo eso, en Colfondos por la información que me dieron yo había tenido cesantías también, me dijeron que me pensionaria con menos edad y tendría mejores ganancias, solamente me dispuse a escuchar a los asesores, habían 4 o 5, la primera persona que me abordó a esa le firmé, luego solicité el traslado cuando uno se entera de las inconsistencias, yo radique un derecho de petición para el traslado al ISS, me decían que los aportes eran mayores a lo que era el ISS porque el ISS no tenía los mismos rendimientos, luego me di cuenta que uno debía tener un monto de dinero determinado o sino uno se pensiona con un mínimo, yo no me dirige a Colfondos porque de primera mano no actuaron con honestidad informándome que debía quedarme en el ISS, no he ido ni he preguntado cómo quedaría la pensión, me da miedo que me hagan lo de la primera vez, creí que el ISS sí se acabaría por eso me cambié".*

De lo expuesto, no vislumbra la Sala confesión alguna por parte de la demandante de haber recibido información en los términos anteriormente indicados, además, se resalta, el deber de información existe desde la misma creación de las administradoras de fondos de pensiones. Al respecto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y tal como se dejó sentado de manera precedente, ha explicado de forma detallada y reiterada que desde la implementación del Sistema Integral de Seguridad Social en Pensiones y por ende de los fondos privados se estableció en cabeza de éstos el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

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

> ***«1. El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones: Un deber exigible desde su creación***
>
> ***1.1 Primera etapa: Fundación de las AFP. Deber de suministrar información necesaria y transparente.***
> *El sistema general de seguridad social en pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del otorgamiento de diferentes tipos de prestaciones. Con este fin, la Ley 100 de 1993 diseñó un sistema complejo de protección pensional dual, en el cual, bajo las reglas de libre competencia, coexisten dos regímenes: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (AFP).*
>
> *De acuerdo con el literal b) del artículo 13 de la citada ley, los trabajadores tienen la opción de elegir «libre y voluntariamente» aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, previniendo que si esa libertad es obstruida por el empleador, este puede ser objeto de sanciones. Es así como paralelamente el artículo 271 precisa que las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, son susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.*
>
> *Ahora bien, para la Sala la incursión en el sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS y, por tanto, de la prestación de un servicio público esencial, estuvo, desde un principio, sujeto a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba.*
> *...*
> *En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.° del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».*
>
> *De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. No se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica*

del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

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

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

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

Como se ve, ya para el año **1995**, cuando se produjo el traslado de la aquí demandante, la AFP estaba en la obligación de informar a su futura afiliada sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, pero ello en el asunto no ocurrió o, por lo menos, no se acreditó.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada COLFONDOS, omitió en el momento del traslado de régimen (**11 de marzo de 1995 efectivo el 1º de abril de 1995)**, 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, **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 **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

Es menester precisar, no tiene incidencia alguna que la demandante hubiese efectuado traslados entre AFP, 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, situación que por demás no es ni fue objeto de litigio.

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

> *«Precisamente en este punto la Corte advierte que la opositora Old Mutual S.A. sugiere que la afiliación entre regímenes privados es un acto de relacionamiento que implica su voluntad de permanecer al RAIS. Si bien el Tribunal no acudió expresamente a este argumento, lo cierto es que destacó que el afiliado tuvo la oportunidad de trasladarse en el periodo de gracia que estableció la Ley 797 de 2003 para retornar a Colpensiones y no lo hizo, lo que a su juicio ratificaba su voluntad de continuar en el RAIS.*
>
> *Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.*
>
> *De modo que no es dable siquiera sugerir que los posteriores traslados entre administradoras pueden configurar un acto de relacionamiento capaz de ratificar la voluntad de permanencia en ellas, como se infiere de las decisiones de la Sala de Descongestión de esta Corte CSJ SL249-2022 y SL259-2022. Nótese que, conforme la perspectiva explicada, esa voluntad de permanencia en el RAIS es inane dado que no desvirtúa el incumplimiento del deber de información y además ubica la discusión en actuaciones que estarían respaldadas en un acto jurídico ineficaz, esto es, el del traslado inicial.*
>
> *Justamente lo anterior explica que la acción para demandar estos asuntos no sea la de nulidad -como también lo sugieren de forma equivocada aquellas providencias- sino la de ineficacia, en la cual, se reitera, lo relevante es determinar, sin más agregados, si la persona al momento de suscribir el acto de traslado de régimen pensional ha sido debidamente informada sobre las ventajas, desventajas y consecuencias de su traslado y permanencia en el RAIS.*
>
> *Por tanto, nuevamente se enfatiza que este es el precedente vigente y en vigor de la Sala de Casación Laboral de esta Corte, y recoge cualquier otro que le sea contrario, en especial el condensado en aquellas providencias».*

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

> *«De otra parte, hay que resaltar que **los cambios de administradoras de pensiones y la permanencia en el RAIS no contribuyen a esclarecer si la demandante contó con la debida ilustración al momento de trasladarse al RAIS**. De hecho, en sentencias CSJ SL5686-2021*

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

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

En ese orden, la ineficacia del tránsito de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de PROTECCIÓN S.A. como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliada la actora (página 60, archivo 07*)*, del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, gastos de administración, porcentaje destinado al Fondo de Garantía de la pensión mínima y primas del seguro previsional, así como la activación de su afiliación en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, de tal manera se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto.

Sea del caso indicar frente al recurso de apelación de COLFONDOS, respecto al retorno de los conceptos ordenados por el *a quo*, en cuanto a los gastos de administración, rendimientos, primas del seguro previsional 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 demandante vuelve a su estado inicial, es decir, **es como si dichos gastos no se hubiesen generado**, razón por la cual es procedente la remisión de la totalidad de los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual del demandante a Colpensiones, incluyendo las sumas de gastos de administración. Así fue consignado en sentencia de la CSJ Sala Laboral SL 2914 del 22 de julio del 2020, en la que cita la del 8 septiembre 2008, radicado 31989, donde se dijo:

> *«Las consecuencias de la nulidad de la vinculación respecto a las prestaciones acaecidas no es plenamente retroactiva como lo determina la normatividad del derecho privado, la que no tienen cabida enteramente en el derecho social, de manera que a diferencia de propender por el retorno al estado original, al momento en que se formalizó el acto anulado, mediante la restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubieren dado o recibido, ha de valer*

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

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

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

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

Por otro lado y en punto a la apelación de COLPENSIONES, téngase en cuenta en autos no tiene relevancia la financiación del sistema o que la convocante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues no se está avalando el traslado de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva retornar al régimen de prima media con prestación definida, todos los

saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual de la demandante.

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

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES[8] *(Página 28, archivo 07 expediente digital),* entidad ésta última a favor de quien se surte la consulta*,* basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL-1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por la encartada, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

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

SIN COSTAS en esta instancia.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: ADICIONAR los numerales **TERCERO** y **CUARTO** del fallo de primer grado, para **DISPONER** que, al momento del cumplimiento de la presente

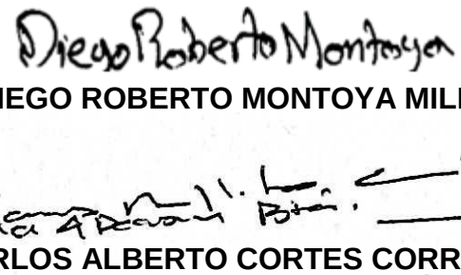
[8] Se tuvo por contestada la reforma a la demanda en auto del 24 de enero de 2023, archivo 10 expediente digital.

sentencia, los referidos conceptos aparezcan discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

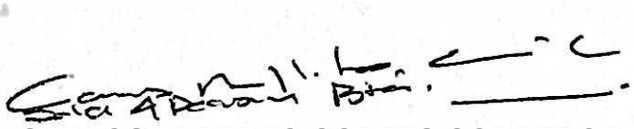
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado de primer grado, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

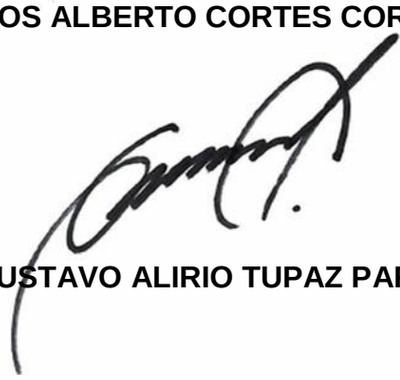
NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN



CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR ÓSCAR DARIO MUÑOZ CÁRDENAS CONTRA CONSTRUCTORA CAMACON S.A.S. (Rad. 31 2021 00582 01)

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

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

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la apoderada del demandante, contra la sentencia proferida por la Juez 31 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 31 de mayo de 2023 (*Audiencia Virtual de trámite y juzgamiento, 36GrabacionAudienciaFallo, récord: 41:36*), en la que se resolvió:

> *"**PRIMERO: DECLARAR** la existencia de tres contratos de trabajo entre ÓSCAR DARIO MUÑOZ CARDENAS, en calidad de trabajador, y CONSTRUCTORA CAMACON S.A.S., en calidad de empleador. El primer contrato, por el periodo comprendido entre el 01 de agosto del año 2011 al 31 de diciembre del año 2012; el segundo, por el periodo comprendido entre el 2 de enero del año 2013 al 25 de julio del año 2018; el tercero, del 26 de julio del año 2018 al 25 de agosto del año 2019.*
>
> ***SEGUNDO: CONDENAR** a la demandada CONSTRUCTORA CAMACON S.A.S. a reconocer y pagar al demandante la suma de 6'350.000 correspondientes a la indemnización por despido sin justa causa.*
>
> ***TERCERO: CONDENAR** a la demandada al pago de costas y agencias en derecho en cuantía de medio salario mínimo legal mensual vigente.*
>
> ***CUARTO: ABSOLVER** de las demás pretensiones incoadas por el demandante a la parte demandada.".*

La apoderada del demandante interpuso recurso de apelación manifestando, desde un principio se le exigió a la sociedad demandada que aportará las

planillas de ingreso y egreso de las volquetas para saber exactamente a qué hora entraban y salían y de esa manera comprobar las horas extras, así como probar el trabajo en festivos y dominicales y eso nunca se hizo, en su sentir, se está desconociendo este hecho (archivo 36, récord 42:50).[1]

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante, las pretensiones visibles a páginas 4 a 5 del archivo 05, las cuales se fundan en los hechos relatados a páginas 2 a 4, ibidem, aspirando:

> 1. Declarar que entre el señor OSCAR DARIO MUÑOZ CARDENAS y la empresa CONSTRUCTORA CAMACON S. A. S. existió contrato de trabajo a término indefinido por OCHO (8) años, UN (1) mes y CUATRO (4) días, exactamente, desde el día 22 de julio de 2011 hasta el 26 de agosto de 2019.
>
> 2. Que como consecuencia de los hechos mencionados en la presente demanda y del numeral anterior, se sirva el señor Juez condenar la empleadora a reconocer, liquidar y pagar las siguientes sumas de dinero, con base en el salario devengado, es decir, la suma de UN MILLON TRESCIENTOS SESENTA Y SIETE MIL TREINTA Y DOS PESOS ($1.367.032) MENSUALES por los conceptos que relaciono a continuación:
>
> A. Por CESANTÍAS correspondientes a todo el tiempo de la relación laboral, (desde el día 22 de julio de 2011 hasta el 26 de agosto de 2019) la suma de ONCE MILLLONES SESENTA Y CINCO MIL TRESCIENTOS SESENTA Y CINCO PESOS ($11.065.365). Descontando lo abonado por este concepto mediante liquidación de prestaciones sociales realizada por CAMACON S.A.S.
>
> B. Por INTERESES A LAS CESANTÍAS relacionadas con el mismo tiempo del literal A, la suma de UN MILLON DOSCIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MIL OCHOCIENTOS CUARENTA PESOS ($1.259.840). Descontando lo abonado por este concepto mediante liquidación de prestaciones sociales realizada por CAMACON S.A.S.
>
> C. Por PRIMA DE SERVICIOS, correspondientes a todo el tiempo de la relación laboral, (desde el día 22 de julio de 2011 hasta el 26 de agosto de 2019) la suma de DIEZ MILLLONES DOSCIENTOS SETENTA Y NUEVE MIL NOVECIENTOS CUARENTA Y CUATRO PESOS ($10.279.944). Descontando lo abonado por este concepto mediante liquidación de prestaciones sociales realizada por CAMACON S.A.S.

[1] ***Recurso Demandante, récord 42:50, archivo 36:*** *"Sí, doctora, interpongo recurso de apelación, toda vez que desde un principio se le exigió a la demandada que aportará las planillas de ingreso y egreso de las volquetas para saber exactamente a qué hora entraban y salían y de esa manera comprobar las horas extra, comprobar el trabajo en festivos y dominicales y eso nunca se hizo, pues se está desconociendo y en eso no estoy de acuerdo con el resto de la sentencia, pero en cuanto a las horas extras, festivos y dominicales, la demandada debió aportar ese documento y nunca lo hizo. Por eso interpongo apelación".*

D. Por VACACIONES correspondiente a todo el tiempo de la relación laboral, manifestada en el literal A la suma de CINCO MILLONES CIENTO TREINTA Y NUEVE MIL NOVECIENTOS SETENTA Y DOS PESOS ($5.139.972). Descontando lo abonado por este concepto mediante liquidación de prestaciones sociales realizada por CAMACON S.A.S.

E. Por concepto de indemnización por falta de pago de la liquidación de prestaciones sociales, tal como lo establece el artículo 65 Inciso 1o. del C. S. del T. a razón de un día de salario por cada día de retraso en dicho pago, desde el 27 de agosto de 2019 hasta el día en que se haga el pago total y efectivo de las prestaciones sociales debidas al señor OSCAR DARIO MUÑOZ CARDENAS, (para el momento de presentación de esta demanda,(Noviembre 24 de 2021) la cantidad de OCHOCIENTOS CATORCE DIAS la suma de TREINTA Y CINCO MILLONES TRESCIENTOS SETENTA MIL CUATROCIENTOS DIEZ Y SEIS PESOS ($35.370.416).

F. Por concepto de Horas Extras, trabajo en dominicales y festivos, la suma que resulte probada, puesto que mi representado no tiene una cantidad exacta de horas, pero sabe que trabajó de 0cho a diez horas diarias adicionales al horario legal.

H. Por los demás derechos que resulten probados por las facultades extra y ultra petita, la suma que corresponda.

3. Por el valor de las costas del proceso incluidas agencias en derecho.

Obteniendo sentencia de primer grado parcialmente favorable a sus aspiraciones por cuanto se declaró la existencia de tres contratos de trabajo celebrados por el señor ÓSCAR DARIO MUÑOZ CARDENAS, en calidad de trabajador y la CONSTRUCTORA CAMACON S.A.S., en calidad de empleador. El primer contrato, por el periodo comprendido entre el 01 de agosto del año 2011 al 31 de diciembre del año 2012; el segundo, por el periodo comprendido entre el 2 de enero del año 2013 al 25 de julio del año 2018; el tercero, del 26 de julio del año 2018 al 25 de agosto del año 2019. Consecuente con ello, se condenó, a la demandada CONSTRUCTORA CAMACON S.A.S. a reconocer y pagar al demandante la suma de 6’350.000 correspondientes a la indemnización por despido sin justa causa y costas del proceso y se absolvió frente a las demás súplicas. **Lo anterior tras considerar la *a quo***, que se allegaron liquidaciones en la que se registra el pago de prestaciones sociales y vacaciones por todos los periodos laborados, no existiendo duda de que el actor sostuvo 3 contratos fijos con la demandada sin que pueda mutar a indefinido como lo pretende el actor. Contrario a ello, determinó que el último contrato sostenido no fue preavisado como lo exige la norma al no respetarse los 30 días calendario, pues la empresa tan solo 2 días antes de la expiración del contrato pretendió notificar al actor la decisión de no continuar la relación laboral siendo este escrito ineficaz, yendo en contravía del Estatuto Laboral.

Por otra parte, al analizar lo atinente a las horas extras citó el contenido de la sentencia CSJ SL 022 de 2022, argumentando que, en este caso, no existe

medio probatorio alguno que permita determinar el trabajo suplementario alegado por el actor para extraer el número probable de horas extras laboradas. Puntualmente indicó, que en la demanda no se relacionó de manera detallada el horario que ejecutaba el actor, advirtiendo, que le correspondía la carga probatoria de actuar en tal sentido, no obstante, analizó los medios probatorios recaudados haciendo la misma inferencia.

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

Bajo tal entendido, para esta Corporación, la existencia del contrato de trabajo entre el demandante y la sociedad CONSTRUCTORA CAMACON S.A.S. no está en discusión, siendo el único aspecto en esta alzada, determinar la procedencia de la inclusión de las horas extras o trabajo suplementario, así como trabajo dominical y festivo, para efectos de liquidar las prestaciones causadas en vigencia de su contrato de trabajo.

En tal sentido, debe anotarse, el trabajo extra o suplementario corresponde a aquellas horas laboradas por el trabajador, adicionales a la jornada ordinaria pactada entre las partes, o en su defecto la establecida en el artículo 161 del C.S.T., el cual se remunera en los términos del capítulo III del C.S.T (artículo 168 y s.s.).

Es importante apuntar, la ley no le permite al juzgador hacer cálculos ni conjeturas para establecer un número probable de horas que puedan considerarse laboradas por el trabajador, siendo deber de este último basar su solicitud en evidencias precisas y unívocas que den cuenta el tiempo efectivamente prestado al servicio del empleador. En otros términos, el trabajo suplementario debe acreditarse en forma clara, concreta e incuestionable, por cuanto se trata de demostrar la existencia de hechos que comprometen minuciosidad en la información, por lo tanto, su reconocimiento se halla condicionado a la probanza de los supuestos de hecho aducidos, pues el sentenciador no puede hacer suposiciones sobre ese aspecto ya que esa decisión implicaría la posibilidad de imponer una injustificada carga salarial y prestacional que supere el trabajo real y efectivo realizado por el empleado.

Así lo ha dicho reiterativamente el órgano de cierre de esta jurisdicción, por ejemplo, en la sentencia SL 3407 de 2018. Igualmente, sobre este tópico en sentencia SL1269 de 2019, dijo la Corte:

> *"Efectivamente, tiene adoctrinado esta Corporación que las comprobaciones sobre el trabajo más allá de la jornada diurna ordinaria, demandan de quien lo reclama, el despliegue de una actividad tendiente a demostrar con claridad y precisión que estas se realizaron, razón por la que no puede el juzgador hacer cálculos o suposiciones, para determinar el número probable de las que se estimen trabajadas.*
>
> *En este sentido se razonó en la sentencia CSJ SL3009-2017:*
>
> *No se indicó en la demanda ni se demostró en verdad, qué días efectiva y realmente trabajó el actor al servicio de la empresa demandada, ni los horarios efectivamente trabajados, razón por la que no es posible acceder a la pretensión del pago de tiempo de trabajo suplementario y complementario, recargos nocturnos, máxime que como lo tiene adoctrinado la jurisprudencia, no es dable suponer el número de horas extras o nocturnas laboradas, sino que requiere que estén debidamente invocadas y acreditadas, conceptos de los cuales se absolverá a la demandada."*

En igual sentido, en sentencia de la Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral- SL2164-2020, radicación No. 68686, se expuso:

> *"Además, después de referirse a las diferentes situaciones fácticas que podrían presentarse frente a la regulación convencional, no encontró posible precisar los días exactos del periodo en que se causaron las horas extras, ni a cuantos días correspondían, ni si le fueron pagados compensatorios por dominicales y festivos, y de estos, cuáles fueron laborados en la jornada diurna o en nocturna, por lo que, no pudo determinar la fórmula que se utilizó para calcular el trabajo suplementario, lo que se traduce en que el censor no cumplió con la carga de demostrar que el pago por dichos conceptos, no hubiera sido acorde con las normas'. (…).*
>
> *De tal manera que en ningún error incurrió el juez de apelaciones, porque, se tiene dicho en forma reiterada que la prueba que eventualmente da derecho al respectivo pago del recargo por horas suplementarias es aquella que ofrezca verdadera certeza de estas, motivo por el cual,*
>
> > ***[…] para que el juez produzca condena por horas extras, dominicales o festivos las comprobaciones sobre el trabajo más allá de la jornada ordinaria han de analizarse de tal manera que en el ánimo del juzgador no quede duda alguna acerca de su ocurrencia, es decir, que la prueba sobre la que recae, tiene que ser de una definitiva claridad y precisión, que no le permita al juzgador hacer cálculos o suposiciones acomodaticias para determinar el número probable de las que se estimen trabajadas. (CSJ SL38382, 25 may. 2010)".*** *(Negrilla de la Sala).*

Atendiendo tales supuestos, aunque el demandante afirma haber laborado horas extras diurnas, nocturnas, dominicales y festivas, lo cierto es que ello no luce demostrado pues no existe si quiera un medio probatorio que permita soportar la versión vertida por el demandante, es más no existe una relación de viajes que hubiese efectuado el actor en el último contrato de trabajo que es el que aquí se estudia y, que en todo caso, no dan cuenta de las horas

efectivamente laboradas por el conductor, al punto del recurso, nótese, que el extremo activo no tiene certeza de las horas extras laboradas, pues procura le sean entregadas las planillas de entrada y salida para verificar qué días u horas se pueden imputar como trabajo suplementario, no siendo de recibo que en este escenario se haga dicha investigación o desplieguen dichos actos sin tener una seguridad jurídica de lo que se pide, pues al redactarse la demanda y por supuesto las pretensiones deben enlistarse lo que se pretende, concretamente, indicando los días y horas que no le fueron pagados al actor y sin que se pueda hacer conjeturas al respecto en acatamiento a lo ordenado por la alta Corte.

A más de lo anterior, advierte la Sala, de las declaraciones recaudadas no se extrae ninguna situación clara frente a las horas extras que pudo haber laborado el actor, veamos:

En el interrogatorio de parte absuelto por el Representante Legal de la demandada (récord: 21:45), éste manifestó: “la empresa suscribió contratos fijos a término fijo el cual se prorrogó hasta el 2018 hasta el 25 de julio y luego se firmó otro hasta el 25 de agosto de 2019, como terminaba el contrato se liquidaba anualmente, esa es la política de la empresa, se hicieron varias liquidaciones en el contrato, luego del 2019 a 2019 fue una sola liquidación, se volvió a contratar en el 2018 a término fijo y se habló con él, todos los vehículos tiene GPS y rastreo satelital, ellos llevaban registro planillas de los viajes que hacían, de los que gastaban, todo lo que laboró se le pagó, se le liquidó de manera correspondiente, se le entregaron los documentos que él pidió, el contrato se terminó porque era fijo, lo que se hizo fue terminar el contrato “.

En el Interrogatorio recepcionado al demandante (récord 00:08:47), exteriorizó: “Soy Conductor, llevo 3 años en la empresa Volquetas de Colombia, yo era empleado de allá, eso fue del 2009 al 2019, manejaba una volqueta sencilla y luego doble troque, el horario era relativo, yo manejaba a veces a las 3 o 4 am, sin hora de saluda especifica, transportaba materiales para construcción y escombros, recibía el salario de $580.000 y luego $1.220.000, el doble troque la cogí en el 2013, los materiales de construcción se recogían en las obras, me contrató el señor Castro como persona natural, pero trabajé con Camacon, dejé de prestar los servicios porque me echaron, no sé porque me sacaron, me descontaban de nómina los aportes a seguridad social, la empresa nos aseguró directamente allá, me pagaron primas,

cesantías, intereses, el salario lo consignaban, todo en el BBVA y luego Bancolombia, suscribí 3 contratos con la empresa".

El testigo **JOHN ALEJANDRO JIMÉNEZ** (récord 00:40:39), expuso: "Soy conductor de volqueta, trabajé con el demandante desde 1999 hasta 2019 sino que me retiré y volví varias veces, yo duré trabajando con él hasta el 2013 hasta que fue CAMACOL, yo volví en el 2016, le pagaban $1.250.000 mensual cuando empezamos a manejar, antes era sobre el mínimo, la jornada de trabajo era un horario de 7 am a 5 pm. pero no era ese horario ya que debíamos llegar al parqueadero antes, una sola volqueta tenía un solo conductor, los recorridos eran de las obras a los botaderos, la sobras civiles como Chapinero y Bosa, no me acuerdo los nombres bien, empezábamos a las 6 am a las 7 am se podía entrara hasta las 5 pm, luego no podíamos entrar las volquetas, los recorridos eran de las canteras, teníamos que hacer fila a las 4 am, la cantera empezaba las 6 am a despachar, la entrega de materiales es hasta las 5 pm, si llegábamos después no podíamos entregar, le pasaron la carta de renuncia, lo sacaron de CAMACOL, no teníamos horarios para guardar los carros, eso era como 6:30 o 7 pm, que yo sepa no le pagaron horas extras".

Por su parte, el señor **JAIME CORREA** (récord 54:20), relató: "Soy operador, trabajo desde el 2011 a la fecha en la demandada, soy operador de retro excavadora, conozco a Oscar porque fue compañero de trabajo, comenzó con una volqueta y luego doble troque no sé fechas, no sé remuneración, cuando empezábamos tocaba sacar escombro, los materiales eran de las canteras u otras partes, eso dependía, los horarios los ponían ellos, el horario era de 7 am a 5 pero a veces por ganar tiempo llegaban más temprano o algo así, no sé hasta qué hora recibían escombros, no sé los motivos del por qué dejó de prestar servicios, yo gano $1.980.000 hace como 4 o 5 años, me han subido, los aportes me cotizan con el mínimo, la empresa me ha pasado las prestaciones sociales, como le dije hay muchos compañeros que si les han pagado, no sé en el caso del demandante".

YEISON RODRÍGUEZ RAMOS (récord: 1:03:42), manifestó: "Soy operador desde el 2013, conozco al demandante porque trabajó en la empresa, los proyectos eran en Kennedy, él era operador de una volqueta, transportaba material de excavación, recebo o lo que se necesitara, en este caso debía excavar, trabajamos en Bosa, en la Franja, en Castilla, el horario no sé cuál era. pero los operadores son de 7 am a 5 pm, no sé por qué dejó de prestar los servicios, no sé el salario, yo gano de acuerdo lo que trabajé con mi salario

mensual $1.515.0000, los aportes son sobre el sueldo, si he trabajador horas extras y a la fecha me han cancelado, no he tenido inconformidad alguna, me han pagado, no sé la hora de ingreso del demandante".

Finalmente, el señor **LEON GINO VARGAS VARGAS** (récord: 1:11:47), dijo: "Soy conductor de volqueta en Fontibón, en Cortes Cañón, trabajé en la demandada del 2015 al 2018, conozco a Oscar, fuimos compañeros, él era conductor de doble troque, el horario era de 6 am y no teníamos horario de salida, yo era conductor de volqueta sencilla, para un solo carro era una sola persona, Oscar ganaba solo el smmlv, no le pagaban horas extras, él se fue porque lo despidieron injustamente, a mí también me terminaron el contrato, yo ganaba lo mismo, no nos pagaron horas extras, para nada".

De lo anterior, es claro que ningún deponente admitió que el señor OSCAR DARIO MUÑOZ CÁRDENAS, laborar horas extras, pues los testigos fueron enfáticos en advertir que el demandante prestaba sus servicios en la ciudad de Bogotá y que la hora de entrada era a las 6 am y salida a las 5 pm, que si los conductores llegaban antes eran para ganar tiempo y poder recoger, la mercancía, nótese, ningún declarante indicó con exactitud fechas y horas claras, no obstante ello, también debe advertir la Sala que es necesario que el empleador **autorice** la causación de trabajo suplementario y ello tampoco fue probado en esta litis. Además, en este caso, como el demandante ejercía sus funciones en la misma ciudad, en sectores de Bosa, Castilla, Fontibón, entre otros, debió indicar las obras para las que trabajó con exactitud y las que no le fueron reconocidas.

En lo que toca específicamente a la carga de la prueba en cabeza del trabajador demandante,[2] suficiente es indicar que no es reprochable de manera alguna el fundamento jurídico de la juez a quo, por cuanto se trata del criterio expuesto por el máximo órgano de la jurisdicción ordinaria, sin que acoger dicho criterio de Casación Laboral sobre el tema, implique tornar el proveído en carente de razonabilidad, pues precisamente soportar la decisión en criterio reiterado apunta al respeto por la seguridad jurídica en esta temática, constituyendo doctrina probable, siendo ello plausible.
Conforme lo analizado, claro resulta que el actor no cumplió con su carga probatoria, pues se itera, en autos ni siquiera pudo acreditarse la efectiva

[2] *"Es necesario demostrar la real y efectiva prestación del servicio de horas extras o nocturnas para que proceda su reconocimiento. Igualmente, para que el juez pueda reconocer las horas o el trabajo suplementario, las pruebas deben tener una precisión y claridad tal que no dejen duda alguna acerca de su ocurrencia, sin necesidad de hacer cálculos o suposiciones acomodaticias para determinar su número probable. ". CSJ SL 1361-2023.*

causación de horas extras y trabajo suplementario, **o que hubiesen sido autorizadas por el empleador,** falencia probatoria con entidad suficiente para truncar el éxito de las aspiraciones de la parte actora, precisando que en los términos del artículo 167 del C.G.P., es carga de quien alega un hecho acreditar sus afirmaciones y en el caso sub-lite, quien tiene interés jurídico en que resulten probadas sus afirmaciones es quien promueve la acción, el cual quedó expuesto a lo que Carnelutti llama "EL RIESGO DE FALTA DE LA PRUEBA".

Tal deficiencia probatoria, impide acceder a lo pretendido e impone la confirmación de la decisión de primer grado en lo que a esto atañe.

Agotada como se encuentra la competencia de esta instancia por el estudio de los puntos objeto de apelación, lo que sigue es confirmación del fallo de primer grado, atendiendo las disquisiciones hechas por esta Corporación.

COSTAS en esta instancia a cargo del demandante.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado (31) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo del demandante.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,

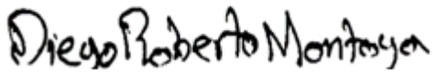
Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

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



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

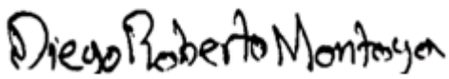
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR ROSALBA GONZÁLEZ VEGA CONTRA COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. (RAD. 32 2021 00322 01).

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

AUTO

Se reconoce personería adjetiva al abogado **LUIS EDUARDO CALDERON PASTRANA**, como apoderado de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A**, en los términos y para los efectos del poder conferido en la escritura No. 1281, como abogado adscrito a la sociedad **GODOY CORDOBA ABOGADOS S.A.S.**



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

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

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de desatar los recursos de apelación interpuestos por PORVENIR y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de ésta última, contra la sentencia proferida por el Juez 32 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 16 de junio de 2023 (*22ActaAudienciaTramiteJuzgamiento, récord 1:18:11*), en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO. - DECLARAR NO PROBADAS*** *las excepciones formuladas por las demandadas, conforme las consideraciones expuestas.*

***SEGUNDO. - DECLARAR** la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuado por la demandante ROSALBA GONZÁLEZ VEGA a través de PORVENIR S.A., de fecha 31 de agosto de 2005, así como su posterior traslado entre administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.*

***TERCERO**. - Como consecuencia de lo anterior, **CONDENAR** a la demandada PORVENIR S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES las sumas deducidas por concepto de primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que la DEMANDANTE estuvo afiliada a dicha sociedad, valores que deberán ser indexados y asumidos por PORVENIR S.A. con cargo a sus propios recursos.*

***CUARTO. - CONDENAR** a la demandada PROTECCIÓN S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES la totalidad de los recursos que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, lo que incluye los aportes efectuados junto con sus rendimientos. Así mismo deberá trasladar las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que la DEMANDANTE ha estado afiliada a dicha sociedad, valores que deberán ser indexados y asumidos por PROTECCIÓN S.A. con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer debidamente discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, Ingreso Base de Cotización, aportes y demás información relevante que los justifiquen.*

***QUINTO. - ORDENAR** a la demandada COLPENSIONES a recibir a la demandante ROSALBA GONZÁLEZ VEGA como afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sin solución de continuidad, y en las mismas condiciones en que se encontraba afiliada al momento del traslado de régimen que se declara ineficaz.*

***SEXTO. - CONDENAR** en costas a la demandada PORVENIR S.A. y a favor de la demandante, tásense por secretaría incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a dos (02) smmlv. Sin costas respecto de COLPENSIONES y PROTECCIÓN 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 de PORVENIR y COLPENSIONES la apelaron.

COLPENSIONES manifestó[1], se debe tener en cuenta que el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, determinó la posibilidad que el afiliado se traslade de régimen una

[1] ***Recurso Colpensiones (récord, 1:25:35):** "Gracias su señoría, encontrándome dentro de la oportunidad procesal pertinente, me permito interponer recurso de apelación ante el honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial, Sala Laboral, con el fin de que revoque en su integridad, la sentencia proferida por este juzgador de instancia, teniendo en cuenta las siguientes consideraciones.*

Le solicito al honorable tribunal, tenga en cuenta que el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, determinó la posibilidad que el afiliado se traslade de régimen una vez cada 5 años contados a partir de la selección inicial, sin embargo, por razones financieras y estabilidad del sistema pensional, esta misma norma limitó ese derecho cuando el afiliado le faltaren 10 años o menos para alcanzar la pensión, salvo aquellos afiliados que tuviesen 15 años cotizados a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, para quienes se conservó el derecho de regresar el régimen de prima media en cualquier momento, es decir, para aquellos afiliados beneficiarios del régimen de transición, esta limitación se justifica a las adiciones efectuadas mediante el Acto Legislativo 01 de 2005 al artículo 48 de la Constitución Política, y, por lo tanto, debe señalarse que todas las actuaciones de Colpensiones, deben estar encaminadas siempre al cumplimiento del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema y de las disposiciones legales instauradas con la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003 y el Acto Legislativo 01 de 2005, que buscan proteger tal principio, por lo anterior, se tiene que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición para proceder su traslado en cualquier tiempo, como lo señala la corte constitucional en sentencia. C- 789 de

vez cada 5 años contados a partir de la selección inicial, sin embargo, por razones financieras y estabilidad del sistema pensional, esta norma limitó ese derecho cuando el afiliado le faltaren 10 años o menos para alcanzar la pensión, salvo aquellos afiliados que tuviesen 15 años cotizados a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, para quienes se conservó el derecho de regresar el régimen de prima media en cualquier momento, es decir, para aquellos afiliados beneficiarios del régimen de transición, esta limitación se justifica a las adiciones efectuadas mediante el Acto Legislativo 01 de 2005 al artículo 48 de la Constitución Política, y, por lo tanto, debe señalarse que todas las actuaciones de Colpensiones, deben estar encaminadas siempre al cumplimiento del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema y de las disposiciones legales instauradas con la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003 y el Acto Legislativo 01 de 2005, que buscan proteger tal principio, por lo anterior, la demandante no es beneficiaria del régimen de transición para proceder su traslado en cualquier tiempo, como lo señala la corte constitucional en sentencia. C- 789 de 2012, 1024 de 2004, SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013 al indicar que la única

---

2012, 1024 de 2004, SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013 al indicar que la única condición prevista la cual exige límite de tiempo a efecto de solicitar el traslado es que la afiliada acredite ser beneficiaria del régimen de transición. al haber efectuado cotizaciones por 15 años con anterioridad al 1º de abril de 1994, situación que en el presente caso no se da como quiera que para la entrada en vigencia de la Ley 100 la demandante contaba con un aproximado de 53 semanas, por lo que no es procedente el traslado en cualquier tiempo, de conformidad con la jurisprudencia antes citada.

Por lo anterior, se tiene entonces que la demandante elevó solicitud de traslado al régimen de prima media administrado por Colpensiones hasta el 29 de abril de 2021 y al verificar su cédula de ciudadanía se obtiene que para aquella data contaba con 56 años de edad y al no contar con 15 años de cotizaciones al 1ºde abril de 1994, no quedaría otra alternativa, sino la de concluir que la demandante se encuentra inmersa dentro de la provisión legal de traslado y por ende resultaría a todas luces improcedente por parte de mi defendida, tener como afiliada a la demandante del régimen de prima media, salvaguardando el principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema.

En igual sentido, Honorables Magistrados le solicito se tenga en cuenta lo dispuesto por la Corte Constitucional en sentencia SU-062 de 2010, en relación al estudio de rentabilidad, por medio del cua1 se estableció que el cálculo de rentabilidad es una operación tendiente a determinar si el afiliado que decida trasladarse del régimen de ahorro individual al régimen de prima media y que le falte al menos de 10 años para pensionarse, cumple con el requisito de ahorro realizado, el primero no debe ser inferior al monto total del aporte legal correspondiente en caso de que hubiese permanecido en el régimen de prima media y así poder establecer si procede o no el traslado, medida que se adopta en aras de proteger la sostenibilidad del sistema, principio contemplado en el artículo 48 de la Constitución Política.

Por último, Honorables Magistrados, es de tener en cuenta el principio de relatividad jurídica, toda vez que con pensiones es un tercero en un acto jurídico celebrado entre la demandante y los fondos privados y estos actos jurídicos tienen efectos Inter partes, por lo cual independiente de la decisión adoptada, mi representada no puede verse ni favorecida ni perjudicada. Conforme lo anteriormente expuesto, le ruego al Honorable Tribunal revocar la sentencia proferida y esta forma de sustentó el recurso. muchas gracias su señoría.".

condición prevista la cual exige límite de tiempo a efecto de solicitar el traslado es que la afiliada acredite ser beneficiaria del régimen de transición al haber efectuado cotizaciones por 15 años con anterioridad al 1º de abril de 1994, situación que en el presente caso no se da como quiera que para la entrada en vigencia de la Ley 100 la demandante contaba con un aproximado de 53 semanas, por lo que no es procedente el traslado en cualquier tiempo, de conformidad con la jurisprudencia antes citada.

Igualmente, narró, la demandante elevó solicitud de traslado al régimen de prima media administrado por Colpensiones hasta el 29 de abril de 2021 y al verificar su cédula de ciudadanía se obtiene que para aquella data contaba con 56 años de edad y al no contar con 15 años de cotizaciones al 1ºde abril de 1994, no quedaría otra alternativa, sino la de concluir que la demandante se encuentra inmersa dentro de la prohibición legal de traslado y por ende resultaría a todas luces improcedente tenerla como afiliada del régimen de prima media, salvaguardando el principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema.

Solicitó se tenga en cuenta lo dispuesto por la Corte Constitucional en sentencia SU-062 de 2010 en relación al estudio de rentabilidad, por medio del cual se estableció que el cálculo de rentabilidad es una operación tendiente a determinar si el afiliado que decida trasladarse del régimen de ahorro individual al régimen de prima media y que le falte al menos de 10 años para pensionarse, cumple con el requisito de ahorro realizado, el primero no debe ser inferior al monto total del aporte legal correspondiente en caso de que hubiese permanecido en el régimen de prima media y así poder establecer si procede o no el traslado, medida que se adopta en aras de proteger la sostenibilidad del sistema, principio contemplado en el artículo 48 de la Constitución Política.

Aunado a lo anterior, se remitió al principio de relatividad jurídica, alegando, Colpensiones es un tercero en un acto jurídico celebrado entre la demandante y los fondos privados y estos actos jurídicos tienen efectos Inter partes, por lo cual independiente de la decisión adoptada, no puede verse ni favorecida ni perjudicada.

Por su parte, la demandada PORVENIR, adujo[2], existe una línea jurisprudencial sobre la ineficacia de los actos de traslado imputables a la falta del deber de información, sin embargo, la misma Corte, ha sido suficientemente clara, expresa y reiterativa en mencionar que esa línea jurisprudencial solo se aplica de manera diferenciada según los supuestos fácticos, de los que se exige, y esta es una

[2] ***Recurso Porvenir (récord, 1:21:07):*** *"Gracias su Señoría, respetuosamente, esta defensa apela la sentencia proferida por su despacho, solicitando al Tribunal Superior de Bogotá en su sala laboral REVOCAR esta decisión frente a las condenas impuestas en contra de mi representada. Debo decir que, es cierto que existe una línea jurisprudencial sobre la ineficacia de los actos de traslado imputables a la falta del deber de información, sin embargo, se insiste en que la misma Corte, ha sido suficientemente clara, expresa y reiterativa en mencionar que esa línea jurisprudencial solo se aplica de manera diferenciada según los supuestos fácticos, de los que se exige, y esta es una similitud que en el caso concreto no se da como quiera que la demandante se trasladó al RAIS de forma válida con sustento en la carga normativa impuestas a los fondos para el año del traslado exactamente, tratándose de PORVENIR para el año 2005, en todo caso, debo decir, que los términos por los que siempre tendrá que reprochar al fondo son impuestos posteriormente y en ese orden, las declaraciones y condenas en su contra, solo desconocen el principio retroactivo de la ley de seguridad jurídica, en segundo lugar, debe decidir sobre lo relativo a las condenas devolución de los valores enunciados que en caso de que el tribunal mantenga en firme la orden de devolución de todos los rendimientos financieros en el RAIS, debo decir que es necesario autorizar el descuento de las sumas a que haya lugar, porque independientemente del motivo que da lugar a la ineficacia a este fondo, precisamente deben reconocérsele los gastos de administración que hizo a favor de la afiliada para generarle esos mismos rendimientos financieros que hoy son objeto de condena, es decir, debe observarse que el fondo administró unos recursos que trasladó según la normativa vigente, ostensiblemente aumentados al fondo actual y hoy por hoy, las administradoras tienen lugar a una compensación económica y no un mero traslado plano, so pena de que eso solo conlleva a un enriquecimiento sin justa causa a favor de un Régimen que finalmente se termina beneficiando de una administración que no hizo por los periodos que se pretenden anular, en este punto se trae a colación lo dispuesto en el artículo 1746 según el cual en las restituciones mutuas cada parte se hace responsable de los deterioros, y es en este tipo de casos, como precisamente los afiliados deben asumir que los gastos de administración no son dineros llamados a financiar la pensión de vejez, sino que por ley se financiaron para la correcta administración de sus aportes generándole unos rendimientos financieros reconocidos hasta la fecha de manera inexcusable.*

Igualmente, considera mi representada que, implicando las restituciones mutuas en la ineficacia, el traslado de dineros entre regímenes se hace a las voces de lo dispuesto por el artículo 7º del Decreto 3995 de 2008 y no debería existir ninguna razón atendible para apartarse de ella, incluyendo conceptos que no contiene que por razones de lógica y atendiendo también a su naturaleza, solo limita los efectos retroactivos de la ineficacia declarada.

Igualmente, sobre la condena de devolución de sumas previsionales debe decir que los dineros destinados a los seguros de invalidez y sobrevivencia fueron trasladados a estas aseguradoras con las que se trasladó la demandante durante toda su afiliación frente a los riesgos de invalidez y muerte, ósea que igualmente fueron dineros que cumplieron una finalidad de ley, sin que resulte admisible su devolución, teniendo en cuenta que existe una imposibilidad material que son dineros que ya no están en poder de mi representada y que precisamente con la declaratoria de la ineficacia y prestaciones que por su misma naturaleza no pueden retrotraerse y son una excepción a los efectos retroactivos de la figura.

Finalmente, señor Magistrados, debo indicar que resulta improcedente la condena sobre indexación de gastos de administración y sumas previsionales, como quiera que, ante la eventual condena, el reintegro de rendimientos financieros, los rendimientos de por sí son sumas superiores a esa eventual orden y permiten de por si a Colpensiones, pues cubrir el reconocimiento pensional con un bien mejorado producto de la profesional gestión que hiciera el fondo en su respectivo momento mismo bien, que, precisamente cubre cualquier indexación o valor adicional, porque pretenda someter hoy por hoy a Porvenir.

En lo que atañe a las costas y agencias en derecho, debo decir que estimada la ineficacia del traslado, debía desestimarse la condena en costas según lo previsto por el artículo 35 del estatuto procesal, solicitando al Tribunal observar la forma en que Porvenir concurrió a este trámite en estricto apego a la normativa procesal y en ejercicio de su derecho de defensa, atendiendo a lo dispuesto por el artículo 102 de la Ley 100, reitero, mi cliente además estaba impedida para rechazar la voluntad de afiliación plena y formalmente manifestado por la actora para la época del traslado. En esos términos dejo sustentado el recurso de apelación, gracias, señor juez.".

similitud que en el caso concreto no se da como quiera que la demandante se trasladó al RAIS de forma válida con sustento en la carga normativa impuestas a los fondos para el año del traslado exactamente, tratándose de PORVENIR para el año 2005.

Aludió, las declaraciones y condenas solo desconocen el principio retroactivo de la ley de seguridad jurídica, sumado a que es necesario autorizar el descuento de las sumas a que haya lugar, porque independientemente del motivo que da lugar a la ineficacia a este fondo deben reconocérsele los gastos de administración que hizo a favor de la afiliada para generarle esos mismos rendimientos financieros que hoy son objeto de condena, es decir, debe observarse que el fondo administró unos recursos que trasladó según la normativa vigente, ostensiblemente aumentados al fondo actual y hoy por hoy, las administradoras tienen lugar a una compensación económica y no un mero traslado plano, so pena de que eso solo conlleva a un enriquecimiento sin justa causa a favor de un Régimen que finalmente se termina beneficiando de una administración que no hizo por los periodos que se pretenden anular. En este punto relacionó el artículo 1746 C.C, según el cual en las restituciones mutuas cada parte se hace responsable de los deterioros, y es en este tipo de casos, como precisamente los afiliados deben asumir los gastos de administración no son dineros llamados a financiar la pensión de vejez, sino por ley se financiaron para la correcta administración de sus aportes generando unos rendimientos financieros reconocidos hasta la fecha de manera inexcusable.

A la par, consideró, las restituciones mutuas en la ineficacia, el traslado de dineros entre regímenes se hace a las voces de lo dispuesto por el artículo 7º del Decreto 3995 de 2008 y no debería existir ninguna razón atendible para apartarse de ella, incluyendo conceptos que no contiene razones de lógica y atendiendo también a su naturaleza, pues solo limita los efectos retroactivos de la ineficacia declarada.

Sobre la condena de devolución de sumas previsionales, advirtió, los dineros destinados a los seguros de invalidez y sobrevivencia fueron trasladados a las aseguradoras con las que se trasladó la demandante durante toda su afiliación frente a los riesgos de invalidez y muerte, entendiendo que fueron dineros que cumplieron una finalidad de ley, sin que resulte admisible su devolución, teniendo en cuenta que existe una imposibilidad material al no estar en poder de dicha AFP y que precisamente con la declaratoria de la ineficacia y prestaciones que por su

misma naturaleza no pueden retrotraerse siendo una excepción a los efectos retroactivos de la figura.

Indicó, resulta improcedente la condena sobre indexación de gastos de administración y sumas previsionales, como quiera que, ante la eventual condena, el reintegro de rendimientos financieros, los rendimientos de por sí son sumas superiores a esa eventual orden y permiten de por si a Colpensiones, cubrir el reconocimiento pensional con un bien mejorado producto de la profesional gestión que hiciera el fondo en su respectivo momento.

Frente a las costas y agencias en derecho, solicitó se desestime la condena según lo previsto por el artículo 35 del estatuto procesal, solicitando se observe la forma en que Porvenir concurrió a este trámite en estricto apego a la normativa procesal y en ejercicio de su derecho de defensa, atendiendo a lo dispuesto por el artículo 102 de la Ley 100 de 1993.

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante ROSALBA GONZÁLEZ VEGA en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda *(Archivo 01 expediente digital, páginas 4 a 5*) las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo *(Archivo 01 expediente digital, páginas 2 a 4)*, aspirando:

> **PRIMERA:** Declarar la ineficacia del traslado de la señora **ROSALBA GONZALEZ VEGA** del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuada por el fondo de pensiones **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.** ante la omisión de éste fondo del deber de informar a la demandante, con prudencia y pericia, y de manera clara, completa, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta, respecto a las implicaciones que tenía el cambio de régimen de pensiones, y en general sobre las prestaciones económicas que obtendría en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, los riesgos, beneficios y desventajas.

SEGUNDA: Como consecuencia de lo anterior, condenar a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.** y/o **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A.** a restituir a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** los valores obtenidos en virtud de la vinculación de la señora **ROSALBA GONZALEZ VEGA**, como cotizaciones y bonos pensionales, con todos los rendimientos que se hubieren causado, así como los gastos de administración.

TERCERA: Condenar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** a recibir como afiliada a la señora **ROSALBA GONZALEZ VEGA**, así como a recibir los valores obtenidos mientras estuvo vinculada en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y a contabilizar para efectos de pensión, las semanas cotizadas por la demandante en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

CUARTA: Condenar a las demandadas al pago de todo concepto que se pruebe en el proceso ultra y extra petita.

QUINTA: Se condene a las demandadas al pago de las costas y gastos del proceso.

Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuado por la demandante ROSALBA GONZÁLEZ VEGA a través de PORVENIR S.A., en fecha 31 de agosto de 2005, así como su posterior traslado entre administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. Como consecuencia de lo anterior, se condenó a la demandada PORVENIR S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES las sumas deducidas por concepto de primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que la DEMANDANTE estuvo afiliada a dicha sociedad, valores que deberán ser indexados y asumidos por PORVENIR S.A. con cargo a sus propios recursos, se condenó a PROTECCIÓN S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES la totalidad de los recursos que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, lo que incluye los aportes efectuados junto con sus rendimientos. Así mismo se ordenó trasladar las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que la demandante ha estado afiliada a dicha sociedad, valores que deberán ser indexados y asumidos por PROTECCIÓN S.A. con cargo a sus propios recursos. Igualmente se ordenó, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer debidamente discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, Ingreso Base de Cotización, aportes y demás información relevante que los justifiquen. Se ordenó a COLPENSIONES a recibir a la demandante como afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sin solución de continuidad, y en las mismas condiciones en que se encontraba afiliada al momento del traslado de régimen que se declara ineficaz, se condenó en costas a PORVENIR S.A.

Fundamentó su decisión en la línea jurisprudencial instituida por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en las que se estableció el alcance del deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen cuando las AFP no acaten ese deber y por ende no se acredite la existencia de un consentimiento informado, situación que en autos no se acreditó.

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

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía de la demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 18 de septiembre de 1994 (*Página 143, Archivo 01 Expediente Digitalizado),* 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 15 de marzo de 2021 (páginas 107 del archivo 01), esto es, cuando se encontraba a menos de 10 años para adquirir el derecho pensional y, otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1º de abril de 1994, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba con

[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".

53,29 semanas de servicios prestados (*Archivo 07 expediente digital pág. 63)*[4], por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

En este orden de ideas, 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 2005** con fecha de efectividad a partir del **1º de octubre de 2005** *(Páginas 108 y 37 y 43, archivos 01 y 06 expediente digital)* por afiliación que hiciera PORVENIR, específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP y en el formulario de afiliación suscrito con esa AFP.

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

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

4

EL NÚMERO DE SEMANAS REPORTADAS TANTO EN LA PANTALLA COMO EN EL SERVICIO SE CALCULA DE ACUERDO A LO INDICADO EN EL ARTÍCULO 4 DEL DECRETO 1748 DE 1995.

SUBTOTALES											
HISTORIA HASTA 31/03/1994						HISTORIA TOTAL					
LABORADOS		LICENCIAS / MORAS		SIMULTANEOS		LABORADOS		LICENCIAS / MORAS		SIMULTANEOS	
Días	Semanas	Días	Semanas	Días	Semanas	Días	Semanas	Días	Semanas	Días	Semanas
373	53.29	0	0.00	0	0.00	3453	493.29	0	0.00	539	77.00
TOTALES : LABORADOS-LICENCIAS-SIMULTANEOS						TOTALES : LABORADOS-LICENCIAS-SIMULTANEOS					
DIAS:	373	SEMANAS:	53.29			DIAS:	2914	SEMANAS:	416.29		

El número de semanas se calculó con días calendario

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*

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

consecuencias de la nulidad, el cual consagra las mismas consecuencias de aquella. Dicha disposición establece:

> *Artículo 1746. La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita (subrayas fuera de texto).*
>
> *En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.*

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

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

> *"**1. La consecuencia de la inobservancia del deber de información: ineficacia del acto jurídico de cambio de régimen***
>
> *Al contestar la demanda, Colpensiones sostuvo que en este asunto no hay lugar a declarar la nulidad del traslado de la actora del régimen público de pensiones al privado, en la medida que no se demostró un vicio del consentimiento en la modalidad de error, fuerza o dolo.*
>
> *Ahora bien, el a quo declaró la nulidad de la afiliación de la demandante, pues, en su sentir, el «acto no existió y no puede causar ningún tipo de consecuencia, incluso desfavorable». En esa línea, condenó a Colfondos S.A. a devolver «todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de (...) LILIANA ANGULO RUIZ como comisiones, costos cobrados por administración, sumas adicionales, bonos pensionales de ser el caso, de conformidad con el art. 1746 que se hubieren generado junto con sus rendimientos», e impuso a Colpensiones la obligación de recibirlos y hacer los ajustes pertinentes en la historia laboral de la actora, sin solución de continuidad; esto es, «como si esa afiliación nunca hubiese existido».*
>
> *De ahí que le corresponda a la Sala precisar si la vía correcta es la nulidad o la ineficacia en sentido estricto.*
>
> *Pues bien, esta Corporación es del criterio que la reacción del ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del*

> *acto de traslado. Por consiguiente, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC).*
>
> *[2: La ineficacia del acto posee las mismas consecuencias prácticas de la nulidad. Al respecto, la Sala Civil de esta Corporación ha sostenido que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, de suerte que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (SC3201-2018).]*
>
> *Lo anterior, debido a que en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el legislador consagró de manera expresa en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia. En efecto, el citado precepto refiere que cuando «el empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral […] la afiliación respectiva quedará sin efecto».*
>
> *Si esto es claro, resulta equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues el legislador expresamente consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL3464-2019, y especialmente la CSJ SL4360-2019)".*

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

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

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

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

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

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

noviembre de 2011[6], Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y en las sentencias SL 1421 de 2019, SL 1452 de 3 de abril de 2019, SL 1689 de 8 de

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

"No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones", pues lo que se echa de

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*

---

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.

> *lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (...)"*

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

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la accionante[7] no acreditan de manera a alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que al momento de suscribir un contrato fijo de planta con la empresa Movistar Telecomunicaciones le fueron entregados los documentos para la firma por parte del área de recursos humanos, entre esos, el formulario de afiliación a PORVENIR sin ofrecerle ningún información sobre la implicación del cambio de traslado.

---

[7]***Interrogatorio Demandante, récord 10:29, archivo 20: "****Soy casada, mi esposo es David Fredy Cortes González, soy Ingeniera Electrónica tengo Especialización en Producción, trabajo en una empresa que es aliado comercial de Movistar, dirigiendo a parte comercial de un aliado que es puerta a puerta fibra de Movistar, me afilié a Porvenir, trabajé en Movistar 23 años, en el 2005 yo antes tenía un contrato temporal y cuando me fueron a nombrar de planta ,me pasaron los papales para la firma del contrato con Colombia Telecomunicaciones, yo firmé todo pero no me di cuenta que ,me habían trasladado de fondo, en ese tiempo no tenía conocimiento de lo que estaba haciendo, a medida que firmábamos contrato fijo firmábamos papeles, no estuvo presente ningún asesor, yo no leí el formulario, solo lo firmé y ya, nos pasaron los papeles para quedar de planta, como siempre era la costumbre que nos pasaban papeles y pedían datos pues así pasó, cuando ya estoy cerca de la pensión y me doy cuenta que no iba a tener una pensión de lo que aspiraba, ni siquiera el mínimo, yo nunca me fui hasta allá porque no pensé que fuera tener el problema que tengo, solo hasta ahora que voy hacer los trámites me di cuenta que estoy pérdida con eso, los extractos llegaban al correo, nunca revisé los rendimientos financieros, no revisaba eso porque no entendía no sabía qué beneficios era estar en ese fondo, si tuviera beneficios mi proyección de pensión serpia diferente, no he realizado aportes voluntarios, me trasladé a Protección porque cuando firmé contrato firme a su vez unos papeles luego hubo un cambio masivo de traslado a otros fondos, la empresa decía "vamos a trasladarnos" pero no nos explicaban, en recursos humanos nos dijeron "suban y firmen formularios", firmé los documentos, sé que hubo un traslado, presenté esta demanda porque lo que tengo entendido es que si me pensiono con un fondo privado me va a salir una pensión de 1salario mínimo, en Colpensiones puedo mejorar mi mesada, yo no he ido a ningún fondo, lo que ha pasado es que varios compañeros se pueden pensionar y ganan un mínimo, deben hacer un promedio del salario y no un mínimo, cuando yo tenía 46 iba a cumplir 47 fui a un centro de Colpensiones y me dijeron que no podía trasladarme, no me dieron asesoría, no hubo más explicación, la letra con la que se diligenció el formulario no es mía, toda la información la tenía el área de recursos humanos, la firma si es mía, la firma de ING PROTECCIÓN si es mía, en ese momento yo confiaba en mi empresa porque hacíamos eso, nunca había tenido ningún problema y teníamos la confianza de firmar lo que decía la empresa, a partir del 1º de septiembre de 2005 comencé en planta, firmé contrato fijo, yo me enteré que ya no estaba en el Seguro Social cuando empezaron a llegar los desprendibles de nómina que decían hacia donde se dirigía la plata pero no le vi problema porque no sabía lo que era trasladarme, para mí era igual estar en un lado o en el otro, no sabía las consecuencias, yo sabía que uno se iba a pensionar pero no sabía la diferencia o regímenes pensionales, no tenía claro los regímenes, no tenía claro los requisitos, uno lo ve lejano, no tenía conocimiento de lo que pasaba en los fondos".*

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

Ahora, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR (*Página 108 y 37 Archivo 01 y 06 expediente digital),* este no constituye en manera alguna medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la AFP demandada (sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019) y, en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus,* pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que se advierten ausentes en el plenario.

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

Aquí también debe resaltar esta Sala, el deber de información existe desde la misma creación de las administradoras de fondos de pensiones. Al respecto la

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

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

> ***"1. El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones: Un deber exigible desde su creación***
>
> ***1.1 Primera etapa: Fundación de las AFP. Deber de suministrar información necesaria y transparente.***
> *El sistema general de seguridad social en pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del otorgamiento de diferentes tipos de prestaciones. Con este fin, la Ley 100 de 1993 diseñó un sistema complejo de protección pensional dual, en el cual, bajo las reglas de libre competencia, coexisten dos regímenes: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (AFP).*
>
> *De acuerdo con el literal b) del artículo 13 de la citada ley, los trabajadores tienen la opción de elegir «libre y voluntariamente» aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, previniendo que, si esa libertad es obstruida por el empleador, este puede ser objeto de sanciones. Es así como paralelamente el artículo 271 precisa que las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, son susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.*
>
> *Ahora bien, para la Sala la incursión en el sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS y, por tanto, de la prestación de un servicio público esencial, estuvo, desde un principio, sujeto a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba.*
> *...*
> *En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.° del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».*
>
> *De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria,*

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

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

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

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

Como se ve, ya para el año 2005 cuando se produjo el traslado del aquí demandante, la AFP PORVENIR estaba en la obligación de informar a su futura afiliada sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, pero ello en el asunto no ocurrió o, por lo menos, no se acreditó.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR, omitió en el momento del traslado de régimen **(solicitud del 31 de agosto de 2005 y efectiva el 01 de octubre de 2005),** el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es, relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL12136 de 2014, ello deriva en la

INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

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

Ahora, en relación con el principio de la relatividad jurídica alegado en la alzada por COLPENSIONES, consistente en que los terceros no pueden interferir en convenios de los que no son parte, debe indicarse aunque Colpensiones no intervino de manera directa en el acto jurídico de traslado, no puede perderse de vista que en la actualidad dentro de la estructura del sistema de pensiones es la única entidad administradora del régimen de prima media con prestación definida, siendo de contera la llamada a recibir nuevamente al demandante como su afiliada.

En ese orden, la ineficacia del tránsito de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de PROTECCIÓN S.A como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliada la actora (*ver SIAFP pág. 43 y 64 Archivo 06 y 07 expediente digital)*, del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, gastos de administración y comisiones, los costos de las primas de los seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, así como la activación de su afiliación en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, conceptos que deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, de tal manera se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto.

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

«(…)

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

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

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

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

En punto a la indexación de los gastos de administración, en un caso similar al de autos en el que se resolvió lo atinente a la ineficacia de traslado, el órgano de

cierre de esta jurisdicción, en providencia SL 3207, Radicación N° 83586 del 18 de agosto de 2020, indicó:

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

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

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

> ***Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.***
>
> *Las consecuencias de la nulidad no pueden ser extendidos a terceros, en este caso, a la administradora del régimen de prima media en el que se hallaba el actor antes de producirse la vinculación cuya nulidad se declara, de modo que no debe asumir por el sistema de pensiones sanciones derivadas de la mora en el pago íntegro del derecho pensional, obligaciones por las que sólo ha de responder a partir de cuándo le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada».*

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

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

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

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

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES[8] *(Página 20 Archivo 08 expediente digital)*, entidad ésta última a favor de quien se surte la consulta*,* basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL -1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por la encartada, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

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 articulo 365 C.G.P., el cual contiene el principio general, según el cual "*se condenará en costas a la parte vencida en el proceso (…)",* sin consideración a su intención, razonabilidad de su discusión en el conflicto jurídico en litigio o su conducta en el trámite procesal, sino el hecho de haber sido vencido en juicio, por manera que al haber sido desfavorable la sentencia de primer grado a esta AFP, lo atinente a derecho es que sea condenada en costas, iterando, la única valoración a tener en cuenta en este aspecto, son las resultas del proceso, por lo que se confirmará la sentencia de primer grado en este aspecto.

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

SIN COSTAS en esta instancia.

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

[8] *Se tuvo por contestada la demanda en auto del 22 de agosto de 2022, archivo 12 expediente digital.*

R E S U E L V E

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

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR NAYME BARRERO SARMIENTO CONTRA PORVENIR S.A. Y MICHELLY MORALES FÚQUENE (RAD. 33 2020 00074 01).

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

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

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida por la Juez Cuarenta y Tres (43) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 21 de julio de 2023 (Audiencia virtual realizada a través de la plataforma Life Size, archivo 17Acta, récord 54:40), en la que se resolvió:

> *"**PRIMERO: DECLARAR PROBADOS** los supuestos de hecho que soportan las excepciones de inexistencia de las obligaciones demandadas, falta de causa para pedir propuestas por PORVENIR SA; e inexistencia de los hechos en que se fundamenta la demanda y cobro de lo no debido, propuestas por las demandadas Michelly Morales Fúquene.*
>
> ***SEGUNDO: ABSOLVER** a las demandadas PORVENIR S.A. y Michelly Morales Fúquene, de todas y cada una de las peticiones incoadas en su contra por la demandante Nayme Barrero Sarmiento, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.*
>
> ***TERCERO**: Sin costas en esta instancia.*
>
> ***CUARTO**: En caso de que la presente sentencia no sea apelada por la parte demandante concédase el grado jurisdiccional de consulta.".*

Inconforme con la decisión, la parte actora interpuso recurso de apelación, manifestando[1], la señora Michelly radicó demanda para que se declarara la Unión Marital de Hecho entre ella y el señor Gasca Sarmiento según sentencia proferida por el Juzgado 28 de Familia de Bogotá bajo el radicado No. 2000 131085, audiencia celebrada el día 28 de agosto de 2017, en este proceso, el juez resolvió negar las pretensiones de la demanda, el apoderado de la parte demandante apeló la sentencia siendo confirmada por el Tribunal del Distrito de Bogotá, Sala de Familia mediante sentencia del 6 de diciembre de 2017. Siendo así, se estaría vulnerando el principio de que nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo proceso o por las mismas demandas. Entonces no existe razón por qué no se tuvo en cuenta este pronunciamiento, precisamente, se aportaron los recibos de pago, acreditándose que el apartamento fue arrendado el 1º de octubre del 2012, así como Michelly aseguró que se conoció con el causante en el 2010, cosa que no fue así porque el apartamento se arrendó después. Entonces, del 2012 al 2013

[1] ***Recurso Demandante, récord 55:44****: "Comedidamente me permito interponer recurso de apelación en contra de su fallo, el cual lo sustento de la siguiente manera:*

Mis reparos frente a su decisión consisten en que la señora Michelly radicó demanda para que se declarara la Unión marital de hecho entre ella y el señor Gasca Sarmiento teniendo sentencia proferida por el Juzgado 28 de Familia de Bogotá bajo el radicado No. 2000 131085, audiencia celebrada el día 28 de agosto de 2017. El juez resolvió negar las pretensiones de la demanda en cuanto a no declarar la Unión marital de hecho, el apoderado de la parte demandante apeló la sentencia a la cual el Tribunal del Distrito de Bogotá, Sala de Familia, confirmó la sentencia en primera instancia el día 6 de diciembre de 2017, siendo así, se estaría vulnerando el principio de que nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo proceso o por las mismas demandas. Entonces no encuentro razón por qué no se tuvo en cuenta a pesar de que la señora juez manifiesta que es algo diferente, pero es algo que ya se había declarado. Precisamente se aportaron los recibos que se le dieron para el pago, acreditándose en esta demanda que el apartamento fue arrendado el 1º de octubre del 2012, Michelly asegura que se conocieron en el 2010, cosa que no era así porque el apartamento se arrendó después. Entonces, del 2012 al 2013 ni siquiera pasó 1 año. La empresa León y Asociados también hizo un mal concepto ya que se debe tener en cuenta que la señora Michelly Morales incurrió en información falsa conforme al artículo 86 del Código Penal del proceso, al manifestar que no conocía ningún heredero, pues para la fecha en que reclamó los dineros eso fue el día 11 de octubre de 2013 ya conocía a la señora Nayme Barrero Sarmiento, hermana del causante. Eso fue el día 27 de julio de 2011, cuando se conocieron en el hospital de Kennedy. Sin embargo, muere el 9 de enero de 2013 y en aquella ocasión también se conocieron, estuvieron en las exequias, estuvieron en el sepelio, entonces se le da una credibilidad, a algo donde está faltando a la verdad y a un presunto delito de falso testimonio. La señora demandada, también faltó a la verdad con el fin de reclamar los dineros que le correspondía a la única heredera, ello debido a que la señora allegó a PORVENIR S.A., una declaración juramentada en la cual indicaba que no conocía ningún heredero, desconociendo que en el 2011 ya conocía a la demandante. En este proceso se le dio más credibilidad a una a una parte probatoria y testimonios y se desconoce aquí a las personas que rindieron el testimonio de personas que conocieron a la supuesta pareja, incluso la mamá, fue con la última persona que falleció, él falleció al lado de ella, además, hay una sentencia en firme. Como ya se anotó, es imprescindible que los testigos honren la verdad que lo que manifiestan ante el juez, es necesario la imparcialidad de sus testimonios, las personas no pueden ser testigos de una situación o de un hecho de que puedan sacar provecho. Es por ello que en la sucesión testada se excluyen como testigos los dependientes, algunos familiares y en general, todos aquellos que tengan un interés directo. Entonces, se les dio mucha credibilidad a los testigos, había personas idóneas para dar testimonio que no era el hijo de la demandada y la otra señora, dando un falso testimonio que vivían desde el 2010, cosa que no era cierta porque el apartamento se arrendó el 1º de octubre del 2012. Entonces, por todas esas razones sin motivo presentó mi inconformidad y mi reparo y solicitó se revoque la sentencia".

ni siquiera pasó 1 año. Así mismo, alegó, la empresa León y Asociados también hizo un mal concepto ya que se debe tener en cuenta que la señora Michelly Morales incurrió en información falsa conforme al artículo 86 del Código Penal del proceso, al manifestar que no conocía ningún heredero, pues para la fecha en que reclamó los dineros eso fue el día 11 de octubre de 2013 ya conocía a la señora Nayme Barrero Sarmiento, hermana del causante, hecho que ocurrió el día 27 de julio de 2011, cuando se conocieron en el hospital de Kennedy. Sin embargo, falleció el 9 de enero de 2013 y en aquella ocasión también se vieron y estuvieron en las exequias y el sepelio, entonces se le da credibilidad cuando está faltando a la verdad e incurriendo en un presunto delito de falso testimonio.

Agregó, la señora demandada, también faltó a la verdad con el fin de reclamar los dineros que le correspondía a la única heredera, ello debido a que la señora allegó a PORVENIR S.A. una declaración juramentada en la cual indicaba que no conocía ningún heredero, desconociendo que en el 2011 ya conocía a la demandante. En este proceso se le dio más credibilidad a una parte probatoria y testimonios aun cuando se desconoce a las personas que rindieron el testimonio, las cuales conocieron a la supuesta pareja, incluso la mamá del causante fue con la última persona que falleció, él falleció al lado de ella, además, hay una sentencia en firme.

Anotó, es imprescindible que los testigos honren la verdad que lo que manifiestan ante el juez, es necesario la imparcialidad de sus testimonios, las personas no pueden ser testigos de una situación o de un hecho de que puedan sacar provecho. Es por ello que en la sucesión testada se excluyen como testigos los dependientes, algunos familiares y en general, todos aquellos que tengan un interés directo. Entonces, se les dio mucha credibilidad a los testigos, había personas idóneas para dar testimonio que no era el hijo de la demandada y la otra señora, dando un falso testimonio que vivían desde el 2010, cosa que no era cierta porque el apartamento se arrendó el 1º de octubre del 2012.

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 NAYME BARRERO SARMIENTO en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda (páginas 5 y 6, archivo 01) las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (páginas 4 y 5, ibidem), aspirando se declare:

> *"PAGO INDÉVIDO (sic) DEVOLUCION DE SALDOS. Que se le pague a mi poderdante señora NAYME BARRERO SARMIENTO, al suma de CIENTO ONCE MILLONES DOSCIENTOS CINCUENTA Y TRES MIL NOVECIENTOS SESENTA Y SEIS PESOS ($111.253.966) M/cte., pagados de forma indebida por el FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y reclamados por la señora MICHELY MORALES FUQUENE, persona que no le asistía derecho alguno.*
>
> *2. DEVOLUCION DE SALDOS. Que la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANÍAS PORVENIR S.A., solidariamente con la Señora MICHELLY MORALES FUQUENE, hagan devolución de saldos depositados a la señora NAYME BARRERO SARMIENTO, como única heredera.*
>
> *3. PAGO DE INTERESES. Que se condene a la sociedad ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. solidariamente con la Señora MICHELLY MORALESFUQUENE, al pago de los intereses causados desde el momento de la negativa.*
>
> *4. PAGO DE COSTAS. Que se condene a la sociedad ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y solidariamente con la Señora MICHELLY MORALESFUQUENE, al pago de las costas y agencias en derecho que genere el proceso.".*

Obteniendo sentencia de primera instancia desfavorable a sus pretensiones, por cuanto se absolvió a las demandadas de las pretensiones incoadas en su contra, tras considerar la *a quo,* con los medios de prueba recaudados no existe duda que la señora Michelly Morales hizo vida marital por lo menos en los 3 últimos años de vida con el causante, siendo la persona que le proporcionó cuidados, ayuda y acompañamiento, tal y como fue reconocido por PORVENIR, luego de realizar una exhaustiva investigación, de la cual se refleja que la pareja convivió bajo el mismo techo, se procuraron acompañamiento, apoyo, auxilio, ayuda mutua y ante el círculo social, como en el entorno donde vivían los mismos, eran conocidos como pareja, de manera que la demandada siempre fue reconocida como la persona que convivía de forma continua y permanente con el

causante y por ende ostentaba la condición de compañera permanente, convivencia en la cual no desapareció o se interrumpió por el mero hecho de que la señora Michelly Morales Fúquene para el momento del deceso estuviera en Estados Unidos, en atención a que, tal y como dan cuenta las declaraciones recepcionadas, tal circunstancia se presentó en razón a que la misma fue a visitar a su hija, quien reside en tal país, quedando el causante bajo el cuidado de su hijo Freddy, conclusión que es la misma a la que arriba la jurisprudencia emitida por la Honorable Corte Suprema de Justicia, en sentencias SL 155003 de 2015 SL0292 y SL 1707-2021, donde advierte que la convivencia exigida no necesariamente comporta la permanencia o residencia bajo un mismo techo, pues la ausencia puede explicar las circunstancias ajenas a la voluntad de la pareja, como por ejemplo por enfermedad, asuntos familiares, laborales o de fuerza mayor, siempre que persista el apoyo moral, material, afectivo, solidaridad por ser rasgos esenciales y distintivos de la convivencia entre una pareja.

Aclaró la juzgadora, si bien no se desconoce que mediante sentencia de fecha 28 de agosto 2017, emitida por el Juzgado 28 Familia de Bogotá, promovido por Michelly Morales Fúquene, se negaron las pretensiones de la demanda y que dicha decisión fue confirmada por el Tribunal Superior de Bogotá -Sala familia-, debe tenerse en cuenta que, conforme a lo señalado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, pese a que esas normas gobiernan la unión marital de hecho y señalan quiénes son compañeros permanentes, tal regulación, no puede aplicarse en materia de pensión de sobreviviente, cuestión que es de la órbita de la Seguridad Social, no solo porque, como se dice en el artículo 21 de dicha ley, tal definición lo es para todos los efectos civiles. Por consiguiente, al encontrarse acreditado que la demandada ostentaba la calidad de compañera permanente y es beneficiaria de la prestación ante la AFP, las sumas acumuladas en la cuenta individual de ahorro pensional pasaran a ser parte de su masa sucesoral y por lo siguiente eran objeto de devolución del saldo, tal y como efectuó la AFP aquí demandada, por tanto, dicho pago se encuentra ajustado a derecho.

Así las cosas, el problema jurídico en esta instancia, en virtud del principio de consonancia, se circunscribe en determinar, a quién le asistía el derecho a obtener la devolución de saldos causada por el señor LEDERMA GASCA SARMIENTO (q.e.p.d.), y como consecuencia, establecer la procedencia del pago de los saldos

existentes en la cuenta de ahorro individual a la demandante en calidad de única heredera.

En el caso puntual de la devolución de saldos, el artículo 78 de la Ley 100 de 1993, establece:

> *"Cuando el afiliado fallezca sin cumplir con los requisitos para causar una pensión de sobrevivientes, se le entregará a sus beneficiarios la totalidad del saldo abonado en su cuenta individual de ahorro pensional, incluidos los rendimientos, y el valor del bono pensional si a este hubiera lugar."*

Ahora bien, cuando la norma alude a sus beneficiarios, no son otros que los especificados en el artículo 74 de la precitada disposición, el cual fue modificado por el artículo 13 de la Ley 797 del 2003 y dispone:

> *"Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:*
>
> *a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte;*
>
> *b) En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con este. La pensión temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha pensión. Si tiene hijos con el causante aplicará el literal a).*
>
> *Si respecto de un pensionado hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b) del presente artículo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.*
>
> *<Aparte subrayado CONDICIONALMENTE exequible> <u>En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una</u> compañera o compañero permanente<u>, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo</u>. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal, pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente;*
>
> *c) Los hijos menores de 18 años; los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte, siempre y cuando acrediten*

> *debidamente su condición de estudiantes y cumplan con el mínimo de condiciones académicas que establezca el Gobierno; y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, esto es, que no tienen ingresos adicionales, mientras subsistan las condiciones de invalidez. Para determinar cuando hay invalidez se aplicará el criterio previsto por el artículo 38 de la Ley 100 de 1993;*
>
> *d) A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente de forma total y absoluta de este; el compañero o compañera permanente, padres e hijos con derecho, serán beneficiarios los hermanos inválidos del causante si dependían económicamente de éste.*
>
> ***PARÁGRAFO.** Para efectos de este artículo se requerirá que el vínculo entre el padre, el hijo o el hermano inválido sea el establecido en el Código Civil."*

Ahora, solo en caso tal de que no exista ningún beneficiario, los saldos de la **cuenta de ahorro individual del causante, pasaran a ser parte de su masa sucesoral,** tal como lo dispone el artículo 76 de la precitada normativa, el cual indica:

> ***"En caso de que, a la muerte del afiliado o pensionado, no hubiere beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, las sumas acumuladas en la cuenta individual de ahorro pensional harán parte de la masa sucesoral de bienes del causante.***
>
> *En caso de que no haya causahabientes hasta el quinto orden hereditario, la suma acumulada en la cuenta individual de ahorro pensional se destinará al Fondo de Solidaridad Pensional de que trata la presente Ley" (Negrilla y Subrayado de la Sala).*

Cabe resaltar que la Circular No. 096 de 2013, expedida por la Superintendencia Financiera de Colombia, vigente para la fecha de fallecimiento del señor LEDERMA GASCA SARMIENTO (q.e.p.d.), según se desprende del Registro Civil de Defunción obrante a página 90 del archivo 05 (falleció el 09 de enero de 2013*),* regula el reajuste que establece el artículo 2.1.15.1.1. del Decreto 2555 de 2010. En ese orden, la citada norma determina: la (i) inembargabilidad de las sumas depositadas en la sección de ahorros y en depósitos electrónicos y (ii) las sumas depositadas en: depósitos electrónicos, en la sección de ahorros, en cuentas corrientes, en cualquier otro depósito, y en dineros representados en certificados de depósito a término y en cheques de gerencia, las cuales podrán entregarse directamente al cónyuge sobreviviente, compañero o compañera permanente, herederos, o a uno u otros conjuntamente, sin necesidad de haber realizado juicio de sucesión del causante, hasta sesenta y siete millones setecientos veinticinco mil novecientos sesenta y cinco pesos ($67.725.965).

Advierte este Despacho que esa disposición no incluye dentro de sus categorías, los depósitos efectuados en la cuenta individual de ahorro pensional de cada afiliado. Lo anterior, resultaba natural por cuanto la devolución de saldos de pensión de sobrevivientes establecida en el artículo 78 de la Ley 100 de 1993 prevé la entrega de los mismos a los "beneficiarios" del causante señalados en el artículo 74 ibidem. Además, los órdenes sucesorales consagrados en el Código Civil son más amplios y en ellos pueden participar inclusive los colaterales de grado más próximo de acuerdo con lo establecido en los artículos 87 y 88 de la Ley 153 de 1887.

Así pues, quien pretenda acceder a la devolución de saldos debe acreditar su calidad de beneficiario en los términos previstos en el artículo 74 de la ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 del 2003, **pues de no estar acreditado los saldos pasaran a hacer parte de la masa sucesoral.** Criterio que se acompasa a lo adoctrinado por la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral en sentencia SL 1239 del 2008, en la cual expuso:

> *"Respecto de la devolución de saldos, en los eventos en que se presenta la contingencia de la muerte, prevé el artículo 78 de la Ley 100 de 1993, que cuando el afiliado fallece sin el cumplimiento de los requisitos «[…] para causar una pensión de sobrevivientes, se les entregará a sus beneficiarios la totalidad del saldo abonado en su cuenta individual de ahorro pensional, incluidos los rendimientos y el valor del bono pensional, si a este hubiera lugar».*
>
> *"De lo discurrido, es claro que la discusión de la litis se centró en la calidad de beneficiaria […] y ante la ausencia de prueba que acredite la dependencia económica que la califica como beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, resulta improcedente acceder a la devolución de saldos, pues para ello es indispensable tener tal condición. Así lo ha expuesto esta Corporación en sentencias CSJ SL, 21 oct. 2008, rad. 34288 y CSJ SL028-2018.*
>
> *"No sobra recordar que ante la falta de beneficiarios que sean acreedores de la devolución de saldos, se debe acudir al artículo 76 de la Ley 100 de 1993, que reza:*
>
> *"En caso de que, a la muerte del afiliado o pensionado, no hubiere beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, las sumas acumuladas en la cuenta individual de ahorro pensional harán parte de la masa sucesoral de bienes del causante.*
>
> *"En caso de que no haya causahabientes hasta el quinto orden hereditario, la suma acumulada en la cuenta individual de ahorro pensional se destinará al fondo de solidaridad pensional de que trata la presente ley.*
>
> *"En virtud de lo expuesto, no procede el reconocimiento de la pretensión subsidiaria sobre la devolución de saldos."*

En aplicación de lo anterior y con el fin de verificar si la demandante NAYME BARRERO SARMIENTO ostenta la calidad de heredera del señor LEDERMA GASCA SARMIENTO (q.e.p.d.) y como consecuencia de ello le asiste derecho a la devolución de saldos, procede la Sala al estudio de los medios probatorios allegados, advirtiendo, no es motivo de controversia: que el causante no dejó causada la pensión de sobreviviente y en virtud de ello conforme a lo consagrado en el artículo 78 de la Ley 100 de 1993, PORVENIR S.A. procedió a efectuar la devolución de saldos a la señora Michelly Morales Fúneque, en su condición de compañera permanente, en la suma equivalente a $67.725.965, según se infiere de la Relación Histórica de Pagos para Pensionados de fecha 27 de agosto de 2021(página 114. Archivo05); por manera que, tan solo resta por verificar si la demandante resulta ser beneficiaria de dicha prestación.

De tal forma, la calidad de beneficiaria de la devolución de saldos reclamada por la demandada, con ocasión al deceso de Lederma Gasca Sarmiento, debe ser resuelta bajo los parámetros de los artículos 46 y 47 de la ley 100 de 1993 modificado por los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003; pues el deceso ocurrió el 9 de enero de 2013, como lo señala el registro civil de defunción (Página. Archivo05).

Precisándose en este punto y para resolver las inconformidades de la parte actora en su apelación, aunque la Corte Suprema de Justicia sostuvo la tesis de que la convivencia mínima requerida para ostentar la calidad de beneficiario de la pensión de sobrevivientes, tanto para cónyuge como para compañero o compañera permanente, según el literal a) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993[2], era de 5 años, independientemente de que el causante de la prestación fuera un

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

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

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

a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte[2]; (...)

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

> *"En torno a dicha exigencia, esta Sala de la Corte de manera reiterada había sostenido efectivamente la tesis expuesta por el Tribunal, esto es que, sin importar de que se tratara de la muerte de un afiliado o de un pensionado, para que la compañera(o) permanente fuera beneficiaria(o) de la pensión de sobrevivientes, era necesario que acreditara 5 años de convivencia con su pareja con anterioridad a la fecha del deceso (…).*
>
> *No obstante, lo anterior, dicha posición fue reevaluada para señalar que de la redacción del literal a) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, no era posible inferir que en tratándose de la muerte de un afiliado, el legislador hubiese querido exigir un tiempo mínimo de convivencia de 5 años,* ***de manera que ese interregno temporal solamente resultaba necesario acreditarse en aquellos casos en que el deceso ocurría en cabeza de un pensionado.*** *Así por ejemplo, en la sentencia* CSJ SL1905-2021, *en torno a la citada norma se sostuvo:*
>
> > *[…] En síntesis, pueden extraerse dos reglas […] que fijan el alcance y la correcta interpretación del artículo 13 de la Ley 797 de 2003: i) La pensión de sobrevivientes en materia de afiliados al sistema de seguridad social, no exige un tiempo mínimo de convivencia para acreditarse como beneficiarios la cónyuge o la compañera permanente y, ii) No existe un trato diferenciado para la aplicación de la regla anterior, es decir, no importa la forma en la que se constituya el núcleo familiar, vínculos jurídicos o naturales, la protección se dirige al concepto de familia (artículo 42 de la C.P.), luego el análisis se circunscribe en estos casos a la simple acreditación de la calidad requerida y la conformación del núcleo familiar con vocación de permanencia, vigente para el momento de la muerte (al respecto, se puede consultar entre otras sentencias CSJ SL3843-2020, CSJ SL5626-2020).*
>
> *Los motivos que sustentaron el cambio de criterio efectuado por la Corte, estuvieron basados en: i) la redacción de la norma, pues de la misma resultaba evidente que había pretendido hacer una diferenciación, al guardar silencio frente al tiempo de convivencia que debía exigírsele al compañera(o) del afiliado, lo que resulta apenas obvio por tratarse de situaciones fácticas disímiles, que por tanto merecían un tratamiento propio; ii) las consideraciones vertidas en la sentencia CC C-1094-2003, en la que entre otras se declaró la exequibilidad de la expresión «no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte», contenida en el literal a) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, en la que sobre el particular se dejó sentado que «el régimen de convivencia por 5 años sólo se fija para el caso de los*

pensionados » y; iii) la exposición de motivos de la Ley 797 de 2003, en la que se dejó también claridad que el requisito de convivencia que se pretendía exigir para ser beneficiario de la prestación de sobrevivencia estaba dirigido en casos donde la muerte se diera respecto del pensionado.

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

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

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

"Sobre la discusión que eleva la censura, la línea jurisprudencial de esta Corporación estuvo asentada, por varios años, en que el requisito de convivencia por espacio de cinco años previos al deceso del causante era exigible tanto para los casos de pensionados como de afiliados (CSJ SL, 20 mayo 2008, radicado 32393; CSJ SL1402-2015; CSJ SL1399-2018 y CSJ SL422-2020).

Sin embargo, a través de la sentencia CSJ SL1730-2020, esta Sala rectificó su línea de interpretación acerca del requisito de convivencia para ser beneficiaria de la pensión de sobreviviente, distinguiendo si a la muerte del causante era afiliado o pensionado (…).

(…)

Criterio este que luego, mediante sentencia CSJ SL5270-2021 fue reafirmado, separándose de lo dispuesto en la sentencia de unificación de la Corte Constitucional CC SU-149-2020 y, manifestando que la interpretación adecuada de lo dispuesto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, «resulta constitucional y legalmente válido, dentro del marco de las competencias de esta Sala, en su función de unificación de la jurisprudencia laboral, de conformidad con lo dispuesto en el art. 16 de la Ley 270 de 1996 y 235 de la CP, con sus modificaciones».

(…)

> *De manera que, conforme al criterio jurisprudencial imperante de esta Sala, se tiene que quien pretenda acceder a una pensión de sobrevivientes, a la luz del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, se le exigirán como requisitos para acceder a ese derecho pensional los siguientes: cuando el causante es un pensionado una convivencia de cinco años,* ***mientras que tratándose de la pensión de sobrevivientes derivada del fallecimiento de un afiliado no será exigible tiempo específico de convivencia, pues simplemente bastará con demostrar la condición de compañero permanente o compañero (a) y la conformación del núcleo familiar, con vocación de permanencia, vigente para el momento de la muerte*** *y así se cumple con el presupuesto normativo en comento, que da lugar al reconocimiento de las prestaciones derivadas de esa contingencia.*
>
> *En consecuencia, debe entenderse que el requisito de convivencia exigido a los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes -esto es, la convivencia mínima de cinco años- sólo es exigible en el caso de la prestación causada con ocasión del fallecimiento de pensionado."*

En el presente asunto, la parte demandada la señora Michelly Morales Funeque es quién aduce la condición de compañera supérstite del causante Lederma Gasca Sarmiento (q.e.p.d.), y para acreditar la condición de beneficiaria, se arrimó:

a) Derecho de petición de fecha 07 de marzo de 2019 dirigido a Porvenir S.A, el cual se efectuó el pago de la prestación del causante. (Páginas 10 -11. Archivo01)

b) Misiva de fecha 12 de abril de 2019 emitida por Porvenir S.A, en el cual indica que la devolución de saldos del causante se canceló el 11 de octubre de 2013 y ascendió a la suma de $67.725.966. (Página 12. Archivo01)

c) Constancia de control de asistencia de audiencia emitida por el Juzgado 28 de Familia de Bogotá. (Páginas 13. Archivo01)

d) Acta de audiencia de trámite y juzgamiento de fecha 28 de agosto de 2017 emitida por Juzgado 28 de Familia de Bogotá, en la cual se observa la sentencia emitida por dicho juzgador y en el cual se limita a señalar que niega las pretensiones de la demanda. (Páginas 14-16. Archivo01)

e) Acta de audiencia pública de fecha 06 de diciembre de 2017 emitida por Tribunal Superior de Bogotá – Sala Familia, en la cual se observa la se confirma la sentencia emitida por el Juzgado 28 de Familia de Bogotá. (Páginas 17-19. Archivo01)

f) Historia laboral de vinculaciones del señor Lederma Gasca Sarmiento emitida por Asofondos de fecha 11 de agosto de 2021. (Páginas 53-54. Archivo05)

g) Resumen de historia laboral del señor Lederma Gasca Sarmiento emitida por Asofondos de fecha 11 de agosto de 2021. (Páginas 55-56. Archivo05)

h) Historia laboral consolidada de fecha 29 de diciembre de 2015 emitida por Porvenir S.A, en el cual se reporta 1082 semanas cotizadas. (Páginas 57-63. Archivo05)

i) Relación Histórica de Movimientos Porvenir de fecha 12 de agosto de 2021. (Páginas 64- 71. Archivo05)

j) Reclamación de prestaciones económicas de fecha 11 de octubre de 2018 por parte de Nayme Barrera Sarmiento. (Páginas 72-77. Archivo05)

k) Relación Histórica de Pagos para Pensionados de fecha 27 de agosto de 2021, en el cual se evidencia el pago efectuado a la señora Michelly Morales Funeque por concepto de devolución de saldos por valor de $67,725,965. (folio Página. Archivo05)

l) Reclamación de prestaciones económicas de fecha 11 de febrero de 2013 por parte de Michelly Morales Funeque. (Páginas 145- 160. Archivo05)

m) Informe de investigación para pago de prestaciones económicas elaborado por LEON&ASOCIADOS el día 21 de febrero de 2013, en el cual se indica que la señora Michelly Morales Funeque fue la compañera permanente durante tres años del señor Lederma Gasca Sarmiento, es decir, era la beneficiaria del causante. (Páginas 161- 162. Archivo05)

n) Misiva de 11 de febrero de 2013 elaborada por la Señora Michelly Morales Funeque manifestó anulación de bono pensional. (Folio 167. Archivo05)

Por otra parte, se recepcionaron las declaraciones de los señores **HILBA STELLA TRIANA INFANTE, JORGE ENRIQUE MOZUCA GARZÓN, SANDRA DAYSSI GUARIN GONZALEZ, SANDRA DAYSSI GUARIN GONZALEZ** y **FREDY ALBERTO HERNÁNDEZ MORALES,** quiénes señalaron, en síntesis:

HILBA STELLA TRIANA INFANTE, récord 06:22, archivo 15, expresó: *"conoce a la demandante porque son parientes lejanos, que la mamá de la demandante era prima segunda de ella, que conoció a la demandada Michelly en el Hospital de Kennedy el 27 de julio de 2011, que a ella la llamaron a decirle que a Lederma lo habían llevado al hospital y no sabía que tenía y cuando llegó al hospital la señora Michelly se presentó y le dijo que era una vecina de Techo cerca del apartamento de él, que ella constantemente en el apartamento del causante cada 15 días o cada mes porque allá tiene un apartamento arrendado, que nunca había visto a la señora Michelly, que conoció al causante, que lo conoció desde pequeños porque vivían casi en el mismo barrio, que era el barrio Quiroga, que la salud del demandante en sus últimos 3 años era de estado delicado de salud, porque cuando tenía 35 años más o menos le hicieron una cirugía de corazón abierto, que entró a trabajar en el año 1984 al 31 de diciembre de 2007, que tuvo mucha cercanía y conexión con el causante, que el causante falleció casi en sus brazos el 9 de enero de 2013, que ese día había ido a desayunar y a almorzar en su casa, que se siguió relacionado con la señora Michelly porque después de que el causante salió del hospital se necesitaba a alguien que le suministrara los medicamentos y le llevara los almuerzos y se ofreció a efectuar esa labor y el señor Alfredo Yulma era el que quien enviaba para el sostenimiento porque era quien estaba en condiciones, que en el último año de vida del causante el señor Alfredo Yulma decidido mandar arreglar el apartamento del causante y en ese tiempo se fue para el apartamento de la señora Michelly y a última hora arrendaron el apartamento y con el dinero de ese arriendo se lo dieron del causante para el sostenimiento, que no tuvo conocimiento de la relación de pareja con la señora Michelly, que ella habló con el señor Lederma sobre la relación con la señora Michelly y le indico que no tenían una relación, que Alfredo deicidio arreglar el apartamento y quedaron de común acuerdo en arrendarlo y con ese dinero era para el sostenimiento, que el causante no duro ni un año en el apartamento de la señora Michelly, que ella era quien llevaba el dinero, y la señora Michelly le firmó un recibo de dinero donde se le pagaba para el mantenimiento del causante, que recién murió el causante no tuvo conocimiento de la devolución de saldos, que ella le dijo a la demandante que fueran a averiguar qué pasaba con los aportes del causante en porvenir, que tuvo conocimiento del proceso de declaración de unión marital de hecho y allí rindió testimonio, que el causante tenía la hermana que era la demandante, que el causante dejo el apartamento, que los motivos por los cuáles la señora Michelly, que la señora Michelly recibió ese dinero para pagar luz del apartamento, recibo agua, mercado y efectivo de remedios, que no sabe porque los dineros los enviaban con ella y no con la hermana, que puede ser porque ella si tiene todo el tiempo disponible, que la salud del causante era deteriorada, que le dio una trombosis y que tenía un situaciones, que caminaba y eso pero que en cuanto que tuviera una relación marital con la señora Michelly era imposible porque ella le preguntaba y le decía que no, que se necesitaba alguien que lo cuidara por sus remedios, que el causante cuando tuvo el accidente el 27 de julio almorzaba en el comedor comunitario de Kennedy, que no conoce al señor Fredy Alberto Hernández, que en la historia clínica se dice que la señora Michelly era una vecina y que el causante vivía solo, que los medicamentos del causante los pago la demandante por la ayuda del señor Alfredo Yulma, que no sabe porque la demandante manifestó que el causante vivió solo y que la demandante iba a visitar al causante por ahí cada 8 o 15 días, que la demandante le pedía el favor que la acompañara, que cuando murió el causante vivía en la casa de la señora Michelly se había ido para Estados Unidos, que la señora Michelly estuvo en estados unidos como 1 mes, que ella frecuentaba al causante.".*

JORGE ENRIQUE MOZUCA GARZÓN, récord 58:02, archivo 15, manifestó: *"conoce a la demandante porque intermedio de Lederma, que fueron buenos amigos, que incluso distinguió a la mamá del causante, que conoció a la demandante hace 20 años, que él se hablaba por teléfono con el causante y se contaban cosas, que 3 meses antes de fallecer el causante se vio con el demandante que fue por los lados donde vivía el causante, que el causante le comentó en una oportunidad que estaba muy enfermo que vivía con la señora Michelly, pero que hasta donde tiene conocimiento era porque esa señora de forma amable le suministraba el alimento, que el causante tuvo esposa hace muchos años, que se enteró que el apartamento del causante estaba muy deteriorada y el primo del causante de nombre Alfredo le iba a arrendar el apartamento, y por eso cree que la señora Michelly , que el causante vivió en el apartamento de la señora Michelly durante 8 o 6 meses, que la señora Michelly era quién le suministraba los alimentos y los medicamentos al causante, que lo que el sabia era que no tenía vínculo con la señora Michelly, que*

con el causante no se veía seguido se llamaban era telefónicamente, que no conoció a la señora Michelly, que tiene conocimiento de que a la señora Michelly se le pagaba por cuidarlo y tenerlo en la casa, que al causante lo conoció más o menos unos 30 años, que en la funeraria se comentó que en la fecha que falleció el señor Ledesma estaba visitado a una señora de nombre Stela, que el causante no tenía una relación Michelly que lo sabe porque el causante le comentaba sus cosas y menos con la limitación de la enfermedad, y que sexualmente estaba imposibilitado y por eso no podía tener una pareja, que le comento la demandante el retiro de los aportes por la señora Michelly , que tuvo conocimiento del proceso de unión marital de hecho por parte de la demándate y sabe que en el mismo se negó, que en el último año cree que vio al causante como 2 veces, que casi no se veían sino que se hablaban, que no conoce al señor Fredy, que de lo que ha realizado referencia es porque el causante se las comentaba por teléfono, que para el momento de la muerte del causante sufría del corazón, que tenía algo como trombos, que no sabe con qué frecuencia la demandante visitaba al causante porque son cosas que no se pregunta, que no sabe quién recibió las cenizas del causante después de la muerte, que en el mes se hablaban unas 4 o 5 veces o 3 veces, que en el último mes de vida del causante no hablo con el causante que no lo recuerda bien, que cree que fue par año nuevo, que no sabe con quién vivía el causante en el último mes de vida.".

SANDRA DAYSSI GUARIN GONZALEZ, récord 1:26:44, archivo 15 indicó*: "vive en el Interior 17 Apto 201 Bloque 45 de Kennedy Techo, que no conoce a la demandante y a la señora Michelly la conoce desde el año 2001 porque llego a vivir en el apartamento 202 y ella vive en el 201, que conoció al causante porque fue la persona que convivio con la señora Michelly , que ello le consta porque ella entraba al apartamento de Michelly y veía al causante en la cama con Michelly, que para donde fuera la señora Michelly iba con el causante que sobre el 2007 o 2008 empezó a ver a la señora Michelly con el causante, que de asiento conviviendo en el 2010 pero no recuerda la fecha, sabe que el causante vivía en la unidad 6 de Kennedy Techo, que para el momento del deceso del causante estaba en el apartamento con Fredy el hijo de la señora Michelly, que sabe que la señora Michelly se fue a Estados Unidos por unas vacaciones a visitar a la hija, que no conoció familia del causante que incluso cuando hablaba con Michelly y no le nombraban nada de familiares, que cuando hablaba con el causante nunca le menciono que tuviera familia, que siempre veía a Michelly con el señor Lederma, que ellos se trataban como pareja, que salían cogidos de la mano, que se besaban, que ellos tenían la apariencia de ser esposo porque salían cogidos de la mano, que delante de ella y vecinos se besaban para todos lados, que no tiene conocimiento de ayudas de la familia del causante, que del apartamento del arriendo del causante era lo que se le daba a Michelly para los gastos que era por el arriendo, que para el momento del deceso del causante la salud era buena, que se veía bien y no se veía deterioro que lo tuviera internamente era diferente porque físicamente no se le veía el deterioro, que no conoce familiares que fueran a visitar al causante porque nadie fue donde Michelly, que no sabe en qué calidad la señora Michelly se presentó en el hospital, que sabe que la única persona que cuidado en el hospital al causante fue la señora Michelly , que la señora Michelly reclamo las cenizas porque fue la persona que convivió con él, que no es familiar de la señora Michelly, que actualmente no es vecina de la demandante y no sabe quién es, que cuando el causante vivió con Michelly no trabajaba, que conoció al causante en el 2007 o 2008 cuando empezó a tratarse con Michelly , que cree que el apartamento del causante se arrendo en el 2009 porque en el 2010 ya estaba el causante en el apartamento de Michelly, que antes de arrendar el apartamento el causante tenía entendido que la señora Michelly le daba alimentos pero no sabe de dónde sacaba para subsistir porque ya era algo personal, que el causante falleció en el 2013, que sabe que el causante estaba donde Michelly pero no sabe dónde estaba cuando falleció que sabe que estaba en la calle y le dio algo, que ella no asistió a las exequias del señor Lederma porque no estaba en Bogotá, que se enteró que la señora Michelly retiro los saldos del causante porque la señora Michelly le contó y que piensa ella que como fue la persona que convivo con el causante, que no sabe porque la señora Michelly no reclamó el apartamento, que sabe que la hermana del causante le molesto mucho la vida, que no tuvo conocimiento.".*

Finalmente, el señor **FREDY ALBERTO HERNÁNDEZ MORALES,** récord 1:, archivo 15, relató: *"conoció a la demandante en el sepelio del causante y que era la hermana, que la poca gente que conoció allegada al causante eran vecinos, que nunca conoció familiares, y una señora con la que estaba el causante cuando falleció, que esa señora lo llamo y le dijo que había fallecido, que esas son las únicas personas que tiene conocimiento de ser familiares, que es*

hijo de la señora Michelly, que al causante lo conoció entre el 2006 o 2007 cuando empezó a frecuentar a su madre, pero no recordaba mes o día, que en ese momento iba a visitarla, que unos años después entablaron una relación de pareja, que llegaron a convivir juntos como en el 2009 o 2010 que antes eran novios, que inclusivo los últimos día de vida del causante estuvo con el porque la señora Michelly junto con su hermano se fueron a New york a pasar navidad y que ella se quedó con ellos, que fue incluso él quien le dio la noticia a su madre del fallecimiento del señor Lederma, y que viajo al otro día para estar en el funeral, que no vio familiar o amigo que visitara a causante en el tiempo que estuvo al cargo de él, que conoció a la persona que lo llamo pero no recuerda el nombre y le dio la explicación de lo que estaba pasando, que en el sepelio conoció a la hermana del causante, que no tiene conocimiento propio de que alguien hubiera ido a visitar al causante a la casa, que fueron agios en algún tiempo y después pareja la señora Michelly y el causante, que sabe que se arrendo el apartamento del causante para que aportara económicamente a la casa, que tuvo conocimiento que un primo o tío del causante que cree de nombre de Alfredo que ayudaba económicamente, que era la única persona que estaba pendiente del causante, que al causante le dio un derrame cerebral, que era enfermo del corazón, tenía u problema en el brazo, que no conoció algún amigo o familiar del causante excepto del señor al que hizo referencia, que sabe que las cenizas del causantes se la entregaron a su madre Michelly porque eran pareja, que el causante dormía en la habitación con su madre, que escucho que al causante hablando con la prima y que lo estaba invitando a un desayuno o almuerzo, que fue a él a quien llamaron a contarle lo de la muerte del causante, que su madre señora Michelly era soltera y convivía con el causante y tenía una relación, que Michelly era separada legalmente hace unos 20 o 30 años y tenía una relación el señor, que dejo de convivir hace unos 35 o 37 años con su padre.".

En los interrogatorios, las partes expresaron:

Demandante, récord 25:00, archivo 14: *"Que su relación con el causante era como su segundo hermano, que se trataban, que ella estaba pendiente de él, que la demandante vivía en su apartamento y vivía en su casa, que hablaban cada rato, que cuando estaba su hermano enfermo llamaba a la señora Michelly para las medicinas, el contacto nunca se perdió. Que con el causante se veían cada nada, que el causante estuvo viviendo en el 2011 con ella en Moralba como 4 o 5 meses y luego se fue para el apartamento, porque la situación del causante estaba mal, que a veces se veían cada 8 días, a veces todos los días, que a veces el causante iba a la casa, que se veían donde una tía que vivió en el Quiroga, que como ella trabajaba se hablaba mucho, que ella es vendedora ambulante. Que ella le ayudaba con el mercado al causante, a pagar los servicios, que inclusive tiene un recibo de la señora Michelly Morales Fúquene donde le ayudaban a pagar a ella los alimentos del causante. Que no retiro las cenizas del causante porque la señora Michelly solicitó si se podía quedar con las cenizas, que ella otorgó ese permiso, pero no sabe dónde quedaron las cenizas, que ella fue quien firmó e hizo todo lo de la funeraria, que inclusive en la funeraria cuando Michelly llegó de estados unidos y pidió permiso para acceder al cuerpo del causante. Que accedió a entregarle las cenizas de su hermano a la demandada Michelly porque se lo pidió llorando, que ella quería tenerlo allá y quería llevarlas para la casa, que incluso ella le dijo que iba a hacer con las cenizas y le solicitó el permiso para que se las entregaran. Que conoce a la demandada Michelly porque su hermano se enfermó y le dio una trombosis y la señora Michelly hizo el favor de llevarlo al Hospital de Kennedy, que a ella la llamo la señora Michelly y le dijo que su hermano estaba en el hospital, que entonces le dijo que estaba en el Hospital Kennedy y ella fue al hospital y ahí fue cuando ella llegó y no conocía a la señora Michelly, y le dijo que fue la persona que la llamo, que al causante le dio la trombosis en la calle y por eso la señora Michelly la llamo, que cree que el señor Lederma venía del comedor comunitario y estaba almorzando cuando iba para la casa. Que la señora Michelly y el causante eran vecinos, que la señora Michelly le dijo que eran vecino del causante. Que la señora Michelly era amiga del causante. Que ella no lo llevo al médico porque la llamaron y le dijo que estaba en el hospital. Que el causante vivía solo en el apartamento, que no vivía con nadie, y que el causante vivía en la unidad 6 y la señora Michelly en la unidad 7, son bloques y los divide una reja, que Michelly vivía en una unidad y el causante en otra unidad. Que el causante vivía de lo que ellos le colaboraban, que Alfredo Yunda Sarmiento le colaboraba al causante, que el causante a lo último no trabajaba porque estaba enfermo y le dio muy enfermo, y vivía de lo que le colaboraban. Que la señora Michelly era una amiga del causante y cuando salió del causante la señora Michelly dijo que lo ayudaba y que le pagaban mensual, que la señora Michelly se ofreció a cuidarlo y como estaba cerca del causante y se habló para pagarle a Michelly la cuidada, que se le pagaban los alimentos y servicios del apartamento del causante, que no recuerda cuanto se le pagaba a la señora Michelly, los cuidados es que lo llevara al médico, estar pendiente del causante, que el causante estaba en un comedor comunitario y le daba el desayuno y la comida y almorzaba en un comedor comunitario. Que no atendió al causante porque ella*

trabajaba y se dio la oportunidad que la señora Michelly lo cuidara y que ellos dijeron que no tenían toda la plata para pagar en el Hospital y que ella fue a hablar con la trabajadora social y que la señora Michelly no se metió porque era la hermana. Que el causante a lo último no se podía movilizar solo, que a veces iba a caminando y quedo mal del pie y mano derecha, y se debía de ayudar, en los últimos 6 o 7 meses antes de salir del hospital fue que no se pudo movilizar solo, que a los 8 meses de salir del hospital fue que la señora Michelly se ofreció a cuidar, solo dentro de los 8 meses. Que conoció a la señora Michelly cuando estuvo hospitalizado, que conoció 8 meses antes del fallecimiento. Que el causante convivía solo, que no tuvo conocimiento antes de la señora Michelly. Que la señora Michelly era quién reclamaba alimentos porque se ofreció a esos cuidados. Que vivía la señora Michelly en la unidad 7 con los hechos. Que cuando el causante falleció la señora Michelly estaba en Estados Unidos, duró 5 o 6 meses anteriores al fallecimiento, rectificando que fue más de un mes. Que durante el tiempo que la señora Michelly estuvo en Estados Unidos la señora Michelly le dijo que lo estaba cuidado un hijo de ella, que la señora Michelly le dijo a una prima de ellos Stella Triana, que ellos trabajaron mucho tiempo, los 2 se hablaban y comunicaban, que esa situación se la pusieron en conocimiento como a los 8 días que su prima le dijo. Que la señora Michelly como dos veces la invito a almorzar, que le decía como estaba. Que cree que el hijo de la señora Michelly le comunicó el fallecimiento.".

Demandada MICHELLY FÚQUENE, récord 1:59:02, archivo 14*: "Que ella nunca conoció a la demandante, que la demandante llegó con una prima cuando el causante salió del hospital, que el causante le comentó que no se llevaban bien con la demandante prueba era muy agresiva, y que había agredido a la primera compañera permanente y por eso se había ido de la casa. Que la demandante y el causante son medio hermanos. Que ella reclamo lo saldos que el causante tenía en Porvenir S.A. Que ella nunca le comentó a la demandante que iba a retirar los saldos en Porvenir, porque ella era la compañera permanente, que la demandante nunca estaba pendiente del causante. Que ella no retiro saldos de Colpensiones, que solo en Porvenir donde le entregaron el valor de $60.000.000. Que ella conoció al causante donde una vecina que se lo presentó, que eso fue en el 2007, que entones ya se veían constantemente allí porque ella iba a donde la señora a que el comiera, que ya empezaron a buscarlos, y después de hablar mucho entablaron una relación, y viendo una situación económica del causante porque el que los ayudo fue Alfredo que era primo del causante, y que por la situación económica del causante se fue a vivir a su casa y se arrendó el apartamento del causante, y lo del arriendo el señor Alfredo le entregaba lo del valor del arriendo, que también le envió mercado con la señora Stella y firmo la recepción. Que se conocieron en el 2007 y en el 2009 empezó la convivencia, que convivían en la casa del causante, que convivieron allí hasta cuando le dio la trombosis, y se enfermó y decidió irse a vivir a la casa de ella, que el señor Alfredo envió a trabajadores para que hiciera el trasteo, que ella conviva con el causante en el apartamento de él, era quién hacia los alimentos, que comenzaron a convivir en octubre de 2009. Que el causante no trabajaba, que ella le aportaba al causante, que pagaba los servicios de agua y luz, porque cuando llegó a la vida del causante le quitaban la luz, que hasta cuando el causante se enfermó el señor Alfredo. Que el causante estaba afiliado a Humana Vivir y luego paso a Humana Vivir, que ella cotizaba a salud y en el momento en que el causante se enfermó dijo que lo iba a pasar a la EPS y desafortunadamente ella viajó, que ella estaba afiliada como cotizante. Que viajo a Estados Unidos el 24 de diciembre de 2012, que viajo porque su hija estaba allá y ya el causante se sentía mejor y estaban viviendo en el apartamento, y que su hijo mayor le dijo que se fuera y que él se quedaba con el causante. Que el causante dijo que, si viajaba y se quedaba con Fredy su hijo, que ellos se comunicaban todos los días. Que la prima Stella lo invitó a desayunar a la casa de ella y que la señora Stella dijo que Lederma se había enfermado y le dijo que había fallecido, que cuando llegó de Estados Unidos, le preguntó que paso con el causante y que le dijo que desayuno y salieron a coger el transporte y se desmayó en la calle, que los papeles del causante los tiene ella en su poder. Que con Stella no tenía relación buena porque el causante ya le había advertido que ni con la demandante ni con Stella se hablaran porque eran agresivas, que le contó que la primera compañera la agredieron verbal y físicamente y que por eso se tenía que ir de la casa. Que con el señor Alfredo Yundal, la relación es buena, que a raíz de ese problema se disgustó y no quiso saber más de ella, porque no podía irse en contra de la familia.".*

De las pruebas recaudadas, resulta fácil concluir que la aquí demandante no es beneficiaria de la devolución de saldos que reclama ante PORVENIR S.A., pues si bien es cierto alega la calidad de heredera al ser la hermana del causante Lederma Gasca Sarmiento, (q.e.p.d.), debe esta Sala advertir que la señora Michelly Morales Funeque acreditó la calidad de compañera permanente del causante, pues de acuerdo con los testimonios recaudados por la *a quo* se puede extraer que la señora Michelly Morales Funeque, cuidó del causante tanto en su

enfermedad como en su manutención, así como éste convivió con ella, por lo cual resulta posible establecer de forma concreta y sin lugar a dudas que hicieron comunidad de vida y de pareja de manera ininterrumpida y permanente cuando decidieron convivir juntos y hasta el día del deceso, esto es, hasta el 9 de enero de 2013. Aunado a ello, las declaraciones recepcionadas comparten similitud con los dichos relacionados en el informe de investigación para pago de prestaciones económicas (*María Eliza Fúneque (cuñada), Alma Delia Guzmán (conocida) y Estela Triana (prima del causante) - Páginas 161- 162. Archivo05),* elaborado por la sociedad LEON & ASOCIADOS[3] de fecha 21 de febrero de 2013, de la cual se concluye que la señora Michelly Morales Fúneque fue la compañera permanente del *de cujus*.

De igual forma, la demandante al absolver interrogatorio de parte, manifestó que el causante vivía solo en el apartamento de la unidad 6 y la señora Michelly Fúquene en la unidad 7, versión que se contradice con lo dicho por los demás testigos ya que el señor Jorge Mozuca Garzón indicó que el causante le comentó en una oportunidad que estaba muy enfermo que vivía con la señora Michelly Fúquene, en el mismo sentido la señora Sandra Daissy y Fredy manifestaron que el causante y la señora Michelly Morales convivían, no encontrando similitud en su dicho, debiéndose probar tal aspecto.

En este orden, de los interrogatorios y testimonios recaudados, se puede extraer que la señora Michelly Morales Funeque fue la persona que estuvo a cargo del señor Lederma Gasca Sarmiento hasta el momento de su deceso, pues conforme dan cuenta las declaraciones recaudadas, era el causante quien vivía en el mismo domicilio con la señora Michelly Morales Funeque, ambos estaban pendientes de sus alimentos, se acompañaban al médico y la aquí demandada quien le procuró los cuidados y atenciones al causante a lo largo de su enfermedad y hasta donde sus propias condiciones de salud se lo permitieron. Cabe señalar, aun cuando la señora Michelly Morales Funeque viajó por un mes por asunto personal, dicho ausentismo no desvirtúa la convivencia que tenía con el causante, tan es así que, el seguía viviendo en la residencia de la señora Michelly Morales Funeque y está a través de su hijo brindaba el cuidado.

[3] (Páginas 161- 162, Archivo05).

La anterior conclusión, es la misma a la que arrima la jurisprudencia de la H Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, reiterada entre otras en la SL 15503 de 2015, SL 14237 de 2015 , SL 15503 de 2015 , SL 12029 de 2016 y SL1706 de 2021, donde se advierte **que la convivencia exigida no necesariamente comporta la permanencia o residencia bajo un mismo techo, pues la ausencia puede explicarla circunstancias ajenas a la voluntad de la pareja, como por ejemplo por enfermedad, asuntos laborales, familiares o de fuerza mayor, siempre que persista el apoyo moral, material, afectivo, solidaridad, por ser rasgos esenciales y distintivos de la convivencia entre una pareja y que supera su concepción meramente formal relativa a la cohabitación.**

Conclusión que se encuentra acorde con la jurisprudencia de la CSJ SCL, sentencia SL1130 de 2022, donde discurrió:

> ***"1.2. Del concepto jurídico de convivencia:***
>
> *De vieja data se ha sostenido que dicho término, cuando se trata de cónyuges o compañeros (as) permanentes, busca proteger la unidad familiar* ***y por ello es entendida como la comunidad de vida, lazos de amor, ayuda mutua, solidaridad, apoyo económico, asistencia solidaria, acompañamiento espiritual, con vocación de consolidación de vida en pareja.***
>
> *Entonces, es aquella «****efectiva comunidad de vida, construida sobre una real convivencia de la pareja, basada en lazos de afecto y el ánimo de brindarse sostén y asistencia recíprocos****» (sentencia CSJ SL, 29 nov. 2011, rad. 40055; reiterada en la CSJ SL4549-2019 y en CSJ SL3861-2020).*
>
> *Incluso, bajo dicha perspectiva, el concepto analizado abarca circunstancias que van más allá del meramente económico, en la medida que protege el socorro en otras esferas, como se dijo, el familiar, vida en pareja, espiritual etc. Por tal razón, se ha defendido que, con independencia de la situación formal existente entre la pareja, lo que determina una real convivencia son las características anotadas.*
>
> *Por supuesto, tal elemento debe ser analizado en cada caso en concreto, ya que dadas las particularidades es posible que existan eventos en los que los cónyuges o compañeros permanentes no cohabiten bajo el mismo techo, por circunstancias especiales. Por ejemplo, en providencia CSJ SL6519-2017, citada en CSJ SL3861-2020, se indicó que:*
>
> ***[…] la convivencia debe ser examinada y determinada según las particularidades relevantes de cada caso concreto, por cuanto esta exigencia puede presentarse y predicarse incluso en eventos en que los cónyuges o compañeros no puedan estar permanentemente juntos bajo el mismo techo físico, en razón de circunstancias especiales de salud, trabajo, fuerza mayor o similares, pues ello no conduce de manera inexorable a que desaparezca la comunidad de vida de la pareja, si claramente se mantienen vigentes los lazos afectivos, sentimentales y de apoyo, solidaridad, acompañamiento espiritual y ayuda mutua, rasgos esenciales y distintivos de la convivencia entre una pareja y que supera su concepción meramente formal relativa a la cohabitación en el mismo techo…***
>
> *En igual sentido en sentencia CSJ SL14237-2015, reiterada en CSJ SL4962-2019, la Corte sostuvo que:*

> ***Y es que, ciertamente, en sentencia CSJ SL, 10 may. 2007, rad. 30141, la Corte Suprema trajo a colación varios apartes jurisprudenciales de la noción de convivencia, recalcando que no es el simple hecho de la residencia en una misma casa lo que la configura, sino otras circunstancias que tienen que ver con la continuidad consciente del vínculo, el apoyo moral, material y efectivo y en general el acompañamiento espiritual permanente que den la plena sensación de que no ha sido la intención de los esposos finalizar por completo su unión matrimonial****, sino que por situaciones ajenas a su voluntad que en muchos casos por solidaridad, familiaridad, hermandad y diferentes circunstancias de la vida, muy lejos de pretender una separación o ruptura de la pacífica cohabitación, hacen que, la unión física no pueda mantenerse dentro de un mismo lugar. (…)*
>
> *En ese orden, resulta claro que el no vivir bajo el mismo techo por condiciones especiales no implica necesariamente que ipso facto desaparezca la comunidad de vida, siempre que prevalezcan los lazos afectivos, sentimentales, de apoyo, solidaridad, acompañamiento espiritual y ayuda mutua, propios de la vida en pareja. (…).".*

En consecuencia, aplicando el anterior criterio jurisprudencial, concluye la Sala, las circunstancias de viajes familiares no pueden ser ignoradas por los operadores judiciales al tomar decisiones en materia de seguridad social, decisión a la que arribó la juez de primera instancia, reiterándose, para demostrar la convivencia, debe acreditarse que entre la pareja se presentó una comunidad marital, no entendida como la existencia de relaciones sexuales, sino como el predomino de una relación afectiva y sentimental en la que el respeto, cariño, ayuda mutua, compromiso de socorro y acompañamiento espiritual se encuentran acreditados.

Valorados en conjunto los anteriores medios, se establece, Porvenir no erró en indicar que la prestación ya fue definida, reconocida y pagada en un 100% a la señora Michelly Fúquene en calidad de compañera, quien se presentó y acreditó el derecho que le asistía sobre la prestación del señor Lederma Gasca (q.e.p.d.), de acuerdo a lo establecido en los artículos 74 y 76 de la Ley 100 de 1993, acertando con ello la *a quo* al reconocer esta calidad e indicar que le asistía el reconocimiento y pago de la devolución de saldos a la demandada, desplazando a la aquí demandante como heredera.

Así las cosas, a quien le asistía derecho para reclamar el pago de la devolución de saldos, conforme lo prevé el artículo 15 de la Ley 776 de 2002[4], por así

[4] ***ARTÍCULO 15. DEVOLUCIÓN DE SALDOS E INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA.*** *Cuando un afiliado al Sistema General de Riesgos Profesionales se invalide o muera como consecuencia de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional, además de la pensión de invalidez o de sobrevivientes que deberá, reconocerse de conformidad con la presente ley, se entregará al afiliado o a los beneficiarios:*

a) Si se encuentra afiliado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, la totalidad del saldo de su cuenta individual de ahorro pensional;
b) Si se encuentra afiliado el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida la indemnización sustitutiva prevista en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993.

acreditarlo, era a la señora Michelly Fúquene, actuando Porvenir S.A. dentro del marco de la ley al entregar los saldos obrantes en la cuenta individual del de cujus.

Por lo expuesto, la señora Michelly Fúquene tenía mejor derecho que la demandante frente al pago de la devolución de saldos, no encontrándose error en este proceder por parte de Porvenir S.A., misma conclusión de la juez de primer grado.

Finalmente, en punto al recurso de apelación, debe advertir la Sala en primer lugar, los testigos recaudados brindaron credibilidad al rendir sus declaraciones, no pudiéndose desconocer las mismas por solicitud de este extremo, quién además tuvo la oportunidad de contrainterrogar y ejercer el derecho de defensa, de modo que, si considera que los testigos faltaron a la verdad debe acudir a las vías judiciales pertinentes.

Frente a la sentencia proferida por el Juzgado 28 de Familia de Bogotá bajo el radicado No. 2000 131085, de fecha 28 de agosto de 2017, misma que fue confirmada por el Tribunal del Distrito de Bogotá, Sala de Familia mediante sentencia del 6 de diciembre de 2017, debe señalar esta la Sala de Decisión que sin importar el tiempo de convivencia que acreditara la demandada Michelly Fúquene en aquél proceso de Familia y aun cuando haya sido desfavorable a sus pretensiones, en tratándose de materia pensional y conforme a la jurisprudencia en cita, cuando se trata de **muerte de un afiliado, no será exigible tiempo específico de convivencia, pues simplemente bastará con demostrar la condición de compañero permanente o compañero (a) y la conformación del núcleo familiar, con vocación de permanencia, vigente para el momento de la muerte**, situación que se acreditó por parte de la señora Michelly Fúquene. Además, no se trata de volver a analizar o juzgar los mismos hechos como lo recalca el apelante, por el contrario, se verifica una situación consolidada y se valoraron los medios probatorios que en su momento se tuvieron en cuenta por parte de PORVENIR para reconocer y entregar los saldos existentes a la demandada, no asistiéndole razón a la parte actora.

PARÁGRAFO. *Para efectos del saldo de la cuenta de ahorro individual, los bonos pensionales, en desarrollo del artículo 139 numeral 5, de la Ley 100 de 1993, se redimirán anticipadamente a la fecha de la declaratoria de la invalidez o de la muerte de origen profesional.*

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.

COSTAS en esta instancia a cargo de la demandante.

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

RESUELVE

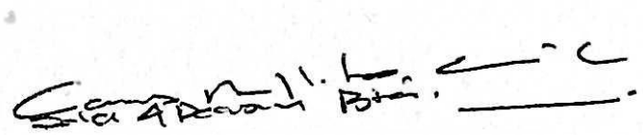
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado (43) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

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

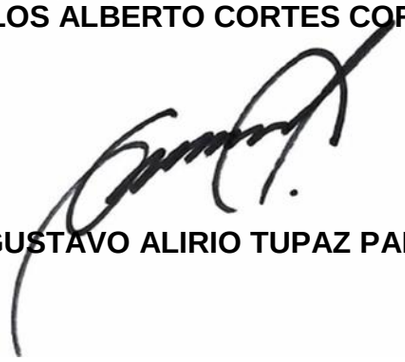
NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

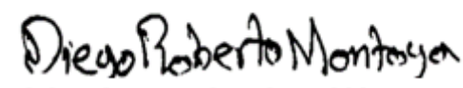


CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

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



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR JOSÉ MANUEL LABRADOR HERNÁNDEZ CONTRA BRIO SEGURIDAD LTDA (Rad. 35 2019 00450 01)

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

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

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por el Curador Ad Litem de la demandada, contra la sentencia proferida por la Juez 35 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 1º de febrero de 2023 (*Audiencia Virtual de trámite y juzgamiento, 19AudioFallo.mp4, récord: 33:15*), en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO: DECLARAR*** *que entre José Manuel Labrador Hernández y Brio Seguridad Ltda., existió una relación laboral entre el 08 de mayo del 2015 al 28 de noviembre del 2017.*
>
> ***SEGUNDO: CONDENAR*** *a Brío Seguridad Ltda., por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, a pagar a favor de José Manuel Labrador Hernández, las siguientes cantidades:*
>
> 1. *Por concepto de CESANTÍAS $1.776.844.*
> 2. *Por concepto de INTERESES A LAS CESANTÍAS $102.722.*
> 3. *Por concepto de PRIMA DE SERVICIOS $1.081.984*
> 4. *Por concepto de VACACIONES $839.457 debidamente indexado.*
> 5. *Por concepto de SANCIÓN POR NO PAGO DE LOS INTERESES de las cesantías $102.722.*
>
> ***TERCERO: CONDENAR*** *a Brío Seguridad Ltda., por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, a PAGAR a favor de José Manuel Labrador Hernández, la indemnización de que trata el Art. 65 del C.S.T., esto es un día de salario en cuantía de $24.590,57 desde el 29 de noviembre del 2017 y hasta la fecha en que se verifique el pago efectivo.*
>
> ***CUARTO: ABSOLVER*** *a Brio Seguridad Ltda., de las demás pretensiones invocadas en su contra, de conformidad con la parte motiva de este proveído.*

> ***QUINTO: CONDENAR EN COSTAS*** *en esta instancia a Brío Seguridad Ltda. Por secretaria liquídense las costas incluyendo como agencias en derecho la suma de $1.000.000.".*

El Curador Ad Litem de la demandada interpuso recurso de apelación[1], con el propósito de que la sentencia sea revocada en atención a que, en su sentir, no se demostró el salario y tampoco la jornada laboral del demandante, lo cual implica que no existen elementos de juicio para declarar un contrato. Sumado a ello argumentó, como la demandada fue defendida por Curador ad litem, no queda acreditada las razones por las que pueda considerarse que la parte actuó de mala fe, por lo que debe revocarse también la decisión en cuanto a la indemnización moratoria y respecto a la prescripción, debe declararse probada de manera total, porque no se notificó dentro del año siguiente al auto admisorio de la demanda.

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante, las pretensiones visibles a páginas 8 a 11 del archivo 01, las cuales se fundan en los hechos relatados a páginas 4 a 8, ibidem, aspirando:

1. Que se declare, que entre la empresa **BRIO SEGURIDAD LTDA** y el señor **JOSE MANUEL LABRADOR HERNANDEZ,** existió un contrato laboral a término indefinido desde el ocho (08) de mayo de dos mil quince (2015) hasta el diecisiete (17) de mayo de dos mil dieciocho (2018).

2. Que se declare que la empresa **BRIO SEGURIDAD LTDA**, termino unilateralmente y sin que mediara justa causa el contrato de trabajo a término indefino celebrado con el señor **JOSE MANUEL LABRADOR HERNANDEZ.**

3. Que se declare que la empresa **BRIO SEGURIDAD LTDA** adeuda al señor **JOSE MANUEL LABRADOR HERNANDEZ** la indemnización por despido sin justa causa, de que trata el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo.

---

[1]***Curador Ad Litem de la demandada, récord 35:40, archivo 19****: "Muy brevemente interpongo recurso de apelación con el propósito de que la sentencia sea revocada en atención a que no se demostró el salario y tampoco la jornada laboral del demandante, lo cual implica que no existen elementos de juicio para determinar en concreto un contrato. Y sumado a lo anterior, pues como la demandada fue defendida por Curador ad litem, no queda acreditada las razones por las que pueda considerarse que la parte demandada actuó de mala fe, por lo que debe revocarse también la decisión en cuanto a la indemnización moratoria y pues respecto a la prescripción, también debe declararse probada de manera total, porque no se notificó dentro del año siguiente al auto admisorio de la demanda en estos términos, sustento el recurso.".*

4. Que se declare que, durante la relación laboral, ni a su terminación y en la actualidad la empresa **BRIO SEGURIDAD LTDA** no pago al señor **JOSE MANUEL LABRADOR HERNANDEZ** los dineros correspondientes a las horas extras diurnas, horas extras nocturnas y recargos dominicales o festivos causados durante la relación laboral, esto es: entre el ocho (08) de mayo de dos mil quince (2015) hasta el diecisiete (17) de mayo de dos mil dieciocho (2018).

5. Que se declare que, durante la relación laboral, ni a su terminación y en la actualidad la empresa **BRIO SEGURIDAD LTDA** no consigno en el fondo de cesantías, ni ha pagado al señor **JOSE MANUEL LABRADOR HERNANDEZ** los dineros por concepto de cesantías, correspondiente al periodo comprendido entre el ocho (08) de mayo de dos mil

6. Que se declare que, durante la relación laboral, a su terminación y en la actualidad la empresa **BRIO SEGURIDAD LTDA** no pago al señor **JOSE MANUEL LABRADOR HERNANDEZ,** los intereses sobre las cesantías correspondiente al periodo comprendido entre el ocho (08) de mayo de dos mil quince (2015) hasta el diecisiete (17) de mayo de dos mil dieciocho (2018).

7. Que se declare que, durante la relación laboral, ni a su terminación y en la actualidad la empresa **BRIO SEGURIDAD LTDA** no pago al señor **JOSE MANUEL LABRADOR HERNANDEZ,** la prima de servicios correspondiente al periodo comprendido entre el ocho (08) de mayo de dos mil quince (2015) hasta el diecisiete (17) de mayo de dos mil dieciocho (2018).

8. Que se declare que, durante la relación laboral, ni a su terminación y en la actualidad la empresa **BRIO SEGURIDAD LTDA** no pago al señor **JOSE MANUEL LABRADOR HERNANDEZ,** las vacaciones comprendido entre el ocho (08) de mayo de dos mil quince (2015) hasta el diecisiete (17) de mayo de dos mil dieciocho (2018).

9. Que se declare que la empresa **BRIO SEGURIDAD LTDA** adeuda al señor **JOSE MANUEL LABRADOR HERNANDEZ** la indemnización moratoria contemplada en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

10. Que se declare que la empresa **BRIO SEGURIDAD LTDA** incurrió en un fraccionamiento de la relación laboral, en contra del señor **JOSE MANUEL LABRADOR HERNANDEZ** y para beneficio, en el periodo comprendido entre el veintinueve (29) de noviembre de dos mil diecisiete (2017) y el dieciséis (16) de diciembre de dos mil diecisiete (2017).

11. Que se declare que la empresa **BRIO SEGURIDAD LTDA** adeuda al sistema de seguridad social el pago de los aportes al sistema de salud del señor **JOSE MANUEL LABRADOR HERNANDEZ** del periodo comprendido entre el veintinueve (29) de noviembre de dos mil diecisiete (2017) y el dieciséis (16) de diciembre de dos mil diecisiete (2017), fecha del fraccionamiento de la relación laboral.

12. Que se declare que la empresa **BRIO SEGURIDAD LTDA** adeuda al sistema de seguridad social el pago de los aportes al sistema general de riesgos laborales del señor **JOSE MANUEL LABRADOR HERNANDEZ** del periodo comprendido entre el veintinueve (29) de noviembre de dos mil diecisiete (2017) y el dieciséis (16) de diciembre de dos mil diecisiete (2017).

13. Que se declare que la empresa **BRIO SEGURIDAD LTDA** adeuda al sistema de seguridad social el pago de los aportes al sistema general

> en pensiones del señor **JOSE MANUEL LABRADOR HERNANDEZ** del periodo comprendido entre el veintinueve (29) de noviembre de dos mil diecisiete (2017) y el dieciséis (16) de diciembre de dos mil diecisiete (2017).

Consecuente con ello, pidió se condene al pago de prestaciones sociales, vacaciones, horas extras, sanción por no consignación de intereses a las cesantías e indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T., el pago de la indemnización por despido del artículo 64 del C.S.T. y los aportes al sistema de seguridad social integral en salud, pensión y ARL e indexación.

Obteniendo sentencia de primer grado parcialmente favorable a sus aspiraciones por cuanto se declaró que entre José Manuel Labrador Hernández y Brio Seguridad Ltda., existió una relación laboral entre el 08 de mayo del 2015 al 28 de noviembre del 2017 y como consecuencia se condenó a Brío Seguridad Ltda., a pagar a favor del actor, las cesantías, intereses, prima de servicios, vacaciones, sanción por no pago de los intereses de las cesantías, la indemnización de que trata el Art. 65 del C.S.T., esto es un día de salario en cuantía de $24.590,57 desde el 29 de noviembre del 2017 y hasta la fecha en que se verifique el pago efectivo, se absolvió de las demás pretensiones invocadas y se condenó en costas. **Lo anterior tras considerar la *a quo***, que entre el demandante y la enjuciada existió un contrato de trabajo, en virtud de lo previsto en el artículo 24 del C.S.T., remitiéndose a la certificación laboral expedida por la demandada donde indica cargo y extremos, aclarando, no existe prueba de una prestación del servicio con posteridad al 28 de noviembre de 2017, teniendo esta fecha como extremo final ésta y no la pretendida. Frente a los documentos que relacionan la entrega de dotación indicó, ello no muestra una prestación personal del servicio. En cuanto al salario indicó que al no existir prueba alguna sobre los montos devengados se tuvo la suma de 1 smmlv, acatando la jurisprudencia de la Alta Corte.

Frente a la indemnización por despido prevista en el artículo 64 del C.S.T., adujo, el actor no demostró que la relación laboral terminara por decisión de la empresa, mucho más cuando el único testigo no conoció tal situación. En cuanto a las demás súplicas accedió aplicando el término prescriptivo pertinente, aclarando que la demora en la notificación por parte del Curador Ad Litem de la enjuiciada no puede ser endilgada al actor en los términos del artículo 94 del C.G.P. ya que este extremo ejerció los trámites pertinentes con diligencia, declarando entonces no probado este fenómeno. Finalmente, en lo atinente a las horas extras no encontró demostrado la causación de trabajo suplementario con ningún medio probatorio.

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

De conformidad con lo anterior, la controversia que se trae a los estrados apunta a determinar, en primer lugar, si dentro de esta litis se encuentra probado el **salario** y la **jornada**, sin que se hubiera desconocido que el señor JOSÉ MANUEL LABRADOR HERNÁNDEZ prestó sus servicios de forma personal a favor de la empresa BRIO SEGURIDAD LTDA, entre el 08 de mayo de 2015 al 28 de noviembre de 2017 por el recurrente.

En este orden, a fin de verificar lo anterior, procede la Sala con el análisis del acervo probatorio vertido en autos del cual se destaca la certificación laboral del señor JOSÉ MANUEL LABRADOR HERNÁNDEZ de fecha trece (13) de diciembre de dos mil diecisiete (2017) expedida por la empresa BRIO SEGURIDAD LTDA, en la que informa:



BRIO SEGURIDAD LTDA

SEGURIDAD PRIVADA BRIO SEGURIDAD LTDA
COMERCIAL - RESIDENCIAL - INDUSTRIAL - BANCARIA - HOSPITALARIA - ESTATAL
Res. S.V.S.P. No. 03704 - del 15 - 02 - 2002

BRIO
EMPRESA DE VIGILANCIA

CERTIFICACION LABORAL

La empresa Brio Seguridad con ***NIT 830.095.128–2*** *certifica que el señor* ***JOSE MANUEL LABRADOR,*** *identificado con cedula de ciudadanía* ***No. 11.300.679.*** *laboro en esta empresa desde el día 8 de mayo del año 2015 hasta el 28 de noviembre del 2017. con un contrato a término definido,* **DESENPEÑANDOSE** *en el área de* ***GUARDA DE SEGURIDAD*** *cumpliendo satisfactoriamente con sus deberes, demostrando ser una persona responsable y honesta.*

Dada en Bogotá a los trece (13) días del mes de diciembre del año 2017.

Para validación de esta referencia laboral comuníquese al teléfono ***477 22 00*** *de lunes a viernes de 8:00 am a 12:30 pm o de 2:00 pm a 6:00 pm.*

MARCOS URUEÑA
SUBGERENTE
BRIO SEGURIDAD LTDA.

BRIO SEGURIDAD LTDA
NIT. 830.095.128 - 2
Sub-Gerente

Sobre el valor probatorio de las certificaciones, es necesario citar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia SL14426 del 8 de octubre de 2014, radicación No. 41.948, M.P. Dr. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, donde plasmó:

> *"**Sobre el valor probatorio de los certificados laborales, esta Sala de Casación en sentencia CSJ SL, 8 mar. 1996, rad. 8360, reiterada en CSJ SL, 23 sept. 2009, rad. 36748, CSJ SL, 24 ago. 2010, rad. 34393, CSJ SL, 30 abr. 2013, rad. 38666, señaló:***
>
> *El juez laboral debe tener como un hecho cierto el contenido de lo que se exprese en cualquier constancia que expida el empleador sobre temas relacionados con el contrato de trabajo, ya sea, como en este caso, sobre el tiempo de servicios y el salario, o sobre otro tema, pues no es usual que una persona falte a la verdad y dé razón documental de la existencia de aspectos tan importantes que comprometen su responsabilidad patrimonial o que el juez cohoneste este tipo de conductas eventualmente fraudulentas. Por esa razón, la carga de probar en contra de lo que certifique el propio empleador corre por su cuenta y debe ser de tal contundencia que no deje sombra de duda, de manera que, para destruir el hecho admitido documentalmente, el juez debiera acentuar el rigor de su juicio valorativo de la prueba en contrario y no atenerse a la referencia genérica que haga cualquier testigo sobre constancias falsas de tiempo de servicios y salario o sobre cualquier otro tema de la relación laboral".*

Igualmente, la CSJ en sentencia SL1816-2023, discurrió: "*Se debe tener como un hecho cierto el contenido de las certificaciones expedidas por el empleador sobre temas relacionados con el contrato de trabajo, la carga de probar en contra de lo certificado corre por su cuenta -el juez debe acentuar el rigor de juicio valorativo-".*

Asimismo, se recaudó la declaración del señor **NÉSTOR GALINDO**, récord 13:38 archivo 17, donde expresó: "*Soy pensionado, estudié hasta 5, me conocí con el demandante porque fuimos compañeros de trabajo, trabajé 27 meses de noviembre de 2016 hasta enero de 2019, 27 meses logré trabajando con ellos, fui recorredor y portería, era vigilante de la empresa, el ingreso de él no lo sé y la terminación fue en el mismo tiempo en que la empresa me retiró, eso fue ene l 2019 porque yo tengo la historia laboral y eso fue en ese año, él también terminó en ese año, no sé porque lo retiraron, se laboraban 12 horas de 6 am a 6 pm en portería, se pagaba solo el básico en el 2017 era como setecientos algo, se trabajaba domingos de acuerdo a la programación, era permanente esa jornada, el demandante estuvo como 4 años, eso es un promedio, no teníamos el mismo salario, la verdad es que habían compañeros y unos ganaban más, la ventaja no era mucho pero si ganaban más, el ingreso y salida se anotaba en la minuta, los elementos los traía uno para la casa, por lo menos en el caso mío cuando yo me presentaba en el trabajo, cuando yo estuve me pagaron una vez prima en dos contados y luego 300 mil pesos de los 27 meses que laboré con ello pero no me dieron constancia ni nada, eso lo hacían con varios compañeros, él trabajaba y lo enviaban a otro puesto de trabajo, lo llamaban porque le cancelaban puesto en la empresa y lo llamaban luego, fue lo mismo que me hicieron, debido a que no le cancelaron todas las*

prestaciones fue que resolvió conseguir una persona para demandar la empresa, él me comentaba cuando hacíamos los turnos de trabajo cuando estábamos en portería, en un puesto durábamos los dos un me so mes y medio, éramos corredor o portería porque cuando el conjunto es pequeño había uno solo en portería y el otro haciendo ronda en al madrugada cuando tocaba registrar los vehículos, nos veíamos cada 6 o 7 meses, un promedio ya que en mi caso estuve en 18 puestos, me tenían rotando siempre".

Así las cosas, del análisis del escaso material probatorio recaudado y valorado bajo las reglas de la sana critica, pues recuérdese que la decisión se funda en la libre formación del convencimiento del fallador *(artículo 61 del C.P.L.),* sin que existan tarifas probatorias o pruebas irrefutables, advierte esta Sala, tal como lo definió la juez *a quo*, se logró acreditar que el señor José Manuel Labrador prestó los servicios para la empresa BRIO SEGURIDAD LTDA ya que la certificación es clara al indicar que se desempeñó como Guarda de Seguridad a través de un contrato de trabajo a término indefinido entre el 8 de mayo de 2015 al 28 de noviembre de 2017, situación que cumple con lo reseñado por la Corte Suprema ya que se prueba la prestación personal del servicio y extremos, aspectos que no fueron objeto de reparo.

Ahora, si bien la referida certificación no indica cuál era el salario devengado por el actor, no pudiéndose verificar con ningún medio de prueba, debe advertirse, como quiera que se encuentra acreditada la prestación personal del servicio del demandante, como ya se dijo, debe tenerse por devengado la suma de 1 smmlv, en acatamiento a lo adoctrinado por la Alta Corte en sentencia CSJ SL2647-2021, entre otras, donde indicó: "**La imposición de la condena con base en el salario mínimo cuando no se demostró el realmente devengado, no desnaturaliza el principio de primacía de la realidad".** De tal forma, encuentra la Sala que la juzgadora de primer grado no erró al tener esta suma como salario, pese a no estar probado de manera explícita en el plenario, pues se itera, es suficiente probar la prestación personal del servicio para presumir que como mínimo el actor era remunerado con este monto.

Frente al reparo de la jornada, si bien es cierto que este asunto carece de material probatorio en tal aspecto, lo cierto es que no es un requisito *sine qua non* para declarar la existencia de la relación laboral ya que, como lo concluyó la juzgadora es suficiente demostrar la prestación personal del servicio para dar

paso a la presunción contenida en el artículo 24 del C.S.T.[2], por lo que, ante tales inferencias se confirmará la sentencia proferida en primer grado.

En otro giro, en punto a la **Indemnización del artículo 65 del C.S.T**. ha de recordarse, le corresponde al Juzgador analizar el material probatorio obrante en el proceso, para así determinar si existen razones atendibles frente a los motivos que tuvo el empleador para no pagar salarios y prestaciones o hacerlo de manera extemporánea y para no consignar el valor de la cesantía correspondiente para cada año antes del 15 de febrero del año siguiente, que revelen buena fe en su comportamiento, precisándose ésta no procede de manera automática, pues como ya se mencionó que ha de analizarse el elemento buena o mala fe[3]. En dichos términos se ha pronunciado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia[4].

De esta manera, ha de advertirse la primera de las sanciones procede cuando el empleador no satisface en oportunidad los salarios y prestaciones sociales derivadas del contrato de trabajo, considerando esta Corporación en el presente asunto es claro que la demandada debió pagar las acreencias laborales del actor durante la ejecución del vínculo laboral, por ende y como quiera que dentro del debate del presente asunto **no se constató justificación alguna frente a dicho aspecto**, se estima desdeñable la posición de la llamada a juicio al sustraerse del pago de las acreencias debidas al accionante, razón por la cual resulta procedente la condena a esta indemnización.

Por ende, se itera, al no evidenciarse una situación que enmarque a la empresa BRIO SEGURIDAD LTDA en el terreno de la buena fe, resulta procedente acceder a la pretensión del accionante al no demostrarse el pago de los rubros objeto de esta indemnización, pues resulta suficiente verificar que

---

[2] "Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo.".
[3] Al respecto ver SL 309 del 5 de febrero del 2020 y SL 11436 del 29 de junio de 2016.

[4] *"...Esta Sala de la Corte, desentrañando el sentido de la norma transcrita y buscando evitar injusticias en su aplicación automática, ha dicho en multitud de ocasiones: "El entendimiento del artículo 65 del C. S. del T. conlleva a la luz de la jurisprudencia, la apreciación de los elementos subjetivos de mala fe o buena fe para la aplicación de la norma. La sanción por ella consagrada no opera de plano sobre los casos de supuestas prestaciones sociales no satisfechas por el patrono, ya que tal indiscriminada imposición de la pena pecuniaria es una aberración; contraría las normas del derecho que proponen el castigo como correctivo de la temeridad, como recíproco del ánimo doloso" (Sent. del 9 de abril de l.959, G. J. T. XC, p. 423, reproducida, entre muchas otras, en las del 20 de mayo de l.963 y el 20 de julio de 1.968).*

Con respecto a la prueba de los elementos subjetivos aludidos, también como desarrollo jurisprudencial de esta Corporación, se ha dicho que el empleador sólo se libera de la indemnización a que alude la disposición en cita, demostrando que su actitud reticente obedeció a motivos valederos que evidencian sin lugar a dudas su buena fe." (Sentencia de junio 13/91 Extractos de Jurisprudencia Tomo 6, 2o. trimestre 1.991)."

ningún pago en vigencia de la relación laboral se aportó con el fin de acreditar que satisfizo las obligaciones laborales que tenía a su cargo aun más cuando expidió la certificación laboral reconociendo el vínculo contractual.

Finalmente, en relación a la procedencia de la interrupción de la prescripción propuesta por el Auxiliar de la Justicia debe advertirse, en efecto, el artículo 94 del C.G.P., prevé que: "*La presentación de la demanda interrumpe el término para la prescripción e impide que se produzca la caducidad* ***siempre que el auto admisorio de aquella o el mandamiento ejecutivo se notifique al demandado dentro del término de un (1) año contado a partir del día siguiente a la notificación de tales providencias al demandante****. Pasado este término, los mencionados efectos solo se producirán con la notificación al demandado". (Negrilla fuera del texto).*

No obstante, esta normatividad, debe decirse, la aplicación del artículo 94 del C.G.P. no se hace de forma automática, ya que es necesario establecer si la notificación, habiendo transcurrido más un año de la presentación de la demanda, no se realizó por culpa imputable al demandante o por circunstancias ajenas a él.

De conformidad con el artículo 94 del C.G.P., la providencia CSJ SL3788-2020, adoctrinó:

> *"(...) no se aplica literalmente, de forma automática, es decir, con el simple conteo de términos, pues, de acuerdo con el principio de interpretación conforme que ha de orientar en todo caso la interpretación de la ley según el art. 4 de la Constitución,* ***el juzgador debe evaluar si la tardanza en la notificación obedeció a la conducta negligente del actor o si, por el contrario, tuvo que ver con el proceder del despacho judicial o el de la demandada****.*
>
> *En este sentido, se adopta en sede de casación el criterio de la Sala que impregnó la decisión de instancia de la sentencia CSJ SL 4578-2014,* ***donde, a pesar de que el auto admisorio de la demanda fue notificado luego de transcurrido más de los 120 días de que trataba el artículo 90 del CPC (esto fue antes de la modificación introducida por el art. 10 de la Ley 794 de 2003), la Corte tomó la fecha de la presentación de la demanda para dar por interrumpida la prescripción, porque tuvo en cuenta que la tardanza en la notificación no fue por culpa del demandante,*** *en la medida en que, ante la renuencia del demandado a comparecer, el juez debió impulsar oficiosamente el proceso, art. 48 del CPT y SS, mediante el nombramiento de curador y hacer, a través de este, la notificación correspondiente, sin que fuera necesaria la petición de parte, ya que no fue el caso de que la dirección de la contraparte indicada en la demanda no existiera, en tanto que, por el contrario, el informe del citador indicaba que sí existía; además que el actor había cumplido con su carga de aportar todos los medios necesarios para que se diera la respectiva notificación.". (Negrilla fuera del texto).*

En acatamiento de lo que antecede, en el presente caso, no se discute que: i) la demanda fue presentada el **27 de junio de 2019**, es decir, dentro de los tres años a la expiración de la relación laboral que fue declarada al 28 de noviembre de 2017; ii) la demanda se **admitió el 16 de julio de 2019** y la primera constancia de notificación del artículo 291 del C.G.P. fue aportado por el demandante el día 24 de septiembre de 2019 (archivo 01, pág., 38), citación que fue efectivamente recibida por la empresa conforme se constata en la certificación emitida por la empresa de correo certificado Inter Rapidísimo (pág. 41, ibidem), iii) la parte actora actuando de manera diligencia allegó nuevamente el día **06 de diciembre de 2019** (pág. 42, ibidem), certificado de entrega de la notificación personal efectuada a la empresa BRIO SEGURIDAD LTDA, expedida por la empresa de servicio postal autorizado INTERRAPIDISIMO, en la que se indica que la notificación fue entregada el día 06 de noviembre de 2019, así como el certificado de entrega de la notificación por aviso efectuado a la empresa BRIO SEGURIDAD LTDA, expedida por la empresa de servicio postal autorizado INTERRAPIDISIMO, se entregó el 19 de noviembre de 2019, iv) Posteriormente, ante la falta de contestación, mediante auto de fecha 5 de julio de 2020 (archivo 02), el Juez *a quo* ordenó emplazar a la demandada y a su vez procedió a designar un Curador Ad Litem en aras de salvaguardar el debido proceso y derecho de defensa que le asiste, v) luego, a través de memorial de fecha 11 de junio de 2021 la demandante solicitó se nombrará nuevo Curador como quiera que no se había posesionado el Auxiliar de la Justicia (archivo 09), a lo que el juzgador de primer grado accedió designando nuevo profesional mediante auto de fecha 19 de enero de 2022 (archivo 10), quién finalmente el día **02 de junio de 2022** se notificó conforme da cuenta el correo de notificación personal que obra en el archivo 11.

Por lo anterior, estima esta Corporación, que la parte demandante asumió las cargas procesales que le eran propias, pues como ya se dijo, la citación y el aviso para diligencia de notificación personal se retiró y envió oportunamente acreditando los tramites de notificación en fecha **06 de diciembre de 2019**, advirtiendo dicho extremo al Juzgado, en un tiempo prudente que se había recibido satisfactoriamente.

En tal orden, se concluye la parte actora no puede cargar con los efectos de la excepción de prescripción, por conductas que no le son atribuibles y que responden a actuaciones de notificación que realiza el despacho a los Auxiliares de la Justicia e incluso por la demora en la aceptación del cargo por parte de los Curadores Ad litem, pues nótese, en este caso se efectuó la

primera designación el 5 de julio de 2020 y el segundo nombramiento que fue efectivo se surtió el 19 de enero de 2022, por lo que el medio exceptivo propuesto no tiene vocación de prosperidad tal como se pretende.

Agotada como se encuentra la competencia de esta instancia por el estudio de los puntos objeto de apelación, lo que sigue es confirmación del fallo de primer grado.

Sin COSTAS en esta instancia.

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

RESUELVE

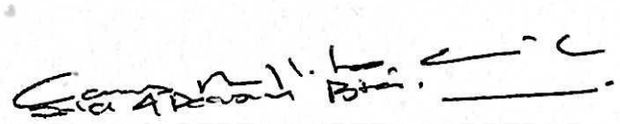
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado (35) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin COSTAS en esta instancia.

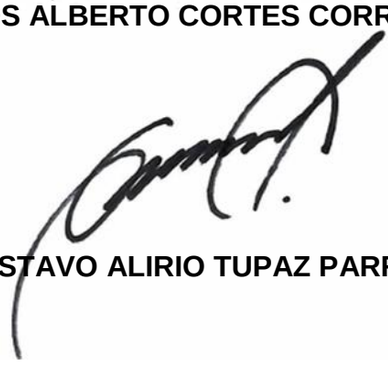
NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN



CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL

BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO FRANKLIN EDILFER RENGIFO LÓPEZ CONTRA SEGURIDAD GOLAT LTDA, INGRID RUEDA JIMÉNEZ y EDGAR MAURICIO MONTOYA FANDIÑO (RAD. 35 2021 00363 01).

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

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

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la sociedad demandada **SEGURIDAD GOLAT LTDA** y los socios **INGRID RUEDA JIMÉNEZ** y **EDGAR MAURICIO MONTOYA FANDIÑO**, contra la sentencia proferida por el Juez 35 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 08 de septiembre de 2022 (archivo 18, récord 1:13:22) en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO:*** *se* ***DECLARA*** *la existencia de una relación laboral a término indefinido entre* ***FRANKLIN EDILFER RENGIFO LOPEZ*** *y la sociedad* ***SEGURIDAD GOLAT LTDA****, por el periodo del 6 de mayo 2019 al 30 de junio de 2020.*
>
> ***SEGUNDO:*** *se* ***DECLARA*** *que, durante el vínculo laboral, este (sic) demostró que el trabajador tenía derecho a reconocimiento y pago de trabajo suplementario, que no fueron tenidos en cuenta.*
>
> ***TERCERO:*** *se* ***DECLARA*** *que durante la relación laboral el salario demandante fue el salario mínimo legal mensual vigente, más auxilio de productividad, el recargo nocturno y horas extras según las consideraciones señaladas en la parte motiva.*
>
> ***CUARTO:*** *se* ***DECLARA*** *solidariamente responsable a los socios de SEGURIDAD GOLAT LTDA, señores Mauricio Montoya Fandiño y/e Ingrid Rueda Jiménez de las condenas señaladas en este proceso, en un monto que corresponde al valor de la cuota social de cada uno de ellos.*
> ***QUINTO:*** *se* ***CONDENA*** *a los demandados a pagar a favor de FRANKLIN EDILFER RENGIFO LOPEZ, las siguientes sumas de dinero:*

1. *$ 522.259,12 Por horas extras diurnas.*
2. *$ 921.028,40 Por horas nocturnas.*
3. *$ 1.174.124,10 Por recargo extra nocturno*
4. *$ 456.862,20 Por recargo ex dominical, recargo extra diurno dominical.*
5. *$ 646.932,16 Por recargo nocturno dominical.*
6. *$ 670.891,92 Por horas extras nocturnas dominicales durante todo el tiempo laborado.*

SEXTO: *se* ***CONDENA*** *a las demandadas a pagar a favor de* ***FRANKLIN EDILFER RENGIFO LOPEZ****, las siguientes sumas de dinero por prestaciones sociales y vacaciones insolutas de los años 2019 y 2020 debido a la reliquidación de las mismas conforme al salario real devengado por el trabajador:*

1. *Por el año 2019 $742.599,27*
2. *Por el año 2020 la suma de $ 1.312.843*

SÉPTIMO: *se* ***ABSUELVE*** *a los demandados del pago de la sanción por falta de consignación de cesantías a un fondo conforme a la parte motiva.*

OCTAVO: CONDENAR *a los demandados a pagar a favor de FRANKLIN EDILFER RENGIFO LOPEZ, a la administradora pagar a favor a la administradora de pensiones, a la cual se encuentre afiliado al demandante, la diferencia entre el salario real mensual vigente, cotizado en los años 2019 y 2020, y el salario real mensual devengado por el accionante, según la lo indicado, en la parte motiva.*

NOVENO: *se* ***CONDENA*** *a los demandados a pagar a favor de Franklin Edward Rengifo López, la indemnización de que trata el artículo 65 del Código sustantivo del trabajo, conforme se indicó en la parte motiva.*

DÉCIMO*: se* ***CONDENA*** *a la parte accionada al pago actualizado de aquellas sumas no constitutivas de salarios y prestaciones sociales, teniéndose en cuenta el índice de precios al consumidor vigente a la fecha en que se hiciera exigible y de fecha y la fecha de la providencia, según la fórmula relacionada en la parte considerativa de esta sentencia.*

DÉCIMO PRIMERO: ABSOLVER *a las demandadas del reconocimiento y pago de intereses moratorios, conforme a la parte motiva.*

DÉCIMO SEGUNDO: *se* ***CONDENA*** *en costas en esta instancia, a la empresa, en seguridad (sic), SEGURIDAD GOLAT LTDA seguridad. Por Secretaría, liquídense las costas, incluyendo como agencias en derecho la suma de 1'000.000 de pesos*. ".

Inconforme con la decisión el apoderado de los demandados interpuso recurso de apelación[1] argumentando, se le pagó al demandante las acreencias laborales que

[1] ***Recurso Demandados (récord, 1:19:00): "****Gracias su Señoría, como no compartimos el fallo del juez en esta instancia, pues debido como se probó, se le pagó al demandante las acreencias laborales que en su momento se conjugaron y se pactaron, se le da pleno desconocimiento a los artículos 160 de la Ley 50 de 1990, 164 y siguientes del Código Sustantivo del Trabajo y el artículo 23 de la Ley 50 de 1990, los cuales, permite a los empleadores y los trabajadores, pactar lo que se llaman las primas extralegales, y esto es apenas lógico su señoría lo podemos ver en esos salarios tan exorbitantes que ganan nuestros congresistas y a ellos se les aplica lo mismo, es más, la prima extralegal para ellos es mucho más que sus salarios por los gastos de representación. Por lo cual, está bien sustentado nuestro acuerdo, ya que ha dicho la Corte en cuanto a estos acuerdos y estas cifras de dinero que tienen que estar por escrito y previamente acordadas con el trabajador como el contrato laboral, el trabajador era consciente y fue pactado entre trabajador y empleador, esta prima de productividad no estamos de acuerdo, en que no se haya creído que esta prima de productividad es un bono, es un beneficio a favor del trabajador, siempre y cuando, pues cumpla las metas establecidas por la empresa, lo hacen y lo manejan, varias empresas de acá de nuestro país, pero no se comparte el por qué, el juez hoy nos aplica lo dicho en el artículo 127, cuando sí es cierto que se diera de forma periódica y sistemática, pero para eso estar legislado por la ley (Artículo 15, Ley 50 del 90 y artículo 164 y siguientes del Código Sustantivo del Trabajo), por lo cual no hemos ido en contra de la legislación laboral.*

en su momento se pactaron, por lo que el *a quo*, desconoció los artículos 23, 160 y 164 de la Ley 50 de 1990 y siguientes del Código Sustantivo del Trabajo, permiten a los empleadores y los trabajadores, pactar las primas extralegales, encontrándose sustentado el acuerdo por la Corte al hacerse por escrito y fue acordado con el trabajador en el contrato laboral, siendo el demandante consciente del carácter de esta prima de productividad.

Agregó, esta prima de productividad es un bono o beneficio a favor del trabajador, siempre y cuando, cumpla las metas establecidas por la empresa, siendo un manejo dado por varias empresas del país, por lo que no se comparte el por qué, el juez aplicó lo dicho en el artículo 127 del C.S.T., cuando si bien es cierto se reconocía de forma periódica y sistemática, la ley laboral permite este pacto.

Por otra parte, indicó, la empresa tiene derecho a implementar la jornada flexible, eso es, hasta 60 horas semanales, según lo establecido en la Ley 1920 del 2018, no obstante, los trabajadores no laboraban más de 48 horas ya que la empresa

---

Ahora bien, nosotros también tenemos el derecho a manejar lo que es la jornada flexible, que es lo que manejamos con nuestros trabajadores, a pesar de que podrían trabajar con nosotros las 60 horas semanales, según lo establecido en la Ley 1920 del 2018 nuestros trabajadores, como se pudo notar, no laboraban más de 48 horas, entonces no compartimos que no se nos puede aplicar a nosotros, que respetamos al vigilante, que no lo usamos de la forma como lo usan las demás empresas en turnos 4 por 2 o incluso ahí turnos de 6 días, todos de 12 horas, donde nosotros, a los que trabajan en nuestra semana tienen un merecido descanso, no se generan los emolumentos que aquí están descritos puesto, puesto que se maneja una jornada flexible, entonces no estamos de acuerdo en que se nos haya condenado y se nos haya hecho asumir estos rubros monetarios.

Ahora bien, si bien es cierto, se puede, pensar de esa forma, tampoco estamos de acuerdo con esa indemnización moratoria, puesto que se ha evidenciado que nosotros no hemos actuado de mala fe, hemos pagado y cumplido al trabajador con todos uno y cada uno de sus pagos que se comprometió en el contrato, nosotros no le adeudamos nada al trabajador, le garantizamos una jornada laboral y es más, el trabajador fue el que decidió abandonarnos de una forma, decidió abandonarnos y no continuar con nosotros y no por salario, simplemente porque quería quedarse con la nueva empresa, traicionando así de alguna forma, nuestra empresa, no tenemos mala fe de ninguna forma, entonces, yo sí ruego a ustedes honorables magistrados que en cuanto a la sanción moratoria también, nos exoneren, puesto que teníamos la duda o no decirlo la duda, estábamos en un error y la corte se ha pronunciado frente a esto también, no es que opere automáticamente, se debe probar la mala fe de la empresa y mala fe no existió nunca, estábamos operando bajo el error, quizás, según luego lo dicho por el juez a quo, aunque no hay error porque según el artículo 15 de la Ley 50 el 90 nos permite negociar y poder mejorar un poco el salario de nuestros trabajadores a cambio de que no dañen las programaciones a cambio de que no se retribuya y que no se dañen entre ellos mismos sus entregas de turno.

Por último y no se está de acuerdo tampoco con la con la solidaridad al condenar al señor Edgar Mauricio Montoya, la señora Ingrid Rueda Jiménez, puesto que esto es una obligación netamente de la empresa SEGURIDAD GOLAT LTDA, incluso en los estatutos y en la Cámara de Comercio allega a este despacho, en el expediente se evidencia que en la responsabilidad y en las limitaciones de la responsabilidad de cada socio no se acepta la responsabilidad solidaria de los negocios y trabajadores que contrate la empresa jurídica, entonces tenemos una limitación de orden legal, en la propia Cámara de Comercio donde solicito que también sea reevaluada esta solidaridad por estos argumentos y como bien lo dijo el juez a quo, de esbozado inicialmente mi planteamiento de sustento para que me otorguen la apelación y en la audiencia correspondiente, procederé a ampliar estos argumentos para que sean revocada la sentencia de instancia en su totalidad y, en consecuencia, se exonere de todas y cada una de las condenas y sanciones impuestas a mis representados y a la empresa que represento".

tenía implementado turnos donde los vigilantes tomaban descanso, no generándose los emolumentos que fueron objeto de condena.

Frente a la indemnización moratoria expuso, la empresa ha pagado y cumplido al con todos y cada uno de los conceptos pactados en el contrato, por lo que no se le adeuda ninguna suma al trabajador, mucho más cuando fue el actor quién decidió abandonar el puesto de trabajo, porque quería quedarse con la nueva empresa, no existiendo mala fe, pues se pagó lo que creía la empresa estaba bien, ya que la Ley 50 de 1990 permite negociar y mejorar un poco el salario de los trabajadores a cambio de que no "dañen" las programaciones entre ellos mismos al momento de la "entrega" de turno.

Por último, atacó la solidaridad de los señores Edgar Mauricio Montoya e Ingrid Rueda Jiménez, asegurando, se trata de una obligación de la empresa SEGURIDAD GOLAT LTDA únicamente, incluso en los estatutos y en la Cámara de Comercio se evidencia que la responsabilidad tiene una limitación frente a cada socio, siendo esta decisión de orden legal.

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 FRANKLIN EDILFER RENGIFO LÓPEZ en este proceso ordinario, las pretensiones incoadas en las páginas 6 a 11 del archivo 01 del expediente digital, las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos narrados a páginas 2 a 6, ibidem, aspirando se declare:

1. Que se declare la existencia de la relación laboral entre el Señor **FRANKLIN EDILFER RENGIFO LOPEZ** y la Sociedad **SEGURIDAD GOLAT LTDA.**
2. Que se declare solidariamente responsables a los socios de la sociedad SEGURIDAD GOLAT LTDA, a los señores MAURICIO MONTOYA FANDIÑO, y la señora INGRID RUEDA JIMENEZ.
3. Que se declare que, el contrato entre el Señor **FRANKLIN EDILFER RENGIFO LOPEZ** y la Sociedad **SEGURIDAD GOLAT LTDA** fue celebrado desde el día 06 de Mayo de 2019 hasta el día 30 de Junio de 2020, en modalidad indefinido.
4. Que se declare que, los horarios que cumplía el Señor **FRANKLIN EDILFER RENGIFO LOPEZ** eran de doce (12) horas diarias, a razón de ocho (8) días continuos sin descanso.
5. Que se declare que en el mes de marzo de 2020, los turnos pasaron a ser de 24 horas.
6. Que se Declare que, el Señor **FRANKLIN EDILFER RENGIFO LOPEZ** trabajaba 84 horas a la semana, superando las sesentas 60 horas permitidas para los vigilantes, y después de marzo de 2020, paso a ser de 90 horas semanales.

7. Que se declare que, obedeciendo a lo anterior, el Señor **FRANKLIN EDILFER RENGIFO LOPEZ** trabajaba 8 días, sin descanso, a razón de noventa y seis (96) horas.
8. Que se declare que, la Sociedad **SEGURIDAD GOLAT LTDA** no tenía autorización por MINISTERIO DE TRABAJO para que sus trabajadores laboraran sesenta (60) horas a la semana incluyendo las horas extras.
9. Que se declare que, durante toda la relación laboral, el salario de mi prohijado fue del Salario Mínimo Mensual Legal Vigente más el auxilio de productividad, el recargo nocturno, y las horas extras.
10. Que se declare que la parte Demandada no tuvo en cuenta el auxilio de productividad al momento de pagar la Seguridad Social.
11. Que se declaré que, durante toda la relación laboral el Señor **FRANKLIN EDILFER RENGIFO LOPEZ** realizó horas extras en todos los días que prestó el servicio a la Sociedad **SEGURIDAD GOLAT LTDA.**
12. Que se declare que, la parte Demandada no reconoció ni pagó las horas diarias extras que mi prohijado trabajó en todos los turnos.
13. Que se declare que, la liquidación de prestaciones sociales que se realizó al Señor **FRANKLIN EDILFER RENGIFO LOPEZ,** no se hizo por el salario real del trabajador ya que, no se incluyó el auxilio de productividad, el recargo nocturno, ni el valor de las horas extras.
14. Que se declare que, la Sociedad **SEGURIDAD GOLAT LTDA** no reconoció ni pagó recargo nocturno correspondiente al Señor **FRANKLIN EDILFER RENGIFO LOPEZ**, durante toda la relación laboral.
15. Que se declare que la Sociedad **FRANKLIN EDILFER RENGIFO LOPEZ** no incluyo el valor del recargo nocturno ni el valor de las horas extras correspondiente al IBC para el pago de la seguridad social.

Consecuente con lo anterior, pidió:

1. Que se condene a la Sociedad SEGURIDAD GOLAT LTDA y solidariamente a los socios de la sociedad SEGURIDAD GOLAT LTDA, los señores MAURICIO MONTOYA FANDIÑO, y la señora INGRID RUEDA JIMENEZ, al reconocimiento y pago de las horas extras desde la fecha del inicio y hasta la terminación del contrato de trabajo del Señor **FRANKLIN EDILFER RENGIFO LOPEZ**.

2. Que se condene a la Sociedad SEGURIDAD GOLAT LTDA y solidariamente a los socios de la sociedad SEGURIDAD GOLAT LTDA, los señores MAURICIO MONTOYA FANDIÑO, y la señora INGRID RUEDA JIMENEZ al reconocimiento y pago del Recargo Nocturno desde la fecha del inicio y hasta la terminación del contrato de trabajo del Señor **FRANKLIN EDILFER RENGIFO LOPEZ**.

3. Que se condene a la Sociedad SEGURIDAD GOLAT LTDA y solidariamente a los socios de la sociedad SEGURIDAD GOLAT LTDA, los señores MAURICIO MONTOYA FANDIÑO, y la señora INGRID RUEDA JIMENEZ, al reconocimiento y pago de las cesantías, por el salario real, incluyendo el auxilio de productividad, horas extras y recargo nocturno, desde del inicio y hasta la terminación del contrato de trabajo del señor **FRANKLIN EDILFER RENGIFO LOPEZ**.

4. Que se condene a la Sociedad SEGURIDAD GOLAT LTDA y solidariamente a los socios de la sociedad SEGURIDAD GOLAT LTDA, los señores MAURICIO MONTOYA FANDIÑO, y la señora INGRID RUEDA JIMENEZ a pagar al actor la sanción moratoria de que trata el Numeral 3 del Art. 99 de la Ley 50 de 1990, consistente en un día de salario devengado por el en el año 2019, por cada día de retardo en la consignación de las cesantías completas, con el salario real, incluyendo el auxilio de productividad, horas extras y recargo nocturno, desde el 15 de febrero del 2020 hasta la fecha en que verifique el pago.

5. Que se condene a la Sociedad SEGURIDAD GOLAT LTDA y solidariamente a los socios de la sociedad SEGURIDAD GOLAT LTDA, los señores MAURICIO MONTOYA FANDIÑO, y la señora INGRID RUEDA JIMENEZ al reconocimiento y pago de Intereses cesantías, calculados, por el valor del salario real, incluyendo el auxilio de productividad, horas extras y recargo nocturno, desde el inicio y hasta la terminación del contrato de trabajo del Señor **FRANKLIN EDILFER RENGIFO LOPEZ.**

6. Que se condene a la Sociedad SEGURIDAD GOLAT LTDA y solidariamente a los socios de la sociedad SEGURIDAD GOLAT LTDA, los señores MAURICIO MONTOYA FANDIÑO, y la señora INGRID RUEDA JIMENEZ al reconocimiento y pago de vacaciones, por el salario real, incluyendo el auxilio de productividad, horas extras y recargo nocturno, desde del inicio y terminación del contrato de trabajo del Señor **FRANKLIN EDILFER RENGIFO LOPEZ.**

7. Que se condene a la Sociedad SEGURIDAD GOLAT LTDA y solidariamente a los socios de la sociedad SEGURIDAD GOLAT LTDA, los señores MAURICIO MONTOYA FANDIÑO, y la señora INGRID RUEDA JIMENEZ, al reconocimiento y pago en Seguridad Social en Pensiones, por el salario real, incluyendo el auxilio de productividad, horas extras y recargo nocturno, desde del inicio y hasta la terminación del contrato de trabajo del Señor **FRANKLIN EDILFER RENGIFO LOPEZ.**

8. Que se condene a la Sociedad SEGURIDAD GOLAT LTDA y solidariamente a los socios de la sociedad SEGURIDAD GOLAT LTDA, los señores MAURICIO MONTOYA FANDIÑO, y la señora INGRID RUEDA JIMENEZ al reconocimiento y pago en Seguridad Social en ARL , por el salario real, incluyendo el auxilio de productividad, horas extras y recargo nocturno, desde del inicio y hasta la terminación del contrato de trabajo del Señor **FRANKLIN EDILFER RENGIFO LOPEZ**.

9. Que se condene a la Sociedad SEGURIDAD GOLAT LTDA y solidariamente a los socios de la sociedad SEGURIDAD GOLAT LTDA, a los señores MAURICIO MONTOYA FANDIÑO, y la señora INGRID RUEDA JIMENEZ al reconocimiento y pago en Seguridad Social en Régimen de Salud, por el salario real, incluyendo el auxilio de productividad, horas extras y recargo nocturno, desde del inicio y hasta la terminación del contrato de trabajo del Señor FRANKLIN EDILFER RENGIFO LOPEZ.

> **10.** Que se condene a la Sociedad SEGURIDAD GOLAT LTDA y solidariamente a los socios de la sociedad SEGURIDAD GOLAT LTDA, los señores MAURICIO MONTOYA FANDIÑO, y la señora INGRID RUEDA JIMENEZ al reconocimiento y pago de los salarios dejados de percibir de acuerdo al IBC del trabajador incluyendo las horas extras durante toda la relación laboral del Señor **FRANKLIN EDILFER RENGIFO LOPEZ**.
>
> **11.** Que se condene a la Sociedad SEGURIDAD GOLAT LTDA y solidariamente a los socios de la sociedad SEGURIDAD GOLAT LTDA, los señores MAURICIO MONTOYA FANDIÑO, y la señora INGRID RUEDA JIMENEZ al reconocimiento y pago de los salarios dejados de percibir de acuerdo al IBC del trabajador incluyendo el Recargo nocturno durante toda la relación laboral del Señor **FRANKLIN EDILFER RENGIFO LOPEZ**.
>
> **12.** Que se condene a la Sociedad SEGURIDAD GOLAT LTDA y solidariamente a los socios de la sociedad SEGURIDAD GOLAT LTDA, los señores MAURICIO MONTOYA FANDIÑO, y la señora INGRID RUEDA JIMENEZ al reconocimiento y pago de la indemnización moratoria establecida en el Art. 65 del C.S.T., correspondiente a un día de salario por cada día de retardo, con ocasión a la falta de pago de salarios completos, prestaciones sociales con el salario real del trabajador.
>
> **13.** Que se condene a la Sociedad SEGURIDAD GOLAT LTDA y solidariamente a los socios de la sociedad SEGURIDAD GOLAT LTDA, los señores MAURICIO MONTOYA FANDIÑO, y la señora INGRID RUEDA JIMENEZ, a pagarle todas las anteriores condenas con la correspondiente indexación, a la fecha de la sentencia con la variación del índice de precios al consumidor.
>
> **14.** Que se condene a la Sociedad SEGURIDAD GOLAT LTDA y solidariamente a los socios de la sociedad SEGURIDAD GOLAT LTDA, los señores MAURICIO MONTOYA FANDIÑO, y la señora INGRID RUEDA JIMENEZ, a pagarle todas las anteriores condenas con la correspondiente intereses moratorios, desde la fecha de ejecutoria de la sentencia, hasta su pago total. Se tendrá en cuenta que todo pago parcial se imputará primeramente a intereses.
>
> **15**. Que se condene a la Sociedad SEGURIDAD GOLAT LTDA y solidariamente a los socios de la sociedad SEGURIDAD GOLAT LTDA, los señores MAURICIO MONTOYA FANDIÑO, y la señora INGRID RUEDA JIMENEZ, a reconocer y pagar las costas y agencias en derecho.

Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus aspiraciones, por cuanto se declaró la existencia de una relación laboral a término indefinido entre **FRANKLIN EDILFER RENGIFO LOPEZ** y la sociedad **SEGURIDAD GOLAT LTDA**, por el periodo del **6 de mayo 2019** al **30 de junio de 2020,** que durante el vínculo laboral, el trabajador tenía derecho al reconocimiento y pago de trabajo suplementario, que durante la relación laboral el salario del demandante fue el salario mínimo legal mensual vigente, más auxilio de productividad, recargo nocturno y horas extras y se declaró solidariamente responsable a los socios de SEGURIDAD GOLAT LTDA, señores Mauricio

Montoya Fandiño e Ingrid Rueda Jiménez de las condenas en un monto que corresponde al valor de la cuota social de cada uno de ellos. Como consecuencia de ello se condenó al pago de horas extras diurnas y nocturnas, recargo dominical diurno y nocturno, reliquidación prestaciones sociales y vacaciones, reajuste al fondo de pensiones del IBC por todo el tiempo laborado, indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T., indexación de vacaciones y se condenó en costas a la empresa SEGURIDAD GOLAT LTDA. Finalmente, se absolvió a los demandados del pago de la sanción por falta de consignación de cesantías e intereses moratorios. **Lo anterior tras considerar el *a quo***, no está en discusión que el contrato de trabajo se desarrolló entre el 06 de mayo de 2019 al 30 de junio de 2020 y que el demandante ocupó el cargo de "Guarda de Seguridad". En este orden, procedió a analizar las pretensiones condenatorias infiriendo, el salario pactado fue el smmlv más el auxilio de transporte, remunerándose en este salario los recargos dominicales y festivos según las cláusulas del contrato de trabajo, desconociéndose la realidad ya que no se puede excluir por medio de un pacto contractual el derecho a percibir el descanso correspondiente cuando se trata de 1 smmlv, encontrando además que el demandante laboraba 12 horas diarias y causaba las horas extras diarias, conforme a la programación de turnos aportados al plenario.

Frente a la exclusión salarial de la prima de productividad, consideró, se pactó en el contrato de trabajo: "*El empleador cancelara hasta una suma equivalente a $194.946 por concepto de prima de productividad por cumplimiento de metas, suma que se tendrá en cuenta para liquidación de acreencias laborales y no para el pago de aportes a seguridad social integral*", por tal motivo, consideró, esta suma siempre se pagaba mensualmente, conforme lo admitió la misma demandada sin que se acreditara que se había dejado de cancelar en algún momento, salvo a la terminación del contrato de trabajo. El juzgador se remitió al contenido del art. 127 del C.S.T., estimando que el pago de la prima por productividad remuneraba los servicios del demandante, citando el contenido de las sentencias CSJ SL5159-2018 y SL8514-2022, declarando que el salario para el año 2019 ascendió a $1.022.962 y 2020 $1.072.649; montos que surgen de incluir la prima de productividad al salario mínimo legal mensual vigente de cada anualidad.

Adicionalmente, refirió, en el contrato se pactó un horario de jornada flexible y la demandada estableció la programación de turnos donde se concluye que en el 2019 el actor trabajó 12 horas en turnos diurnos y nocturnos y así sucesivamente, En tal sentido, concluyó que el patrón para los turnos eran 2 días diurnos, 2 nocturnos, descansando los 2 días siguientes, encontrando respaldo en lo dicho

por el testigo y el interrogatorio de parte absuelto por la sociedad demandada a través de sus representante legal, comenzando la jornada a las 6 a.m., de acuerdo con el artículo 7º de la Ley 1920 de 2018, vigente al momento de la suscripción del contrato, el cual prevé que se podrá pactar la jornada máxima diaria de 12 horas sin exceder 60 horas semanales, siendo viable el pago de recargos y trabajo suplementario ya que al día se excedía las 4 horas diarias. Expuso, el Ministerio de Trabajo indicó que cuando el trabajador acepta este pacto no es necesaria la autorización de la entidad, empero, ello no permite que se desconozcan los pagos causados, concluyendo que el trabajador laboraba 12 horas conforme a la programación de turnos, a pesar que no se encuentra soportado con documentos que acrediten la entrada y salida, sin embargo, dio por acreditado que el trabajador laboraba en esta jornada, no convalidando que la demandada pactará dichas jornadas laborales sin descanso, accediendo al pago de recargos dominicales diurnos y nocturnos. También, condenó a los socios demandados a responder hasta por el valor de las cuotas sociales conforme al certificado de Cámara y Comercio al tratarse de una sociedad limitada. En cuanto al IBC reportado a pensiones condenó a realizar la corrección en la planilla incluyendo los valores percibidos por concepto de prima de productividad, horas extras y recargos.

Finalmente, analizó la procedencia de la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T., encontrando que en este caso la empresa demandada le dio carácter no salarial a una parte retribuida al trabajador como prima de productividad así como desconoció el pago del trabajo suplementario a pesar de los turnos ejecutados por el actor, bajo el entendido que solo debía remunerar la suma equivalente a 1 smmlv, no siendo admisible esta conducta máxime cuando se ven afectados los derechos del actor, debiendo reconocer la empresa que ejecuta una actividad de 12 horas y que ello tiene unas implicaciones, no existiendo un argumento sólido y factible que de certeza del actuar conforme a la ley, condenando entonces en la suma de un día de salario durante los 24 meses y a partir del mes 25 al pago de intereses moratorios a la tasa máxima de la Superintendencia Bancaria.

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

De tal manera, se advierte que en el asunto no existe controversia en cuanto a la declaración de la existencia del contrato de trabajo que unió a las partes, ni frente a los extremos inicial y final, pues tales aspectos fueron declarados por el Juez a quo, sin que fueran objeto de apelación por las partes en esta instancia, entonces se tendrá que el señor FRANKLIN EDILFER RENGIFO laboró para SEGURIDAD GOLAT LTDA entre el 6 de mayo 2019 al 30 de junio de 2020 en el cargo de Guarda de Seguridad.

Pues bien, bajo las premisas señaladas, la Sala entrará a determinar: i) si la demandada podía implementar la jornada flexible prevista en la Ley 1920 de 2018, adeudando con ello el trabajo suplementario y recargos, ii) si la prima de productividad reconocida al actor tiene connotación salarial y consecuente con ello si es procedente la reliquidación de prestaciones sociales y vacaciones, iii) si procede la indemnización moratoria contemplada en el artículo 65 del C.S.T. y, iv) si hay lugar a declarar a los socios de SEGURIDAD GOLAT LTDA responsables solidarios frente a las condenas impuestas.

En esa dirección, comienza la Sala por advertir en punto al recurso interpuesto por los demandados, con relación a la figura de la jornada flexible que, con la creación de la Ley 1920 del 12 de julio de 2018 "*Por la cual se dictan disposiciones relacionadas con las cooperativas especializadas de vigilancia y seguridad privada y se busca mejorar las condiciones en las que el personal operativo de vigilancia y seguridad privada presta el servicio de vigilancia y seguridad privada. Ley del Vigilante",* se creó un marco jurídico para el ejercicio de la inspección, control y vigilancia sobre las Cooperativas Especializadas en Vigilancia y Seguridad Privada. Además, se crea un marco regulatorio para el correcto desempeño de la labor del personal operativo de vigilancia, entendiendo como este tipo de personal lo enunciado en el No. 2º del artículo 2º que dispone:

> *"Personal operativo de vigilancia y seguridad privada. Denominación que agrupa a todas aquellas personas dedicadas al desarrollo de las actividades de vigilancia y de seguridad privada, vinculados con los prestadores del servicio de vigilancia y seguridad privada, incluyendo a las empresas de seguridad y vigilancia privada y a las cooperativas especializadas de vigilancia y seguridad privada. Este personal deberá acreditar para la prestación efectiva de sus servicios sus aptitudes psicofísicas de manera periódica.".*

Aplicando esta normatividad, encuentra la Sala que la sociedad encartada SEGURIDAD GOLAT LTDA, según certificado de Cámara y Comercio del 20 de octubre de 2021, aportado a página 48 del archivo 12, desarrolla como objeto social: "*… la prestación remunerada de los servicios de vigilancia y seguridad privada, en las modalidades de vigilancia fija, vigilancia móvil, escolta a personas, vehículos y mercancías, con la utiliza con de medio armado, sin armas y medios*

tecnológicos, aprobados previamente por la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada. La sociedad podrá llevar a cabo, en general, todas las operaciones, de cualquier naturaleza que ellas fueren, relacionadas con el objeto mencionado, así como cual quieres: Actividades similares, conexas o complementarias o que permitan facilitar o desarrollar el comercio o la industria de la sociedad. Parágrafo: Prohíbase a la sociedad constituirse garante de obligaciones de terceros, de sus socios, y prestar caución con los bienes sociales para obligaciones distintas a aquellas propias de la sociedad", de tal forma la mentada ley es aplicable al grupo de trabajadores que desempeñen los servicios de seguridad privada, siendo el caso del actor al haber ostentado el cargo de Guarda de Seguridad en un conjunto con propiedad horizontal.

Establecido lo anterior, en el artículo 7º de la citada ley, se plasmó:

> *"**JORNADA SUPLEMENTARIA APLICABLE AL SECTOR DE VIGILANCIA Y SEGURIDAD PRIVADA.** Los trabajadores del sector de vigilancia y seguridad privada podrán, previo acuerdo con el empleador, el cual deberá constar por escrito y con la firma de las dos partes, laborar máximo en jornadas laborales diarias de doce (12) horas, sin que esto implique que se exceda la jornada máxima semanal de 60 horas, incluyendo las horas suplementarias, autorizadas en la legislación laboral nacional vigente.*
>
> *Para esto se mantendrá el tope de la jornada ordinaria en ocho horas y se podrá extender la jornada suplementaria hasta por cuatro (4) horas adicionales diarias.*
> *En todo caso se deberá respetar el descanso establecido en la normativa laboral vigente.*
>
> ***PARÁGRAFO.** En todo caso se aplicará a los trabajadores del sector de vigilancia y seguridad privada lo contemplado en el Código Sustantivo del Trabajo y/o convenciones colectivas sobre remuneración a la jornada de trabajo complementaria, domingos y festivos y descansos compensatorios. Derechos que serán reconocidos y pagados a partir de las ocho (8) horas diarias de la jornada laboral ordinaria.*
>
> *Tratándose de asociados a cooperativas de trabajo asociado, las relaciones de trabajo se rigen por los correspondientes regímenes de trabajo asociado o de compensaciones, según el caso.".*

Como se puede observar, frente a la jornada laboral se determinó para los vigilantes 12 horas diarias y 60 a la semana, entendiendo que, si se laboran 12 horas diarias, 8 de ellas serán ordinarias y 4 extras. Ahora, esta ley expuso frente a la jornada suplementaria aplicable al sector de vigilancia y seguridad privada, que los trabajadores del sector podrán, **previo acuerdo escrito con el empleador (contrato u otrosí), laborar máximo en jornadas diarias de 12 horas, sin que esto implique que se exceda la jornada máxima semanal de 60 horas, incluyendo las horas suplementarias**.

En estos términos, se ordena la aplicación a los trabajadores de este sector lo contemplado en el Código Sustantivo del Trabajo y/o convenciones colectivas

sobre remuneración a la jornada de trabajo complementaria, domingos, festivos y descansos compensatorios, derechos que serán reconocidos y pagados a partir de las 8 horas diarias de la jornada laboral ordinaria como cualquier trabajador regido por una relación laboral.

Dicho esto, al actor FRANKLIN EDILFER RENGIFO LÓPEZ le era aplicable esta ley en la medida que prestaba sus servicios en el sector de vigilancia y seguridad privada, siendo procedente entrar a analizar lo relativo a horas extras.

En tal sentido, debe anotarse, el trabajo extra o suplementario corresponde a aquellas horas laboradas por el trabajador, adicionales a la jornada ordinaria pactada entre las partes, o en su defecto la establecida en el artículo 161 del C.S.T., el cual se remunera en los términos del capítulo III del C.S.T (artículo 168 y s.s.).

Es importante apuntar, **la ley no le permite al juzgador hacer cálculos ni conjeturas para establecer un número probable de horas que puedan considerarse laboradas por el trabajador, siendo deber de este último basar su solicitud en evidencias precisas y unívocas que den cuenta el tiempo efectivamente prestado al servicio del empleador.** En otros términos, el trabajo suplementario debe acreditarse en forma clara, concreta e incuestionable, por cuanto se trata de demostrar la existencia de hechos que comprometen minuciosidad en la información, por lo tanto, su reconocimiento se halla condicionado a la probanza de los supuestos de hecho aducidos, pues el sentenciador no puede hacer suposiciones sobre ese aspecto ya que esa decisión implicaría la posibilidad de imponer una injustificada carga salarial y prestacional que supere el trabajo real y efectivo realizado por el empleado. Así lo ha dicho reiterativamente el órgano de cierre de esta jurisdicción, por ejemplo, en la sentencia SL 3407 de 2018.

Puntualmente, sobre este tópico en sentencia SL1269 de 2019, dijo la Corte:

> *"Efectivamente, tiene adoctrinado esta Corporación que las comprobaciones sobre el trabajo más allá de la jornada diurna ordinaria, demandan de quien lo reclama, el despliegue de una actividad tendiente a demostrar con claridad y precisión que estas se realizaron, razón por la que no puede el juzgador hacer cálculos o suposiciones, para determinar el número probable de las que se estimen trabajadas.*
>
> *En este sentido se razonó en la sentencia CSJ SL3009-2017:*
>
> *No se indicó en la demanda ni se demostró en verdad, qué días efectiva y realmente trabajó el actor al servicio de la empresa demandada, ni los horarios efectivamente trabajados, razón por la que no es posible acceder a la pretensión del pago de tiempo de trabajo suplementario y complementario, recargos nocturnos, máxime que como lo tiene adoctrinado la jurisprudencia, no es dable suponer el número de horas extras o*

> *nocturnas laboradas, sino que requiere que estén debidamente invocadas y acreditadas, conceptos de los cuales se absolverá a la demandada."*

Atendiendo tales supuestos, aunque el demandante afirma haber laborado horas extras diurnas, nocturnas, dominicales y festivas en virtud de la jornada flexible implementada a los vigilantes, lo cierto es que ello no luce demostrado pues no existe si quiera un medio probatorio que permita soportar la versión vertida por el demandante, pues pese a que al plenario se allegó una programación de turnos, no existe evidencia alguna que el señor FRANKLIN EDILFER LÓEZ sí hubiese ejecutado los mismos, pues nótese que se trata de programaciones y no de un medio probatorio como – planillas de ingreso y salida- o similares que acrediten con precisión y efectividad la prestación del servicio.

Puntualmente, el juez *a quo* impartió condena soportando su decisión en las programaciones arrimadas en las páginas 33 a 46 del archivo 12, las cuales, no dan cuenta de horas de ingreso y salida, veamos:

GOLAT	SEGURIDAD GOLAT LTDA	MES JUNIO 2020
PROGRAMACION MENSUAL DE TURNOS		

APELLIDOS Y NOMBRES	CODIGO PUESTO	PLANILLA PARA LA PROGRAMACIÓN DE TURNOS																													
		L	M	M	J	V	S	D	L	M	M	J	V	S	D	L	M	M	J	V	S	D	L	M	M	J	V	S	D	L	M
		1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	13	14	15	16	17	18	19	20	21	22	23	24	25	26	27	28	29	30
PUESTO	EDIFICIO VILLAS DE LA SIERRA														DIRECCIÓN CRA 58 N° 128 B 32																
RELEVANTE	A18	N	N	X	X	D	D	N	N	X	X	D	D	N	N	X	X	D	D	N	N	X	X	D	D	N	N	X	X	D	D
GUARDA 2	A18	X	X	D	D	N	N	X	X	D	D	N	N	X	X	D	D	N	N	X	X	D	D	N	N	X	X	D	D	N	N
LOPEZ RENGIFO FRANKLIN EDILFER	A18	D	D	N	N	X	X	D	D	N	N	X	X	D	D	N	N	X	X	D	D	N	N	X	X	D	D	N	N	X	X

Como se puede observar, existe una programación mensual de turnos, no pudiéndose verificar con exactitud cuáles días asistió el actor al Edificio Villas de la Sierra así cómo se desconoce los recargos causados al ser la única prueba aportada en tal sentido, asimismo, llama la atención de la Sala que en la demanda se indica que el actor laboraba 96 horas a razón de 8 días, esto es, sin descanso alguno y contrario a ello, solo en gracia a la discusión, las programaciones se verifican descansos de diez días, por ejemplo, para el mes de mayo de 2020 (imagen inserta anteriormente). Igualmente, del hecho 9 se desprende el cumplimiento de horarios rotativos de 8, 9 y 12 horas diarias, sin discriminar fechas, días y soportar su dicho.

Por último, se indicó que a partir del mes de marzo de 2020 (hecho 10) se ejecutaban turnos de 24 horas de lunes a domingo y al efecto revisada la programación que obra a página 43, correspondiente al mes de marzo de 2020 se comprueban 10 días de descanso (D) que, en todo caso, no dan cuenta de las

horas efectivamente laboradas por el Guarda de Seguridad. En suma, ni aún las programaciones se ajustan a lo narrado en la situación fáctica.

Ver imagen:



GOLAT	SEGURIDAD GOLAT LTDA	MES MARZO 2020
PROGRAMACION MENSUAL DE TURNOS		

APELLIDOS Y NOMBRES	CODIGO PUESTO	PLANILLA PARA LA PROGRAMACIÓN DE TURNOS																												
		D	L	M	M	J	V	S	D	L	M	M	J	V	S	D	L	M	M	J	V	S	D	L	M	M	J	V	S	D	L	M
		1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	13	14	15	16	17	18	19	20	21	22	23	24	25	26	27	28	29	30	31
PUESTO	EDIFICIO VILLAS DE LA SIERRA												DIRECCIÓN			CRA 58 N° 128 B 32															
RELEVANTE	A18	D	D	N	N	X	X	D	D	N	N	X	X	D	D	N	N	X	X	D	D	N	N	X	X	D	D	N	N	X	X	D
		D	D	N	N	X	X	D	D	N	N	X	X	D	D	N	N	X	X	D	D	N	N	X	X	D	D	N	N	X	X	D
GUARDA 2	A18	N	N	X	X	D	D	N	N	X	X	D	D	N	N	X	X	D	D	N	N	X	X	D	D	N	N	X	X	D	D	N
		N	N	X	X	D	D	N	N	X	X	D	D	N	N	X	X	D	D	N	N	X	X	D	D	N	N	X	X	D	D	N
LOPEZ RENGIFO FRANKLIN EDILFER	A18	X	X	D	D	N	N	X	X	D	D	N	N	X	X	D	D	N	N	X	X	D	D	N	N	X	X	D	D	N	N	X
		X	X	D	D	N	N	X	X	D	D	N	N	X	X	D	D	N	N	X	X	D	D	N	N	X	X	D	D	N	N	X

En lo que toca específicamente a la carga de la prueba en cabeza del trabajador demandante, suficiente es indicar que no se comparten los fundamentos del juez *a quo*, cuando no existe prueba en el plenario de la prestación del servicio desde el 06 de mayo de 2019 y 30 de junio de 2020, pues se itera, solo existen programaciones, y así fue admitido por el juzgador en el fallo, debiéndose acoger el criterio expuesto por el máximo órgano de la jurisdicción ordinaria en su Sala de Casación Laboral, esto es, soportar la decisión garantizando el respeto por la seguridad jurídica en esta temática.

Sobre este asunto, debe señalarse, los interrogatorios recepcionados, así como la declaración del testigo Edgar Orlando Ayala tampoco permiten verificar las fechas y horas exactas laboradas por el actor[2], pese a ser claro que en alguna época

[2] ***Interrogatorio demandante, récord: 53:37, archivo 15:*** *"Terminé el contrato y fui vinculado al Conjunto donde laboraba con Golat, seguí trabajando porque tenía más posibilidad de recursos para mí y mi familia, seguí por buena conducta y ser buen trabajador, trabajé con otra empresa, ingresé porque terminé el contrato con Golat y tenía más ingresos y sueldo y me porté bien en ese conjunto, pagaban horas extras, al supervisor Medina y a al Jefe de Operación Jennifer le dije, ella ya se salió, también Carlos Peña, nunca pagaron horas extras Seguridad Golat, a final de 1 años y un mes me pagaron la liquidación, sí, eso fue lo que liquidaron".*

Interrogatorio Demandada Ingrid Rueda Jiménez como persona natural y Representante Legal de SEGURIDAD GOLAT LTDA, récord 28:26, archivo 15: *"Soy representante legal de Seguridad Golat, soy especialista en Recursos Humanos, no es cierto que el demandante tuviera turnos de 12 horas ya que trabajaba un día y descansaba otro, eran turnos 2x2, a la semana no trabajaba más de 60 horas a la semana cuando tenía turnos los domingos, recibía un auxilio de productividad como incentivo para que no fallara, se lo da el Departamento de Bienestar para que cumplan con las programaciones y horarios, el auxilio se les daba porque era como un premio por cumplir la programación establecida, no se pagaba todos los meses, el demandante nunca trabajó horas extras, tenía una programación mensual la cual fue adjuntada al despacho, se le pagaban los recargos nocturnos, no tenía horas extras, a partir de marzo de 2020 el demandante no hizo turnos de 24 horas, siempre tuvo el mismo turno de 2x2, es un turno que consiste en que trabaja 2 días y descansa otros 2, laboraba 12 horas, trabajaba en el mes de 18 a 21 días, no tenía horas extras porque no las trabajaba, la empresa cuenta con el permiso para trabajar, se puede adjuntar, se tiene el permiso del Ministerio, la bonificación es por asistencia y se da por el Departamento de Bienestar, esta prima no se paga de manera habitual porque tiene que corroborarse que se cumpla la programación, no sé con exactitud en qué fechas faltó el actor".*

Interrogatorio Demandado persona natural Edgar Mauricio Montoya Fandiño, récord 39:22, archivo 15: *"Soy Ingeniero Civil, soy socio de la empresa, en mi posición de socio las condiciones contractuales no están*

laboró 12 horas diarias, como también lo es que sí descansaba uno o dos días por semanas.

Conforme lo analizado, fuerza concluir, el actor no cumplió con su carga probatoria, pues se itera, en autos ni siquiera pudo acreditarse la efectiva causación de horas extras y trabajo suplementario, falencia probatoria con entidad suficiente para truncar el éxito de las aspiraciones de la parte actora, precisando que en los términos del artículo 167 del C.G.P., es carga de quien alega un hecho

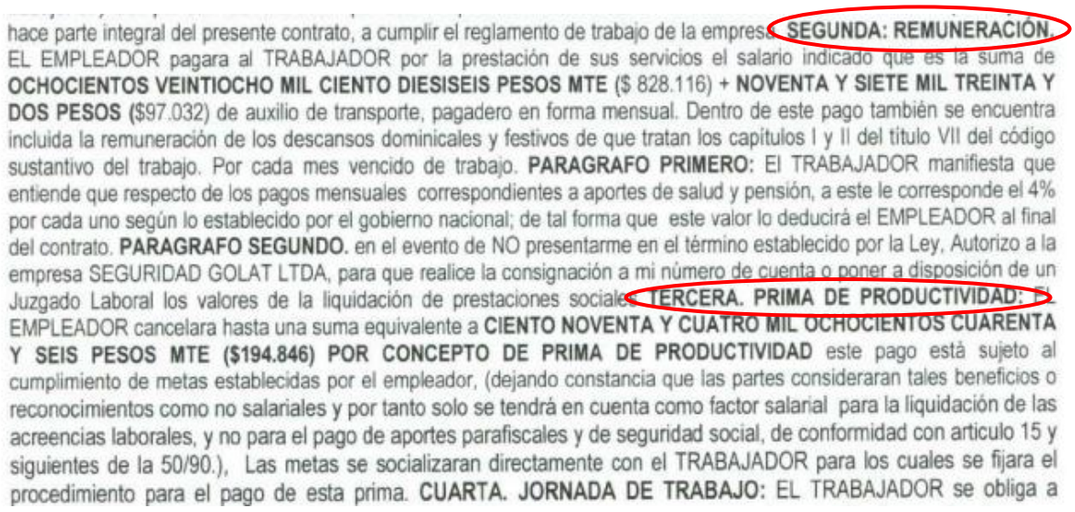
---

a mi alcance sino es potestad de recursos humanos, Franklin estuvo en la sociedad porque me citaron a esta audiencia, me consta que la empresa ha cumplido de los deberes obrero patronales, de la relación con el demandante y todos el personal se cumplía con todo, como socio no tengo injerencia en contratación, solo soy socio accionista de la empresa, desconozco si pagan horas extras, solo soy socio accionista y no hago la representación como tal, la empresa apaga todos los emolumentos que resulten de la liquidación mensual del trabajo de cada uno de los empleados sobre el salario mínimo y las horas que corresponden de trabajo suplementario de horas extras, se realiza conforme a los días que pueden caer dominicales o festivos con sus respectivos porcentajes, se realiza la liquidación mensual y se liquida dependiendo el turno, si es nocturnos, festivo, diurno y sus debidos porcentajes, toso sobre el salario mínimo ya que no superan el salario de ley, el horario del demandante fue el de la programación de turno de la mensualidad que s eles indica cumplir, no conozco las programaciones y turnos como tal, los turnos que se realizan son de 12 horas, dependiendo de la programación, en este caso se trata de turnos 2x2, durante la pandemia estaban las programaciones y siempre se trabajó de la misma manera, el departamento de operaciones regula el turno de 12 horas, en el proceso de liquidación mensual se verifica el cumplimiento de la programación y se evidencia si hay faltas, incapacidades o ausencias y con base en esos se realiza el pago de los aportes que tenemos".

***Testigo EDGAR ORLANDO AYALA, récord 01:03:27**:"Lo que me consta de la relación laboral del demandante , es que, soy residente del Edifico Villas de la Sierra, la copropiedad donde tengo un apartamento 504, se contrató a Seguridad Golat,, resido desde el 2018 a la fecha y pertenezco al Consejo de Administración, el señor Franklin era el vigilante del Edifico, conozco los horarios de trabajo del señor, ayude con una solicitud formal de un derecho de petición donde solicitaba una liquidación ya que fue contratado por otra empresa en junio de 2020, él termina el contrato y tuvo problemas con la liquidación y documentos, desde mi correo electrónico enviamos al solicitud del derecho de petición para que le allegaran los soportes de pago, contrato, planillas de pago, desprendible y liquidación, ahí tuve la oportunidad de conocer a detalle la relación, yo lo apoya con el envió del derecho de petición, lo apoyé a él y al compañero, pude ver que la liquidación se hizo solo sobre el smmlv conocí las planillas y vi que los aportes eran sobre un smmlv sin tener en cuenta dominicales y festivos, por la experiencia que tengo por mi profesión, le descontaron una especie de multa por retirarse, nosotros como Consejo de Administración ya conocíamos varias irregularidades ya que incumplían a los trabajadores y laboraban jornadas de 12 horas a la siguiente semanas 5 días seguidos, luego en semanas santa le dieron turnos de 24 horas, no estuvimos de acuerdo con eso y ahí comenzó el pleito, por eso terminó la relación con Golat, los trabajadores renuncian y ellos no pagaron la liquidación, esa fue la relación que tuve con Franklin, trabajaba 12 horas diarias de 6 a 6, habían una semana completa y a la siguiente tenían descanso de 2 días o 2 jornadas, en marzo de 2020 o abril de 2020 migran o cambian a jornada de 24 horas laborales, salían hasta el turno del siguiente día cuando se relevaba, se decidió terminar el contrato con la empresa de Seguridad Golat, hicimos la solicitud formal a la empresa donde le solicitamos nos indicaron sobre los pagos formales, el pago no teníamos constancia que no, nos enteramos que no cuando ellos solicitaron a la empresa todo, ahí empecé a prender la alerta en la copropiedad, al tener turnos de 24 horas y trabajadores inconformes nos dimos cuenta que nos les pagana horas extras y comenzó el tema con la empresa hasta finalizar el contrato, operativamente o en la práctica es imposible porque deben tener disponibilidad para abrir la puerta, no tenemos esa facultad como copropiedad, estaba determinado que había siempre un vigilante pero no sé cuándo descansaba, siempre había un vigilante sea diurno o nocturno, la empresa de vigilancia le daba órdenes a Franklin o el Supervisor que hacía relevos o cubría novedades, hicimos requerimientos de manera general pero no puntual en el caso de Franklin, nadie trabaja 24 horas seguidas por eso se dio el tema detonante con la empresa de Seguridad, sé que empezó en marzo de 2020, yo calculo que finalizando mayo o junio que terminó la relación pero seguramente fueron mínimo 3 meses, habían turnos y una semana eran 3 días de 24 y otra de 24, el cambio se hizo a 24 horas y yo estaba en pandemia en la casa, trabajaba desde casa, fue como de marzo de 2020 a junio de 2020, yo estaba en mi apartamento, no estaba con el guarda, supimos que la empresa pagaba tarde, en 2 o 3 oportunidades Franklin me mostraba el celular y me decía que le pagaban menos, él me muestra a mí la notificación del Banco donde le daban un valor, él medio de su desconocimiento me preguntaba por qué le pagaban eso, no tengo precisión en los meses, las horas extras nunca se pagaron, son todos los meses, porque cuando recibí la información no hay liquidación, no existe registro de pagos de hora extra ni hay un promedio como por ley corresponde, si se trata de turnos a partir de abril o marzo de 2020 no hay pagos de las 24 horas".*

acreditar sus afirmaciones y en el caso sublite, quien tiene interés jurídico en que resulten probadas sus afirmaciones es quien promueve la acción, el cual quedó expuesto a lo que Carnelutti llama "EL RIESGO DE FALTA DE LA PRUEBA", de tal forma, se revocarán los numerales 2º y 5º de la sentencia emitida en primera instancia.

En otro giro, en relación con la reliquidación de prestaciones sociales, vacaciones y aportes a pensión con el salario real devengado por el accionante, **derivada de la inclusión como factor salarial del "*Bono de Productividad*"** inicia la Sala con el estudio correspondiente, para lo cual es menester traer a colación, el contenido de las cláusulas segunda y tercera del contrato de trabajo que señalan (página 20, archivo 12):



hace parte integral del presente contrato, a cumplir el reglamento de trabajo de la empresa. **SEGUNDA: REMUNERACIÓN.** EL EMPLEADOR pagara al TRABAJADOR por la prestación de sus servicios el salario indicado que es la suma de **OCHOCIENTOS VEINTIOCHO MIL CIENTO DIESISEIS PESOS MTE** ($ 828.116) + **NOVENTA Y SIETE MIL TREINTA Y DOS PESOS** ($97.032) de auxilio de transporte, pagadero en forma mensual. Dentro de este pago también se encuentra incluida la remuneración de los descansos dominicales y festivos de que tratan los capítulos I y II del título VII del código sustantivo del trabajo. Por cada mes vencido de trabajo. **PARAGRAFO PRIMERO:** El TRABAJADOR manifiesta que entiende que respecto de los pagos mensuales correspondientes a aportes de salud y pensión, a este le corresponde el 4% por cada uno según lo establecido por el gobierno nacional; de tal forma que este valor lo deducirá el EMPLEADOR al final del contrato. **PARAGRAFO SEGUNDO.** en el evento de NO presentarme en el término establecido por la Ley, Autorizo a la empresa SEGURIDAD GOLAT LTDA, para que realice la consignación a mi número de cuenta o poner a disposición de un Juzgado Laboral los valores de la liquidación de prestaciones sociales. **TERCERA. PRIMA DE PRODUCTIVIDAD:** EL EMPLEADOR cancelara hasta una suma equivalente a **CIENTO NOVENTA Y CUATRO MIL OCHOCIENTOS CUARENTA Y SEIS PESOS MTE ($194.846) POR CONCEPTO DE PRIMA DE PRODUCTIVIDAD** este pago está sujeto al cumplimiento de metas establecidas por el empleador, (dejando constancia que las partes consideraran tales beneficios o reconocimientos como no salariales y por tanto solo se tendrá en cuenta como factor salarial para la liquidación de las acreencias laborales, y no para el pago de aportes parafiscales y de seguridad social, de conformidad con articulo 15 y siguientes de la 50/90.), Las metas se socializaran directamente con el TRABAJADOR para los cuales se fijara el procedimiento para el pago de esta prima. **CUARTA. JORNADA DE TRABAJO:** EL TRABAJADOR se obliga a

Frente a este punto, y en aras de resolver la apelación de la empresa accionada ha de recordarse conforme a una interpretación armónica de los artículos 127 y 128 del C. S. del T., que un pago habitual y continuo, ya en dinero, o en especie, que retribuya directamente el servicio debe ser considerado como salario para todos los efectos legales, no obstante lo anterior, a partir de la modificación introducida por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990 al artículo 128 del C. S. del T., declarado exequible por la Corte Constitucional a través de sentencia C-521 de 1995, surgió la posibilidad de que beneficios habituales u ocasionales, acordados convencional o contractualmente u otorgados extralegalmente por el empleador y que, de acuerdo con el artículo 127 del estatuto sustantivo, podrían ser considerados como salario, no produzcan los efectos jurídicos de ese tipo de retribución, por razón de lo acordado expresamente por las partes y fue justamente lo que aconteció en el caso estudiado, pues ello fue lo plasmado en el contrato de trabajo suscrito por ambas partes atrás citado.

En relación con el tema, la Sala de Casación Laboral en la sentencia con radicación 35154 del 20 de octubre de 2009[3] indicó que aun cuando determinado rubro sea factor constitutivo de salario, es lícito a las partes, sin quitarle esa connotación, pactar la exclusión de esos ingresos de la base de cómputo para la liquidación de otros beneficios laborales, posición que ha sido asumida en otros proveídos como los de radicación 5481 del 12 de febrero de 1993, reiterada en la 27851 del 24 de abril de 2007, SL 9827 del 29 de julio de 2015[4], SL 16373 de 20

[3] "*El Tribunal, luego de transcribir el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, asentó que "…lo anterior significa, que no basta con la habitualidad y continuidad para que la vivienda, alimentación y el arreglo del vestuario sean salario en especie, sino que se necesita que expresamente no hayan pactado las partes que no constituyen salario".*

Resulta difícil de entender qué fue lo que en realidad quiso decir el Tribunal cuando afirmó que "se necesita que expresamente no hayan pactado las partes que no constituyen salario", pues no es posible entender que la inexistencia de un pacto pueda ser expresa. Pero cualquiera fuera su intención, lo cierto es que, al discurrir de esa manera, se equivocó, pues, en principio, para que un pago en especie pueda ser constitutivo de salario se requiere que se reúnan las condiciones establecidas en el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, en la forma como ha sido desarrollado por el 129 de ese estatuto, de tal suerte que un pago en especie que se efectué de manera habitual y continua y además retribuya directamente el servicio debe ser considerado como salario para todos los efectos legales.

Sin embargo, debe igualmente tomarse en consideración, y ello no lo hace el censor, que se basó en la jurisprudencia vigente antes de la Ley 50 de 1990, que el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, en la forma como quedó modificado por el artículo 15 de esa ley, estableció la posibilidad de que beneficios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados extralegalmente por el empleador, que normalmente y de acuerdo con los elementos consagrados en el artículo 127 del aludido estatuto sustantivo, podrían ser considerados como salario, no produzcan los efectos jurídicos de ese tipo de retribución, por razón de lo dispuesto expresamente por las partes. Y dentro de esos beneficios se incluyen aquellos como la alimentación, habitación o vestuario.

Sobre esa facultad ha dicho esta Sala de la Corte que "Una de las disposiciones que mayor flexibilidad otorgó a las relaciones laborales la encarna el artículo 15 de la Ley 50 de 1990 que otorga a las partes unidas en un contrato de trabajo la facultad de determinar, que ciertos beneficios o auxilios extra legales que devengue el trabajador no se incluyan en el cómputo de liquidación de prestaciones sociales". (Sentencia del 10 de diciembre de 1998. Radicación 11310)

Por esa razón, aunque el razonamiento del Tribunal fue equivocado, pues la regla general es que el suministro de alimentación, vestuario y habitación, en principio constituye salario en especie y la excepción es que, si las partes lo pactan expresamente, su pago no producirá los efectos legales correspondientes a la retribución salarial, lo cierto es que, con todo, el fallador en últimas utilizó debidamente esa regla, pues tomó en consideración lo pactado por las partes en la cláusula adicional de su contrato de trabajo y, con apoyo en ella, explicó que "la decisión del a-quo es correcta, pues las partes acordaron que el suministro en especie de la vivienda, alimentación y vestuario no constituyen salario, lo cual es legal debiéndose confirmar la decisión." (Folio 16, cuaderno del Tribunal), con lo que aplicó debidamente la excepción contenida en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo a la que en precedencia se hizo alusión. De manera que el juzgador de segundo grado no se equivocó al concluir que en este caso no procedía la condena por salario en especie impetrada y, por ende, tampoco la reliquidación de las prestaciones sociales e indemnizaciones"

[4] "(…) *En tal sentido, la Corte debe dilucidar si los denominados «beneficios mensuales» y «gastos de movilización de vehículo» tenían o no carácter salarial, y sí el Tribunal incurrió en error de hecho manifiesto al aceptar que sí lo tenían.*

En tal dirección, en primer lugar, en torno a los denominados «beneficios mensuales», para la Sala es cierto que el Tribunal no analizó suficientemente el texto del contrato de trabajo, con sus cláusulas adicionales, pues allí constaba expresamente un pacto de exclusión salarial que debía ser analizado detenidamente en su validez, al amparo de lo dispuesto en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo. En el referido documento quedó establecido diáfanamente, que aparte de la remuneración básica de $900.000.oo, la demandada iba a pagar una remuneración adicional, por «…beneficios mensuales…» igual a $300.000.oo, que se identifican allí mismo como «…beneficios y auxilios habituales… tales como bonificaciones, prima extralegal de servicios, prima extralegal de antigüedad, auxilio extralegal… alojamiento (habitación) y alimentación dentro de las instalaciones de su sede en Bogotá D.C. o en las sedes donde se haya suministrado o decida suministrarse a cualquier título, dentro del horario ordinario de trabajo o en tiempo suplementario, o en jornadas ordinarias o dominicales y festivos.»

Como puede notarse, la cifra de $300.000.oo no estaba encaminada a remunerar «horas extras», como se anotó equívocamente dentro del texto de la liquidación de prestaciones sociales, sino exclusivamente prestaciones extralegales como «bonificaciones», «primas extralegales» y «auxilios por alojamiento», que

de septiembre de 2017 y SL 865 del 5 de marzo del 2019[5]. Recientemente en sentencia CSJ SL 1841-2023, la Máxima Corporación reiteró:

---

encajan perfectamente dentro de los rubros respecto de los cuales, por su naturaleza, las partes pueden convenir que no constituyen salario, en el marco de la libertad contractual y de la autonomía de la voluntad, así como al amparo de lo dispuesto en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, con arreglo al cual, no constituyen salario, entre otros, «…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, tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad.» (Resalta la Sala).

La Corte ha dicho frente al punto que «…el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, en la forma como quedó modificado por el artículo 15 de esa ley, estableció la posibilidad de que beneficios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados extralegalmente por el empleador, que normalmente y de acuerdo con los elementos consagrados en el artículo 127 del aludido estatuto sustantivo, podrían ser considerados como salario, no produzcan los efectos jurídicos de ese tipo de retribución, por razón de lo dispuesto expresamente por las partes. Y dentro de esos beneficios se incluyen aquellos como la alimentación, habitación o vestuario. Sobre esa facultad ha dicho esta Sala de la Corte que "Una de las disposiciones que mayor flexibilidad otorgó a las relaciones laborales la encarna el artículo 15 de la Ley 50 de 1990 que otorga a las partes unidas en un contrato de trabajo la facultad de determinar, que ciertos beneficios o auxilios extra legales que devengue el trabajador no se incluyan en el cómputo de liquidación de prestaciones sociales". (Sentencia del 10 de diciembre de 1998. Radicación 11310)» (CSJ SL, 20 oct. 2009, rad. 35154).

Ahora bien, aunque esta Sala de la Corte ha sido enfática y clara en precisar que las cláusulas de exclusión salarial, pactadas al amparo de lo dispuesto en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, no deben ser admitidas inexorablemente, por el solo hecho de su existencia, pues esa facultad de las partes no es absoluta y «…no puede interpretarse de tal forma que implique el total arbitrio de las partes para negarle la condición de salario a retribuciones que por ley la tienen.» (CSJ SL, 12 feb. 2003, rad. 5481, CSJ SL, 12 jul. 2011, rad. 38832, CSJ SL, 13 jun. 2012, rad. 39475), lo cierto es que en el expediente no existen elementos de juicio suficientes que contradigan el hecho de que, en este caso, la cláusula del contrato de trabajo estaba encaminada a retribuir beneficios extralegales pactados contractualmente, respecto de los cuales las partes convinieron su falta de carácter salarial y que, en la realidad, no eran pagos que conforme a la ley necesariamente debían ser concebidos como salario."

[5] *"Si bien el acuerdo de exclusión salarial entre las partes es válido a la luz de lo dispuesto en el artículo 128 del CST, aquella norma no debe ser entendida como una autorización incondicional e ilimitada a las partes para disponer que no constituya salario cualquier pago extralegal dado al trabajador, habida cuenta que esa interpretación desnaturalizaría la connotación de salario que tienen algunos beneficios extralegales, y desatiende el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades en las relaciones de trabajo establecido en el artículo 53 constitucional.*

Sobre el particular se pronunció la Corte Constitucional en la sentencia CC C-710-1996:

> *[…]*
>
> *En esta materia, es necesario recordar que la definición de lo que es factor salarial, corresponde a la forma como se desarrolla el vínculo laboral, y no a la existencia de un texto legal o convencional que lo consagre o excluya como tal, pues todo aquello que recibe el trabajador como contraprestación directa de su servicio, sin importar su denominación, es salario. En esta materia, tal como lo establece el artículo 53 de la Constitución, la realidad prima sobre las formalidades pactadas por los sujetos que intervienen en la relación laboral. Por tanto, si determinado pago no es considerado salario, a pesar de que por sus características es retribución directa del servicio prestado, el juez laboral, una vez analizadas las circunstancias propias del caso, hará la declaración correspondiente.*
>
> *Así las cosas, debe entenderse que el artículo 128 se limita a establecer que no constituyen salario las sumas que ocasionalmente, y por mera liberalidad recibe el trabajador, y a señalar algunos ejemplos de esos conceptos. Definición que no desconoce norma alguna de la Constitución, ni impide que se pueda reclamar ante el juez competente, el reconocimiento salarial de una suma o prestación excluida como tal, cuando, por sus características, ella tiene por objeto retribuir el servicio prestado. Por tanto, la norma, así entendida, es constitucional.*
>
> *El artículo 128, como norma de carácter general, no es contraria a la Constitución. En caso de que los regímenes salariales a que hacen referencia los actores, desconozcan esta norma, y, por ende, se cree una desigualdad, lo lógico es demandar esos regímenes y, no el artículo que se acaba de analizar, pues él, como se ha explicado, se limita enunciativamente a determinar que sumas no son salario. Sin que ello implique que, en*

> *casos concretos, el juez, una vez analizadas las circunstancias que rodean el caso puesto a su consideración, concluya que determinadas sumas de dinero que recibe el trabajador, a pesar de estar excluidas como factor salarial lo son, en razón al carácter retributivo de la labor prestada.*
>
> *[…]*

La citada disposición a su vez debe ser interpretada armónicamente con el artículo 127 del CST, que consagra que es salario «todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte», y con el Convenio 95 de la OIT, convertido en legislación interna mediante la Ley 54 de 1952, que ordena que debe considerarse como salario cualquier remuneración que el trabajador perciba del empleador por los servicios que el primero preste o deba prestar al segundo. En su tenor literal, el artículo 1º del convenio, reza:

> *A los efectos del presente Convenio, el término salario significa la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que este último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar."*

Así las cosas, debe darse una interpretación sistemática del artículo 128 del estatuto laboral, que armonice su contenido con las normas constitucionales, del bloque de constitucionalidad y legales que regulan lo atinente a los factores salariales. Ello impone entender que la autorización de exclusión salarial está restringida a los fines y eventos enunciados en el artículo 128 referido, y a los casos análogos a éstos en que los pagos no retribuyan efectiva y directamente el trabajo, o que no estén destinados a enriquecer el patrimonio del trabajador, sino a que éste desempeñe adecuadamente sus funciones.

En caso contrario, a saber, cuando en virtud del artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo se pretenda excluir salarialmente un pago extralegal que en realidad es recibido por el trabajador como contraprestación directa de sus servicios, ese pacto deberá considerarse ineficaz, en atención al mandato establecido en el artículo 43 del CST.

Así se ha pronunciado en repetidas ocasiones esta corporación; como lo hizo, por ejemplo, en decisión CSJ SL 35771, 1º feb. 2011, se expuso:

> *Para responder esta parte de la acusación, la Corte recuerda que, conforme a su orientación doctrinaria, al amparo de la facultad contemplada en el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, que subrogó el 128 del Código Sustantivo del Trabajo, las partes no pueden desconocer la naturaleza salarial de beneficios que, por ley, claramente tienen tal carácter.*
>
> *Ello traduce la ineficacia jurídica de cualquier cláusula contractual en que las partes nieguen el carácter de salario a lo que intrínsecamente lo es, por corresponder a una retribución directa del servicio, o pretendan otorgarle un calificativo que no se corresponda con esa naturaleza salarial. Carece, pues, de eficacia jurídica todo pacto en que se prive de la índole salarial a pagos que responden a una contraprestación directa del servicio, esto es, derechamente y sin torceduras, del trabajo realizado por el empleado.*

Por su parte, en sentencia CSJ SL403-2013, expresó:

> *Al margen de que el cargo fue enfocado por la vía indirecta, no está demás reiterar en esta oportunidad, la posición que, de vieja data, viene sosteniendo la jurisprudencia laboral frente a la definición de salario conforme a los artículos 127 y 128 del CST. Conviene traerla a colación en razón a que todavía persisten, por parte de algunos empleadores, prácticas laborales consistentes en que, so pretexto de la facultad otorgada por el citado artículo 128 modificado por el 15 de la Ley 50 de 1990, celebran pactos salariales con los trabajadores con el propósito de restarle el carácter salarial a pagos que por esencia lo son, no obstante que son ineficaces, como sucedió en el sublite.*
>
> *En sentencia del 12 de febrero de 1993 (radicación 5481), al referirse a la interpretación de los arts. 127 y 128 del Código Sustantivo del Trabajo, en vigencia de la ley 50 de 1990, esta Sala expuso lo siguiente:*
>
> *"Determinar cuáles de los pagos que el trabajador recibe del empleador constituyen salario y cuáles no, es tema de innegable relevancia para las relaciones obrero-patronales, tanto individuales como colectivas, por lo cual se hace necesario distinguir el 'salario' propiamente dicho de otras remuneraciones y beneficios que también recibe el trabajador por razón de su trabajo o con ocasión del mismo, cuáles son las 'prestaciones sociales', las 'indemnizaciones' y los 'descansos', según clasificación empleada hace ya tiempo por nuestra legislación positiva y de usanza predominante en el lenguaje ordinario de la vida laboral. […]*
>
> *a). - El pago del salario, desde el punto de vista jurídico, es la principal obligación de quien se beneficia del trabajo subordinado ajeno, como que constituye ordinariamente la contraprestación primordial y*

> *"No obstante, en lo que sí erró la segunda instancia fue establecer que, de conformidad con el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, el trabajador y el empleador, podían convenir que no fuera tenida en cuenta la bonificación por asistencia para liquidar ciertas acreencias laborales, tales como, el trabajo suplementario, nocturno, dominical, festivo y las vacaciones.*
>
> *La Sala considera que la referenciada interpretación resulta equivocada. Ello por cuanto,* ***en los términos de los artículos 127 del Código Sustantivo del Trabajo y 1° del Convenio 95 de la OIT, constituye salario todo aquello que recibe el trabajador, ya sea en dinero o especie, como contraprestación directa de sus labores****, sea cualquiera la forma o el título que se le otorgue (CSJ SL3272-2018, CSJ SL4866-2020 y CSJ SL12220-2017).*
>
> ***No puede olvidarse tampoco que esa retribución, resulta ser un elemento esencial del trabajo subordinado, al constituirse en la fuente principal del empleado y su familia para subsistir en condiciones dignas, en los términos de los artículos 25 y 53 de la Constitución Política.***
>
> *Adicionalmente, resulta ser el parámetro fundamental para la liquidación de las prestaciones sociales, las vacaciones, las indemnizaciones y los aportes a la seguridad social, por tanto, es determinante su definición y delimitación.".*

De tal suerte, a pesar de que la suscripción del pacto de exclusión salarial contenida en la cláusula tercera del contrato de trabajo podría mantener la eficacia propia de los acuerdos celebrados entre las partes, al descartar tales beneficios como no constitutivos de salario, lo cierto es que en este especial caso, en lo que tiene que ver con la "*Prima de Productividad*", si bien fueron acordados por el demandante y SEGURIDAD GOLAT LTDA como no constitutivos de salario, lo cierto es que, la demandada indicó que se entregaba esta prima mensual con la

---

> *más importante de la actividad desplegada por el trabajador. El salario aparece, así como la remuneración más inmediata o directa que el trabajador recibe por la transmisión que hace de su fuerza de trabajo para ponerla a disposición del empleador, por lo cual se considera uno de los elementos esenciales de toda relación de trabajo, sin que importe la forma jurídica --contrato de trabajo o relación legal y reglamentaria-- que regule la prestación personal subordinada de servicios.*
>
> *[…]*
>
> *3.- La clasificación de los beneficios laborales que se ha dejado expuesta, de conformidad con nuestras normas positivas reguladoras de las relaciones entre trabajadores y empleadores del sector privado, permite resolver fácilmente el asunto bajo examen, pues aplicando los anteriores conceptos al caso litigado se impone concluir que no interpretó erróneamente el Tribunal el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo ni tampoco dejó de aplicar el 128 del mismo ordenamiento. Estas normas, en lo esencial, siguen diciendo lo mismo bajo la nueva redacción de los artículos 14 y 15 de la Ley 50 de 1.990, puesto que dichos preceptos no disponen, como pareciera darlo a entender una lectura superficial de sus textos, que un pago que realmente remunera el servicio, y por tanto constituye salario, ya no lo sea en virtud de disposición unilateral del empleador o por convenio individual o colectivo con sus trabajadores".*

Por lo expuesto, no es posible considerar, como lo sugiere la censora, que la facultad prevista en el artículo 128 del CST, en virtud de la cual se pactó una cláusula de exclusión salarial no tenga límites; por el contrario, no es dable para el juez del trabajo avalar un acuerdo como éste, si advierte que el concepto al que se le resta esta incidencia salarial, en verdad constituye una remuneración directa del servicio, es habitual o permanente y que ingrese efectivamente al patrimonio del trabajador, como desde el punto de vista fáctico lo concluyó el tribunal.

Al respecto, en el presente evento, de la valoración de la prueba testimonial arrimada al proceso, se colige, que ***el auxilio educativo mensual recibido por la demandante, a diferencia del semestral que percibía por el mismo concepto, era una remuneración directa del servicio, no solo por la habitualidad con la que se recibía el mismo, sino porque aquel no estaba sometido para su pago al cumplimiento de condición alguna, era remunerativo del servicio prestado por la trabajadora, y por lo tanto era salario****."*

finalidad de que los Guardas de Seguridad acudieran a cumplir los turnos programados con antelación por la sociedad, es decir, la suma de $194.846 retribuía los servicios del demandante; argumento que se puede evidenciar desde la contestación de la demanda e incluso en el interrogatorio de parte absuelto por la representante legal de SEGURIDAD GOLAT LTDA, ésta advirtió ***(****récord 28:26, archivo 15)****:*** *"no es cierto que el demandante tuviera turnos de 12 horas ya que trabajaba un día y descansaba otro, eran turnos 2x2 a la semana, no trabajaba más de 60 horas a la semana cuando tenía turnos los domingos,* ***recibía un auxilio de productividad como incentivo para que no fallara, se lo da el Departamento de Bienestar para que cumplan con las programaciones y horarios, el auxilio se les daba porque era como un premio por cumplir la programación establecida (…), la bonificación es por asistencia y se da por el Departamento de Bienestar, esta prima no se paga de manera habitual porque tiene que corroborarse que se cumpla la programación, no sé con exactitud en qué fechas faltó el actor".***

Aunado a que, conforme a los comprobantes de nómina allegados por el demandante y que no fueron objeto de controversia u oposición por los demandados (páginas 20 a 7, archivo 05), relacionan para los periodos **mayo a noviembre de 2019** el pago de la **PRIMA DE PRODUCTIVIDAD**, evidenciando, le fueron cancelados al actor quincenalmente, por ende, es evidente que se trató de un pago habitual, teniendo la finalidad de retribuir los servicios prestados, precisando, el pacto efectuado en el contrato de trabajo se ha de entender como una mera nominación que en la realidad nunca se llevó a cabo.

Sobre este aspecto la Sala de Casación Laboral en reciente sentencia SL 986 del 24 de febrero del 2021, sostuvo:

> " *(…)*
>
> *a) En virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formas contractuales, previsto en el art. 53 de la Constitución Política de 1991, aplicable en el tema salarial, lo que recibe el trabajador como directa contraprestación del servicio, sea en dinero o en especie, no deja de ser salario por la simple denominación que le den las partes.*
>
> ***b)*** *Por ende, el criterio conclusivo o de cierre para determinar si un pago es o no salario, consiste en establecer si se ha recibido como contraprestación o retribución del trabajo realizado, es decir, que* ***el salario se define por su finalidad o destino.***
>
> *c) Acreditada por parte del trabajador la periodicidad, habitualidad y permanencia del pago realizado, le corresponde al empleador la carga de probar que la destinación de dicho estipendio cancelado al trabajador tiene una causa distinta a la prestación personal del servicio y, por tanto, con carácter no remunerativo.*

d) Por cuenta de la parte final del art. 128 del CST, modificado por el art. 15 de la L. 50 de 1990, el acuerdo entre las partes orientado a especificar qué beneficios o auxilios extralegales no tienen incidencia salarial debe ser expreso, claro, preciso y detallado en los rubros que cobija, por ello, la duda sobre si un emolumento es o no salario debe resolverse en favor de la regla general, esto es, que para todos los efectos es retributivo del servicio.

e) En tal sentido, las partes no pueden despojar de incidencia salarial un pago que por esencia lo es.

f) Lo que conduce a concluir en este tema concreto, que, si el trabajador logra acreditar que los denominados "gastos de viaje" eran habituales, periódicos y permanentes, y el empleador no logra probar, que el propósito era, precisamente, ayudar en el cabal desempeño de las funciones propias del servicio de transporte de pasajeros intermunicipal, se tendrá que tales sumas tenían como fin retribuir el servicio, y por ende, con incidencia prestacional.

*Resaltado lo anterior, desde el punto de vista jurídico, el Tribunal sostuvo correctamente, que «por el simple hecho de haber sido consignados al demandante en su cuenta de ahorros bajo el concepto "abono dispersión pago nómina Copetran" no podía tenerse tales sumas como constitutivas de salario, (…) además de que, según las reglas mencionadas previamente, **la denominación de un pago no es lo que determina si es o no salarial, sino su destino o finalidad**; (…).*

*Como se explicó previamente, una de las características para considerar un pago salarial, es la carga de prueba, (…), pues como se explicó en la sentencia rememorada, «**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** (CSJ SL12220-2017, CSJ SL1437-2018, CSJ SL5159-2018)».*

*Aspecto que se destacó en la sentencia SL4866-2020, al haberse indicado 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».*

En ese orden de ideas, si el demandante acreditó que el pago era habitual, periódico y permanente, al empleador le correspondía demostrar que su finalidad era contribuir en la prestación eficiente del servicio, más no su remuneración, y no dar por descontado y en forma automática con la simple mención de la empleadora, que se debía partir del hecho de que «tales dineros eran consignados para solventar gastos propios de la operación del vehículo, incluido manutención y hospedaje, que tiene relación directa con la operación de transporte de buses intermunicipales bajo el rubro de gastos de viaje, cuyo monto era variable en la medida que atendían el recurrido efectuado de las rutas programadas», y que la prueba en contrario, recaía nuevamente en el trabajador."

Como se explicó, salario resulta ser lo que recibe el trabajador como consecuencia de los servicios que presta, de manera que no lo son las sumas que entrega el empleador por causa distinta a ello, como aquellas que recibe no para enriquecer su patrimonio, sino para desarrollar de forma plena sus funciones.

Si bien esta Sala ha dicho que existen algunos criterios auxiliares para determinar

si un pago es remunerativo, tales como la habitualidad (CSJ SL1798-2018) o la proporcionalidad respecto del total de los ingresos (CSJ SL, 27 noviembre 2012), radicado 42277), debe entenderse que estos son meros lineamientos, no obstante, lo definitivo para comprobar si un pago es o no salario *«[…] consiste en determinar si su entrega tiene como causa el trabajo prestado»* (CSJ SL5159-2018).

De esta manera, resulta claro que de conformidad con la interpretación de la citada Corporación ha dado a los artículos 127 y 128 del Estatuto del trabajo, no resulta plausible validar que, a través de un acuerdo entre las partes, se establezca que un determinado rubro retribuya directamente el servicio, pero se le niegue esa condición real y materialmente al impedir que sirva de base para la liquidación de acreencias laborales que tienen como referente ese concepto, tal como sucedió en el caso de SEGURIDAD GOLAT LTDA ya que, el hecho de estipular la connotación salarial de dicho pago, indicando que se debe a la productividad por asistir a los turnos, es una situación que refleja claramente un pago que retribuía los servicios de Guarda de Seguridad, resultando ineficaz ese pacto.

Establecido lo anterior, encuentra esta Sala de Decisión que el actor acreditó el pago la **PRIMA DE PRODUCTIVIDAD** para los periodos de **mayo a noviembre de 2019**, por lo que deberá reconocerse el carácter salarial de dichos desembolsos solo para dichos lapsos debiéndose modificar la condena impuesta por el *a quo* en cuanto a la reliquidación de las prestaciones sociales y vacaciones, estableciendo como salario devengado entre el 6 de mayo al 30 de noviembre de 2019 la suma de $**1.022.966**[6]**,** periodos en los que únicamente se impartirá condena en la suma de **$278.471,92,** discriminados, así:

INICIO	FIN	DIAS	PRIMA DE PRODUCTIVIDAD	DIFERENCIA CESANTIAS	DIFERENCIA INTERESES	DIFERENCIA PRIMA DE SERVICIOS	DIFERENCIA VACACIONES
6/05/2019	30/05/2019	25	$ 194.846,00	$ 13.530,97	$ 112,76	$ 13.530,97	$ 6.765,49
1/06/2019	30/06/2019	30	$ 194.846,00	$ 16.237,17	$ 162,37	$ 16.237,17	$ 8.118,58
1/07/2019	30/07/2019	30	$ 194.846,00	$ 16.237,17	$ 162,37	$ 16.237,17	$ 8.118,58
1/08/2019	30/08/2019	30	$ 194.846,00	$ 16.237,17	$ 162,37	$ 16.237,17	$ 8.118,58
1/09/2019	30/09/2019	30	$ 194.846,00	$ 16.237,17	$ 162,37	$ 16.237,17	$ 8.118,58
1/10/2019	30/10/2019	30	$ 194.846,00	$ 16.237,17	$ 162,37	$ 16.237,17	$ 8.118,58
1/11/2019	30/11/2019	30	$ 194.846,00	$ 16.237,17	$ 162,37	$ 16.237,17	$ 8.118,58
			SUBTOTAL	**$ 110.953,97**	**$ 1.086,99**	**$ 110.953,97**	**$ 55.476,99**
			TOTAL	**$ 278.471,92**			

Lo anterior, atendiendo que el juez de primer grado imputó el pago de la prima de productividad por toda la vigencia de la relación laboral, cuando contrario a ello, la parte actora no cumplió con la carga probatoria de acreditar que recibió este

[6] *$194.846 (prima de productividad) +$828.116 (smmlv).*

concepto en todos los periodos, desconociéndose la carga prevista en el artículo 167 del C.G.P. Igualmente, es del caso aclarar, si bien en la cláusula tercera del contrato de trabajo; ya analizada, se plasmó que la prima de productividad se tendría en cuenta para liquidar las prestaciones sociales, lo cierto es que en la vigencia de la relación laboral que ocupa a la Sala, la demandada no reconoció éstos conceptos laborales al actor, pues de los comprobantes de pago arrimados por el extremo pasivo no se extrae dicho reconocimiento económico (páginas 20 a 7, archivo 05), correspondiéndole a SEGURIDAD GOLAT LTDA probar que sí cumplió con esta obligación y ello no sucedió.

Concordante con lo anterior, es menester indicar, que el salario declarado por el juzgador de primer grado, será modificado ya que, como se dijo, el actor no devengó, o por lo menos no fue probado en esta litis, que para el año 2020 se devengará la prima de productividad, debiendo declararse que el salario percibido fue el mínimo legal y no $1.072.649 (*el a quo declaró este monto al sumar el smmlv + prima de productividad*). Asimismo, el salario del periodo diciembre de 2019 ascendió al mínimo legal, por lo analizado anteriormente.

En síntesis, los salarios percibidos por el actor fueron:

a) Del 06 de mayo de 2019 al 30 de noviembre de 2019 la suma de $1.022.966.
b) Del 1º de diciembre al 30 de diciembre del mismo mes y año 1 smmlv.
c) Del 1º de enero de 2020 al 30 de junio de 2020 el equivalente a 1 smmlv.

En este mismo sentido, se advierte, si bien la condena dirigida a los aportes pensionales no fue recurrida de manera directa por los demandados, éstos sí controvirtieron el carácter salarial de la Prima de Productividad, teniendo incidencia las resultas en este rubro, **debiendo modificarse el numeral 8º en el sentido de ordenar que las correcciones del IBC (Ingreso Base de Cotización) y consecuente aporte al Sistema de Seguridad Social Integral se realice frente a los periodos de mayo a noviembre de 2019 <u>únicamente</u> y sobre el salario de $1.022.966.**

En otro giro, en cuanto a la **indemnización moratoria**, prevista en el artículo 65 del C.S.T., a la cual fue condenada la pasiva, se precisa esta procede cuando el empleador no satisface en oportunidad los salarios y prestaciones sociales derivadas del contrato de trabajo, correspondiendo entonces 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 que ha de analizarse el elemento buena o mala fe[7]. En dichos términos se ha pronunciado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia[8].

De tal manera, en el presente asunto, como se dijo en líneas anteriores, no son de recibo los argumentos de la empresa enjuiciada en la medida que si bien el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, permite que tanto empleadores como trabajadores acuerden que ciertos auxilios no posean carácter retributivo, **ello no es una autorización para despojar de la incidencia salarial a pagos que en realidad la tienen,** por cuanto, la «*[…] ley no autoriza a las partes para que dispongan que aquello que por esencia es salario, deje de serlo»* (CSJ SL13 junio 2012, radicado 39475 y CSJ SL12220-2017).

De tal forma, la empresa demandada debió pagar las acreencias laborales del actor incluyendo como factor salarial las sumas devengadas por concepto de PRIMA DE PRODUCTIVIDAD en los periodos antes dichos, por ende, como se efectúo la liquidación desconociendo tal situación, justificándose en un pacto de exclusión inexistente, se estima desdeñable la posición de la llamada a juicio al resistirse a pagar las acreencias debidas al actor con el verdadero salario por éste devengado entre mayo a noviembre de 2019, razón por la cual resulta procedente condenar a esta indemnización, ***advirtiéndose en este punto,*** como quiera que no se encontró acreditado que el salario para la anualidad 2020 fuera superior al smmlv deberá **modificarse** la sentencia recurrida para en su lugar condenar al pago de la indemnización moratoria en razón a un día de salario por cada día de retardo, **teniendo como base salarial 1 smmlv**, esto es, la suma diaria de **$29.260** ($877.803/30) y no $1.072.649, último salario que estableció el juez de primer grado, hasta que se satisfaga el pago.

---

[7] Al respecto ver SL 309 del 5 de febrero del 2020 y SL 11436 del 29 de junio de 2016.

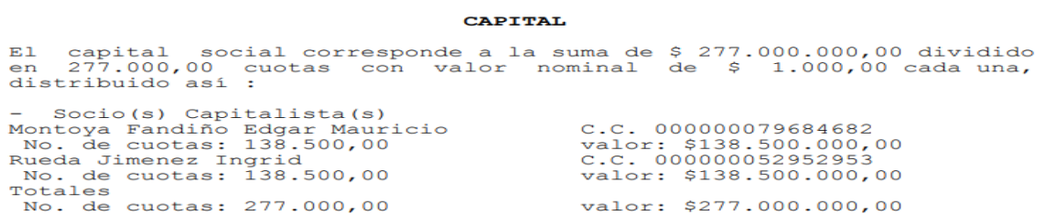
[8] "...Esta Sala de la Corte, desentrañando el sentido de la norma transcrita y buscando evitar injusticias en su aplicación automática, ha dicho en multitud de ocasiones: "El entendimiento del artículo 65 del C. S. del T. conlleva a la luz de la jurisprudencia, la apreciación de los elementos subjetivos de mala fe o buena fe para la aplicación de la norma. La sanción por ella consagrada no opera de plano sobre los casos de supuestas prestaciones sociales no satisfechas por el patrono, ya que tal indiscriminada imposición de la pena pecuniaria es una aberración; contraría las normas del derecho que proponen el castigo como correctivo de la temeridad, como recíproco del ánimo doloso" (Sent. del 9 de abril de l.959, G. J. T. XC, p. 423, reproducida, entre muchas otras, en las del 20 de mayo de l.963 y el 20 de julio de 1.968).

Con respecto a la prueba de los elementos subjetivos aludidos, también como desarrollo jurisprudencial de esta Corporación, se ha dicho que el empleador sólo se libera de la indemnización a que alude la disposición en cita, demostrando que su actitud reticente obedeció a motivos valederos que evidencian sin lugar a dudas su buena fe." (Sentencia de junio 13/91 Extractos de Jurisprudencia Tomo 6, 2o. trimestre 1.991).”

Finalmente, en cuanto a la responsabilidad solidaria de los señores INGRID RUEDA JIMÉNEZ y EDGAR MAURICIO MONTOYA FANDIÑO en calidad de socios de la empresa SEGURIDAD GOLAT LTDA, individualmente considerados, y que fueron convocados al juicio en virtud del contenido del artículo 36 del C.S.T. debe advertirse, esta norma dispone:

> ***"ARTICULO 36. RESPONSABILIDAD SOLIDARIA.*** *Son solidariamente responsables de todas de las obligaciones que emanen del contrato de trabajo las sociedades de personas y sus miembros y éstos entre sí en relación con el objeto social y sólo hasta el límite de responsabilidad de cada socio, y los condueños o comuneros de una misma empresa entre sí, mientras permanezcan en indivisión.".*

Así las cosas, en este caso, para que proceda la solidaridad anhelada en autos frente a los demandados personas naturales debe acreditarse la calidad de socios de SEGURIDAD GOLAT LTDA, cuyo atributo se acredita con el certificado de existencia y representación legal incorporado a los autos (*páginas 47 a 53, archivo "12 ContestacionDemanda.pdf", expediente digital*), el cual dispone en el ítem de "***CAPITAL***":



CAPITAL

El capital social corresponde a la suma de $ 277.000.000,00 dividido en 277.000,00 cuotas con valor nominal de $ 1.000,00 cada una, distribuido así :

- Socio(s) Capitalista(s)

Montoya Fandiño Edgar Mauricio	C.C. 000000079684682
No. de cuotas: 138.500,00	valor: $138.500.000,00
Rueda Jimenez Ingrid	C.C. 000000052952953
No. de cuotas: 138.500,00	valor: $138.500.000,00
Totales	
No. de cuotas: 277.000,00	valor: $277.000.000,00

Dado lo anterior, en primer lugar, emana con claridad la responsabilidad legal de los miembros de las sociedades de personas para con las obligaciones resultantes del contrato de trabajo que las últimas suscriben, por lo que deberán entonces estas personas naturales responder solidariamente de las obligaciones debidas, como bien lo determinó la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 9 de julio de 2004, radicación 22408. En igual sentido, mediante sentencia CSJ SL959-2023 se dispuso: "*En las sociedades de responsabilidad limitada, las condenas a los socios se extienden solidariamente hasta el límite de sus aportes".*

A la par, en el presente asunto, el valor de la cuota social de las personas naturales demandadas, según el certificado referido, es de 138.500 cuotas para MONTOYA FANDIÑO EDGAR MAURICIO y para INGRID RUEDA JIMÉNEZ 138.500, lo que corresponde para cada uno de los socios a $138.500.000 para un total de 277.000 cuotas que equivalen a $277.000.000, por lo cual habrán de ser declarados solidariamente responsables de las condenas impuestas, pero sólo hasta un monto igual al del valor de sus cuotas sociales, tal como lo declaró el Juez de primer grado, confirmándose la sentencia en tal aspecto.

En los términos anteriores, agotada como se encuentra la competencia de la Sala, por el estudio de los motivos de apelación, conforme a las motivaciones precedentes, se modificará parcialmente la sentencia de primera instancia en sus numerales 3º, 6º, 8º y 9º, se revocará los numerales 2º y 5º, confirmándose en lo demás.

SIN COSTAS en esta instancia.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: REVOCAR el numeral **SEGUNDO** y **QUINTO**, de la sentencia de primer grado, por las razones expuestas.

SEGUNDO: MODIFICAR PARCIALMENTE el numeral **TERCERO** de la sentencia de primera instancia para en su lugar, **DECLARAR** que el demandante devengó entre el **6 de mayo de 2019 al 30 de noviembre de 2019**, el salario mínimo legal mensual vigente **más** el auxilio de productividad ($**1.022.966**) y a partir del **1º de diciembre de 2019 al 30 de junio de 2020** la suma de 1 s.m.m.l.v., según las consideraciones señaladas en la parte motiva.

TERCERO: MODIFICAR el numeral **SEXTO** de la sentencia de primera instancia en el sentido de **CONDENAR** a los demandados a pagar al demandante por concepto de reliquidación de prestaciones sociales y vacaciones causadas por las diferencias salariales *“Prima de Productividad*” entre el 06 mayo al 30 de noviembre de 2019 la suma de **$278.471,92**, conforme a lo considerado.

INICIO	FIN	DIAS	PRIMA DE PRODUCTIVIDAD	DIFERENCIA CESANTIAS	DIFERENCIA INTERESES	DIFERENCIA PRIMA DE SERVICIOS	DIFERENCIA VACACIONES
6/05/2019	30/05/2019	25	$ 194.846,00	$ 13.530,97	$ 112,76	$ 13.530,97	$ 6.765,49
1/06/2019	30/06/2019	30	$ 194.846,00	$ 16.237,17	$ 162,37	$ 16.237,17	$ 8.118,58
1/07/2019	30/07/2019	30	$ 194.846,00	$ 16.237,17	$ 162,37	$ 16.237,17	$ 8.118,58
1/08/2019	30/08/2019	30	$ 194.846,00	$ 16.237,17	$ 162,37	$ 16.237,17	$ 8.118,58
1/09/2019	30/09/2019	30	$ 194.846,00	$ 16.237,17	$ 162,37	$ 16.237,17	$ 8.118,58
1/10/2019	30/10/2019	30	$ 194.846,00	$ 16.237,17	$ 162,37	$ 16.237,17	$ 8.118,58
1/11/2019	30/11/2019	30	$ 194.846,00	$ 16.237,17	$ 162,37	$ 16.237,17	$ 8.118,58
			SUBTOTAL	**$ 110.953,97**	**$ 1.086,99**	**$ 110.953,97**	**$ 55.476,99**
			TOTAL	**$ 278.471,92**			

CUARTO: MODIFICAR el numeral **OCTAVO** de la sentencia de primera instancia para en su lugar, **CONDENAR** a los demandados a corregir y pagar los aportes pensionales con destino al Fondo al cual se encuentre afiliado el demandante, incluyendo la diferencia causada entre el 6 de mayo de 2019 al 30 de noviembre de 2019, registrando un IBC de $**1.022.966**[9]**,** conforme a lo considerado.

QUINTO: MODIFICAR el numeral **NOVENO** de la sentencia de primera instancia para en su lugar, **CONDENAR** a los demandados a pagar la indemnización moratoria prevista en el art 65 del C.S.T. **sobre la suma diaria de 1 smmlv** hasta cuando el pago se verifique, conforme a lo expuesto anteriormente.

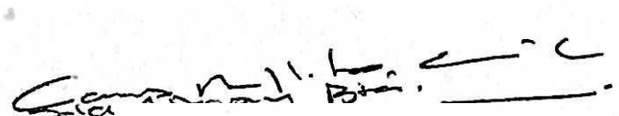
SEXTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juez 35 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto.

SÉPTIMO: SIN COSTAS en esta instancia.

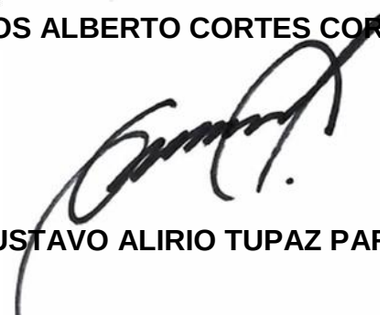
NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN



CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

[9] *$194.846 (prima de productividad) +$828.116(smmlv).*

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO LUIS ALBERTO PATARROYO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- y PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. Y SKANDIA S.A. (RAD. 35 2022 00151 02).

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

AUTO

Se reconoce personería adjetiva a la abogada LEIDY CAROLINA FUENTES SUÁREZ, como apoderado de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por JAHNNIK INGRID WEIMANNS SANCLEMENTE en su calidad de representante legal de la firma UNION TEMPORAL W&WLC UT.

Igualmente, se reconoce personería adjetiva a la abogada **LORENA PAOLA CASTILLO SORIANO**, como apoderada sustituta de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A**, en los términos y para los efectos del poder conferido por **ANDRÉS FELIPE CHÁVEZ ALVARADO**, como abogado adscrito a la sociedad **GODOY CORDOBA ABOGADOS S.A.S.**



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

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

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por las demandadas SKANDIA y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de ésta última, contra la sentencia proferida por la Juez 35 Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 13 de julio de 2023 *(Audiencia virtual, archivo 23 expediente digital récord: 35:32),* en la que se resolvió:

> *"**PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia del traslado con fecha de solicitud de vinculación 09 de septiembre de 1994, efectiva desde el 01 de octubre de 1994, por LUIS ALBERTO PATARROYO, del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual, efectuado a través de la afiliación a la sociedad a la entonces AFP HORIZONTE (HOY APF PORVENIR).*
>
> ***SEGUNDO: CONDENAR** a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS – PORVENIR S.A; la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS - PROTECCIÓN S.A. y a la sociedad SKANDIA ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS a reintegrar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante LUIS ALBERTO PATARROYO, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado.*
> ***TERCERO: DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas por la pasiva, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.*
>
> ***CUARTO: CONDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a recibir todos los valores que reintegre la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS -PROTECCIÓN S.A. con motivo de la afiliación de LUIS ALBERTO PATARROYO, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado.*
>
> ***QUINTO: CONDENAR EN COSTAS PROCESALES** a cargo de la demandada, la sociedad ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS – PORVENIR S.A; liquídense por secretaría incluyendo la suma de 1.000.000 por concepto de agencias en derecho.*
>
> *Sin costas para la Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES, la AFP SKANDIA y a la AFP PROTECCIÓN.*
>
> ***SEXTO:** En caso de no ser apelada la presente decisión se remitirá el proceso a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para que se estudie en grado jurisdiccional de **CONSULTA**.".*

Inconforme con la decisión COLPENSIONES formuló recurso[1], advirtiendo, no se da íntegra aplicación al artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el cual señala las

[1] ***Recurso Colpensiones (récord, 37:50):** "Gracias, señora juez y muy respetuosamente interpongo recurso de apelación frente a la sentencia emitida el día de hoy, a efecto de que los honorables magistrados de la sala Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, se sirvan revocar en su totalidad la sentencia y en su lugar se absuelva a mi representada de cada uno de los cargos impuestos, teniendo en cuenta los siguientes argumentos, lo primero, señalar que no se da integra aplicación al artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la cual señala las consecuencias de la declaratoria de la ineficacia del traslado, a falta del deber de información, esto, atendiendo al principio de confianza, como segundo aspecto, señalar que se desconoce probatoriamente la manifestación efectuada por el demandante en el interrogatorio de parte en el que señala,*

consecuencias de la declaratoria de la ineficacia del traslado, a falta del deber de información, esto, atendiendo al principio de confianza, como segundo aspecto, se desconoce probatoriamente la manifestación efectuada por el demandante en el interrogatorio de parte en el que manifiesta que recibió la asesoría previo a estar incurso en la prohibición legal, la cual no le permitía retornar al régimen de prima media, tal como consta documentalmente. Igualmente, señaló, el demandante de acuerdo a sus características propias y profesionales, conocía cada una de las características del régimen de prima media vs. el régimen de ahorro individual. Téngase en cuenta que la naturaleza o la intención principal del demandante era permanecer en el régimen de ahorro individual de acuerdo a las características propias, las cuales difieren del régimen de prima media, por lo cual dicha manifestación da certeza de que el demandante siempre estuvo informado de las características propias de cada régimen y así mismo decidió permanecer en el régimen de ahorro individual y aún más, recibiendo asesoría con proyecciones y estipulaciones de cómo sería su mesada pensional en uno y otro régimen.

Ahora bien, en caso confirmarse la sentencia, pidió, ordenar a los fondos no realizar deducciones por conceptos de seguros provisionales, tales como invalidez y sobrevivencia, toda vez que esto contribuiría con la descapitalización del sistema pensional del régimen de Prima Media, asimismo solicitó, se autorice a

---

la exhibición de documentos realizada por la parte demandada AFP que el demandante recibió la asesoría previo a estar incurso en la prohibición legal, la cual no le permitía retornar al régimen de prima media. Esto, teniendo en cuenta que, en dicha asesoría se le informó al demandante, como consta documentalmente, las consecuencias de continuar en el régimen de ahorro individual y, por tanto, debía retornar al régimen de prima media, al ser este más beneficioso. No obstante, lo anterior debe señalarse, que el demandante, de acuerdo a sus características propias y profesionales, conocía cada una de las características del régimen de prima media versus el régimen de ahorro individual. Ahora bien, téngase en cuenta que la naturaleza o la intención principal del demandante era permanecer en el régimen de ahorro individual de acuerdo a las características propias, las cuales difieren del régimen de prima media, por lo cual debe señalarse honorables magistrados. Que dicha manifestación da certeza de que el demandante siempre estuvo informado de las características propias de cada régimen y así mismo decidió permanecer en el régimen de ahorro individual y aún más, recibiendo asesoría con proyecciones y estipulaciones de cómo sería su mesada pensional en un nuevo y otro régimen, decidió permanecer en el régimen de ahorro individual sin hacer uso de la opción de retornar al régimen de Prima media.

Ahora bien, no obstante lo anterior, y en caso de que se confirme la sentencia de primera instancia, ruego Honorables Magistrados en primera medida, ordenar a los fondos no realizar deducciones por conceptos de seguros provisionales, tales como invalidez y sobrevivencia, toda vez que esto contribuiría con la descapitalización del sistema pensional, régimen de Prima Media, como segundo aspecto ruego honorables magistrados se autorice a la administradora colombiana de pensiones - Colpensiones, obtener por las vías judiciales pertinentes el valor de los perjuicios que se le causen por asumir la obligación pensional del demandante en los montos no previstos, sin las reservas dispuestas para tal fin, originados de la presunta omisión de un tercero, en este caso las AFP. Y como último ruego honorables magistrados, no sea condenada en caso de revocatoria de la sentencia, no sea condenada en costas de ninguna de las instancias, a mi representada Colpensiones, toda vez que ha sido un tercero de buena fe, el cual respetó la decisión libre, espontánea y voluntaria del demandante de permanecer y trasladarse de régimen pensional. Dejo así sustentado mi recurso de apelación, muchas gracias.".

Colpensiones, obtener por las vías judiciales pertinentes el valor de los perjuicios que se causen por asumir la obligación pensional del demandante en los montos no previstos, sin las reservas dispuestas para tal fin, originados de la presunta omisión de un tercero, en este caso las AFP.

Por último, manifestó no sea condenada en costas en ninguna de las instancias, toda vez que ha sido un tercero de buena fe, el cual respeto la decisión libre, espontánea y voluntaria del demandante de permanecer y trasladarse de régimen pensional.

Por su parte, SKANDIA atacó[2] la condena tendiente a retornar todos los valores recibidos por motivo de la afiliación del señor demandante como cotizaciones, bonos, rendimientos de la aseguradora sin descuento alguno, pues, en su sentir, no es posible que SKANDIA retorne emolumentos por conceptos de cotización obligatoria, teniendo en cuenta que éstos ya fueron trasladados hacia la AFP PROTECCIÓN para el año 2009, tal como desprende de la certificación emitida,

[2] **Recurso SKANDIA (récord, 41:45):** "*Gracias doctora, siendo la etapa procesal correspondiente, presento recurso de apelación parcial contra la sentencia proferida por su despacho tendiente a que el Honorable Tribunal, Sala Laboral de Bogotá revoque la condena impuesta a mi representada tendiente a retornar todos los valores recibidos por motivo de la afiliación del señor demandante como cotizaciones, bonos, rendimientos de la aseguradora sin descuento alguno, pues no es posible que mi representada SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS, retorne emolumentos por conceptos de cotización obligatoria, teniendo en cuenta que estos ya fueron trasladados hacia la AFP protección para el año 2009, tal como milita, certificación emitida por mi representada, motivo por el cual se le imposibilita realizar un traslado de aportes, de los cuales no cuenta mi representada, toda vez que el saldo de la cuenta de ahorro individual del señor demandante se encuentra en saldo cero, de la misma manera, se puede indicar que tampoco procede a la devolución de los fondos de garantía de pensión mínima del porcentaje de pensión de garantía mínima, toda vez que dichos emolumentos también fueron trasladados hacia la AFP protección el 18 de agosto de 2009, tal como milita, en la certificación que reposa con la contestación de la demanda.*

Ahora bien, en cuanto a las sumas descontadas por conceptos de gastos de administración y seguros provisionales, tampoco es factible que SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS, no retorne toda vez que estos ya fueron acaecidos en favor de la señora demandante, teniendo en cuenta que dichos emolumentos, se descontaron por mandato legal del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, artículo que autoriza el descuento de los seguros previsionales y los gastos de administración para la administración de la cuenta de ahorro individual del señor demandante, motivo por el cual se le causa un perjuicio económico a mi representada al retornar los dineros de los cuáles el demandante ya se benefició y se le está causando un desconocimiento a la teoría de las restituciones mutuas, de la misma manera, ocurre con los seguros previsionales, toda vez que dichos emolumentos se descontaron en virtud del artículo 20 y que son utilizados para cubrir dos contingencias, que es la invalidez y la sobrevivencia, sí bien es cierto, el señor demandante durante el tiempo como afiliado no sufrió ninguno de ellos, pues no se puede desconocer que efectivamente SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS cumplió con el deber legal de descontarlos por el simple hecho de ser vinculado con mi representada, 20 años después, el señor demandante, considera que no se le dio el deber de información, pues no se puede desconocer que efectivamente existían unas obligaciones que cumplir por el fondo de pensiones, como fue el descuento y el aseguramiento para dichos riesgos.

Al ordenar el retorno de dichos emolumentos se está causando un perjuicio económico al patrimonio propio de mi representada, toda vez que nunca han sido administrados dichos recursos por SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS, sino que se van destinados hacia un tercero, que es una aseguradora, motivo por el cual se está causando un detrimento y a su vez está causando enriquecimiento a favor de la administradora colombiana de pensiones Colpensiones, no solamente porque en el régimen de ahorro individual se está descontando este concepto, sino también en el régimen de prima media".

motivo por el cual se imposibilita realizar un traslado de aportes, toda vez que el saldo de la cuenta de ahorro individual del demandante se encuentra en saldo cero, de la misma manera, indicó, tampoco procede a la devolución de los fondos de garantía de pensión mínima del porcentaje de pensión de garantía mínima, toda vez que dichos emolumentos también fueron trasladados hacia la AFP PROTECCIÓN el 18 de agosto de 2009, tal como milita en la certificación que reposa con la contestación de la demanda.

En cuanto a las sumas descontadas por conceptos de gastos de administración y seguros provisionales, adujo, tampoco es factible que SKANDIA no los retorne, toda vez que éstos ya fueron acaecidos en favor del actor, teniendo en cuenta que dichos emolumentos se descontaron por mandato legal del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, artículo que autoriza el descuento de los seguros previsionales y los gastos de administración para la administración de la cuenta de ahorro individual del demandante, motivo por el cual se le causa un perjuicio económico a la AFP, dineros de los cuáles el demandante ya se benefició y se le está causando un desconocimiento a la teoría de las restituciones mutuas, de la misma manera, ocurre con los seguros previsionales, toda vez que dichos emolumentos se descontaron en virtud del artículo 20 y fueron utilizados para cubrir dos contingencias, estas son, invalidez y la sobrevivencia, sí bien es cierto, el demandante durante el tiempo como afiliado no sufrió ninguno de ellos, no se puede desconocer que SKANDIA cumplió con el deber legal de descontarlos por el simple hecho de estar, por lo que no se puede desconocer que efectivamente existían unas obligaciones que cumplir por el fondo de pensiones, como fue el descuento y el aseguramiento para dichos riesgos.

Insistió, al ordenarse el retorno de dichos emolumentos se está causando un perjuicio económico al patrimonio propio, toda vez que nunca han sido administrados dichos recursos por SKANDIA, sino se han destinado a un tercero, que es una aseguradora, motivo por el cual se está causando un detrimento y un enriquecimiento a favor de Colpensiones, no solamente porque en el régimen de ahorro individual se está descontando este concepto, sino también en el régimen de prima media.

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 la demanda (*Páginas 3 y 4, archivo 01 Expediente Digitalizado),* las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (*Páginas 4 a 6, ibidem),* aspirando de manera principal:

PRETENSIONES:
PRETENSIONES DECLARATIVAS

1. Que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado y de la afiliación en pensiones de **LUIS ALBERTO PATARROYO** con la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A**, por cuanto no existió una decisión informada, verdaderamente autónoma y consciente, al no conocer los riesgos del traslado, y las consecuencias negativas que aquel le reportaría.

2. Que se declare que el traslado de régimen pensional de **LUIS ALBERTO PATARROYO,** no se dio de manera libre y voluntaria tal como lo exige el literal b del artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

3. Que se declare que **PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A**, **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A** no informaron a mi mandante sobre los términos del traslado entre regímenes, ventajas, desventajas y riesgos del mismo, de acuerdo a lo contemplado en el literal d) del artículo 60 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 48 de la Ley 1328 de 2009 y lo establecido en el artículo 12 del Decreto 720 de 1994.

4. Que se declare que como consecuencia de la declaratoria de nulidad y/o ineficacia del traslado y de afiliación con la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO PENSIONES Y CESANTÌAS PORVENIR S.A**, la sociedad **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A,** actual fondo de pensiones de mi mandante, debe trasladar todos los aportes, junto con sus rendimientos a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES,** actual administradora de pensiones del régimen de prima media con prestación definida.

5. Que se declare que la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, administradora del régimen de prima media con prestación definida, como consecuencia de la declaratoria de ineficacia y/o ineficacia de traslado y de afiliación al régimen de ahorro individual, debe activar la afiliación de mi mandante **LUIS ALBERTO PATARROYO,** en el régimen de prima media con prestación definida.

6. Se declare que la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES-COLPENSIONES** como consecuencia de la declaratoria de ineficacia de traslado y de afiliación al régimen de ahorro individual, debe aceptar y recibir el traslado de todos los aportes de **LUIS ALBERTO PATARROYO.**

Consecuente con ello, solicitó:

1. Que como consecuencia de la declaratoria de nulidad y/o ineficacia del traslado y de la afiliación de **LUIS ALBERTO PATARROYO**, con la **ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A**, se condene a **PROTECCIÓN ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A,** por ser el fondo en el que se encuentra afiliada la demandante, a trasladar todos los aportes, junto con sus rendimientos a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES**.

2. Que se condene a **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A**, a enviar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, el detalle de traslado de aportes, como consecuencia de la declaratoria de nulidad y/o ineficacia del traslado y de la afiliación de **LUIS ALBERTO PATARROYO.**

3. Que se condene a las sociedades **PORVENIR PENSIONES Y CESANTÍAS S.A y SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A**, a enviar los posibles remanentes de la cuenta de ahorro individual de la demandante, que aún reposen al interior de la entidad, a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES.**

4. Que se condene a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES,** como consecuencia de la declaratoria de ineficacia del traslado y de afiliación al régimen de ahorro individual, a activar la afiliación de mi poderdante, **LUIS ALBERTO PATARROYO** en el régimen de prima media con prestación definida.

5. Se condene a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES**, como consecuencia de la declaratoria de ineficacia del traslado y de la afiliación al régimen de ahorro individual, a aceptar y recibir el traslado de todos los aportes de **LUIS ALBERTO PATARROYO.**

6. Se condene a las demandadas al reconocimiento, liquidación y pago de los demás derechos laborales a que haya lugar, y que resulten probados dentro del proceso, atendiendo los principios ULTRA Y EXTRA PETITA.

7. Condenar a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN, S.A, SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A** a pagar las costas del presente proceso y las agencias en derecho.

8. Condenar a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN, S.A, SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A** a pagar las costas del presente proceso y las agencias en derecho.

De manera subsidiaria, pidió:

PRETENSIONES DECLARATIVAS SUBSIDIARIAS

1. Se declare que el sr **LUIS ALBERTO PATARROYO,** es beneficiario del régimen de transición por tener más de 750 semanas cotizadas al 1° de abril de 1994 y en consecuencia puede retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier momento con base a lo establecido en la sentencia SU-062 de 2010.

PRETENSIONES CONDENATORIAS SUBSIDIARIAS

1. Que como consecuencia de declarar que el sr **LUIS ALBERTO PATARROYO** es beneficiario del régimen de transición por tener más de 750 semanas cotizadas al 1° de abril de 1994, se condene a **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN** a enviar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES,** los aportes del demandante junto con sus rendimientos y cuotas de administración.

2. Que como consecuencia de declarar que el sr **LUIS ALBERTO PATARROYO** es beneficiario del régimen de transición por tener más de 750 semanas cotizadas al 1° de abril de 1994, se condene a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES,** a activar la afiliación de mi poderdante, **LUIS ALBERTO PATARROYO** en el régimen de prima media con prestación definida.

Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado con fecha de solicitud de vinculación 09 de septiembre de 1994, efectiva desde el 01 de octubre de 1994, por LUIS ALBERTO PATARROYO, del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual, efectuado a través de la afiliación a la sociedad a la entonces AFP HORIZONTE (HOY APF PORVENIR), se condenó a PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y SKANDIA a reintegrar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante LUIS ALBERTO PATARROYO, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado, se condenó a COLPENSIONES a recibir todos los valores que reintegre PROTECCIÓN S.A., como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado, se condenó en costas a PORVENIR.

Frente a las pretensiones subsidiarias se relevó del estudio de las mismas dado que las principales prosperaron y se declaró la ineficacia del traslado. Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada PORVENIR no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía con el demandante al momento del traslado, precisando no le explicó las consecuencias de su traslado aun contando con las 750 semanas al 1º de abril de 1994, siendo notorio que hacía parte del Régimen de Transición.

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

[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*

Así las cosas, se tiene como fecha de nacimiento del actor el 08 de febrero de 1961 *(Conforme se registra en la cedula de ciudadanía Página 28, Archivo 1 Expediente Digitalizado),* por lo que la edad de 62 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2023, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 08 de marzo de 2022 (9, 10 y 12, archivo 10), esto es, cuando se encontraba a menos de 10 años para cumplir la edad requerida para adquirir el derecho pensional, y de otra parte, **contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1º de abril de 1994** -, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba con **759,14** semanas cotizadas al sistema *(Archivo 07 expediente digital página 47)*[4] y laboraba para la empresa "PARCEL TANKERS SERVI", según se extrae de la historia laboral aportada por Colpensiones[5], actualizada al 10 de mayo de 2022 (archivo 10, página 3), siendo claro que **era beneficiario del régimen de transición por tener las semanas requeridas**.

No obstante lo anterior, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende el actor a efectos de continuar válidamente vinculado al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, tuvo como fecha de solicitud el **08 de septiembre de 1994, efectivo el 1º de octubre de 1994** (págs. 27 y 36, *Archivo 05 expediente digital*), por afiliación que hiciera a HORIZONTE hoy PORVENIR, específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP y en el formulario de afiliación suscrito con esa AFP.

---

pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002".

4

SUBTOTALES

HISTORIA HASTA 31/03/1994						HISTORIA TOTAL					
LABORADOS		LICENCIAS / MORAS		SIMULTANEOS		LABORADOS		LICENCIAS / MORAS		SIMULTANEOS	
Días	Semanas	Días	Semanas	Días	Semanas	Días	Semanas	Días	Semanas	Días	Semanas
5314	759.14	0	0.00	0	0.00	5475	782.14	0	0.00	0	0.00

TOTALES : LABORADOS-LICENCIAS-SIMULTANEOS — DIAS: 5314 SEMANAS: 759.14

TOTALES : LABORADOS-LICENCIAS-SIMULTANEOS — DIAS: 5475 SEMANAS: 782.14

El número de semanas se calculó con días calendario

5

[1]Identificación Aportante	[2]Nombre o Razón Social	[3]Desde	[4]Hasta	[5]Último Salario	[6]Semanas	[7]Lic	[8]Sim	[9]Total
)07102680	ANIBAL OCHOA E Y CIA	13/08/1979	11/02/1985	$14.610	287,14	0,00	0,00	287,14
)08222711	PARCEL TANKERS SERVI	15/03/1985	08/09/1994	$530.000	495,00	0,00	0,00	495,00

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

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

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

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

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

En consecuencia, no solo es menester demostrar la existencia del traslado, sino que impone verificarse que este acto se produjo bajo el presupuesto de la libertad informada, pues de no cumplirse con dicho presupuesto, se incurriría en un vicio que invalidaría dicho acto jurídico, lo que trae como consecuencia o efecto, retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, con ineficacia ex tunc[6], en los términos del artículo 1746 del Código Civil, ante la inexistencia de una norma distinta que de manera explícita regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico.

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En ese orden, no se trata de analizar la presencia de vicios que conlleven a la nulidad del negocio jurídico, sino de establecer el cumplimiento del deber de información como condición de eficacia del traslado de régimen pensional, razón

por la cual, no se requiere la acreditación en este juicio de la presencia de vicios que invaliden el consentimiento.

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

> *"(…)* ***Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto.***
>
> *(…)*
>
> *Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*

---

proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

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

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

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

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

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

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

(…).

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

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

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

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por el accionante[8] no acreditan de manera a alguna que conociera las

[8] ***Interrogatorio de parte, récord 0:15:01, archivo 21: "****Soy Economista, me trasladé de régimen en 1994, recién salió la Ley 100 y había un funcionario que trabajaba en el Banco Colpatria y fue a la oficina a mostrarnos las novedades de los régimen privados y en esa charla decidimos trasladarnos porque otra compañera lo hizo, la novedad más atractiva era y es la posibilidad de pensionarse anticipadamente antes de la edad siempre y cuando se tuviera semanas, recuerdo que uno se podía pensionar por el capital más el tiempo, que haya cotizado un dinero, esos cambios de fondos obedecían a una promoción de los asesores donde nos persuadida de mejores rendimientos y esa fue la motivación de pasarme, buscando estabilidad que no se fueran a quebrar, era seguridad, no me trasladé a Colpensiones por unos asesores que fueron a la oficina a manera de charla en común y recuerdo que ellos decían que ninguno de los fondos podían garantizar un mayor porcentaje como desbalancear los fondos, siendo así nunca consideré necesario el traslado, me di cuenta que no era cierto sino un tema de ventas, tengo el régimen de transición y nunca me dijeron que podía trasladarme solo hasta ahora descubro eso, mis funciones han sido las mismas yo trabajo en el Departamento Comercial de la empresa como Coordinador, y los últimos 2 o 3 años hago lo mismo en el área, antes de solicitar mi traslado estaba en esta área, eso es, 2 o 3 años, en ese momento trabajaba en operaciones en la oficina Junior Operation Manager, yo atendía actividades relacionadas con buques era Coordinador comercial, hasta 1994 nadie tenía idea de cómo funcionaba el ISS, ni ahorros ni nada, una de las ventajas de la Ley 100 fue despertar en la gente la necesidad de estar informado por la obligación de saber cuánto se tiene, nunca supe que hacia el Fondo privado con la plata solo que había una cuenta individual y al final habrá un rendimiento pero más allá nunca super de cómo se administraba el ahorro, mucho menos en el ISS, en 1996 me trasladé a Pensionar hoy SKANDIA, posiblemente fue por tema de*

implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que el asesor le dijo que el fondo tenía mayor liquidez, además, que podría pensionarse a una edad menor a la establecida en la ley, siempre y cuando reuniera capital y "semanas", ya que sus aportes tendrían mayor estabilidad dada la liquidación en su momento del ISS, sumado a los rendimientos que se generaría, pero de manera alguna le indicaron sobre las modalidades pensionales en el RAIS, requisitos para pensionarse anticipadamente, entre otros aspectos, situación que en manera alguna da a entender que el actor conocía dicho régimen pensional y menos aún, las implicaciones de su traslado, esto, contrario a lo expuesto en el recurso por Colpensiones.

Aquí debe resaltar al Sala, el actor **es beneficiario del régimen de transición** ya que contaba con 15 años de servicios antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y, aun así, tal circunstancia no fue motivo de información al trasladarse 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.

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

---

rendimientos, no sé puntualmente porque fue, pero me atrevería a decir que fue por un tema de solidez, tengo claro que los gestores comerciales de los fondos privados, los asignan para dar charlas y probablemente un asesor nos visitó mostrando las bondades y mediante ese ejercicio encontré razonable estar en SKANDIA, eso fue lo que sucedió, no recuerdo que me hayan dicho que la cuenta iba a mi nombre, sé que iba a tener unos rendimientos pero eran conjuntos, recuerdo que decían que si uno tenía un monto mínimo de capital se pensionaba con la condición de semanas, los extractos llegaban, una que otra vez tuve que llamar para que me lo reenviaran, no he pedido mi pensión, estando en Colpensiones tengo mejores garantías, me afilié a Protección por tema de rendimientos, supe sobre aportes voluntarios más adelante pero por cuenta del asesor nunca, hoy tengo un conocimiento sobre esa posibilidad, los requisitos no eran relativos al fondo sino la generalidad de la ley para los fondos y era capital y ciertas semanas de cotización, no conocía los requisitos, para esa época el tema de la información era un desorden, no recuerdo que me hablaran de beneficiarios, solo hablaban del tema de pensionarse de manera anticipada, la chara tenía que ver con el hecho que uno aportaba y esos recursos lo distribuían entre los afiliados, no recibí re asesoría, si llegaba mensajes masivos de si se queda o se va, pero como re asesoría no, no me acerqué al fondo a solicitar información, en 1997 me trasladé a Colpatria, era un formulario nuevo y yo lo firmé, firmé de manera voluntaria el formulario, me trasladé a varias AFP por tema de rentabilidad".

En ese orden para la Sala los argumentos del accionante solo reafirman el incumplimiento de la AFP de sus deberes legales como administradora de pensiones, pues denotan la ausencia de una asesoría real y efectiva por parte de esa entidad al demandante para efectuar el traslado de régimen.

A efecto de zanjar cualquier duda, en lo que se refiere a la manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR (página *27*, archivo 05), este no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada (Sentencias CSJ SL12136-2014 y CSJ SL1689-2019) y en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus,* pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que brillan por su ausencia en el plenario.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el fondo de pensiones demandado proporcionara al afiliado una suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna información sobre las reales implicaciones de abandonar el régimen de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras. No obstante, esa administradora no logró demostrar, como era su deber, que suministró al convocante una información de tales características.

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

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

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

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

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

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

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

…

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

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

Por tanto, la incursión en el mercado de las AFP no fue totalmente libre, pues aunque la ley les permitía lucrarse de su actividad, correlativamente les imponía un deber de servicio público, acorde a la inmensa responsabilidad social y

> *empresarial que les asistía de dar a conocer a sus potenciales usuarios «la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».*

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

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

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

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR, omitió en el momento del traslado de régimen **(08 de septiembre de 1994** con fecha de efectividad a partir del **1° de octubre de 1994),** el deber de información para con el promotor de este juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es, relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, **en especial que hacía parte del beneficio del régimen de transición al contar con más de 15 años de servicios al 1º de abril de 1994**, entre otros aspectos, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia CSJ SL12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

Por otro lado, con relación al hecho de permanecer el demandante en el RAIS por mucho tiempo, a la que se ha hecho referencia por SKANDIA en su apelación, esta Sala de decisión se permite señalar a la impugnante, que como ya se refirió a lo largo de ésta providencia la información que se le debía suministrar al demandante al momento de su traslado no fue acreditada por la AFP PORVENIR, razón por la cual no se puede entender como una ratificación de la voluntad de permanecer en el RAIS, como lo sugiere en la alzada.

En ese orden, la ineficacia del tránsito de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de la AFP PROTECCIÓN, como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliado el actor, del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado, de tal manera se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto.

Debe precisarse, ésta Sala de Decisión adicionará el numeral **segundo** del fallo de primer grado, en cuanto a que además de lo anterior PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y SKANDIA S.A. también deberán retornar los gastos de administración, rendimientos, comisiones, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia[9], y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima **debidamente indexados** con cargo a sus propias utilidades[10], por el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a esas administradoras, por virtud del restablecimiento de las cosas a su estado inicial. Así lo consideró el órgano de cierre de esta jurisdicción en sentencia SL-2877 de 2020 en la cual sostuvo:

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

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

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

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

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

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

> *garantiza que los créditos pensionales no pierdan su valor real."* (Negrillas de la Sala).

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

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

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES[11] *(Páginas 56 y 57, archivo 08 expediente digital),* entidad ésta última a favor de quien se surte la consulta*,* basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL-1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por la encartada, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

Finalmente, en lo que toca a la solicitud de COLPENSIONES de reconocer el valor de los perjuicios ocasionados, la misma se torna improcedente como quiera que tal aspecto no fue objeto del debate probatorio pues ninguna pretensión se erigió tendiente a obtener el pago de este concepto a favor de esa administradora, así como tampoco fue propuesta dicha temática a lo largo del juicio por ese extremo procesal.

Asimismo, resulta pertinente indicar a COLPENSIONES frente al recurso de apelación relacionado con las costas, que no hay lugar a pronunciamiento alguno

---

[11] Se tuvo por contestada la reforma a la demanda en auto del 10 de agosto del 2022, archivo 12 expediente digital.

toda vez que la entidad fue absuelta del pago de este concepto, según se extrae del numeral 5º de la sentencia de primer grado[12].

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

SIN COSTAS en esta instancia.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: ADICIONAR el numeral **SEGUNDO** del fallo de primer grado, para ordenar a SKANDIA S.A., PROTECCIÓN S.A., y PORVENIR S.A. retornar a COLPENSIONES los gastos de administración, rendimientos, comisiones, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima **debidamente indexados** con cargo a sus propias utilidades, por el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a esas administradoras, por virtud del restablecimiento de las cosas a su estado inicial, conforme lo considerado.

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

---

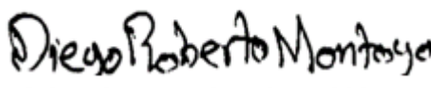
[12] "***QUINTO: CONDENAR EN COSTAS PROCESALES*** *a cargo de la demandada, la sociedad ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS – PORVENIR S.A; liquídense por secretaría incluyendo la suma de 1.000.000 por concepto de agencias en derecho.*

Sin costas para la Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES, la AFP SKANDIA y a la AFP PROTECCIÓN.".

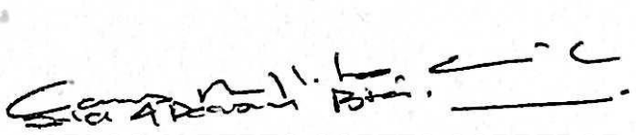
TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado de primer grado, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

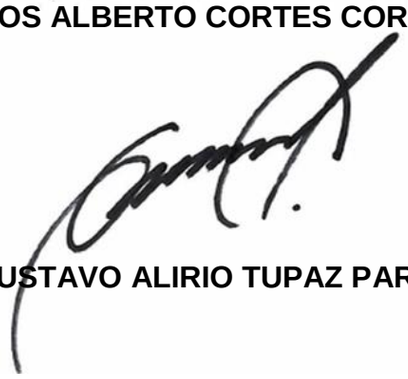
NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN



CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MARIA DORIS PENAGOS TORRES CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y PORVENIR S.A. (RAD. 35 2022 00352 01)

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

AUTO

Se reconoce personería adjetiva a la abogada **LEIDY CAROLINA FUENTES SUÁREZ**, como apoderado de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por **JAHNNIK INGRID WEIMANNS SANCLEMENTE** en su calidad de representante legal de la firma **UNION TEMPORAL W&WLC UT**.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

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

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en su favor, contra la sentencia proferida por la Juez 35 Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 7 de julio del 2023 *(Exp. Digital: audio archivo 21, récord: 1:02:11),* en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO: DECLARAR*** *la ineficacia del traslado con fecha de solicitud de vinculación 16 de marzo de 2000, efectiva el 01 de mayo de 2000, por MARÍA DORIS PENAGOS TORRES, del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual, efectuado a través de la afiliación a la SOCIEDAD*

ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS -PORVENIR S.A.

***SEGUNDO: CONDENAR** a la sociedad ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS - PORVENIR S.A. a reintegrar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante MARÍA DORIS PENAGOS TORRES, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado.*

***TERCERO: DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas por la pasiva, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.*

***CUARTO: CONDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a recibir todos los valores que reintegre la sociedad ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS - PORVENIR S.A con motivo de la afiliación de MARÍA DORIS PENAGOS TORRES, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado.*

***QUINTO: CONDENAR EN COSTAS PROCESALES** a cargo de la demandada, la sociedad ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS - PORVENIR S.A; liquídense por secretaría incluyendo la suma de 1.000.000 por concepto de agencias en derecho.*

Sin costas para la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES

***SEXTO:** En caso de no ser apelada la presente decisión se remitirá el proceso a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para que se estudie en grado jurisdiccional de **CONSULTA**."*

Inconforme con la decisión COLPENSIONES manifiesta que la señora María Doris se encuentra dentro de la prohibición normativa que impide a su representada recibirla dentro del régimen de prima media con prestación definida, atendiendo a que, en la actualidad, ya tiene una edad de 62 años, incumpliendo así lo que dispone el literal e de la Ley 797 del año 2003, precisando no se no se avizora ningún vicio en el consentimiento que se hubiese configurado por error, fuerza o dolo dentro del acto de afiliación realizado para el 16 de marzo del año 2000 con el fondo de pensiones Porvenir, pues desde el año 2000 la actora ha permanecido afiliada en este fondo sin manifestar su voluntad de traslado solo hasta este momento.

Señala se debe tener en cuenta de conformidad con el Decreto 663 de 1993 vigente para la época en el cual la señora María Dolores realiza el traslado de régimen no se exigía un requisito más allá que la voluntad de pertenecer al régimen de ahorro Individual plasmada dentro del formulario de afiliación, destacando que, dentro del presente caso, la señora María Doris firmó voluntariamente dicha afiliación y se materializó de esta manera.

Solicita se debe tener en cuenta la descapitalización del sistema, pues se ha señalado que nadie puede resultar subsidiado en materia de recursos ahorrados en los fondos en el régimen de prima media con prestación definida, pues debe tenerse en cuenta que no se puede asumir a cargo de Colpensiones los rubros de los cuales pues la señora María Doris pudiese realizar una solicitud posterior de reconocimiento pensional, y de lo cual pues sería subsidiada a cargo de los actuales afiliados que aportan al sistema.

Solicita se condicione el fallo previo al cumplimiento por parte del Fondo privado de la devolución de la totalidad de las sumas sobrantes en la cuenta de ahorro individual de la señora María Doris, al igual que las cotizaciones, los rendimientos financieros, las cuotas abonadas al Fondo de Garantía de la pensión mínima y los gastos de administración, tal y como se resolvió dentro de la sentencia de primera instancia. *(Exp. Digital: audio archivo 21, récord: 1:04:03[1]),*

---

[1] **APODERADO COLPENSIONES:** Gracias su Señoría en este momento de la audiencia y sin desestimar el fallo proferido por su Señoría, me permito presentar recurso de apelación en contra de la sentencia proferida el día de hoy frente al caso de la señora María Doris Penagos Torres, solicitándole al Honorable Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral, revoque dicha decisión y en su defecto, absuelva a mi representada de las pretensiones de la demanda en atención a los siguientes argumentos.

Tal y como se ha expuesto a lo largo del presente proceso, pues debe tenerse en cuenta que en la actualidad la señora María Doris se encuentra dentro de la prohibición normativa que impide a mi representada recibirla dentro del régimen de prima media con prestación definida, atendiendo a que, en la actualidad, pues tiene ya una edad de 62 años, incumpliendo así pues lo que dispone el artículo literal e de la Ley 797 del año 2003. En igual sentido, le solicitó al Honorable Tribunal Superior de Bogotá tener en cuenta que dentro del presente caso, pues no se avizora ningún vicio en el consentimiento que se hubiese configurado en un error, en una fuerza o en un dolo dentro del acto de afiliación realizado por la señora María Doris para el 16 de marzo del año 2000, con el fondo de pensiones Porvenir, de lo cual, pues tal y como se ha manifestado desde el año 2000, ha permanecido afiliada en este fondo sin pues, manifestar su voluntad de traslado solo hasta este momento en este orden de ideas, pues la señora María Doris tuvo en primera medida hasta el año 2004, pues para poder solicitar la rescisión del contrato de conformidad con el artículo 1750 del Código Civil, lo cual pues no fue caso dentro del caso de la señora María Doris.

En lo que tiene que ver con el deber de información, le solicitó al Honorable Tribunal tener en cuenta que, de conformidad, pues con el decreto 663 de 1993, vigente para la época en el cual la señora María Dolores realiza el traslado de régimen, pues no se exigía un requisito más allá que la voluntad de pertenecer al régimen de ahorro Individual plasmada dentro del formulario de afiliación, lo cual pues se destaca que dentro del presente caso, la señora María Doris, pues firmó voluntariamente dicha afiliación y se materializó de esta manera.

En igual sentido le solicitó, pues también al Honorable Tribunal, tener en cuenta que en lo que refiere con la descapitalización del sistema, pues se ha señalado que pues nadie puede resultar subsidiado en materia de recursos ahorrados en los fondos, en el en el régimen de prima media con prestación definida, en este esquema, pues debe tenerse en cuenta que no se puede asumir a cargo de Colpensiones, los rubros de los cuales pues la señora María Doris pudiese realizar una solicitud posterior de reconocimiento pensional, y de lo cual pues sería subsidiada a cargo de los actuales afiliados que aportan al sistema, y sin embargo pues la señora María Doris solo hasta la fecha de ejecución de esta sentencia, pues va a empezar a aportar nuevamente al régimen de prima media con prestación definida en este orden de ideas, pues debe tenerse en cuenta que se podría estar en una desfinanciación y descapitalización del sistema en el régimen de prima media con prestación definida, en igual sentido, le solicitó y le reiteró al Tribunal que se condicione el fallo, pues previa el cumplimiento por parte del Fondo privado de la devolución, pues de la totalidad de las sumas sobrantes en la cuenta de ahorro individual de la señora María Doris, al igual que las cotizaciones, los

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda (*Páginas 4 y 5, del archivo 1 expediente digital),* las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (*Páginas 2 a 4, ibidem),* aspirando se declare la ineficacia del traslado del RPM al RAIS, en consecuencia se ordene a COLPENSIONES la devolución de 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, ordenar a Colpensiones reactivar la afiliación, recibir los aportes y rendimientos devueltos, actualizar, corregir la historia laboral y ponerla a disposición, costas y agencias en derecho, condenas *ultra y extra petita*. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante a PORVENIR, en consecuencia, ordenó a dicho fondo, a trasladar a COLPENSIONES, todos los aportes, sumas adicionales de aseguramiento, frutos e intereses junto con sus rendimientos; condenó a Colpensiones a recibir al actor en el régimen de prima media con prestación definida y recibir todos los aportes que éste hubiese efectuado a la administradora de pensiones y cesantías PORVENIR S.A. Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada PORVENIR no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía para con 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

---

rendimientos financieros, las cuotas abonadas al Fondo de Garantía de la pensión mínima y los gastos de administración, tal y como pues fue materia que se resolvió dentro de la sentencia de primera instancia. No habiendo otro motivo que exponer dentro del presente recurso, le reiteró al Honorable Tribunal, pues absolver a mi representada de las pretensiones de la demanda.

antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002[2].

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía de la demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 15 de agosto de 1960 *(Página 17, Archivo 1 expediente digital)*, por lo que la edad de 57 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2017, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 2 de marzo del 2022 *(Página 22 Archivo 1 expediente digital)*, esto es, cuando ya había cumplido la edad para adquirir el derecho pensional, y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, había cotizado al sistema 496.43[3] semanas (*Historia Laboral válida para bono pensional Página 86 Archivo 6 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

---

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

[3]



COLPENSIONES Nit 900.336.004-7
REPORTE DE SEMANAS COTIZADAS EN PENSIONES
PERIODO DE INFORME: Enero 1967 marzo/2021
ACTUALIZADO A: 19 marzo 2021

INFORMACIÓN DEL AFILIADO

Tipo de Documento:	**Cédula de Ciudadanía**	Fecha de Nacimiento:	**10/09/1980**
Número de Documento:	**51641953**	Fecha Afiliación:	**25/09/1984**
Nombre:	**MARIA DORIS PENAGOS TORRES**	Correo Electrónico:	
Dirección:	**CR 16 NRO 63A 68**	Ubicación:	
Estado Afiliación:	**Trasladado**		

RESUMEN DE SEMANAS COTIZADAS POR EMPLEADOR

En el siguiente reporte encontrará el total de semanas cotizadas a través de cada uno de sus empleadores o de sus propias cotizaciones como trabajador independiente, es decir, las que han sido cotizadas desde enero de 1967 a la fecha. Recuerde que la Historia Laboral representa su vida como trabajador, la que usted ha construido mes a mes y año a año.

[1]Identificación Aportante	[2]Nombre o Razón Social	[3]Desde	[4]Hasta	[5]Último Salario	[6]Semanas	[7]Lic	[8]Sim	[9]Total
1008219345	FUND UNIV LOS LIBERT	25/09/1984	31/12/1994	$140.000	535,71	0,00	0,00	535,71

HISTORIA HASTA 31/03/1994

LABORADOS		LICENCIAS / MORAS		SIMULTANEOS	
Días	Semanas	Días	Semanas	Días	Semanas
3475	496.43	0	0.00	0	0.00

TOTALES : LABORADOS-LICENCIAS-SIMULTANEOS

DIAS: 3475 SEMANAS: 496.43

HISTORIA TOTAL

LABORADOS		LICENCIAS / MORAS		SIMULTANEOS	
Días	Semanas	Días	Semanas	Días	Semanas
5667	809.57	0	0.00	0	0.00

TOTALES : LABORADOS-LICENCIAS-SIMULTANEOS

DIAS: 5667 SEMANAS: 809.57

El número de semanas se calculó con días calendario

con prestación definida en cualquier tiempo, precisándose si bien en la actualidad la actora cuenta con 62 años lo cierto es que ello no es impedimento para retornar al RPM pues como más adelante se analizará, al declararse la ineficacia del traslado, resulta claro que la situación de afiliación de la actora vuelve a su estado inicial, es decir, es como si nunca se hubiera trasladado, razón por la cual es procedente su afiliación en el RPM.

Ahora, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculado al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el **16 de marzo del 2000** con fecha de efectividad a partir del **01 de mayo de ese año** *(Páginas 76 y 80 expediente digital Archivo 06)* por afiliación que hiciera a PORVENIR, específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP y en el formulario de afiliación suscrito con esa AFP.

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

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

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

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

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

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

En consecuencia, no solo es menester demostrar la existencia del traslado, sino que impone verificarse que este acto se produjo bajo el presupuesto de la libertad informada, pues de no cumplirse con dicho presupuesto, se incurriría en un vicio que invalidaría dicho acto jurídico, lo que trae como consecuencia o efecto, retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, con ineficacia ex tunc[4], en los términos del artículo 1746 del Código Civil, ante la inexistencia de una norma distinta que de manera explícita regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico.

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

> *«(…)*
> *De modo que al no existir una norma explícita que regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico en la legislación civil, acudió al aludido precepto relativo a las consecuencias de la nulidad, el cual consagra las mismas consecuencias de aquella. Dicha disposición establece:*
>
> > *Artículo 1746. La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita (subrayas fuera de texto).*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011[5], Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y en las

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

"Es razón de existencia de las Administradoras la necesidad del sistema de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos quienes

les van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, su invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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.

acredita el suministro de información en los términos aquí referidos, pues en manera alguna se evidencia en el plenario que se le informó sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la accionante[6] no acreditan de manera a alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que la asesora de Porvenir le manifestó que el ISS se iba acabar y que podía perder el dinero que tenía allí, precisando que no le explicaron de forma clara las consecuencias del traslado en ese momento.

Nótese, de lo relatado por la demandante no es posible colegir de forma alguna que haya confesado la recepción de una información, clara, oportuna y certera y muchos menos que la AFP PORVENIR haya cumplido con su obligación de buen consejo, pues lo único que advierte la Sala es una labor de publicidad y promoción de los fondos privados donde se enfatizó en las supuestas bondades del RAIS, sin que en esa labor se tomará en cuenta la responsabilidad social que tenían las AFP desde su creación.

A efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR (*Página 80, Archivo 6 expediente digital),* este no constituye en manera alguna medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la AFP demandada (sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019) y, en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus,* pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que se advierten ausentes en el plenario.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el fondo de pensiones PORVENIR proporcionara a la afiliada una suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna información sobre las reales implicaciones de abandonar

[6] Audiencia 7 de julio del 2023 (récord: 13:23)

el régimen de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras. No obstante, esa administradora -PORVENIR- no logró demostrar, como era su deber, que suministró a la convocante una información de tales características, porque, aun cuando en la contestación de la demanda afirmó que proporcionó la adecuada y completa ilustración a la demandante al momento de trasladarse, el medio de convicción en que soportó su defensa fue el formulario de afiliación al que se hizo mención, porque allí se deja constancia expresa en el sentido de su decisión de vincularse a esa AFP de manera totalmente libre, voluntaria y espontánea.

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

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

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

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

…

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

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

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

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

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

Como se ve, ya para el año 2000, cuando se produjo el traslado de la aquí demandante, la AFP PORVENIR estaba en la obligación de informar a su futuro afiliado sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, pero ello en el asunto no ocurrió o, por lo menos, no se acreditó.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR, omitió en el momento del traslado de régimen **(16 de marzo del 2000, efectivo el 01 de mayo de ese año),** el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

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

Ahora, en relación al hecho de permanecer la demandante en el RAIS por mucho tiempo, a la que se ha hecho referencia por COLPENSIONES en su apelación, esta Sala de decisión se permite señalar al impugnante, que como ya se refirió a lo largo de ésta providencia la información que se le debía suministrar al demandante al momento de su traslado no fue acreditada por la AFP PORVENIR, razón por la cual no se puede entender como una ratificación de la voluntad de permanecer en el RAIS, como lo sugiere en la alzada.

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 la actora (*ver certificado pág. 79 Archivo 6 expediente digital),* del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, como también la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, de tal manera se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto.

Debe precisarse en este punto y en virtud de la consulta que se surte en favor de Colpensiones, que además de lo anterior, la accionada PORVENIR, también deben devolver a COLPENSIONES, los gastos de administración, las comisiones,

las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia[7] y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades[8], por el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esa administradora, por virtud del restablecimiento de las cosas a su estado inicial.

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

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

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

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

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

> ***«Es cierto que dicho ajuste no hizo parte de las pretensiones de la demanda, pero también lo es que, pese a ello, su imposición oficiosa es perfectamente viable porque la indexación no comporta una condena adicional a la solicitada.***

---

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

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

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

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

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

Advirtiéndose a Colpensiones en cuanto al principio de la sostenibilidad financiera, objeto de apelación, la Máxima Corporación ha expresado que las decisiones de declaratoria de ineficacia no lesionan "*el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el*

reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas." (Sentencia SL2877, rad. 78667 del 29 de julio del 2020).

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES[9] *(Páginas 33 y 34 Archivo 07 expediente digital)*, entidad ésta última a favor de quien se surte la consulta, basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL-1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por la encartada, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

Finalmente, 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 la AFP demandada, baste con indicar, la acción de "recibir", en un entendimiento lógico y obvio no puede materializarse si no hay algo que se entregue, siendo claro que sólo a partir del momento en que ingresen la información y dineros que traslade la AFP al RPM, podrá hacer las actualizaciones respectivas dentro de la historia laboral, lo que hace innecesaria precisión o condicionamiento alguno en la parte resolutiva de la providencia.

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

SIN COSTAS en esta instancia.

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

[9] Se tuvo por contestada la demanda en auto del 4 de septiembre de 2022, archivo 30 expediente digital.

R E S U E L V E

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

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

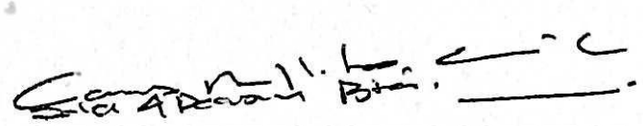
TERCERO: CONFIRMAR en lo demás, la sentencia de primera instancia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

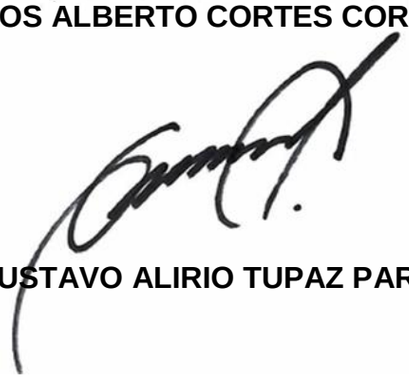
NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN



CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

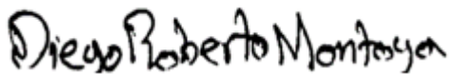
PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR JACQUELINE LOSADA DUSSAN CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y PORVENIR S.A. (RAD. 35 2023 00012 01)

Bogotá D.C. Treinta (30) de agosto de dos mil veintitrés (2023)

AUTO

Se reconoce personería adjetiva a la abogada **CAMILA SOLER SÁNCHEZ**, como apoderada de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A**, en los términos y para los efectos del poder conferido en la escritura No. 1281, como abogado adscrito a la sociedad **GODOY CORDOBA ABOGADOS S.A.S.**

Igualmente, se reconoce personería adjetiva a la abogada **LEIDY CAROLINA FUENTES SUÁREZ**, como apoderado de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por **JAHNNIK INGRID WEIMANNS SANCLEMENTE** en su calidad de representante legal de la firma **UNION TEMPORAL W&WLC UT**.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

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

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en su favor, contra la sentencia proferida por el Juez 35

Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 18 de octubre de 2022 *(Exp. Digital: audio archivo 34, récord: 48:21),* en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia del traslado efectuado por LUIS ANTONIO GONZÁLEZ CUBILLOS al régimen de ahorro individual con solidaridad con la AFP PORVENIR S.A. y como consecuencia de ello, se ordena a dicho fondo trasladar a COLPENSIONES todos los aportes, sumas adicionales de aseguramiento, frutos e intereses con sus rendimientos.*
>
> ***SEGUNDO: CONDENAR** a la AFP PORVENIR S.A. a pagar con su propio patrimonio la disminución en el capital de financiación de la pensión del demandante por los gastos de administración, conforme al tiempo en que éste permaneció afiliado al fondo privado, tal como se advirtió en la parte motiva.*
>
> ***TERCERO: CONDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a volver a afiliar a LUIS ANTONIO GONZÁLEZ CUBILLOS al régimen de prima media con prestación definida y recibir todos los aportes que hubiese efectuado a la ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.*
>
> ***CUARTO: CONDENAR** en costas a la AFP PORVENIR S.A., por lo tanto, señalamos como agencias en derecho la suma de un millón de pesos que se incluye en la liquidación de costas, sin costas para COLPENSIONES.*
>
> ***QUINTO**: De no apelarse la decisión, se remite el expediente al Tribunal Superior de Bogotá para que la estudie en el grado jurisdiccional de consulta."*

Inconforme con la decisión COLPENSIONES manifiesta que no se dan los presupuestos procesales para la aplicación de la ineficacia del acto de afiliación demandado con fundamento en lo preceptuado en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, esto en virtud de que su aplicación debe hacerse íntegramente atendiendo al principio de inescindibilidad.

Señala debe tenerse en cuenta que la demandante ratificó su necesidad de conformidad de permanecer en el régimen de ahorro individual por más de 22 años, por lo tanto, no puede en este momento otorgársele cargas a su representada, dado el incumplimiento de los deberes al deber de información por parte de un tercero, cuya motivación principal para entablar el presente litigio es únicamente el monto de la mesada pensional, el cual difiere en uno u otro régimen.

Expresa que aceptar el retorno del demandante al régimen de prima media contribuiría con la descapitalización del sistema pensional y se debe tener en cuenta que nadie puede resultar subsidiado a costa de los recursos ahorrados de manera obligatoria por los otros afiliados, ya que desde la perspectiva social se contrariaría a la equidad y se abandonaría el valor de Justicia material al permitir que personas que no han contribuido con los rendimientos de los fondos entren a

beneficiarse y a subsidiarse a costa de las cotizaciones y los riesgos asumidos por otras y no por ellas mismas.

Solicita en caso de confirmarse la decisión, autorizar a Colpensiones para que obtenga por las vías pertinentes el valor de los perjuicios judiciales que se le causen por asumir la obligación pensional del demandante, como también se ordene a Porvenir abstenerse de hacer deducciones por seguros de invalidez y sobrevivencia que contribuirían con la descapitalización del sistema pensional y del régimen de prima media.

Finalmente peticiona, no se condene en costas, toda vez que al ser Colpensiones un tercero de buena fe, lo único que hizo fue aceptar la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual, teniendo en cuenta la normatividad vigente. *(Exp. Digital: audio archivo 12, récord: 50:28[1])*

---

[1] **APODERADA COLPENSIONES:** Gracias, señora juez, sí, muy respetuosamente interpongo recurso de apelación frente a la sentencia emitida el día de hoy, a efecto de que los honorables magistrados de la Sala Laboral del Tribunal superior de distrito judicial de Bogotá, se sirva revocar la sentencia en su totalidad y en su lugar se absuelva a mi representada, LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES de cada uno de los cargos impuestos, teniendo en cuenta los siguientes argumentos. Lo primero señalar, que no se atiende al principio de inescindibilidad, esto al no darse íntegra aplicación el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el cual señala las consecuencias de la declaratoria de la ineficacia del traslado, a falta del deber de información, esto debe tenerse en cuenta que el demandante ratificó su necesidad de conformidad de permanecer en el régimen de ahorro individual por más de 22 años, por lo tanto no puede dar en este momento otorgársele cargas a mi representada, dado el incumplimiento de los deberes al deber de información por parte de un tercero.

Debe tenerse en cuenta honorables magistrados que, si bien la demandante, conocía las características propias del régimen de ahorro individual versus el régimen de prima media, téngase en cuenta que la principal motivación para entablar el presente litigio es únicamente el monto de la mesada pensional, el cual difiere en uno u otro régimen, pero se vio beneficiada durante todos estos 22 años de las características propias del régimen de ahorro individual y así mismo, decidió permanecer allí y no retornar al mismo.

Ahora bien, téngase en cuenta que aceptar este retorno o darse este retorno en términos de las sentencias C - 1024 de 2004, SU-062 del 2010 y SU 130 del 2013, se estaría contribuyendo o afectando la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones y así mismo se está dando la descapitalización del sistema pensional, por tanto se abandona el valor de justicia material al permitir que personas que no han contribuido con dichos rendimientos o dicha formación del régimen de prima media, entren a beneficiarse y a subsidiarse a costas de los demás recursos y así descapitalizando el sistema y poniendo en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados.

Como en gracia de discusión, que se confirme la sentencia de primera instancia, ruego honorarios magistrados en primera medida ordenar al fondo AFP porvenir no realizar deducciones por conceptos de seguros previsionales, tales como invalidez y sobrevivencia, toda vez que contribuiría con la descapitalización del sistema pensional.

Como segundo aspecto, ruego a los (sic) honorables magistrados se autorice a Colpensiones obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causen por asumir la obligación pensional de la demandante en los montos no previstos y sin las reservas dispuestas para tal fin, originadas en este caso por la omisión de la AFP PORVENIR y como tercer aspecto, rogar honorables magistrados que no sea condenada en costas mi representada, la administradora colombiana de pensiones Colpensiones en ninguna instancia, toda vez que fue un tercero de buena fe que respetó la decisión libre, espontánea y voluntaria de la demandante de trasladarse de régimen pensional, y de acuerdo a la teoría del daño, manifiesta que quien lo causa es quien debe repararlo, por lo tanto Colpensiones, quien debe asumir en primera si se confirmara la sentencia de primera instancia, debería asumir las consecuencias de la falta de información por parte de la

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda (*Páginas 2 y 3, del archivo 2 expediente digital),* las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (*Páginas 3 a 5, ibidem),* aspirando de manera principal se declare la nulidad o ineficacia del traslado y afiliación al RAIS, en consecuencia, se condene a Porvenir S.A. proceda a trasladar a Colpensiones todo lo ahorrado, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales del asegurado con todos sus frutos e intereses, esto es, con los rendimientos y gastos de administración debidamente indexados, igualmente se ordene a Colpensiones recibir tales valores, costas y agencias en derecho. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante a PORVENIR, en consecuencia, ordenó a dicho fondo, a trasladar a COLPENSIONES, todos los aportes, sumas adicionales de aseguramiento, frutos e intereses junto con sus rendimientos; condenó a Colpensiones a recibir a la actora en el régimen de prima media con prestación definida y recibir todos los aportes que éste hubiese efectuado a la administradora de pensiones y cesantías PORVENIR S.A. Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada PORVENIR no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía para con la demandante al momento del traslado.

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

---

AFP al momento del traslado, pues es también pertinente que para dicho momento Colpensiones respetó la decisión libre, espontánea y voluntaria de la demandante de trasladarse y permanecer allí por más de 22 años. Dejo así sustentado mi recurso de apelación. Muchas gracias.

antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002[2].

Así las cosas, en el expediente milita copia del registro civil de nacimiento de la demandante en la que se registra que nació el 10 de junio de 1964 *(Página 23, Archivo 2 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 PORVENIR y COLPENSIONES el 17 de agosto del 2022 *(Páginas 24 a 30 y 32 a 38 Archivo 2 expediente digital)*, esto es, cuando ya había cumplido la edad para adquirir el derecho pensional, y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, había cotizado al sistema 456.15[3] semanas (*Historia Laboral expedida por Colpensiones Archivo 06 expediente administrativo*), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

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

---

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

[3]

COLPENSIONES Nit 900.336.004-7
REPORTE DE SEMANAS COTIZADAS EN PENSIONES
PERIODO DE INFORME: Enero 1967 febrero/2023
ACTUALIZADO A: 20 febrero 2023

INFORMACIÓN DEL AFILIADO

Tipo de Documento:	**Cédula de Ciudadanía**	Fecha de Nacimiento:	**03/06/1964**
Número de Documento:	**36175880**	Fecha Afiliación:	**15/08/1995**
Nombre:	**JACQUELINE LOSADA DUSSAN**	Correo Electrónico:	**JACQUELOS@HOTMAIL.COM**
Dirección:	**KM 1 VIA MAMONAL OF 35 PISO 2 BLOC**	Ubicación:	
Estado Afiliación:	**Trasladado**		

RESUMEN DE SEMANAS COTIZADAS POR EMPLEADOR

En el siguiente reporte encontrará el total de semanas cotizadas a través de cada uno de sus empleadores o de sus propias cotizaciones como trabajador independiente, es decir, las que han sido cotizadas desde enero de 1967 a la fecha. Recuerde que la Historia Laboral representa su vida como trabajador, la que usted ha construido mes a mes y año a año.

[1]Identificación Aportante	[2]Nombre o Razón Social	[3]Desde	[4]Hasta	[5]Último Salario	[6]Semanas	[7]Lic	[8]Sim	[9]Total
8018201244	SAYCO	14/06/1984	15/01/1985	$14.610	30,86	0,00	0,00	30,86
8013900031	SERVITEC LTDA	08/07/1985	02/06/1987	$21.420	99,29	0,00	0,00	99,29
8016102655	AUTO JAPONES LTDA	16/10/1987	16/02/1988	$25.530	17,71	0,00	0,00	17,71
8016100579	CARVAJAL S A	25/03/1988	01/05/1993	$372.030	266,29	0,00	0,00	266,29
18016100151	CARVAJAL S A	04/06/1993	31/12/1994	$559.055	82,29	0,00	0,00	82,29

Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el **5 de abril de 1999** con fecha de efectividad a partir del **junio de ese año** *(Páginas 40 y 66 expediente digital Archivo 2)* por afiliación que hiciera a PORVENIR, específicamente conforme a la información consignada en el en el formulario de afiliación suscrito con esa AFP y en la respuesta dada a la demandante el 30 de noviembre del 2022 por esa misma entidad.

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

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

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

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

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

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

En consecuencia, no solo es menester demostrar la existencia del traslado, sino que impone verificarse que este acto se produjo bajo el presupuesto de la libertad informada, pues de no cumplirse con dicho presupuesto, se incurriría en un vicio que invalidaría dicho acto jurídico, lo que trae como consecuencia o efecto, retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, con ineficacia ex tunc[4], en los términos del artículo 1746 del Código Civil, ante la inexistencia de una norma distinta que de manera explícita regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico.

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

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

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

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

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

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

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

Ahora bien, el a quo declaró la nulidad de la afiliación de la demandante, pues, en su sentir, el «acto no existió y no puede causar ningún tipo de consecuencia, incluso desfavorable». En esa línea, condenó a Colfondos S.A. a devolver «todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de (…) LILIANA ANGULO RUIZ como comisiones, costos cobrados por administración, sumas adicionales, bonos pensionales de ser el caso, de conformidad con el art. 1746 que se hubieren generado junto con sus rendimientos», e impuso a Colpensiones la obligación de recibirlos y hacer los ajustes pertinentes en la historia laboral de la actora, sin solución de continuidad; esto es, «como si esa afiliación nunca hubiese existido».

De ahí que le corresponda a la Sala precisar si la vía correcta es la nulidad o la ineficacia en sentido estricto.

Pues bien, esta Corporación es del criterio que la reacción del ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por consiguiente, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC).

[2: La ineficacia del acto posee las mismas consecuencias prácticas de la nulidad. Al respecto, la Sala Civil de esta Corporación ha sostenido que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, de suerte que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (SC3201-2018).]

Lo anterior, debido a que en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el legislador consagró de manera expresa en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia. En efecto, el citado precepto refiere que cuando «el empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral […] la afiliación respectiva quedará sin efecto».

> *Si esto es claro, resulta equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues el legislador expresamente consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL3464-2019, y especialmente la CSJ SL4360-2019)».*

En ese orden, no se trata de analizar la presencia de vicios que conlleven a la nulidad del negocio jurídico, sino de establecer el cumplimiento del deber de información como condición de eficacia del traslado de régimen pensional, razón por la cual, no se requiere la acreditación en este juicio de la presencia de vicios que invaliden el consentimiento.

Ahora bien, sobre esta temática igualmente, ha asentado reiteradamente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que para el estudio de la procedencia de la ineficacia del traslado, se traslada la carga de la prueba quedando ésta en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información íntegra al mismo, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales. De igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de la AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva no solamente de la carga dinámica de la prueba, sino de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, la cual aunado a ello, tiene a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, *incluso al punto de desanimar al interesado,* por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Señalando la Corte, de acuerdo a la doctrina se le han adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un **traslado de la carga de la prueba** de la actora al fondo accionado PORVENIR.

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011[5], Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y en las

---

[5] *"Además, debe la Corte destacar que no fue objeto de controversia que el actor estuvo afiliado al régimen pensional que administra el Instituto de Seguros Sociales desde el 12 de marzo de 1969 hasta el 12 de agosto de 2002, fecha ésta en la que se trasladó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.; que nació el 13 de octubre de 1944, por lo que estaba amparado por el régimen de transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que cumplía con los requisitos a que alude la citada normativa.*

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el Fondo de Pensiones demandado proporcionara al actor una suficiente, completa y clara información sobre las reales implicaciones que le conllevaría dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras.

No obstante, como lo señala la censura, la información que le suministró a SANZ GUTIÉRREZ no tuvo tales características, como que a Folio 106 aparece la "ASESORÍA PENSIONAL PROTECCIÓN – PROYECCIÓN DE LA PENSIÓN EN EL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA", en donde se señala una mesada pensional de $900.000, a los 60 años, mientras que a Folio 107 figura que a esa misma edad la pensión en el "RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL", es de $1.580.465, cálculos que efectuó el Fondo accionado, el 13 de agosto de 2002.

Las anteriores condiciones dejan en evidencia el otro yerro del Tribunal, al no tener en cuenta las citadas documentales que conducen a la conclusión indefectible de la forma como se le proporcionó la información al interesado, amén de que cuando el demandante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, contaba 58 años de edad y tenía una densidad de cotizaciones también aproximada de 1286 semanas, según su historia laboral de Folios 15 a 22; luego, es

claro que tenía una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión de vejez a cargo del ISS, por estar próximo a cumplir los requisitos que disponen sus reglamentos.

En las anteriores circunstancias, es evidente que un afiliado de las características del demandante tiene mayores beneficios permaneciendo en el régimen de prima media con prestación definida, en cuanto conserva su transición, que trasladándose al de ahorro individual con solidaridad que administran los Fondos Privados de Pensiones, máxime que en este caso, el actor estaba a escasos 2 años para consolidar su pensión de vejez, ya que tenía las semanas suficientes para acceder a dicha prestación económica.

Precisamente, la Corte en asuntos de similares características al que es objeto de estudio, al referirse a la obligación que tienen los Fondos de Pensiones de proporcionar a los afiliados una información completa, en sentencias del 9 de septiembre de 2008, radicaciones 31989 y 31314, dijo:

"Aquí falta la administradora a su deber de proporcionar una información completa, pues se incumple de manera grave si se plantea el valor de una eventual pensión a los sesenta años, sin advertir, que se trataba de una persona que ya tenía el derecho causado a los 55 años de edad, y que de todas maneras la posibilidad de tener una pensión en el fondo privado a los 60 años debía ser descartada de entrada para quien como el actor, en su posición de potencial vinculado al Régimen de Ahorro Individual, su capital para gozar la pensión, era el de un bono pensional causado por sus servicios y cotizaciones por veinte o más años de trabajo, redimible a los sesenta y dos años, y el cual era el capital principalísimo, frente al que podía acumular mediante cotizaciones y rendimientos en los tres años que le faltaban para llegar a esa edad.

"En la oferta se le hizo al actor una comparación pura y simple entre una pensión de prima media y una de ahorro individual, sin advertir que el mayor valor pensional que ofrecía Porvenir era bajo la modalidad del retiro programado con un monto posible y que en ningún caso sería definitivo, pues quedaba sujeto a los rendimientos del capital que podían disminuir su valor si las tasas de interés del mercado fueran inferiores a lo esperado llegando incluso a ser temporal, todo esto, frente a un derecho en el régimen de prima media que ya estaba causado, era cierto y de valor vitalicio constante.

"Se estaban entonces comparando dos pensiones de naturaleza distinta, una de valor eventual con otra de valor cierto por todo el tiempo que se llegare a disfrutar, y que podía incluso reconocerse cinco años antes, pues se encontraba ya estructurada al cumplimiento de los 55 años de edad.

"Resulta aquí trascendente la información que fue parcial para la decisión que llevó al actor a optar por cambio de régimen, y que posteriormente se advierte equivocada, cuando al reclamar su derecho a la edad de los sesenta años, el camino que le ofrecen es el del retiro programado, con la venta de los bonos pensionales en el mercado secundario, con enorme sacrificio económico, circunstancia que no se le hizo saber por parte de la administradora siendo éste su deber.

"El yerro del Tribunal estuvo entonces, en no haberse percatado de que el documento analizado, muestra que evidentemente al actor no se le suministró la información adecuada, suficiente y cierta para su traslado.
"(…).
"Las administradoras de pensiones lo son de un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados, según lo prescribe el artículo 97 de la Ley 100 de 1993; la Ley radica en ellas el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, y cuyos deberes surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora.

"Es razón de existencia de las Administradoras la necesidad del sistema de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos quienes les van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, su invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.

"Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

"Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

sentencias SL 1421 de 2019, SL 1452 de 3 de abril de 2019, SL 1689 de 8 de mayo de 2019, destacando de la referida sentencia SL 1452 de 3 de abril de 2019, los siguientes apartes:

"La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

"La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

"Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

"Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

"Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

"En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.

"No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones", pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña".

"Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales".

En consecuencia, también en este aspecto es prospero el cargo, y para la definición de instancia son suficientes las anteriores consideraciones, para revocar la sentencia de primer grado, y en su lugar, declarar la nulidad del traslado que el demandante hizo del Instituto de Seguros Sociales a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., quien por virtud del regreso automático al régimen de prima con prestación definida del ISS., deberá devolver a ésta todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

Así mismo, se condenará al Instituto de Seguros Sociales a reconocer al actor la pensión de vejez, teniendo en cuenta las cotizaciones que este realizó a esa entidad de seguridad social y al Fondo de Pensiones Protección S.A., al igual que el régimen de transición del cual es beneficiario.

> *"(…)* ***Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto.***
>
> *(…)*
>
> *Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*
>
> *(…).*
>
> *Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.*
>
> ***Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego.*** *A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (…)"*

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen el demandante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, con ninguno de los medios de prueba acopiados en el expediente se acredita el suministro de información en los términos aquí referidos, pues en manera alguna se evidencia en el plenario que se le informó sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la accionante[6] no acreditan de manera a alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que la asesora de Porvenir le manifestó que el ISS se iba acabar y que podía perder el dinero que

[6] Audiencia 25 de julio del 2023 Audio archivo 12 (récord: 6:11)

tenía allí, precisando que no le explicaron de forma clara las consecuencias del traslado en ese momento.

Nótese, de lo relatado por la demandante no es posible colegir de forma alguna que haya confesado la recepción de una información, clara, oportuna y certera y muchos menos que la AFP PORVENIR haya cumplido con su obligación de buen consejo, pues lo único que advierte la Sala es una labor de publicidad y promoción de los fondos privados donde se enfatizó en las supuestas bondades del RAIS, sin que en esa labor se tomará en cuenta la responsabilidad social que tenían las AFP desde su creación.

A efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR (*Página 66, Archivo 2 expediente digital),* este no constituye en manera alguna medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la AFP demandada (sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019) y, en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus,* pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que se advierten ausentes en el plenario.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el fondo de pensiones PORVENIR proporcionara a la afiliada una suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna información sobre las reales implicaciones de abandonar el régimen de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras. No obstante, esa administradora -PORVENIR- no logró demostrar, como era su deber, que suministró a la convocante una información de tales características.

Aquí también debe resaltar esta Sala, el deber de información existe desde la misma creación de las administradoras de fondos de pensiones. Al respecto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y tal como se dejó sentado de manera precedente, ha explicado de forma detallada y reiterada que desde la implementación del Sistema Integral de Seguridad Social en Pensiones y por ende

de los fondos privados se estableció en cabeza de éstos el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

Así, por ejemplo, en sentencia SL1688-2019 reiterada en la SL-3708-2021 y SL-3199-2021, entre muchas otras, expuso lo siguiente:

> ***«1. El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones: Un deber exigible desde su creación***
>
> ***1.1 Primera etapa: Fundación de las AFP. Deber de suministrar información necesaria y transparente.***
> *El sistema general de seguridad social en pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del otorgamiento de diferentes tipos de prestaciones. Con este fin, la Ley 100 de 1993 diseñó un sistema complejo de protección pensional dual, en el cual, bajo las reglas de libre competencia, coexisten dos regímenes: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (AFP).*
>
> *De acuerdo con el literal b) del artículo 13 de la citada ley, los trabajadores tienen la opción de elegir «libre y voluntariamente» aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, previniendo que si esa libertad es obstruida por el empleador, este puede ser objeto de sanciones. Es así como paralelamente el artículo 271 precisa que las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, son susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.*
>
> *Ahora bien, para la Sala la incursión en el sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS y, por tanto, de la prestación de un servicio público esencial, estuvo, desde un principio, sujeto a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba.*
> *…*
> *En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.° del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».*
>
> *De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. No se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.*
>
> *Por tanto, la incursión en el mercado de las AFP no fue totalmente libre, pues aunque la ley les permitía lucrarse de su actividad, correlativamente les imponía un deber de servicio*

> *público, acorde a la inmensa responsabilidad social y empresarial que les asistía de dar a conocer a sus potenciales usuarios «la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».*

Además, ilustró las diferentes etapas del deber de información, así:

Etapa acumulativa	**Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información**	**Contenido mínimo y alcance del deber de información**
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3.°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.° 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Como se ve, ya para el año 1999, cuando se produjo el traslado de la aquí demandante, la AFP PORVENIR estaba en la obligación de informar a su futura afiliada sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, pero ello en el asunto no ocurrió o, por lo menos, no se acreditó.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR, omitió en el momento del traslado de régimen **(5 de abril de 1999 , efectivo en junio de ese año),** el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia 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.

Por otro lado, con relación al hecho de permanecer la demandante en el RAIS por mucho tiempo -22 años-, a la que se ha hecho referencia por COLPENSIONES en su apelación, esta Sala de decisión se permite señalar a la impugnante, que como ya se refirió a lo largo de ésta providencia la información que se le debía suministrar a la demandante al momento de su traslado no fue acreditada por la AFP PORVENIR, razón por la cual no se puede entender como una ratificación de la voluntad de permanecer en el RAIS, como lo sugiere en la alzada.

Ahora, en relación con el principio de la relatividad jurídica alegado en la alzada por Colpensiones, consistente en que los terceros no pueden interferir en convenios de los que no son parte, debe indicarse aunque Colpensiones no intervino de manera directa en el acto jurídico de traslado, no puede perderse de vista que en la actualidad dentro de la estructura del sistema de pensiones es la única entidad administradora del régimen de prima media con prestación definida, siendo de contera la llamada a recibir nuevamente al demandante como su afiliado.

Valga aclarar igualmente a COLPENSIONES para resolver los argumentos de apelación, 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.

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, como también la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, de tal manera se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto.

Debe precisarse en este punto en virtud de la consulta que se surte en favor de Colpensiones y conforme a los argumentos de apelación de esta demandada, esta Sala de Decisión ordenará que además de lo anterior, la accionada PORVENIR, también deben devolver a COLPENSIONES, los gastos de administración, las comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia[7] y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima

[7] *Ver al respecto las sentencias SL4964-2018, SL1688-2019, SL2877-2020, SL4811-2020 y SL373-2021.*

debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades[8], por el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esa administradora, por virtud del restablecimiento de las cosas a su estado inicial.

Así lo consideró el órgano de cierre de esta jurisdicción en sentencia SL-2877 de 2020 en la cual sostuvo:

> *«(…)*
> *De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional* ***deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor,*** *sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil.* ***En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones****».*

Igualmente se dispondrá que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

También es importante señalar que para la calenda en la que se trasladen esos recursos, habrá transcurrido un tiempo considerable durante el cual dicho valor habrá perdido poder adquisitivo, de allí que sea procedente su indexación, ya que su función consiste únicamente en evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción del patrimonio de quien accede a la administración de justicia, causada por el transcurso del tiempo, y su imposición procede de forma oficiosa, sin que ello represente una condena adicional ni vulnere la congruencia entre la demanda y la sentencia judicial, pues lo que se busca garantizar es el pago completo e íntegro de la prestación cuando el transcurso del tiempo la devalúa.

Así lo adoctrinó recientemente la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL359 de 2021, reiterada en la SL859 de 2021. En la primera providencia anotada, el órgano de cierre de esta jurisdicción consideró:

> ***«Es cierto que dicho ajuste no hizo parte de las pretensiones de la demanda, pero también lo es que, pese a ello, su imposición oficiosa es perfectamente viable porque la indexación no comporta una condena adicional a la solicitada.***
>
> *En efecto, la indexación se erige como una garantía constitucional (art. 53 CP), que se materializa en el mantenimiento del poder adquisitivo constante de las pensiones, en relación con el índice de precios al consumidor certificado por el DANE. A su vez, el artículo*

[8] *Conforme lo señala la SL2209-2021 y SL2207-2021*

> *1626 del Código Civil preceptúa que «el pago efectivo es la prestación de lo que se debe», esto es, que la deuda debe cancelarse de manera total e íntegra a la luz de lo previsto en el artículo 1646 ibídem. De ahí que, si la AFP no paga oportunamente la prestación causada en favor del afiliado, pensionado o beneficiario, tiene la obligación de indexarla como único conducto para cumplir con los mencionados estándares de totalidad e integralidad del pago. Por tal motivo, es incompleto el pago realizado sin el referido ajuste cuando el transcurso del tiempo devaluó el valor del crédito.*
>
> *Ahora, la indexación no implica el incremento del valor de los créditos pensionales, ya que su función consiste únicamente en evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción del patrimonio de quien accede a la administración de justicia, causada por el transcurso del tiempo. Tampoco puede verse como parte de la mesada, puesto que no satisface necesidades sociales del pensionado, y menos como una sanción, ya que lejos de castigar al deudor, garantiza que los créditos pensionales no pierdan su valor real»* (Negrillas de la Sala).

En punto a la indexación de los gastos de administración, en un caso similar al de autos en el que se resolvió lo atinente a la ineficacia de traslado, el órgano de cierre de esta jurisdicción, en providencia SL 3207, Radicación N° 83586 del 18 de agosto de 2020, indicó:

> ***«7. Consecuencias de la declaración de ineficacia***
>
> *Por no estar acreditado que PORVENIR S. A. hubiere consignado a COLPENSIONES, los aportes que la demandante tenía en su cuenta individual con sus rendimientos, incluyendo también los valores correspondientes a gastos de administración, los cuales según se expuso en las sentencias CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019, debe asumir con cargo a sus propios recursos,* ***se le ordenará la devolución de esos dineros, debidamente indexados****, junto con el valor del bono a COLPENSIONES y a favor del actor»*. (Negrillas y subrayas fuera de texto)

Por otro lado, conviene anotar, en autos no tiene relevancia lo atinente a la financiación del sistema, o que la demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues es suficiente indicar en este punto, no se está avalando el tránsito de un régimen a otro sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva a retornar al régimen de prima media con prestación definida, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual de la demandante.

Advirtiéndose a Colpensiones en cuanto al principio de la sostenibilidad financiera, objeto de apelación, la Máxima Corporación ha expresado que las decisiones de declaratoria de ineficacia no lesionan "*el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se*

generen erogaciones no previstas." (Sentencia SL2877, rad. 78667 del 29 de julio del 2020).

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES[9] *(Páginas 30 y 31 Archivo 6 expediente digital)*, entidad ésta a favor de quien se surte la consulta*,* basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL-1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por la encartada, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

Finalmente, en lo que toca a la solicitud de COLPENSIONES de autorizarla a obtener por las vías judiciales el valor de los perjuicios ocasionados, la misma se torna improcedente como quiera que ello lo puede efectuar sin que medie orden alguna a través de la presente decisión, aunado a que tal aspecto no fue objeto del debate probatorio pues ninguna pretensión se erigió tendiente a obtener el pago de este concepto a favor de esa administradora, así como tampoco fue propuesta dicha temática a lo largo del juicio por ese extremo procesal.

Agotada la competencia de la Sala, habiéndose surtido el grado jurisdiccional de consulta y por el estudio de los puntos de apelación, conforme las motivaciones que preceden, se adicionará la sentencia en los puntos anteriormente expuestos y se confirmará la decisión de primer grado en lo demás.

SIN COSTAS en esta instancia.

En mérito de los expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: ADICIONAR el ordinal **SEGUNDO** del fallo de primer grado, para ordenar a PORVENIR S.A. devolver a COLPENSIONES, además de lo dispuesto

[9] Se tuvo por contestada la demanda en auto del 20 de mayo del 2023, archivo 7 expediente digital.

por la Juez de primer grado, los gastos de administración, las comisiones, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima debidamente **indexados** con cargo a sus propias utilidades, por el tiempo en que la demandante estuvo aparentemente afiliada a esa administradora, conforme lo considerado.

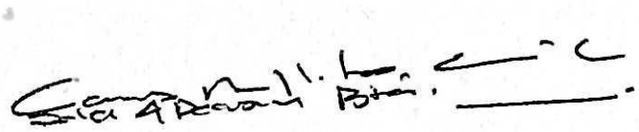
SEGUNDO: DISPONER que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás, la sentencia de primera instancia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.
CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

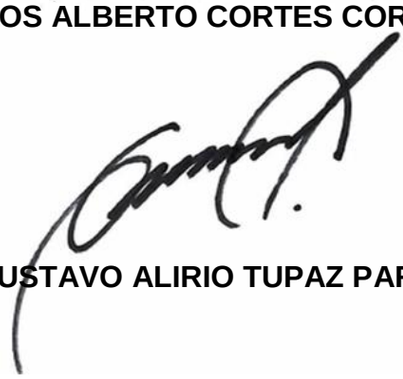
NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN



CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR HENRY BUITRAGO HERRERA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- y PROTECCIÓN S.A. (RAD. 36 2019 00950 01).

Bogotá D.C. treinta (30) de agosto de dos mil veintitrés (2023)

Vencido el término de traslado otorgado para presentar los alegatos de conclusión, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el artículo 13 numeral 1º de la Ley 2213 del 13 de junio del 2022, profieren la siguiente,

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, en virtud del recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en su favor, de la sentencia proferida por la Juez Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 5 de julio del 2023 (Audiencia virtual Archivo 61, récord 29:17), en la que se resolvió:

> *"**PRIMERO: Declarar** que el señor Henry Buitrago Herrera se encuentra válidamente afiliado al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, conforme a lo dispuesto en esta sentencia.*
>
> ***SEGUNDO: Ordenar** a la administradora de fondos de pensiones y cesantías protección a normalizar la afiliación del actor en el Sistema de información de los afiliados SIAFF y trasladar a COLPENSIONES las sumas que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la aquí demandante.*
>
> ***TERCERO: Ordenar** a la administradora de pensiones Colpensiones a recibir e imputar una vez recibido los aportes a la historia laboral del demandante.*
>
> ***CUARTO: Declarar** no probada la excepción de prescripción.*
>
> ***QUINTO: Absolver** a las encartadas de las demás pretensiones incoadas en su contra.*

> ***SEXTO: Condenar*** *en costas a Protección y a Colpensiones liquídense como agencias en derecho, la suma de un salario mínimo legal mensual vigente.*
>
> ***OCTAVO (sic): Consúltese*** *con el superior la presente sentencia a favor de Colpensiones, según las reglas que emanan del artículo 69 del Código de procedimiento del trabajo y la Seguridad Social.".*

Inconforme con la decisión, el apoderado de Colpensiones manifiesta que en el presente asunto no existe multiafiliación como quiera que, al actor, se le expresó que existía una afiliación válida a la AFP Protección, afiliación que se encuentra regida por el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, literal B, sumado a que ya se había superado el término establecido de 5 años para que el demandante lograra trasladarse al régimen de Prima Media.

Aduce que Colpensiones debe cumplir con lo ordenado por la Corte Constitucional en sentencia SU 130 del 2013, en el cual indica que en el caso de un traslado solo procederá a su regreso en cualquier tiempo al sistema administrado por la entidad, siempre y cuando cuente con 15 años de servicio al 1° de abril de 1994, so pena que el actor pierda los requisitos de la transición, lo cual el demandante no acredita.

De igual forma, expresa que según criterio de la Sala de Casación Laboral en ponencia del 3 de septiembre de 2014, se determinó que con base en lo establecido en los artículos 13 Literal B y 271 de la Ley 100 de 1993, cuando se presentan controversias frente a los traslados de régimen de prima media con prestación definida y el de ahorro individual con solidaridad, lo que debe analizarse es el acto jurídico que lo generó, es decir si resulta o no ineficaz, precisando en este caso, no se puede alegar una multivinculación como quiera se acredita que existe un traslado y una afiliación válida al fondo privado, sin que existiera controversia al respecto y en esa medida Colpensiones procedió, a realizar el traslado al régimen de ahorro individual de los dineros consignados a esta entidad.

Razón por la cual, solicita revocar el fallo de primera instancia respecto de estas pretensiones, asimismo advierte que hay un elemento válido para que Colpensiones actuará de la forma como lo hizo en los niveles administrativos,

solicitando igualmente revocar la condena en costas impuesta. (Audiencia virtual Archivo 61, récord 31:01[1])

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante HENRY BUITRAGO HERRERA en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda (Archivo 1 expediente digital págs. 1 a 5) las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (págs. 5 a 8, ibidem), aspirando:

[1] Gracias señora juez, primero que todo debe tenerse en cuenta que no existe la multiafiliación como quiera que, al actor, se le expresó mediante BizAgi 2014 7829271 en el cual se le manifiesta, se evidencia mejor que existe una afiliación válida a la AFP Protección por parte del demandante, afiliación que se encuentra regida y de conformidad con lo establecido en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, artículo 13, el literal B.

Adicionalmente pues se logra evidenciar que de acuerdo a la normatividad ya establecida ya habían superado, pues el término establecido perdón de 5 años para que el demandante pues lograra trasladarse al régimen de Prima Media, como quiera que esta situación se da, pues no se evidencia que hay una multiafiliación en los términos que ya se venían manifestando.

Colpensiones debe cumplir lo ordenado por la Corte Constitucional en sentencia SU 130 del 2013, en el cual indica que en el caso de un traslado solo procederá a su regreso en cualquier tiempo al sistema administrado por la entidad, por mi representada, siempre y cuando cuente con 15 años de servicio al 1° de abril de 1994, so pena que el actor pierda los requisitos de la transición, los beneficios mejor de la transición. Tal y como la el demandante el día no acredita, esta densidad de semanas, pues este principio inicialmente no lo está acreditando.

De igual forma, la Sala de casación laboral en ponencia del 3 de septiembre de 2014, magistrada doctora Elsy del Pilar Cuello Calderón, determinó que con base en lo establecido en los artículos 13 Literal B y 271 de la Ley 100 de 1993, se presentan sus controversias frente a los traslados de régimen de prima media con prestación definida y el de ahorro individual con solidaridad, lo que debe analizarse es el acto jurídico que lo generó, resulta o no ineficaz. En este caso, debe tenerse en cuenta que los demandantes o las personas que se encuentran inmersas en esta situación, pues no podrán ya alegar la determinación o la ineficacia, en caso concreto, la multivinculación como quiera que, pues se acredita que existe un traslado y una afiliación válida al fondo privado, sin que existiera controversia al respecto.

Como quiera que se evidencia que hubo, esta afiliación, pues Colpensiones procedió, como se mostró en el curso del presente proceso, a hacer el traslado al régimen de ahorro individual de los dineros consignados a esta entidad. Razón por la cual, pues le solicito respetuosamente al honorable Tribunal Superior de Bogotá, en segunda instancia, revocar el fallo de primera instancia respecto de estas pretensiones.

Asimismo, se advierte que hay un elemento válido para que colpensiones, pues actuará de la forma como lo hizo en los niveles administrativos, razón por la cual le solicito respetuosamente al mencionado tribunal, revocar la condena en costas impuesta a la entidad por mi representada. Dicho lo anterior, sustento el recurso de apelación y pues será ampliado en el momento procesal pertinente. Muchas gracias, señora juez.

PRETENSIONES PRINCIPALES:

PRIMERA: DECLARE, la existencia de una MULTIAFILIACIÓN que debe resolverse a favor de COLPENSIONES.

SEGUNDA: DECLARE, en consecuencia, que el demandante se encuentra efectiva y válidamente afiliado hoy a COLPENSIONES.

TERCERA: Como consecuencia de lo anterior, SE ORDENE a los fondos privados donde ha estado afiliado el demandante que se hagan las devoluciones a COLPENSIONES de todas las sumas de dinero, bonos, cotizaciones, sumas adicionales recibidas por concepto de aportes obligatorios y rendimientos devengados, durante todo el tiempo en que dichas sumas de dinero estuvieron en poder de la administradora.

CUARTA: SE ORDENE a la ADMINISTADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, reactivar la afiliación de mi poderdante considerando que para todos los efectos legales siempre ha estado vinculado al régimen de prima media con prestación definida, ordene recibir los aportes y rendimientos devueltos por LOS FONDOS PRIVADOS donde ha estado afiliado, así mismo actualizar y corregir la historia laboral y ponerla a mi disposición.

QUINTA: SE CONDENE a los fondos privados donde ha estado afiliado el demandante al reconocimiento y pago de los perjuicios morales causados a la parte demandante, los cuales estimo en 200 salarios mínimos mensuales legales vigentes, o la suma que el juez considere.

SEXTA: Condene en Costas al ente demandado.

PRETENSIONES SUBSIDIARIAS:

PRIMERA: SE DECLARE la NULIDAD o INEFICACIA según se demuestre, del acto por medio del cual el demandante se afilió al RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD por lo que resulta NULA o INEFICAZ la afiliación al fondo privado demandado.

SEGUNDA: Como consecuencia de lo anterior, DECLARE que para todos los efectos jurídicos la parte actora debe ser considerada como afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida ya que esta es su real decisión, ADVIERTIENDO que no existió solución de continuidad en la afiliación, ya que la afiliación al Régimen De Ahorro Individual no puede producir efectos al no haberse realizado en forma libre y espontánea.

TERCERA: Como consecuencia de lo anterior sírvase ordenar a PROTECCIÓN la devolución a COLPENSIONES de todas las sumas de dinero, bonos, cotizaciones, sumas adicionales recibidas por concepto de aportes obligatorios y rendimientos devengados durante todo el tiempo en que dichas sumas de dinero estuvieron en poder de las administradoras.

CUARTA: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, activar la afiliación de la parte demandante considerando que, para todos los efectos legales, siempre ha estado vinculada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, recibir los aportes y rendimientos devueltos por PROTECCIÓN S.A., actualizar y corregir la historia laboral y ponerla a disposición de la parte demandante.

QUINTA: SE CONDENE a PROTECCIÓN S.A al reconocimiento y pago de los perjuicios morales causados a la parte demandante, los cuales estimo en 200 salarios mínimos mensuales legales vigentes, o la suma que el juez considere.

SEXTA: Condene en Costas.

Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró que se encuentra válidamente vinculado al RPM, ordenando a PROTECCIÓN trasladar a COLPENSIONES las sumas que se encuentran en la cuenta de ahorro individual del demandante y a COLPENSIONES le ordenó recibirlo e imputar los aportes en la historia laboral del demandante. **Lo anterior tras considerar,** que si bien no obra formulario de afiliación a Colpensiones existió una afiliación tácita a esa entidad ante la cual se hicieron los respectivos aportes desde febrero de 1995 hasta por lo menos el año 2014, en donde se definió por un comité que el demandante estaba afiliado al RAIS, respecto del cual señaló la *a quo* que no se encontraba ajustado a derecho en tanto si bien hubo una afiliación a Protección todas las cotizaciones se hicieron fue a Colpensiones por lo que se debía dar aplicación al artículo 5 del Decreto 3995 del 2008.

Pues bien, la Sala abordará el estudio del recurso de apelación, en los puntos concretos objeto de censura, como también se analizarán las condenas impuestas en el grado jurisdiccional de Consulta en favor de Colpensiones.

En estos términos y para proceder a resolver el problema jurídico dentro del presente asunto esto el conflicto de multiafiliación, ha de precisarse en primer lugar el sistema general de seguridad social en pensiones introducido con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, previó la coexistencia de dos regímenes solidarios excluyentes, aunque con aspectos en común, a saber: el régimen de prima media con prestación definida -RPM- (sistema de reparto) y el régimen de ahorro individual con solidaridad -RAIS- (sistema de capitalización privado)[2].

[2] Artículo 12 de la Ley 100 de 1993.

Sobre el particular explicó la Corte en sentencia SL4108 de 2020:

"*1. Diferencias de los regímenes pensionales a partir de la Ley 100 de 1993 y objetivos comunes*

De acuerdo con las prescripciones de la Ley 100 de 1993, la satisfacción del derecho constitucional a la seguridad social y la ampliación de su cobertura quedó de manera preferente en manos de dos regímenes pensionales que se distinguen en su estructura, organización y técnica de financiamiento de las pensiones.

Por un lado, el régimen de prima media con prestación definida preservó el esquema de reparto, de corte solidario, en el cual los aportes de los afiliados constituyen un fondo común de naturaleza pública que se distribuye entre sus beneficiarios para cubrir las cargas del sistema. Por el otro, el de ahorro individual con solidaridad está ideado bajo un esquema de capitalización individual en el que los aportes se incorporan en cuentas de ahorro personalizadas, las cuales son patrimonios autónomos de propiedad de cada afiliado -artículo 90 de la Ley 100 de 1993. Esto les permite a las personas crear una reserva propia, que incrementada con los rendimientos recibidos y el bono pensional si hay lugar a él, está destinada a financiar las prestaciones correspondientes.

Así las cosas, y con el fin de verificar el régimen al cual estaba válidamente afiliado el demandante, la Sala se remite a las pruebas obrantes en el proceso, de la siguiente manera:

- Formulario de afiliación a PROTECCIÓN S.A. de fecha 15 de noviembre de 1994 en donde se marcó la casilla "*vinculación inicial*". (Archivo 11 pág. 27).

- Reporte estado de cuenta de Protección (Archivo 11 págs. 30 a 43) en donde se evidencia que las cotizaciones de febrero de 1995 a septiembre

---

Ahora, pese a estas diferencias estructurales, la jurisprudencia de la Corte ha destacado que los objetivos y valores que legitiman su arquitectura como subsistemas pensionales son transversales y, por lo tanto, deben tener como fin común la garantía y cobertura progresiva de todas las contingencias que afecten la salud y las condiciones económicas de los habitantes del territorio nacional, sin discriminación alguna -preámbulo, artículos 1 a 3 de la Ley 100 de 1993, CSJ SL929-2018.

Esta premisa se ampara en los principios de universalidad e integralidad, los cuales sirven como pilares para comprender el sistema pues propenden «por la protección de todas las personas, sin discriminación alguna, así como por la cobertura de todas las contingencias que afectan la salud, la capacidad económica y en general las condiciones de vida de toda la población» (CSJ SL4350-2019); lo anterior, «independientemente del mecanismo utilizado, (…) regulándose para ello, un principio de justicia, esto es que cada persona deba contribuir según su capacidad y reciba lo necesario para atender de manera digna aquellas vicisitudes» (CSJ SL929-2018).

Estos mandatos de optimización del sistema de pensiones a su vez desarrollan la exigencia constitucional de brindar una garantía mínima y fundamental a la seguridad social -artículo 53 Constitución Política de 1991-, derecho que al tenor del artículo 48 ibidem es irrenunciable y se materializa en un servicio público obligatorio que debe prestarse a toda la ciudadanía con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley. Además, este conjunto normativo local es reafirmado en varios instrumentos internacionales que integran el bloque de constitucionalidad, como los preceptos 22 y 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (C-504-2007 de la Corte Constitucional).

[4: Artículo 22. Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.][5: Artículo 25. 1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad. (...).]

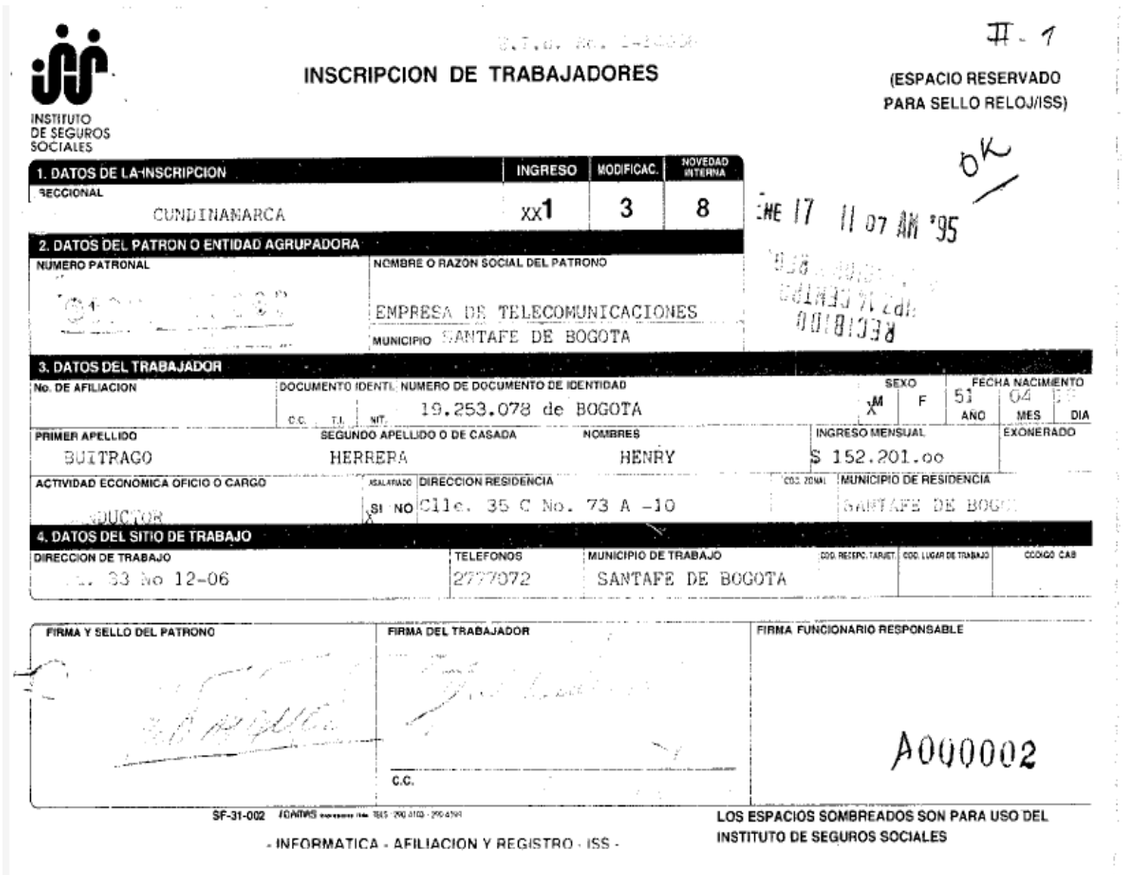
De modo que los regímenes pensionales existentes, aún con sus diferencias, deben articularse de tal modo que la garantía de los referidos objetivos de la seguridad social sea real, eficiente y efectiva. Esta referencia es clara en el artículo 12 de la Ley 100 de 1993, que contempla que los modelos vigentes en Colombia son excluyentes pero coexistentes. Y adviértase que la premisa del principio de unidad establecido en el artículo 2.º ibidem es justamente «la articulación de políticas, instituciones, regímenes, procedimientos y prestaciones para alcanzar los fines de la seguridad social».

En el anterior contexto, la Corte reitera que las diferencias entre los regímenes pensionales no son restricciones a los derechos pensionales de los afiliados, ni de los objetivos y valores que le dan vigencia y utilidad al sistema de pensiones, pues ambos esquemas de administración están convocados a potencializarlos en su mayor medida, siempre y cuando no se transgredan los límites que impone la propia Constitución Política"

del 2014 tienen la anotación "*Acreditación ISS*" y las posteriores, esto es de septiembre del 2014 en adelante "*Acreditación por recaudo".*

- Misiva del 23 de diciembre del 2014 en donde Protección le comunica al actor: "…*con el fin de solucionar su conflicto de múltiple vinculación se procedió a estudiar su caso en el comité celebrado el 03 de diciembre de 2014, quedando su afiliación valida en PROTECCIÓN*". (Archivo 01 pág. 68)

- Inscripción de trabajadores al ISS con sello de recibido del 17 de enero de 1995 anotándose en la casilla de "*datos del patrón*" a la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ y como trabajador BUITRAGO HERRERA HENRY. (Archivo 7.1 GEN-RES-CO-2019_9115097-20190717040340 pág. 15)



INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES

INSCRIPCION DE TRABAJADORES

II-1

(ESPACIO RESERVADO PARA SELLO RELOJ/ISS)

OK

ENE 17 11 07 AM '95

1. DATOS DE LA INSCRIPCION	INGRESO	MODIFICAC.	NOVEDAD INTERNA
SECCIONAL: CUNDINAMARCA	XX1	3	8

2. DATOS DEL PATRON O ENTIDAD AGRUPADORA

NUMERO PATRONAL: [illegible]

NOMBRE O RAZON SOCIAL DEL PATRONO: EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES

MUNICIPIO: SANTAFE DE BOGOTA

3. DATOS DEL TRABAJADOR

No. DE AFILIACION	DOCUMENTO IDENTI.	NUMERO DE DOCUMENTO DE IDENTIDAD	SEXO	FECHA NACIMIENTO
	C.C. T.I. NIT.	19.253.078 de BOGOTA	M X F	51 04 [illegible] AÑO MES DIA

PRIMER APELLIDO	SEGUNDO APELLIDO O DE CASADA	NOMBRES	INGRESO MENSUAL	EXONERADO
BUITRAGO	HERRERA	HENRY	$ 152.201.oo	

ACTIVIDAD ECONOMICA OFICIO O CARGO	ASALARIADO SI / NO	DIRECCION RESIDENCIA	COD. ZONAL	MUNICIPIO DE RESIDENCIA
[illegible]DUCTOR	X	Clle. 35 C No. 73 A -10		SANTAFE DE BOGO[illegible]

4. DATOS DEL SITIO DE TRABAJO

DIRECCION DE TRABAJO	TELEFONOS	MUNICIPIO DE TRABAJO	COD. RESPO. TARJET.	COD. LUGAR DE TRABAJO	CODIGO CAB
[illegible]. 33 No 12-06	2777072	SANTAFE DE BOGOTA			

FIRMA Y SELLO DEL PATRONO	FIRMA DEL TRABAJADOR	FIRMA FUNCIONARIO RESPONSABLE
	C.C.	A000002

SF-31-002 FORMAS [illegible]

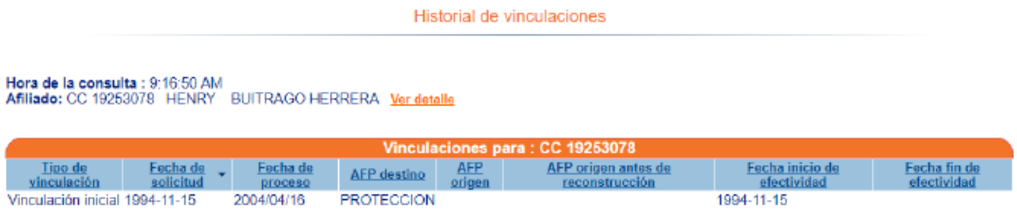
- INFORMATICA - AFILIACION Y REGISTRO - ISS -

LOS ESPACIOS SOMBREADOS SON PARA USO DEL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES

- Historia Laboral de Colpensiones actualizada al 6 de octubre del 2020 con fecha de afiliación del actor 1° de enero de 1995 y cotizaciones a partir de

esa misma data y hasta agosto del 2014 con la observación "*No vinculado trasladado RAI / Aporte devuelto*" (Archivo 7 págs. 44 a 56)

- Registro SIAFP aportado por PROTECCIÓN (archivo 11 página 74).



Historial de vinculaciones

Hora de la consulta : 9:16:50 AM
Afiliado: CC 19253078 HENRY BUITRAGO HERRERA Ver detalle

Vinculaciones para : CC 19253078

Tipo de vinculación	Fecha de solicitud	Fecha de proceso	AFP destino	AFP origen	AFP origen antes de reconstrucción	Fecha inicio de efectividad	Fecha fin de efectividad
Vinculación inicial	1994-11-15	2004/04/16	PROTECCION			1994-11-15	

De esta manera ante casos de múltiple vinculación, se debe definir a cuál de los dos regímenes pensionales previstos en la Ley 100 de 1993 el afiliado pertenece en realidad y de manera válida, dada la imposibilidad de estar vinculado simultáneamente a ambos. El efecto de tal situación, en los términos del artículo 17 del Decreto 692 de 1994[3] "*es la validez de la última efectuada en los términos legales, de manera tal que una vez definido este aspecto, lo que procede es la transferencia de los saldos a la administradora de pensiones cuya afiliación resulte válida, por cuanto a ésta corresponde asumir el reconocimiento y pago de las prestaciones de invalidez, vejez y muerte*"[4].

Precisándose la máxima Corporación en su sala de casación laboral frente a este aspecto en sentencia SL1431 del 2023 indicó que "*la múltiple afiliación se presenta cuando existen vinculaciones y/o cotizaciones de manera simultánea en los dos regímenes pensionales, con lo cual no puede ser válida la última vinculación al sistema, si no se realiza dentro de los términos previstos en la ley"*

En esta dirección el Decreto 3995 de 2008 estableció en su artículo 2° las reglas que se deben aplicar para definir a que régimen pensional esta válidamente afiliado la persona que se encuentre en estado múltiple de vinculación al 31 de diciembre de 2007, que en su texto reza:

---

[3] *Artículo 17: **Múltiples vinculaciones.** Está prohibida la múltiple vinculación. El afiliado sólo podrá trasladarse en los términos de que trata el artículo anterior, sin embargo, cuando el afiliado cambie de régimen o de administradora antes de los términos previstos, será válida la última vinculación efectuada dentro de los términos legales. **Las demás vinculaciones no son válidas** y se procederá a transferir a la administradora cuya afiliación es válida, la totalidad de saldos, en la forma y plazos previstos por la Superintendencia Bancaria.*

[4] *Sentencia SL4777-2019, reiterada en SL1377 de 2020.*

> *Artículo 2°. Afiliación válida en situaciones de múltiple vinculación. Está prohibida la múltiple vinculación. El afiliado sólo podrá trasladarse en los términos que establece la Ley 797 de 2003. Cuando el afiliado cambie de régimen o de administradora antes de los términos previstos en la ley, esta última vinculación no será válida y el afiliado incurrirá en múltiple vinculación. La vinculación válida será la correspondiente al último traslado que haya sido efectuado con el cumplimiento de los términos legales antes de incurrir en un estado de múltiple vinculación.*
>
> *Para definir a qué régimen pensional esta válidamente vinculada una persona que se encuentra en estado de múltiple vinculación al 31 de diciembre de 2007, se aplicarán, por una única vez, las siguientes reglas:*
>
> ***Cuando el afiliado en situación de múltiple vinculación haya efectuado cotizaciones efectivas, entre el 1° de julio y el 31 de diciembre de 2007, se entenderá vinculado a la administradora que haya recibido el mayor número de cotizaciones; en caso de no haber realizado cotizaciones en dicho término, se entenderá vinculado a la administradora que haya recibido la última cotización efectiva. Para estos efectos, no serán admisibles los pagos de cotizaciones efectuados con posterioridad a la fecha de entrada en vigencia de este decreto.***
>
> *Cuando el afiliado no haya efectuado ninguna cotización o haya realizado el mismo número de cotizaciones en ambos regímenes entre el 1° de julio y el 31 de diciembre de 2007, será válida la última vinculación efectuada dentro de los términos legales antes de la situación de múltiple vinculación.*
>
> *Las reglas previstas en este artículo también aplicarán a aquellos afiliados que se encuentran registrados en las bases de datos de los dos regímenes por no haberse perfeccionado el traslado de régimen.*

En ese orden, y conforme a las pruebas documentales atrás relacionadas debe concluirse que la vinculación inicial del actor a PROTECCIÓN el 15 de noviembre de 1994 no surtió efecto alguno, por cuanto en primer lugar no se realizaron aportes a dicha entidad, pues el empleador del demandante efectuó las cotizaciones al ISS hoy COLPENSIONES desde el 1° de enero de 1995 (como se puede extraer de la historia laboral) previa inscripción de su trabajador a dicho instituto, las cuales se hicieron hasta agosto del 2014, data a partir de la cual los aportes se empezaron a realizar en Protección conforme se evidencia del estado de cuenta de la citada AFP en donde se anota que a partir de septiembre del 2014 los aportes se recibieron por RECAUDO y no por traslado del ISS hoy COLPENSIONES.

Precisándose si bien dicha AFP le indicó al demandante que hubo un comité del 3 de diciembre del 2014 en donde se solucionó el conflicto de multiafiliación quedando el accionante válidamente vinculado en Protección, lo cierto es que como lo adujo la Juez de primer grado tal decisión no se ajusta a derecho pues de acuerdo a los lineamientos del Decreto 3995 del 2008, la entidad en donde se hizo

el mayor número de cotizaciones entre el 1° de julio y el 31 de diciembre de 2007 fue en COLPENSIONES, ya que como ya se dijo todos los aportes se efectuaron al RPM desde el 1 de enero de 1995 y hasta agosto del 2014, esto es, por mas de 19 años.

Atendiendo tales aseveraciones, resulta claro para esta Sala de decisión, la vinculación al RAIS administrado por PROTECCIÓN, no cumplió en la materialidad con los propósitos legales ni tuvo efectividad alguna, pues se itera no hubo cotizaciones a la AFP, lo cual denota entonces la intención y vocación del accionante de permanecer en el régimen de prima media con prestación definida.

Adicional a ello, se reitera conforme a la historia laboral aportada por COLPENSIONES en su contestación, el demandante siempre realizó los aportes a dicha administradora sin que exista ningún tipo de anotación relacionada con un traslado de régimen como erradamente lo indica Colpensiones en su apelación, demostrándose con esto que la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad en el año 1994 conforme las situaciones ya mencionadas no puede tenerse como una vinculación real y efectiva, es decir, en la realidad nunca se generó.

Teniendo en cuenta lo anteriormente estudiado, se tiene que al existir afiliaciones simultáneas y nunca haber efectuado una cotización en PROTECCIÓN S.A., ha de entenderse que el demandante siempre ha permanecido válidamente vinculado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por Colpensiones.

Por ende, aplicando la regla normativa antes mencionada y corroborado con las documentales citadas, se itera las cotizaciones pensionales del demandante siempre fueron realizadas y pagadas ante Colpensiones y si bien aparecen registradas ahora en Protección S.A., ello fue en virtud del traslado de dineros realizados por la administradora del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, en virtud del mencionado comité de multivinculación, que como ya se mencionó su decisión fue errada.

Así pues, como se anunció, como quiera que no surtió efectos la afiliación efectuada por el señor HENRY BUITRAGO HERRERA a PROTECCIÓN, se debe entender que el régimen válido en que se encuentra afiliado el actor es el administrado por Colpensiones, debiéndose por ello confirmar la decisión de primer grado.

En relación con la excepción de prescripción oportunamente propuesta por COLPENSIONES (Archivo 7 expediente digital, págs. 18 y 19[5]), es de advertir, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de la validez de la vinculación al RPM 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 ésta encartada.

Finalmente, respecto de las costas procesales objeto de apelación por 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 que contiene el principio general según el cual *"se condenará en costas a la parte vencida en el proceso (…)"*, sin consideración a su intención, razonabilidad de su discusión en el conflicto jurídico en litigio o su conducta en el trámite procesal, sino el hecho de haber sido vencido en juicio, por manera que al haber sido desfavorable la sentencia de primer grado a esta demandada, lo atinente a derecho es que sea condenada en costas, iterando, la única valoración a tener en cuenta en este aspecto, es las resultas del proceso, por lo que se confirma la decisión.

Agotada como se encuentra la competencia de esta instancia por el estudio de los puntos de la apelación y habiéndose surtido el grado jurisdiccional de consulta en favor del Colpensiones, lo que sigue es la confirmación de la sentencia de primer grado.

SIN COSTAS en esta instancia.

[5] Por auto del 8 de noviembre del 2021 se admitió la contestación de Colpensiones (Archivo 16 expediente digital).

En mérito de lo expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C**., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

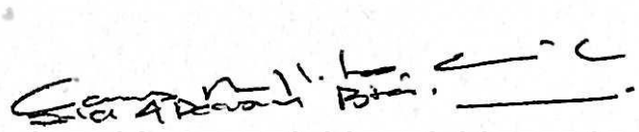
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

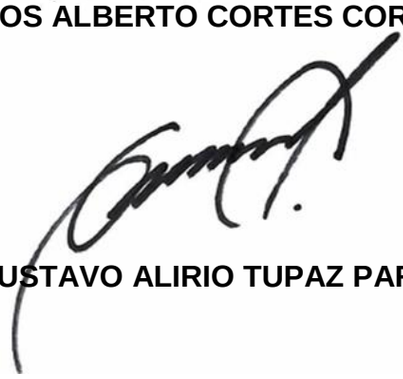
NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN



CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

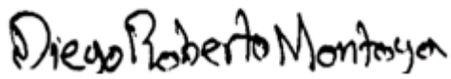
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR OFELIA CALA GÓMEZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES y PORVENIR S.A. (RAD. 37 2019 00879 01).

Bogotá D.C., treinta (30) de agosto de dos mil veintitrés (2023)

AUTO

Se reconoce personería adjetiva a la abogada **LORENA PAOLA CASTILLO SORIANO**, como apoderada sustituta de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A**, en los términos y para los efectos del poder conferido por **ANDRÉS FELIPE CHÁVEZ ALVARADO**, como abogado adscrito a la sociedad **GODOY CORDOBA ABOGADOS S.A.S.**



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

Vencido el término de traslado otorgado para presentar los alegatos de conclusión, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral 1º del artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio del 2022, profieren la siguiente,

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por PORVENIR, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, contra la sentencia proferida por la 35 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. el 26 de mayo de 2023 (Exp. Digital, *027. Acta Audiencia.pdf,* récord 1:40:02), en la que se resolvió:

> *"**PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA DEL ACTO JURÍDICO DE TRASLADO** entre regímenes pensionales que efectuó la demandante señora OFELIA CALA GÓMEZ del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado en su momento por la Caja de Previsión Municipal de Tunja, al Régimen del Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., lo que ocurrió el 31 de julio de 1995. En consecuencia, DECLARAR válida la afiliación de la demandante al régimen de prima media con prestación definida que en la actualidad está siendo administrado por COLPENSIONES, conforme se expuso.*
>
> ***SEGUNDO: CONDENAR** a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a transferir a COLPENSIONES, todos los valores contenidos en la cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos financieros, sin descontar gastos de administración, comisiones, incluyendo además primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje al fondo de garantía de pensión mínima, por el periodo que estuvo vinculada al régimen que administra esta entidad, dineros, estos últimos es decir, los relacionados con gastos de administración comisiones, primas de seguros previsionales y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, deberán retornar al RPM debidamente indexado y con cargo a los propios recursos de PORVENIR S.A., conforme se expuso.*
>
> ***TERCERO: DECLARAR PROBADA** la excepción denominada falta de causa para pedir propuesta por el DEPARTAMENTO DE BOYACÁ- SECRETARIA DE HACIENDA y en su lugar o como consecuencia de ello absolver de las pretensiones enunciadas en el escrito introductorio.*
>
> ***CUARTO: ABSOLVER al MUNICIPIO DE TUNJA** de las pretensiones planteadas, en el escrito de demanda.*
>
> ***QUINTO: COSTAS** en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A., por valor de 1.500.000, como agencias en derecho, las cuales, por secretaría se ordenarán liquidar en la etapa legal correspondiente.*
>
> ***SEXTO**: Se ordena remitir el expediente o estas actuaciones al Honorable Tribunal Superior de Bogotá en su especialidad laboral, a fin de que se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, conforme lo enuncie en la parte motiva de este proveído.".*

Inconforme con la decisión, Porvenir interpuso recurso de apelación[1] aduciendo, si bien no se allegan mayores documentales donde se prueba la asesoría brindada a

[1] ***Recurso Porvenir (récord, 43:42):** "Gracias su señoría estando en la oportunidad procesal correspondiente, me permito interponer y sustentar recurso de apelación contra la sentencia acá notificada, para que sea la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, quien estudie y revoque las condenas impuestas a mi representada conforme a las siguientes razones:*

Sea lo primero indicar que si bien no se allega mayores documentales donde se prueba la asesoría brindada a la demandante lo cierto es que para la fecha de la vinculación con mi representada no le era exigible a los fondos privados conservar una documental más allá del formulario de afiliación, formulario que era aprobado para aquel entonces por la Superintendencia Financiera y así mismo suscrito previa a una asesoría o contacto a través de un asesor promotor de mi representada en aquel entonces horizonte.

Ahora bien, también es indispensable manifestar que la demandante al momento de dicha vinculación contaba con condiciones necesarias y suficientes para verificar, corroborar y ampliar la información otorgada por parte del fondo al cual se vinculó, así mismo téngase en cuenta que la demandante, ostenta la calidad de consumidora financiera lo cual también le impone deberes como por ejemplo actuar con mediana diligencia, lo cual se supone que tuviera por lo menos un conocimiento del acto jurídico que estaba realizando, pues para así precisar todas aquellas consecuencias de dicha vinculación. Por otro lado, pues debe decirse que si bien,

la demandante lo cierto es que para la fecha de la vinculación no le era exigible a los fondos privados conservar una documental más allá del formulario de afiliación, escrito que era aprobado para aquél entonces por la Superintendencia Financiera y así mismo previo a una asesoría o contacto a través de un asesor.

Agregó, es indispensable manifestar que la demandante al momento de dicha vinculación contaba con condiciones necesarias y suficientes para verificar, corroborar y ampliar la información otorgada por parte del fondo al cual se vinculó, así mismo, la actora ostenta la calidad de consumidora financiera lo cual también le impone deberes como por ejemplo actuar con mediana diligencia, suponiendo que tuviera por lo menos un conocimiento del acto jurídico que estaba realizando, pues para así precisar todas aquellas consecuencias de dicha vinculación. Por otro lado,

---

existe un precedente jurisprudencial planteado por la Honorable Corte Suprema de Justicia, pues también la misma corporación ha indicado que la misma jurisprudencia no se puede aplicar de manera homogénea a todos los procesos donde se solicita la nulidad o ineficacia de la afiliación, por incumplimiento del deber de información, luego pues debe existir una similitud en las condiciones fácticas de cada proceso, situación que no se da dentro del presente asunto, pues la demandante no se encontraba vinculada al Régimen de Prima Media, al momento de la vinculación, al RAIS.

Conforme lo anterior y a la documental que reposa en el expediente, nótese que la demandante se encontraba afiliada a la Caja Provisional - Municipal Tunja, pues de acuerdo con lo anterior y con el Decreto Reglamentario 1833 de 2016 el cual pues reglamentó y pues unificó, toda aquella legislación que, era hábil para aquel momento o fecha de traslado pues vale la pena recalcar que, en dicha normativa estableció que los servidores públicos tenían la opción de vincularse al Régimen de Prima Media o al Régimen de Ahorro Individual lo cual a la demandante en esta calidad optó por el régimen de ahorro individual, pues vale la pena aclarar o recalcar que, para esta defensa las cajas ya sea departamental territorial o independientemente, pues no hacían parte al régimen de prima media ni mucho menos forman o formaron parte del sistema general de pensiones, argumentación que ha sido respaldada por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Barranquilla decisión 02-2018-318.

En ese orden de ideas, está defensa considera que la demandante fue vinculada al régimen de ahorro individual de manera inicial, luego no es razonable aplicar la institución jurídica de una ineficacia de afiliación o de traslado para el presente caso, ya que no existe un acto a invalidar como en un traslado de regímenes por lo que ya se indicó, ya que considera esta defensa que las cajas, no hacen parte o no fueron parte del régimen de primaria por lo tanto no hay un acto que declarar ineficaz. En consecuencia, considera esta parte que no se puede condenar a trasladar a la demandante, así como pues sus rubros, sus aportes consignados en la cuenta de ahorro individual.

Por último, pues sí contrario a lo manifestado anteriormente para la sala de estudio en segunda instancia es clara esa ineficacia de vinculación, se solicita no se condene el traslado de gastos de administración y pago de lo descontado respecto de sumas o primas previsionales como quiera que dicho rubros fueron descontados por mandatos legales que, mi representada está obligada a acatar y segundo pues porque dichos descuentos cumplieron los fines y estos fines son los gastos de administración, en cuanto al reconocimiento de rendimientos en la cuenta de ahorro individual de la demandante y las primas de seguros previsionales debe tenerse en cuenta el amparo que tuvo la demandante respecto de las prestaciones de invalidez y muerte durante toda la vinculación con mi representada.

Finalmente, si considera igualmente la Sala que sean trasladados dichos rubros, los rubros anteriormente descritos, solicito igualmente, no sean indexados como quiera que se trasladaran en caso de que se confirme la sentencia primera instancia, los rendimientos, rendimientos propios del Régimen de Ahorro Individual y que claramente dichos rubros superan casi con creces a luces los descuentos realizados por gastos de administración y primas y que así mismo compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda de los aportes efectuados de la demandante".

existe un precedente jurisprudencial planteado por la Honorable Corte Suprema de Justicia, pues también la misma corporación ha indicado que la misma jurisprudencia no se puede aplicar de manera homogénea a todos los procesos donde se solicita la nulidad o ineficacia de la afiliación, por incumplimiento del deber de información, luego debe existir una similitud en las condiciones fácticas de cada proceso, situación que no se da dentro del presente asunto, pues la demandante no se encontraba vinculada al Régimen de Prima Media, al momento de la vinculación, al RAIS.

Conforme lo anterior y a la documental que reposa en el expediente, nótese que la demandante se encontraba afiliada a la Caja Provisional - Municipal Tunja, de acuerdo con lo anterior y con el Decreto Reglamentario 1833 de 2016 el cual reglamentó y unificó toda aquella legislación que era hábil para aquel momento o fecha de traslado, vale la pena recalcar, en dicha normativa estableció que los servidores públicos tenían la opción de vincularse al Régimen de Prima Media o al Régimen de Ahorro Individual lo cual a la demandante en esta calidad optó por el régimen de ahorro individual, resaltó, las cajas ya sea departamental territorial o independientemente, no hacían parte al régimen de prima media ni mucho menos forman o formaron parte del sistema general de pensiones, argumentación que ha sido respaldada por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Barranquilla decisión 02-2018-318. En ese orden de ideas concluyó, la demandante fue vinculada al régimen de ahorro individual de manera inicial, luego no es razonable aplicar la institución jurídica de una ineficacia de afiliación o de traslado para el presente caso, ya que no existe un acto a invalidar como en un traslado de regímenes

Por último, solicitó, no se condene al traslado de los gastos de administración y pago de lo descontado respecto de sumas o primas previsionales como quiera que dichos rubros fueron descontados por mandatos legales que la AFP está obligada a acatar y segundo, porque dichos descuentos cumplieron los fines de gastos de administración, en cuanto al reconocimiento de rendimientos en la cuenta de ahorro individual de la demandante y las primas de seguros previsionales debe tenerse en cuenta el amparo que tuvo la actora respecto de las prestaciones de invalidez y muerte durante toda la vinculación.

Finalmente suplicó, no se ordene la indexación como quiera que los rendimientos propios del Régimen de Ahorro Individual superan con creces los descuentos

realizados por gastos de administración y primas, así mismo, compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda de los aportes efectuados.

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 OFELIA CALA GÓMEZ en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda (Exp. digital *01EscritoDemanda.pdf,* página 8) las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (páginas 7 y 8, ibidem), aspirando:

> **PRIMERA:** Que se DECLARE LA INEFICACIA DEL TRASLADO que la señora OFELIA CALA GOMEZ, hizo del régimen de prima media con prestación definida administrado por la CAJA DE PREVISIÓN MUNICIPAL DE TUNJA BOYACÁ, al régimen de ahorro individual administrado por la administradora de fondo pensiones y cesantías HORIZONTE hoy en día PORVENIR S.A.
>
> **SEGUNDA:** Se Autorice el traslado de la señora OFELIA CALA GOMEZ al régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.
>
> **TERCERA:** Se Ordene a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a que reciba a la señora OFELIA CALA GOMEZ en el régimen de prima media con prestación definida.
>
> **CUARTA:** Se ORDENE a PORVENIR S.A., que traslade a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES todos los aportes que hubiese recibido con motivo de la afiliación de la señora OFELIA CALA GOMEZ, identificada con la cédula de ciudadanía N. 40.017.470 de Tunja, con todos sus rendimientos que se hubieren causados como cotizaciones, bono pensional, sumas adicionales con todos sus frutos e intereses.
>
> **QUINTA:** Se ORDENE a PORVENIR S.A., que los cobros por administración deberán integrarse a la masa de aportes y rendimientos financieros que se devuelvan a COLPENSIONES.
>
> **SEXTA:** Se CONDENE a las entidades demandadas al pago de Costas.

Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró la ineficacia del acto jurídico de traslado entre regímenes pensionales del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado en su momento por la Caja de Previsión Municipal de Tunja al Régimen del Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. de fecha 31 de julio de 1995, declarando válida la afiliación de la demandante al régimen de prima media con prestación definida que en la actualidad está siendo

administrado por COLPENSIONES, se condenó a la demandada PORVENIR S.A., a transferir a COLPENSIONES, todos los valores contenidos en la cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos financieros, sin descontar gastos de administración, comisiones, incluyendo además primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje al fondo de garantía de pensión mínima, por el periodo que estuvo vinculada al régimen que administra esta entidad, dineros, estos últimos es decir, los relacionados con gastos de administración comisiones, primas de seguros previsionales y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, deberán retornar al RPM debidamente indexado y con cargo a los propios recursos de PORVENIR S.A. y se condenó en costas a PORVENIR S.A. **Lo anterior tras considerar la *a quo***, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada PORVENIR no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía para con el demandante al momento del traslado. Igualmente, la Ley 6 de 1945 en su artículo 23 habló sobre las Cajas de Previsión y en la Ley 100 de 1993 en el artículo 52 consagró que la competencia para el régimen de prima media recae sobre Colpensiones, autorizando a que los afiliados a las Cajas fueran incorporados a dicho régimen siendo entonces claro que la Caja hace parte del régimen de Prima Media con Prestación Definida, siendo acogida esta interpretación en sentencia CSJ SL 4334-2021.

Pues bien, para resolver la controversia, es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002[2].

[2] *En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: "Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez", y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002".*

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía de la demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 22 de septiembre de 1961 *(Página 06, Archivo 01 del 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 y PORVENIR el 27 de septiembre de 2019 (*páginas 40 a 42 y 35 a 37 del proceso digitalizado.pdf*), esto es, cuando ya había cumplido la edad para adquirir el derecho pensional, y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -de acuerdo con el parágrafo del artículo 151[3] - de ésta ley lo sería hasta a más tardar el **30 de junio de 1.995[4]** o en la fecha que así lo determine la respectiva autoridad gubernamental- por cuanto para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, apenas había prestado sus servicios y encontrándose en la Contraloría Municipal de Tunja[5] a dicha data había cotizado **373,71[6]** semanas (página 181, proceso digitalizado.pdf), por lo que no se encontraba en la excepción

---

[3] *ARTÍCULO 151. VIGENCIA DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES. El Sistema General de Pensiones previsto en la presente Ley, regirá a partir del 1o. de Abril de 1.994. No obstante, el Gobierno podrá autorizar el funcionamiento de las administradoras de los fondos de pensiones y de cesantía con sujeción a las disposiciones contempladas en la presente Ley, a partir de la vigencia de la misma.*

PARÁGRAFO. El Sistema General de Pensiones para los servidores públicos del nivel departamental, ***municipal*** *y distrital, entrará a regir a más tardar el 30 de junio de 1.995, en la fecha que así lo determine la respectiva autoridad gubernamental. (negrilla y subrayado)".*

[4] *Conforme al certificado de tiempos laborados CETIL, página 350, proceso digitalizado.pdf.*

Diligenciar de acuerdo con lo estipulado en el Artículo 3° del Decreto 1748 de 1995, adicionado por el Artículo 3° del Decreto 1513 de 1998.

	25. PERIODOS DE VINCULACION LABORAL						26. ENTIDAD EMPLEADORA	27. Cargo / Observaciones	28. INTERRUPCIONES LABORALES NO REMUNERADAS (para cada periodo)						29. Total de dias de interrupción
	DESDE			HASTA					DESDE			HASTA			
	Dia	Mes	Año	Dia	Mes	Año			Dia	Mes	Año	Dia	Mes	Año	
1	1	2	1987	9	7	2001	CONTRALORIA MUNICIPAL DE TUNJA	Profesional Universitario (ultimo cargo)	0	0	0	0	0	0	0

[5] *La Contraloría Municipal de Tunja surgió en el Gobierno del General Supremo Gustavo Rojas Pinilla y el Alcalde Municipal Cr (r). Luis Alfredo Rodríguez Meneses (1955 - 1957) según el* ***Decreto 1839 del 01 de agosto de 1956****, "Por el cual se adoptan normas para la unificación del control fiscal", mediante el cual se* ***crea las Contralorías Municipales****, Posteriormente implementado por Acuerdo 017 del 21 de diciembre de 1956 "Por el cual se crea la Contraloría del Distrito Municipal". "En el acuerdo Nro. 3-11 de diciembre de 1958 "Por el cual se determina el personal del Municipio" aparece relacionado el Departamento de Contraloría dentro de la Estructura Administrativa en los años 50, con una planta de personal 4 funcionarios, Contralor Municipal, Secretario Contador, Oficinista de Kardex y Mecanógrafo". (negrilla de la Sala).*

EL NÚMERO DE SEMANAS REPORTADAS TANTO EN LA PANTALLA COMO EN EL SERVICIO SE CALCULA DE ACUERDO A LO INDICADO EN EL ARTÍCULO 4 DEL DECRETO 1748 DE 1995.

SUBTOTALES

HISTORIA HASTA 31/03/1994						HISTORIA TOTAL					
LABORADOS		LICENCIAS / MORAS		SIMULTANEOS		LABORADOS		LICENCIAS / MORAS		SIMULTANEOS	
Días	Semanas	Días	Semanas	Días	Semanas	Días	Semanas	Días	Semanas	Días	Semanas
2616	373.71	0	0.00	0	0.00	3164	452.00	0	0.00	0	0.00

TOTALES : LABORADOS-LICENCIAS-SIMULTANEOS — DIAS: 2616 SEMANAS: 373.71

TOTALES : LABORADOS-LICENCIAS-SIMULTANEOS — DIAS: 3164 SEMANAS: 452.00

El número de semanas se calculó con días calendario

6

prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

En este orden de ideas y como atrás se anotó para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 - **30 de junio de 1995**- la carga pensional de la actora se encontraba a cargo de Caja de Previsión Social Municipal dado que el empleador de la demandante para esa época era la Contraloría Municipal de Tunja, tal como se anota en el formulario de afiliación a HORIZONTE hoy PORVENIR (*Archivo proceso digitalizado, página 177)*, razón por la cual advierte esta Sala de decisión, aunque la accionante no realizó ninguna cotización al Instituto de Seguros Sociales, ello no significa que no se encontrara vinculada al régimen de prima media con prestación definida, y por tanto, que con su afiliación a la AFP PORVENIR, se haya producido un traslado de régimen.

En efecto, la jurisprudencia que sobre el particular ha dejado sentada la Corporación de cierre de esta jurisdicción, ha entendido que la expresión «*libre y voluntaria*» contenida en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, supone necesariamente el conocimiento, lo que sólo es posible alcanzar cuando se saben a conciencia las consecuencias de una decisión de esta envergadura.

Frente al tema, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 12136, radicación No. 46.292 de 2014, enseñó:

> *«Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos del tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.*
>
> *Es evidente que cualquier determinación personal de la índole que aquí se discute**, es eficaz**, cuando existe un consentimiento informado; en materia de seguridad social, el juez no puede ignorar que, por la trascendencia de los derechos pensionales, la información, en este caso, del traslado de régimen, debe ser de transparencia máxima*.
>
> *Para este tipo de asuntos, se repite, tales asertos no comprenden solo los beneficios que dispense el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.*
>
> *El juez no puede pasar inadvertidas falencias informativas, menos considerar que ello no es de su resorte, pues es claro que cuando quien acude a la jurisdicción reclama que se le respete el régimen de transición, indiscutiblemente, como se anotó, surge la*

> *perentoriedad de estudiar los elementos estructurales para que el mismo opere, es decir, debe constatar que el traslado se produjo en términos de eficacia, para luego, determinar las consecuencias propias».*

En tal sentido, «*es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez»* (SL1688 de 2019).

En consecuencia, no solo es menester demostrar la existencia del traslado, sino que impone verificarse que este acto se produjo bajo el presupuesto de la libertad informada, pues de no cumplirse con dicho presupuesto, se incurriría en un vicio que invalidaría dicho acto jurídico, lo que trae como consecuencia o efecto, retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, con ineficacia ex tunc[7], en los términos del artículo 1746 del Código Civil, ante la inexistencia de una norma distinta que de manera explícita regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico.

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

> *«(…)*
> *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».*

[7] *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 demandante al fondo demandado PORVENIR S.A.

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011[8], Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y en las sentencias SL

[8] *"Además, debe la Corte destacar que no fue objeto de controversia que el actor estuvo afiliado al régimen pensional que administra el Instituto de Seguros Sociales desde el 12 de marzo de 1969 hasta el 12 de agosto de 2002, fecha ésta en la que se trasladó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.; que nació el 13 de octubre de 1944, por lo que estaba amparado por el régimen de transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que cumplía con los requisitos a que alude la citada normativa.*

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el Fondo de Pensiones demandado proporcionara al actor una suficiente, completa y clara información sobre las reales implicaciones que le conllevaría dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras.

No obstante, como lo señala la censura, la información que le suministró a SANZ GUTIÉRREZ no tuvo tales características, como que a Folio 106 aparece la "ASESORÍA PENSIONAL PROTECCIÓN – PROYECCIÓN DE LA PENSIÓN EN EL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA", en donde se señala una mesada pensional de $900.000, a los 60 años, mientras que a Folio 107 figura que a esa misma edad la pensión en el "RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL", es de $1.580.465, cálculos que efectuó el Fondo accionado, el 13 de agosto de 2002.

Las anteriores condiciones dejan en evidencia el otro yerro del Tribunal, al no tener en cuenta las citadas documentales que conducen a la conclusión indefectible de la forma como se le proporcionó la información al interesado, amén de que cuando 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

1421 de 2019, SL 1452 de 3 de abril de 2019, SL 1689 de 8 de mayo de 2019, destacando de la referida sentencia SL 1452 de 3 de abril de 2019, los siguientes apartes:

> *«(…)* ***Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto.***
> *(…)*
> *Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*
> *(…).*
> *Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.*
>
> ***Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego.*** *A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (…)"*

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen la demandante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la accionante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional y al respecto, para la Sala en manera alguna se encontró acreditado, siquiera de manera sumaria, que se le informó sobre

---

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.

las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

Al punto sea del caso precisar, al absolver el interrogatorio de parte[9] la demandante refirió que para el año 1995, cuando se trasladó de régimen pensional, le informaron que debía vincularse al RAIS porque el ISS se acabaría, así como las AFP darían unos rendimientos muy buenos y le iban a garantizar una pensión muy buena, además, no le informaron sobre los rendimientos financieros sobre un bono, aportes voluntarios o que pudiera retractarse de firmar el formulario de afiliación, o que le hubieran manifestado la oportunidad de retornar al ISS.

De lo expuesto, no vislumbra la Sala confesión alguna por parte de la demandante de haber recibido información en los términos anteriormente indicados. Aquí también debe resaltar esta Sala, el deber de información existe desde la misma creación de las administradoras de fondos de pensiones. Al respecto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y tal como se dejó sentado de manera precedente, ha explicado de forma detallada y reiterada que desde la implementación del Sistema Integral de Seguridad Social en Pensiones y por ende de los fondos privados se estableció en cabeza de éstos el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

Así, por ejemplo, en sentencia SL1688-2019 reiterada en la SL-3708-2021 y SL-3199-2021, entre muchas otras, expuso lo siguiente:

> ***«1. El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones: Un deber exigible desde su creación***
>
> ***1.1 Primera etapa: Fundación de las AFP. Deber de suministrar información necesaria y transparente.***

[9] ***Interrogatorio Demandante, récord 31:02, archivo 20:*** *"Voy a cumplir 62 años y soy Máster, estoy desempleada, soy Licenciada en Química y Biología, estaba afiliada a la Caja de Tunja en 1987, en 1995 me afilió un asesor de Horizonte y me dijo que el ISS lo iban a cerrar y coticé n ese fondo, lo que uno sabe es que el Seguro lo pensiona a uno con los últimos 10 años, no me hablaron de rendimientos, no me dijeron qué pasaba con las semanas ya cotizadas, yo estaba en las Cajas de Previsión y esas se acabaron, coticé como independiente a Porvenir, los aportes son superiores a 1 smmlv porque presté servicios en una Universidad, no me explicaron la finalidad de mis beneficiarios, me llegan extractos de Porvenir pero no con frecuencia, es cada 2 o 6 meses, no los entiendo, en algunos meses me reportaba el ingreso base de cotización, me enteré que Porvenir no me queda lo mismo la mesada, estas cosas uno las comenta con las personas y uno saber que la pensión no queda igual, no me he afiliado a Colpensiones".*

.

El sistema general de seguridad social en pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del otorgamiento de diferentes tipos de prestaciones. Con este fin, la Ley 100 de 1993 diseñó un sistema complejo de protección pensional dual, en el cual, bajo las reglas de libre competencia, coexisten dos regímenes: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (AFP).

De acuerdo con el literal b) del artículo 13 de la citada ley, los trabajadores tienen la opción de elegir «libre y voluntariamente» aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, previniendo que si esa libertad es obstruida por el empleador, este puede ser objeto de sanciones. Es así como paralelamente el artículo 271 precisa que las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, son susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

Ahora bien, para la Sala la incursión en el sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS y, por tanto, de la prestación de un servicio público esencial, estuvo, desde un principio, sujeto a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba.
…
En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.° del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. No se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

Por tanto, la incursión en el mercado de las AFP no fue totalmente libre, pues aunque la ley les permitía lucrarse de su actividad, correlativamente les imponía un deber de servicio público, acorde a la inmensa responsabilidad social y empresarial que les asistía de dar a conocer a sus potenciales usuarios «la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Además, ilustró las diferentes etapas del deber de información, así:

Etapa acumulativa	**Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información**	**Contenido mínimo y alcance del deber de información**
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3.°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.° 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Como se ve, ya para el año 1995, cuando se produjo el traslado de la aquí demandante, la AFP 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 (**solicitud 31 de julio de 1995, efectivo el 1º de agosto de 1995**), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es, relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL 12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

Ahora, en cuanto al hecho de que la demandante antes del traslado estuviese afiliada en pensiones a la Caja de Previsión Social de Tunja, siendo punto de apelación de PORVENIR, como se puede leer del formulario de afiliación *(página 177 del proceso digitalizado.pdf)* baste con indicar, si bien la Ley 100 de 1993, en su artículo 52 consagró que la competencia general para la administración del régimen de prima media con prestación definida recaía en el ISS, lo cierto es que, con el fin de resguardar las expectativas pensionales de las personas vinculadas a las múltiples **cajas, fondos o entidades de previsión**, se les autorizó para continuar con la administración de dicho régimen «*respecto de sus afiliados y mientras dichas entidades subsistan, sin perjuicio de que aquéllos se acojan a cualesquiera de los regímenes pensionales previstos en esta Ley*» (CSJ SL4334-2021). Nótese entonces que la ley reconoce expresamente que las Cajas de Previsión Social administraba el régimen de prima media y por ello debe entenderse como una entidad administradora del sistema de pensiones, tal y como lo ha precisado la Sala en jurisprudencia que tiene el carácter de reiterada (CSJ SL11746-2014, CSJ SL11438-2016, CSJ SL4041-2017 y CSJ SL31912021), es decir, los afiliados a dichas Cajas, como lo es en este caso, se entienden incorporados a COLPENSIONES al ser la única administradora del régimen de prima media, resultando clara la procedencia de la condena en punto a realizar la vinculación de la demandante desde la fecha en que se efectuó el traslado de régimen.

Por otro lado, conviene precisar, no tiene incidencia alguna que la demandante no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicios antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación con la información que se le debía suministrar cuando se trasladó de régimen. Al respecto se puede consultar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia STL 11385 del 18 de julio de 2017, radicado 47646.

En ese orden, la ineficacia del traslado de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de PORVENIR S.A., fondo al que se encuentra afiliada la actora (*Página 149, proceso digitalizado.pdf*) del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, comisiones, gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados así como la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, de tal manera se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto.

Debe precisarse, atendiendo el grado jurisdiccional de consulta en que se conoce el presente proceso en favor de Colpensiones, **se dispondrá que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.**

También es importante señalar en punto a la apelación de PORVENIR que para la calenda en la que se trasladen esos recursos, habrá transcurrido un tiempo considerable durante el cual dicho valor habrá perdido poder adquisitivo, de allí que sea procedente su indexación, ya que su función consiste únicamente en evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción del patrimonio de quien accede a la administración de justicia, causada por el transcurso del tiempo, y su imposición procede de forma oficiosa, sin que ello represente una condena adicional ni vulnere la congruencia entre la demanda y la sentencia judicial, pues lo que se busca garantizar es el pago completo e íntegro de la prestación cuando el transcurso del tiempo la devalúa.

Así lo adoctrinó recientemente la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL359 de 2021, reiterada en la SL859 de 2021. En la primera providencia anotada, el órgano de cierre de esta jurisdicción consideró:

> ***«Es cierto que dicho ajuste no hizo parte de las pretensiones de la demanda, pero también lo es que, pese a ello, su imposición oficiosa es perfectamente viable porque la indexación no comporta una condena adicional a la solicitada.***
>
> *En efecto, la indexación se erige como una garantía constitucional (art. 53 CP), que se materializa en el mantenimiento del poder adquisitivo constante de las pensiones, en relación con el índice de precios al consumidor certificado por el DANE. A su vez, el artículo 1626 del Código Civil preceptúa que «el pago efectivo es la prestación de lo que se debe», esto es, que la deuda debe cancelarse de manera total e íntegra a la luz de lo previsto en el artículo 1646 ibídem. De ahí que, si la AFP no paga oportunamente la prestación causada en favor del afiliado, pensionado o beneficiario, tiene la obligación de indexarla como único conducto para cumplir con los mencionados estándares de totalidad e integralidad del pago. Por tal motivo, es incompleto el pago realizado sin el referido ajuste cuando el transcurso del tiempo devaluó el valor del crédito.*
>
> *Ahora, la indexación no implica el incremento del valor de los créditos pensionales, ya que su función consiste únicamente en evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción del patrimonio de quien accede a la administración de justicia, causada por el transcurso del tiempo. Tampoco puede verse como parte de la mesada, puesto que no satisface necesidades sociales del pensionado, y menos como una sanción, ya que lejos de castigar al deudor, garantiza que los créditos pensionales no pierdan su valor real»* (Negrillas de la Sala).

En punto a la indexación de los gastos de administración, rendimientos y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, en un caso similar al de autos en el que se resolvió lo atinente a la ineficacia de traslado, el órgano de cierre de esta jurisdicción, en providencia SL 3207, Radicación No. 83586 del 18 de agosto de 2020, indicó:

> ***«7. Consecuencias de la declaración de ineficacia***
>
> *Por no estar acreditado que PORVENIR S. A. hubiere consignado a COLPENSIONES, los aportes que la demandante tenía en su cuenta individual con sus rendimientos, incluyendo también los valores correspondientes a gastos de administración, los cuales según se expuso en las sentencias CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019, debe asumir con cargo a sus propios recursos,* ***se le ordenará la devolución de esos dineros, debidamente indexados,*** *junto con el valor del bono a COLPENSIONES y a favor del actor»*. (Negrillas y subrayas fuera de texto)

Aquí resulta pertinente acotar a PORVENIR, las decisiones proferidas en similares asuntos por otras Salas de Decisión de otras Corporaciones como las señaladas en su apelación no resultan aplicables, pues en sentir del órgano de cierre de esta jurisdicción, entre otras en sentencias STL 2416 de 2017, radicado 46128 y SL 4099

de 2019, radicado 59449, se advierte que el llamado precedente horizontal hace referencia a decisiones tomadas por la misma sala de decisión, en cuanto estas sean consistentes y uniformes, de conformidad con lo previsto por el artículo 228 de la Constitución Política.

Asimismo, advierte la Sala, frente a los argumentos de apelación de PORVENIR, relacionados con la procedencia de los rendimientos financieros, gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, resulta que estos surgen como consecuencia de la afiliación, y en ese orden, al declararse la ineficacia del traslado, resulta claro que dichos 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, en la que 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 No. 56174 del 10 de abril de 2019, se expuso:

> *"Conforme a lo establecido en sede de casación, fuerza concluir entonces, que debe declararse la ineficacia de la afiliación de la demandante al sistema pensional de ahorro individual, debiendo retrotraerse las cosas al estado en que se encontraban, es decir, como si ello no hubiera ocurrido, lo cual trae como consecuencia, que la actora jamás perdió el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100/93, y de igual forma, que el Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, como en oportunidades anteriores lo ha dispuesto la Sala, pudiéndose traer a colación las sentencias CSJ SL17595-2017 y CSJSL4989-2018, donde se rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989 (…)".*
>
> *Frente a esta temática, debe anotarse igualmente el deber de devolver las cuotas de administración incumbe a todas las administradoras del régimen de ahorro individual en las que estuvo 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 prescripción interpuesta por COLPENSIONES, a favor de quien se surte la consulta (páginas 114, archivo "01. ExpedienteFísico.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.".*

En lo que atañe a la excepción de prescripción interpuesta por COLPENSIONES[10], a favor de quien se surte la consulta *(*Página 262 *«proceso digitalizado.pdf»),* basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia CSJ SL-1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que, además, está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por la entidad encartada, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

Agotada la competencia de la Sala en virtud del grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, conforme las motivaciones que preceden, se adicionará en

---

[10] Se estudia la excepción solo a favor de COLPENSIONES en virtud de la consulta, por haber sido oportunamente propuesta al contestar la demanda, la cual se tuvo por contestada mediante auto de 21 de julio de 2021 (archivo 01.TieneporContestadaFijaFecha.pdf).

el punto anteriormente expuesto y se confirmará la decisión de primer grado en lo demás.

SIN COSTAS en esta instancia.

En mérito de los expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C**., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el fallo de primer grado, en cuanto a que se **DISPONE** que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los conceptos objeto de devolución por parte de la AFP accionada (PORVENIR), deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás, la sentencia de primera instancia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D. C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR JHON JAIRO AROS LUNA CONTRA ORTOCIR LTDA, MARTA CONSUELO PEÑALOSA TORRES y CRISTÓBAL HENRY SOTO DEVIA (RAD. 39 2019 00526 01).

Bogotá D.C., treinta (30) de agosto de dos mil veintitrés (2023)

Vencido el término de traslado otorgado para presentar los alegatos de conclusión, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el artículo 13 numeral 1º de la Ley 2213 del 13 de junio del 2022, profieren la siguiente,

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por la Curadora Ad Litem de la demandada **MARTA CONSUELO PEÑALOSA TORRES** contra la sentencia proferida por la Juez Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 23 de noviembre de 2022 (archivo 20, récord 01:17:58), en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO: DECLARAR*** *que, en virtud del principio de la primacía de la realidad, el concepto de "comisiones", devengado por el señor JHON JAIRO AROS LUNA durante la vigencia del contrato de trabajo con la demandada ORTOCIR LTDA., constituye factor salarial.*
>
> ***SEGUNDO: DECLARAR*** *a MARTA CONSUELO PEÑALOSA TORRES en calidad de propietaria del vehículo de placas TAY 372 responsable solidaria de las acreencias laborales reclamadas por el señor JHON JAIRO AROS LUNA.*
>
> ***TERCERO: CONDENAR*** *a la empresa ORTOCIR LTDA y de manera solidaria a MARTA CONSUELO PEÑALOSA TORRES a pagar las siguientes sumas de dinero:*
>
> *1. Diferencia de cesantías $1.834.387,10*
>
> *2. Diferencia de intereses a las cesantías $ 220.126,45*
>
> *3. Diferencia de prima de servicios $1.834.387,10*
>
> *4. Sanción por la no consignación de las cesantías la suma de $ 20.359.497*
>
> *5. Sanción moratoria del artículo 65, la suma de $103.868 pesos, un día de salario por cada día de retardo, a partir del 6 de agosto de 2019 y hasta el*

> *6 de agosto de 2021, correspondiente a 720 días de mora, para un total de $74.784.768, junto con el pago de los intereses moratorios sobre las prestaciones sociales adeudados a partir del 07 de agosto de 2021.*
>
> ***CUARTO: CONDENAR** a la demandada ORTOCIR y de manera solidaria a MARTA CONSUELO PEÑALOSA TORRES a pagar al Fondo de pensiones al que se encuentre afiliado el señor JHON JAIRO AROS LUNA las diferencias en las cotizaciones obligatorias causadas entre el 01 de noviembre de 2018 hasta el 6 de agosto de 2019, por los IBC plasmados en las consideraciones de la demanda, pero aparecerán en el acta de manera detallada para mayor claridad, sin que sea releerlos nuevamente*
>
> ***QUINTO: DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas por MARTA CONSUELO PEÑALOSA TORRES, conforme a lo expuesto en la parte motiva.*
>
> ***SEXTO: ABSOLVER** a la empresa ORTOCIR LTDA de la condena por despido injustificado incoada por el demandante señor JHON JAIRO AROS LUNA*
>
> ***SEPTIMO: ABSOLVER** a CRISTOBAL HENRY SOTO DEVIA de todas las pretensiones de la demanda incoadas por el demandante*
>
> ***OCTAVO: CONDENAR** en COSTAS a la demandada ORTOCIR LTDA, a favor del demandante, y a la demandada ORTOCIR LTDA y MARTA CONSUELO PEÑALOSA TORRES a pagar a prorrata a favor del demandante, dentro de las cuales se deberá incluir como agencias en derecho la suma de $3.000.000., esto de conformidad con el artículo 365 No. 6, la condena en costas*
>
> ***NOVENO: CONDENAR** en COSTAS al demandante JHON JAIRO AROS LUNA a favor del demandado CRISTOBAL HENRY SOTO DEVIA dentro de las cuales se deberá incluir como agencias en derecho la suma de $500.000 teniendo en cuenta lo expuesto en esta parte.".*

Inconforme con la decisión la Curadora Ad Litem de la demandada **MARTA CONSUELO PEÑALOSA TORRES** manifestó[1], el fallo carece de inobservancia, ya

---

[1] ***Recurso Curadora Parte Demandada (récord, 1:21:17): "****Señoría, muy respetuosamente encontrándome dentro del término procesal pertinente, me permitió interponer recurso de apelación frente a la sentencia proferida por el a quo, ante los honorables magistrados del Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, el cual me permitió sustentar de la siguiente forma:*

En primer lugar, señores magistrados, solicito muy respetuosamente revocar en su integridad la sentencia proferida por la a quo, si a bien se tiene en cuenta, que el fallo pues carece de inobservancia, primero que todo el material probatorio ahora es violatorio de la norma sustancial si se tiene en cuenta que la vinculación del propietario de vehículos automotores, se hace referente frente a la responsabilidad que pueda existir, sea responsabilidad civil, extracontractual o contractual cuando se presente algún daño en terceros, ahora la mal inobservancia de la a quo al manifestar que solidariamente hace responsable a mi representada, teniendo en cuenta una relación laboral que, tal como se probó y como se muestra en el material probatorio, arrimado, los extremos, las partes contractuales están claramente expresas en el contrato laboral firmado con el demandante y con los demandados.

Ahora bien, no se puede tener como una responsabilidad solidaria a mi representada, teniendo en cuenta que es la propietaria del vehículo, si bien es cierto, el vehículo es un mecanismo para que el trabajador desempeñe su labor más no quiere decir que el dueño o propietario tenga una relación o un vínculo laboral directo o que sea responsable de acreencias laborales o responsable de la relación laboral que existe entre la empresa contratadora , esto es, el empleador y el empleado, si a bien se tiene en cuenta, señores magistrados, solicito se haga un estudio juicioso, porque es que no se puede indagar una responsabilidad laboral, sin ni siquiera estudiar el vínculo que tiene la parte contractual de la propietaria del vehículo que pone su vehículo en disposición para que una empresa lo trabaje y nada tiene que ver con la parte contractual laboral que esta empresa tenga con sus trabajadores, ahora, si a bien se tiene en cuenta, es que ni siquiera se puede deprecar que exista un vínculo por subordinación, porque es como lo manifestó el demandante en su interrogatorio de parte, ni siquiera tenía un acercamiento con la señora Marta, entonces no se puede apreciar y tomar erróneamente la interpretación que se hace frente a la responsabilidad solidaria que pueda tener un dueño de un vehículo en un proceso de responsabilidad contractual o extracontractual frente a terceros, para manifestar

que todo el material probatorio es violatorio de la norma sustancial si se tiene en cuenta que la vinculación del propietario de vehículos automotores, se hace frente a la responsabilidad que pueda existir, sea responsabilidad civil, extracontractual o contractual cuando se presente algún daño en terceros. Puntualmente, la *a quo* manifestó que solidariamente hace responsable a la demandada como propietaria del vehículo, pese a la relación laboral demostrada conforme al material probatorio arrimado, reflejando extremos y partes contractuales, las cuales están relacionadas en el contrato laboral firmado con el demandante y los demandados.

Asintió, no se puede tener como responsable solidaria a esta demandada por ser propietaria del vehículo, si bien es cierto, el vehículo es un mecanismo para que el trabajador desempeñe su labor no quiere decir que el dueño o propietario tenga una relación o un vínculo laboral directo o que sea responsable de acreencias laborales o responsable de la relación laboral que existe entre la empresa contratadora, esto es, el empleador y el empleado, no pudiéndose en este caso endilgar una responsabilidad laboral, sin ni siquiera estudiar el vínculo que tiene la parte contractual de la propietaria del vehículo que pone su vehículo en disposición para que una empresa lo trabaje y nada tiene que ver con la parte contractual laboral que esta empresa tenga con sus trabajadores.

Agregó, en este caso ni siquiera se puede deprecar que exista un vínculo por subordinación, porque es el demandante tal como lo admitió en el interrogatorio de parte, ni siquiera tenía un acercamiento con la señora Marta Peñalosa, entonces no se puede interpretar la existencia de una responsabilidad solidaria que pueda tener el dueño de un vehículo en un proceso de responsabilidad contractual o

---

que se hace solidariamente responsable de acreencias laborales en una relación laboral a un dueño de un vehículo.

Ahora téngase en cuenta que ni siquiera se estudió ni se aportó, en qué condiciones pone la señora Martha su vehículo en disposición de la empresa, o sea, es que hay una empresa que hace sus veces de empleador y no tiene ninguna injerencia que el mecanismo para desempeñar las funciones, por ser simplemente propietaria, tenga una responsabilidad solidaria, señores magistrados, téngase en cuenta lo presupuestado por las honorable Corte Constitucional frente a la responsabilidad que debe cumplirse y frente al reconocimiento que se tiene como empleador y frente a la responsabilidad que este atañe, o sea, no se puede malinterpretar de forma errónea la norma y hacer una correlación y una responsabilidad frente a acreencia laborales o frente a extremos de partes en una relación laboral, por consiguiente, solicito muy respetuosamente revocar la sentencia proferida frente a todas y cada una de las condenas que sé que se impusieron a mi representada.".

extracontractual frente a terceros en el pago de acreencias laborales en una relación laboral a un dueño de un vehículo.

Téngase en cuenta que ni siquiera se estudió ni se aportó, en qué condiciones pone la señora Martha Peñalosa su vehículo en disposición de la empresa, aun cuando hay una empresa que hace sus veces de empleador y no tiene ninguna injerencia en el mecanismo empleado para desempeñar las funciones por ser simplemente propietaria.

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante en este ordinario, las pretensiones relacionadas a páginas 6 a 8 del archivo 01, las cuales encuentran fundamento en los hechos consignados a folios 2 a 4, ibidem, aspirando se declare:

PRIMERA: Declarar la existencia del contrato laboral verbal a término indefinido desde el día 26 de junio 2017 hasta el día 9 de abril 2019 entre **JHON JAIRO AROS LUNA** c.c. **N 7.695.371**, y las siguientes personas naturales y jurídicas:

- **ORTOCIR LTDA** identificado con el nit 830.005.540-1; con domicilio comercial en la carrera 65 # 90-27 de la ciudad de BOGOTA; domicilio judicial en la carrera 65 # 90-27 de la ciudad de BOGOTA; notificaciones judiciales vía correo electrónico en bogota@ortocir.com. Representado por quien haga sus veces. (de conformidad al certificado de existencia y representación legal expedido por la cámara de comercio de Bogotá)
- **HENRY CRISTOBAL SOTO DEVIA** identificado con cc 19.212.788; con domicilio en la carrera 65 # 90-27 de la ciudad de BOGOTA
- **MARTA CONSUELO PEÑALOSA TORRES** identificada con cc 38.280.660 con domicilio en la carrera 65 # 90-27 de la ciudad de BOGOTA

SEGUNDO: Declarar que a mi prohijada no se le han cancelado los siguientes salarios, prestaciones sociales y aportes al sistema general de seguridad social:

- Reliquidación de los aportes al sistema general de seguridad social durante toda la relación laboral
- reliquidación de prima de servicios entregada el 31 de diciembre 2018
- reliquidación de cesantías pagadas el día 14 de febrero 2019
- reliquidación de prima de servicios desde el 1 de enero 2019 hasta el 6 de agosto 2019.

- reliquidación de cesantías desde el 1 de enero 2019 hasta 6 de agosto 2019.
- Sanción por no pago de cesantías (artículo 99 ley 50 de 1990) desde el 15 de febrero 2019 hasta 6 de agosto 2019
- sanción que trata el articulo 65 C.S.T. desde el 6 de agosto 2019 hasta que se acredite el pago de las acreencias laborales
- CINCO MILLONES OCHOCIENTOS OCHENTA Y UN MIL TRECIENTOS NOVENTA Y SEIS MIL PESOS ($5.881.396) por concepto de salarios y comisiones que a la fecha de presentación de la demanda no se han cancelado.

TERCERO: Declarar que la conducta desplegada por los demandados estuvo inmersa de mala fe.

CUARTA: Declarar el despido sin justa causa por el contrato de trabajo celebrado entre mi representado y los demandados.

QUINTO: Declarar que mi cliente tiene derecho al reconocimiento y pago de las siguientes sanciones:

- Sanción por no pago de cesantías (artículo 99 ley 50 de 1990) desde el 15 de febrero 2019 hasta 6 de agosto 2019
- sanción que trata el articulo 65 C.S.T. desde el 6 de agosto 2019 hasta que se acredite el pago de las acreencias laborales

SEXTO: DECLARAR que las comisiones que percibía mi representado constituyen factor salarial.

Consecuente con lo anterior, solicitó:

PRIMERO: Condenar a los demandados a cancelar los siguientes salarios, prestaciones sociales y aportes al sistema general de seguridad social:

- Reliquidación de los aportes al sistema general de seguridad social durante toda la relación laboral
- reliquidación de prima de servicios entregada el 31 de diciembre 2018: **QUINIENTOS MIL PESOS ($500.000)**
- reliquidación de cesantías pagadas el día 14 de febrero 2019: **QUINIENTOS MIL PESOS ($500.000)**
- reliquidación de prima de servicios desde el 1 de enero 2019 hasta el 6 de agosto 2019: **UN MILLON CIEN MIL PESOS ($1.100.000)**
- reliquidación de cesantías desde el 1 de enero 2019 hasta 6 de agosto 2019. **UN MILLON CIEN MIL PESOS ($1.100.000)**
- **CINCO MILLONES OCHOCIENTOS OCHENTA Y UN MIL TRECIENTOS NOVENTA Y SEIS MIL PESOS ($5.881.396)** por concepto de salarios y comisiones que a la fecha de presentación de la demanda no se han cancelado.

SEGUNDO: CONDENAR al pago de Sanción por no pago de cesantías (artículo 99 ley 50 de 1990) desde el 15 de febrero 2019 hasta 6 de agosto 2019. **QUINCE MILLONES DE PESOS ($15.000.000)**

TERCERO: Condenar sanción que trata el articulo 65 C.S.T. desde el 6 de agosto 2019 hasta que se acredite el pago de las acreencias laborales. **TRES MILLONES DE PESOS ($3.000.000)** (CALCULO REALIZADO HASTA EL DIA 30 DE AGOSTO 2019, PUEDE AUMENTAR SI NO SE ACREDITA PAGO DE SALARIOS Y PRESTACIONES)

CUARTO: Condenar a los demandados a cancelar la indemnización por despido sin justa causa por el valor de **TRES MILLONES DE PESOS ($3.000.000)**

QUINTO: Condenar a los demandados las costas que resulten dentro del presente proceso.

Obtuvo el demandante sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus aspiraciones, toda vez que, al encontrarse probado el concepto de

comisiones, de manera solidaria entre empleador y propietario del vehículo (ORTOCIR LTDA y MARTA PEÑALOSA) se condenó al pago de las diferencias por concepto de prestaciones sociales, sanción por no consignación de las cesantías según el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, indemnización del artículo 65 del C.S.T., reajuste al fondo de pensión entre el 01 de noviembre de 2018 hasta el 6 de agosto de 2019, se absolvió a la empresa ORTOCIR LTDA de la condena por despido injustificado, se absolvió en su integridad de las pretensiones al demandado CRISTOBAL HENRY SOTO DEVIA, se condenó en costas a ORTOCIR LTD a favor del demandante y se condenó al actor en costas a favor del demandado JHON JAIRO AROS LUNA. **Lo anterior tras considerar la *a quo*,** en esta litis existió un contrato de trabajo el cual se desarrolló entre el 1º de noviembre de 2018 al 6 de agosto de 2019 devengando el actor 1 smmlv y ocupando el cargo de Conductor, en este orden, procedió a verificar si el demandante devengó el concepto de "*comisiones*" encontrando que conforme al artículo 127 del C.S.T. y acatando lo plasmado en la sentencia CSJ SL5159 de 2018, entre otras, se demostraron los pagos realizados de manera constante y habitual, los cuales pretendían retribuir los servicios prestados por el señor AROS LUNA para los periodos noviembre de 2018, diciembre de 2018, marzo de 2019, abril de 2019, mayo de 2019, junio de 2019, julio de 2019, esto, conforme a los soportes allegados al plenario, dándoles entonces la connotación de salario. Impuestas las condenas descritas en precedencia, al haberse demostrado los pagos salariales percibidos por el actor, la juzgadora desestimó la existencia de la relación laboral con las personas naturales demandadas, señores MARTA CONSUELO PEÑALOSA TORRES y CRISTÓBAL HENRY SOTO DEVIA, absolviendo a este último de todas las pretensiones al no tener injerencia alguna en la relación ejecutada. Frente a la señora MARTA PEÑALOSA, advirtió, el vehículo que manejaba el demandante figura como de propiedad de ésta, analizando en este orden la solidaridad, haciendo uso de las facultades extra petita, considerando al efecto, la Ley 336 de 1996 en el artículo 36, la sentencia SL88675 de 2017 y la Ley 15 de 1959 prevén que el propietario del vehículo deberá responder de manera solidaria junto con la empresa empleadora, por lo que, al demostrarse con el certificado de tradición del vehículo de placas TAY372 dicha calidad fulminó condena en tal sentido.

De esta manera, procede la Sala a analizar el recurso de apelación presentado por la Curadora Ad Litem de la demandada MARTA CONSUELO PEÑALOSA TORRES, relacionado con la **solidaridad declarada únicamente** ya que las condenas

impuestas no fueron atacadas, así como tampoco las facultades extra y ultra petita previstas en el artículo 50 del C.P.L.[2].

Entonces, a efecto de resolver el problema planteado, debe advertir esta Corporación, no es materia de debate que la demandada MARTA CONSUELO PEÑALOSA TORRES, es la propietaria del vehículo de servicio público -Tractocamión- identificado con placas TAY372 a partir del 14 de junio de 2019, el cual tiene las siguientes características (página 32, archivo 01):



MINTRANSPORTE

Página 1 de 2

Certificado de tradición

Nro. CT150072472

El vehículo de placas TAY372 tiene las siguientes características:

Placa:	TAY372	**Clase:**	TRACTOCAMIÓN
Marca:	INTERNATIONAL	**Modelo:**	2012
Color:	ROJO		
Carrocería:	SRS	**Servicio:**	PÚBLICO
Serie:		**Motor:**	79464575
Chasis:	CN550957	**Línea:**	100
VIN:	3HSDJAPT8CN550957	**Capacidad:**	Pasajeros 2
Cilindraje:	14945	**Puertas:**	2
Nro de Orden:	No registra	**Estado:**	ACTIVO

Tarjeta de operación:

Fecha de expedición T.O.:

Manifiesto de aduana o Acta de remate: 482011000205284 con fecha de importación 14/06/2011, Cartagena.

Empresa Afiliadora: SIN INFORMACION EN CARPETA

Medidas Cautelares y limitaciones

No registra actualmente

Prenda o Pignoración

Limitación a la propiedad: PRENDA a: BANCO DAVIVIENDA SA

Propietario(s) Actual(es)

MARTA CONSUELO PEÑALOSA TORRES.

Historial de propietarios

14/06/2019 De LEASING BANCOLOMBIA S.A. , A BANCOLOMBIA S.A. , Traspaso; 14/06/2019 De BANCOLOMBIA S.A. , A MARTA CONSUELO PEÑALOSA TORRES, Traspaso

Observaciones:

Sentado lo anterior, conviene indicar, de conformidad con el artículo 36 de la Ley 336 de 1996, conocida como Estatuto General del Transporte, las empresas de servicio público de transporte operadoras, responden solidariamente para todos los efectos, con el **propietario del vehículo**:

> *"La aludida disposición legal establece: «Los conductores de los equipos destinados al servicio público de transporte serán contratados directamente por la empresa operadora de transporte, quien para todos los efectos será solidariamente responsable junto con el propietario del equipo». (Subrayado de la Sala).*

A la par, el articulo 15 de la Ley 15 de 1959, prevé:

[2] "*El Juez podrá ordenar el pago de salarios, prestaciones o indemnizaciones distintos de los pedidos, cuando los hechos que los originen hayan sido discutidos en el proceso y estén debidamente probados, o condenar al pago de sumas mayores que las demandadas por el mismo concepto, cuando aparezca que éstas son inferiores a las que corresponden al trabajador, de conformidad con la ley, y siempre que no hayan sido pagadas.".*

> ***"****El contrato de trabajo verbal o escrito de los choferes asalariados del servicio público se entenderá celebrado con la empresa respectiva, pero para efecto del pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones las empresas* ***y los propietarios de los vehículos, sean socios o afiliados, serán solidariamente responsables****". (Negrilla de la Sala).*

De tal suerte, como el automotor en el que trabajaba el demandante, era de servicio público, conforme al certificado de tradición expedido por el Ministerio de Transporte Nro. CT15007247, el cual estaba registrado en la empresa demandada **ORTOCIR LTDA**, siendo declarada además esta sociedad como directo empleador, es claro que la señora MARTA PEÑALOSA TORRES es solidaria de las obligaciones impuestas al directo empleador.

Pues bien, la recurrente señala en su recurso que la demandada Marta Peñalosa Torres no tuvo injerencia alguna en la relación laboral, así como nunca subordinó al demandante, tal como éste lo aceptó en el interrogatorio de parte[3], por lo que debe indicarse a la auxiliar de justicia, la ley no discrimina sobre esta situación, pues basta con demostrar la calidad de propietario del vehículo de servicio publico para que proceda la condena de manera solidaria, tal como lo hizo la *a quo,* nótese, la juzgadora procedió a analizar que dentro del plenario se encontraba acreditada la calidad de propietaria del vehículo, acertando con ello.

Para mayor precisión, en un asunto donde se debatió la solidaridad del operador de transporte y en donde incluso se analizó el artículo 36 de la Ley 336 de 1996 en precedencia referido, la Alta Corporación CSJ SL 4302-2018, adoctrinó:

> *"De otra parte, alega el recurrente que según el contenido de la Ley 336 de 1996, para que opere la solidaridad de la empresa operadora de transporte con el propietario del vehículo de servicio público, el contrato de trabajo del conductor debe ser suscrito directamente por ella, situación fáctica que, como lo dio por demostrado el tribunal, no se configuró en el sub examine, razón por la cual considera que la empresa Tax Coopebombas Ltda. debe ser absuelta del pago solidario de la pensión de invalidez a favor del actor.*
>
> *Al punto en cuestión,* ***debe indicar la Corte que <u>independientemente de que un conductor de esta clase de vehículos suscriba el contrato de trabajo con el empleador o con la empresa operadora de transporte público, lo cierto es que esta última es solidariamente responsable «para todos los efectos» con el propietario del automotor</u>***

[3] ***Interrogatorio de parte Demandante, récord 07:35, archivo 20****: "Mi jefe directo era ORTOCIR pero uno se entendía con don Cristóbal, es una empresa familiar, las instrucciones que me daban era viajar y yo llegaba y cuadraba cuenta, no me pagaron una cuenta y el contrato estaba con ORTOCIR LTDA, nunca me pagaron la plata y la liquidación ni nada, pero las órdenes era con don Cristóbal, con doña Marta muy poco se hablaba uno, es una empresa familiar".*

por ministerio de la ley, en virtud de lo dispuesto por el artículo 36 de la referida Ley 336 de 1996.

Dicho en otras palabras, si bien la norma dispone que el contrato de trabajo de los conductores de vehículos destinados al servicio público debe ser suscritos directamente por la empresa operadora de transporte, no desaparece la responsabilidad solidaria de aquélla en el evento de que el mismo se haya celebrado con el propietario del automotor frente al pago de las obligaciones derivadas del vínculo laboral*, entre ellas, se insiste, las contingencias que cubre el sistema de seguridad social en pensiones en caso de haberse presentado omisión en la afiliación. Máxime cuando el artículo 34 Ibidem, relacionado por la censura en la demostración de ambos cargos, le impone la obligación a las empresas de transporte público de «vigilar y constatar que los conductores de sus equipos cuenten con la Licencia de Conducción vigente y apropiada para el servicio, así como su afiliación al sistema de seguridad social según los prevean las disposiciones legales vigentes sobre la materia. La violación de lo dispuesto en este Artículo acarreará las sanciones correspondientes».*

Así las cosas, la finalidad de las normas aludidas está encaminada a garantizar los derechos laborales de ese grupo de trabajadores, con el fin de que sus garantías no sean menoscabadas por maniobras fraudulentas de los propietarios de los vehículos de servicio público, como bien lo señala la censura y respecto de los cuales, se itera, opera la solidaridad del operador de transporte por ministerio de la ley, el cual tiene por obligación velar por las condiciones contractuales, así ellos no hayan suscrito directamente los contratos de trabajo por el hecho de estar afiliados esos vehículos en esas empresas.

Por lo anterior, Tax Coopebombas Ltda. tenía la obligación legal de verificar que los empleadores del señor Correa Lopera, hubiesen realizado los aportes correspondientes al sistema de seguridad social, toda vez que éste operador tuvo conocimiento de que el actor prestó sus servicios como conductor del vehículo taxi de placas TIM002, entre marzo hasta el 8 de diciembre de 1998, afiliado a su empresa, pues así lo certificó, según la documental obrante a folio 228 del cuaderno principal, como se explicó anteriormente. (Negrilla fuera del texto).

Igualmente, en sentencia, CSL4856 de 2021, discurrió la Corte:

De entrada, la Sala colige que la acusación debe prosperar, en la medida en que, a la luz de lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 336 de 1996, las empresas de servicio público de transporte, responderán solidariamente ***«para todos los efectos», con el propietario del vehículo.***

La norma mencionada dispone que «Los conductores de los equipos destinados al servicio público de transporte serán contratados directamente por la empresa operadora de transporte, quien para todos los efectos será solidariamente responsable junto con el propietario del equipo». Sin embargo, desde ningún punto de vista cabe afirmar que tal enunciado impone, como lo entendió el Tribunal, ***la necesidad de que para que se abra paso la extensión de las condenas por la senda de la solidaridad, es imprescindible que la relación subordinada de trabajo se haya suscitado entre la sociedad transportadora y el conductor del vehículo.***

La indiscutible impronta tuitiva de los derechos de los trabajadores plasmada en la legislación del trabajo, a partir del contenido del artículo 53 constitucional y de la premisa fundante del trabajador como parte débil del contrato de trabajo, impone entender que cualquiera sea la forma en que se presente la relación triangular que

> *emerge en hipótesis como la que se juzga, la responsabilidad solidaria de quien no ostentó el carácter de empleador, armoniza mejor con el propósito garantista que inspiró la consagración de esta figura, con mayor razón cuando media el incumplimiento de la obligación de afiliar al trabajador al sistema de seguridad social". (negrilla fuera del texto).*

Así las cosas, la demandada MARTA PEÑALOSA TORRES, por disponerlo así la ley, es solidariamente responsable **con la persona jurídica empleadora del demandante (ORTOCIR LTDA)**, respecto del reconocimiento y pago de las condenas impuestas por la juez de primer grado, pues nótese que la ley ni la jurisprudencia condicionan la procedencia de dicha solidaridad a la subordinación, como lo pretende la recurrente, ***precisándose***, si bien la debatida solidaridad opera al estar contemplada en la ley, lo cierto es que, al dirigirse la misma al propietario del vehículo, debe esta Sala de Decisión constatar desde cuándo la señora MARTA PEÑALOSA TORRES ostenta tal calidad, evidenciando al efecto que el traspaso del Tractocamión identificado con placas TAY372 se realizó a la enjuiciada solo hasta el **14 de junio de 2019**, no pudiéndose fulminar condena con anterioridad a dicha data, respecto de este sujeto procesal.

Para mayor precisión se inserta la imagen en la cual se aprecia el historial de propietarios del referido vehículo:



Propietario(s) Actual(es)
MARTA CONSUELO PEÑALOSA TORRES.

Historial de propietarios
14/06/2019 De LEASING BANCOLOMBIA S.A. , A BANCOLOMBIA S.A. Traspaso; 14/06/2019 De BANCOLOMBIA S.A. , A MARTA CONSUELO PEÑALOSA TORRES, Traspaso

Aclarado esto, se relacionan los conceptos que limitan la solidaridad, atendiendo las condenas impuestas por la *a quo* en los numerales **tercero** y **cuarto**, veamos:

Concepto	Periodos	Dias a cargo de la responsable solidaria	Fórmula	Limite del valor a pagar en Solidaridad
Diferencias por prima de servicios	14/06/2019 al 06/08/2019	53	$1.834.387,10*53 (dias)/278(dias)	$ 349.721,26
Sanción por no consignación de cesantias (art. 99 Ley 50 de 1990)	14/06/2019 al 06/08/2019	53	$20.359.497*53 (dias)/172(dias)	$ 6.273.565,94

Para mayor comprensión se indica, esta Sala tomó el valor total de la condena impuesta en primer grado por concepto de (*prima de servicios y sanción por no consignación de cesantías*), la multiplicó por los días arrojados, teniendo en cuenta

como fecha inicial el 14 de junio de 2019 y lo dividió por el total de días liquidados por la Juez de primer grado[4].

Igualmente se aclara, esta Sala **NO** está modificando las condenas impuestas por la juez de primer grado ya que las mismas no fueron objeto de recurso de apelación, pues únicamente limitará los valores que recaen de manera solidaria a cargo de MARTA PEÑALOSA TORRES.

Conviene acotar, no solo desde la perspectiva civil las empresas transportadoras resultan ser *«guardianes»* de las obligaciones asumidas por los dueños de los vehículos a ellas afiliadas, en razón a que se benefician económicamente del ejercicio de la actividad, como lo indicó la Sala de Casación Civil en la sentencia 54001-31-03-004-2004-00032-01, sino que, desde la óptica laboral, igualmente están llamadas a responder tanto el empleador como el propietario del vehículo por cuanto el legislador en el artículo 36 de la Ley 336 de 1996 impone dichos deberes.

En ese orden de ideas, a juicio de esta Sala de decisión, se itera, en el caso de marras se dan los presupuestos para la procedencia de la declaración de la responsabilidad solidaria a partir del 14 de junio de 2019, lo que conlleva a confirmar la decisión de la juez de primer grado en tal aspecto, modificándose únicamente en punto a las cuantías a cargo de la demandada MARTA CONSUELO PEÑALOSA TORRES.

Agotada como se encuentra esta instancia, conforme las conclusiones expuestas se modificará la sentencia de primer grado en los numerales 2º, 3º y 4º.

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 **SEGUNDO** de la sentencia proferida por el Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar, **DECLARAR** a la

[4] *La regla de tres consiste en resolver problemas de proporcionalidad entre tres valores conocidos y una incógnita. En ella se establece una relación de linealidad, proporcionalidad, entre los valores.*

demandada **MARTA CONSUELO PEÑALOSA TORRES** en calidad de propietaria del vehículo de placas TAY 372 **responsable solidaria** de las acreencias laborales reclamadas por el señor JHON JAIRO AROS LUNA desde el **14 de junio de 2019 en adelante**, conforme a lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral **TERCERO** de la sentencia de primer grado para en su lugar establecer que la señora **MARTA CONSUELO PEÑALOSA TORRES responderá solidariamente** por las diferencias causadas por concepto de **prima de servicios** y **sanción por no consignación de cesantías**, hasta los siguientes montos:

Concepto	**Periodos**	**Dias a cargo de la responsable solidaria**	**Fórmula**	**Limite del valor a pagar en Solidaridad**
Diferencias por prima de servicios	14/06/2019 al 06/08/2019	53	$1.834.387,10*53 (dias)/278(dias)	$ 349.721,26
Sanción por no consignación de cesantias (art. 99 Ley 50 de 1990)	14/06/2019 al 06/08/2019	53	$20.359.497*53 (dias)/172(dias)	$ 6.273.565,94

TERCERO: MODIFICAR el numeral **CUARTO** de la sentencia de primer grado para en su lugar establecer que la señora **MARTA CONSUELO PEÑALOSA TORRES,** de ser el caso, responderá de manera solidaria por las diferencias causadas por concepto de **aportes pensionales** a partir del **14 de junio de 2019** al **6 de agosto** de la misma anualidad, conforme a lo expuesto en la parte motiva.

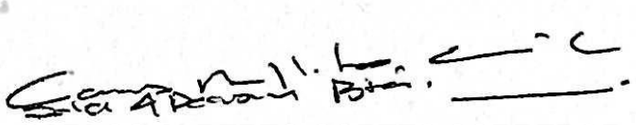
CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primer grado.

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia.

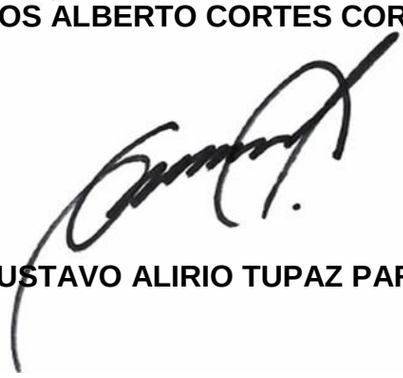
NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN



CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA